

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

Director de la Sección: **Doctor Eduardo A. Sambrizzi**

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL AÑO 2020

Jorge O. Azpiri - Úrsula C. Basset - Julio César Capparelli - Siro
M. A. de Martini - Jorge Nicolás Lafferriere - Victorio Magariños
Blanco - Jorge A. M. Mazzinghi - Analía G. Pastore - Osvaldo F.
Pitrau - Eduardo A. Sambrizzi

THOMSON REUTERS

LA LEY

Sambrizzi, Eduardo Antonio
Estudios de derecho civil año 2020 / Eduardo Antonio Sambrizzi. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2021.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-03-4170-3

I. Derecho Civil. I. Título.
CDD 346.001

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 57.

SERIE II - OBRAS

- 1.- Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- Bibliografía de Juan B. Alberdi, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- La nueva ciencia política y constitucional, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- Política exterior en la edad nuclear, por Felipe A. Espil.
- 5.- Académicos de Derecho y hombres de gobierno, por Juan Silva Riestra.
- 6.- La libertad. Elección, amor, creación, por Manuel Río.
- 7.- El Congreso de Panamá, por Mariano J. Drago.
- 8.- La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley, por Manuel Río.
- 9.- Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- La Nación Argentina hecha ley, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- Historia del Derecho Político, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- Alberdi y su tiempo, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- Estudios sobre Historia Diplomática Argentina, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- Historia de la doctrina Drago, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- La alborada. San Martín y Alberdi, por Jorge M. Mayer.
- 17.- Primeros Académicos de Derecho - 1925.
- 18.- Agüero o el dogmatismo constitucional, por Jorge M. Mayer.
- 19.- Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.- Conferencias y estudios, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- Las cinco Argentinas, por Jorge M. Mayer.
- 24.- Vida y testimonio de Félix Frías, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional, por Jorge M. Mayer.
- 26.- Los posibles antídotos de la crisis, por Jorge M. Mayer.
- 27.- La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31.- El derecho de la salud, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32.- Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

33.- ¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34.- Protección jurídica del consumidor, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

35.- La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil? XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – Nº 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*

2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*

3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*

4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.- *Estudios sobre daño moral.*

6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*

7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*

8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

9.- *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*

10.- *Los vicios de la voluntad.*

11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*

12.- *Capacidad civil de las personas.*

13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

14.- *Sociedad Conyugal.*

15.- *Teoría y práctica de los contratos.*

16.- *Código Civil y Comercial.*

17.- *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

18.- *Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*

19.- *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

20.- *Las nuevas tecnologías y el Derecho.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.- *Estudios de Derecho Civil.*

2.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

3.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2020.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*

- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*

- *Derecho Internacional.*

- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de gue-*

rra y de agresión).

- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95).*

Su influencia en los contratos.

- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*
- *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2017.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Vicepresidente

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Secretarios

Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi

Tesorero

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Vocales

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	09 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	09 octubre 2003
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	08 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	08 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	07 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	07 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		Fecha
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	09 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	09 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	08 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	07 diciembre 2017
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	08 agosto 2019

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7-10-1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavala	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Horacio P. Fargosi
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan Agustín García
Dr. Jorge H. Alterini	Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan Álvarez	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Dimas González Gowland
Dra. Margarita Argúas	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Gregorio Badeni	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Roberto Guyer
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Carlos Iburguen
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Hilario Larguía
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Ricardo Levene
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Mario Justo López
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Francisco Canale	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Hugo Caminos	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. José O. Casás	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel María Diez	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Luis M. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo Orma

Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

ÍNDICE

La falta de regulación de las consecuencias del matrimonio sin convivencia <i>Jorge O. Azpiri</i>	1
Fundamentos constitucionales y convencionales de la obligación alimentaria en el derecho argentino <i>Úrsula C. Basset</i>	7
El objeto del consentimiento matrimonial <i>Julio César Capparelli</i>	26
El perdón en el matrimonio y la familia <i>Siro M. A. de Martini</i>	41
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dignidad como principio bioético. Reflexiones a partir de la conclusión del caso "Artavia Murillo" <i>Jorge Nicolás Lafferriere</i>	50
Reflexiones sobre la maternidad subrogada <i>Victorio Magariños Blanco</i>	65
El testamento gana perspectivas y posibilidades después de la sanción del Código Civil y Comercial <i>Jorge A. M. Mazzinghi</i>	85
Validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado <i>Analía G. Pastore</i>	97
El proyecto de vida familiar posterior al divorcio y a la ruptura convivencial <i>Osvaldo F. Pitrau</i>	110
La eugenesia: un análisis crítico <i>Eduardo A. Sambrizzi</i>	145

La falta de regulación de las consecuencias del matrimonio sin convivencia

Jorge O. Azpiri

Sumario: I. Introducción.— II. Nulidad del matrimonio.— III. Alimentos.— IV. Convenio regulador del divorcio.— V. Compensación económica.— VI. Extinción de la comunidad.— VII. Presunción de filiación.— VIII. Adopción.— IX. Responsabilidad parental.— X. Vocación sucesoria.— XI. Competencia territorial en los procesos de divorcio y de nulidad de matrimonio.— XII. Competencia territorial en los procesos de alimentos y pensiones compensatorias.— XIII. Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio o en la nulidad de matrimonio.— XIV. Competencia internacional en las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio.— XV. Efectos personales del matrimonio en el derecho internacional.— XVI. Efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho internacional.— XVII. Divorcio y otras causas de disolución del matrimonio en el derecho internacional.— XVIII. Consideraciones finales.

I. Introducción

Estas reflexiones se refieren a la situación que se presenta cuando se ha celebrado un matrimonio y los cónyuges deciden no habitar en un domicilio común.

Cabe recordar que, en el régimen anterior a esta última reforma, de acuerdo con el art. 199 del Cód. Civil (texto según la ley 23.515), los esposos debían convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vieran obligados a mantener transitoriamente residencias separadas.

A su vez, el art. 200 del Cód. Civil imponía la fijación de común acuerdo del lugar de residencia de la familia.

Como consecuencia de esta organización, era indudable que existía un domicilio conyugal y que se incumplía con el deber de convivencia cuando se producía la separación de hecho sin causa justificada.

En el régimen establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación se ha modificado sustancialmente este deber. En el anteproyecto que se remitió al Congreso, su artículo 431 mencionaba que “los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad”, sin hacer referencia a la convivencia.

La redacción finalmente aprobada incluyó en dicho artículo 431 la convivencia, sin imponer la obligación de vivir en el mismo domicilio y sin que su determinación surgiera de la voluntad expresa y coincidente de ambos cónyuges.

Es muy probable que la mayoría de los matrimonios convivan, pero también puede suceder que el proyecto de vida en común no implique compartir una vivienda, manteniendo residencias separadas.

Se respeta de este modo la decisión individual y personal de generar un espacio matrimonial diferente al tradicional y ello podrá ocurrir cuando, por las razones que los interesados estimen convenientes —por ejemplo, porque exis-

ten hijos de uno o de ambos cónyuges, cuya cohabitación es considerada por ellos generadora de conflictos—, decidan que celebrarán un matrimonio, pero que solo convivirán esporádicamente o durante los fines de semana, en los viajes o en los períodos de vacaciones.

Aunque resulte obvio, al respecto es necesario puntualizar que es una situación diferente de los casos en los que ha mediado una convivencia y luego se produce la separación de hecho.

La separación es la acción y el efecto de separar, y separar es poner a una persona o una cosa fuera del contacto de otra o alejarla de ella, conforme resulta de las definiciones del diccionario.

Por lo tanto, para que exista una separación, con anterioridad tiene que haber existido una unión, un contacto cercano.

En el caso del matrimonio, para que se pueda configurar una separación de hecho, antes tiene que haber existido una convivencia en un mismo domicilio, ya que dicha separación implica un cambio respecto de la situación en la que se encontraban los esposos en el tiempo precedente.

El Código Civil y Comercial mantiene su estructura dando por sentado que los cónyuges convivirán y eventualmente regula las consecuencias de la separación de hecho, pero no existe un tratamiento particular para los matrimonios cuyo proyecto de vida en común no incluya la convivencia.

Por ello, resulta necesario analizar el nuevo articulado para verificar la incidencia que puede tener esa falta de convivencia en los matrimonios en los que se haya decidido mantener viviendas diferenciadas.

II. Nulidad del matrimonio

En el caso de la nulidad del matrimonio por haber existido vicios del consentimiento, se produce la caducidad de la acción si se ha continuado la cohabitación por más de treinta días después de haber conocido el error, el dolo, o de haber cesado la violencia, y el plazo para interponer luego la demanda es de un año desde que

cesa la cohabitación, conforme resulta del art. 425 inc. c).

En el caso de haberse celebrado un matrimonio en el que el proyecto de vida en común no incluya la cohabitación, no existiría la posibilidad de plantear la nulidad de las nupcias por vicios del consentimiento, ya que no se encuentra prevista la conducta que debe asumir el contratante que ha visto afectada su voluntad por haber sufrido el error, el dolo o la violencia.

Puede haber sucedido que uno de los esposos haya sido víctima de dolo y haya celebrado el matrimonio en el convencimiento de que convivirían, y luego toma conocimiento de que nunca se va a dar la vida en común.

En tal supuesto, no hay continuación de la cohabitación porque esta nunca ha existido y es precisamente esta la causa por la que se podría invocar la nulidad del matrimonio. Sin embargo, no se sabrá si ha caducado su acción o no.

Y tampoco podría tomarse en cuenta el momento a partir del cual se computaría el plazo de un año para interponer la demanda, ya que el hecho desencadenante de esta situación es el cese de la cohabitación.

III. Alimentos

Los alimentos entre cónyuges rigen durante la vida en común y también durante la separación de hecho, tal como lo dispone el art. 432, lo que hace surgir la duda en los casos en los que el proyecto de vida no incluya compartir una vivienda. Es decir, no hay vida en común porque habitan en distintos domicilios y, por eso, tampoco puede existir la separación de hecho.

Pero, aun en el caso de que se consideren precedentes en virtud de la existencia del vínculo matrimonial, para la cuantificación de esos alimentos, se debe tener en cuenta, entre otras, el trabajo dentro del hogar, cosa que puede no existir en caso de matrimonio sin convivencia (art. 433 inc. a).

Además, están previstas otras pautas que dan por sentado que ha existido esa residencia en común y que no se aplican al caso en análisis, como la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar (inc. e); el carácter ganancial, propio

o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda (inc. f); si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial (inc. g); si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación (inc. h); y la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho (inc. i, art. 433).

En el caso de los alimentos posteriores al divorcio, no se podría tomar en cuenta la pauta del inc. e) del art. 433, a pesar de así contemplarlo el apartado b) del art. 434, porque no existiría la atribución de la vivienda familiar si no ha mediado convivencia.

IV. Convenio regulador del divorcio

En el convenio regulador que debe ser acompañado en toda demanda de divorcio se ha estipulado que una de las cuestiones que deben estar allí contempladas es la atribución de la vivienda (art. 439), cosa que no sería posible si los esposos han decidido no convivir desde la celebración del matrimonio.

V. Compensación económica

También en el caso de la compensación económica, el juez, al momento de fijarla, debe evaluar una serie de pautas entre las que se encuentra la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia, la que debe prestar con posterioridad al divorcio (inc. b), la atribución de la vivienda familiar y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado (inc. f art. 442).

Estos supuestos no encuentran posibilidad de aplicación en el caso de matrimonios sin cohabitación, ya que no habrá dedicación a la familia y a la crianza de los hijos durante la convivencia, ni vivienda familiar.

VI. Extinción de la comunidad

Cuando se extingue el régimen de comunidad, es preciso determinar el momento en que ello ocurrió, y, en tal sentido, el art. 480 dispone que la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efectos retroactivos al día

de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Se aclara en el párrafo siguiente que, si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

En el caso de un matrimonio sin convivencia que obtiene la nulidad o el divorcio, tal supuesto no tendría aplicación posible, ya que nunca hubo vida en común y por ello no se podrá considerar que haya existido una separación de hecho.

Por ello, el momento de la extinción de la comunidad no podrá ser otro que el día de la notificación de la demanda.

VII. Presunción de filiación

La presunción de filiación existe respecto de los hijos del o de la cónyuge 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, conforme resulta del art. 566.

Cuando no exista la convivencia entre los cónyuges, la presunción de filiación subsistirá hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio, nulidad o la muerte porque el supuesto de la separación de hecho deviene inaplicable.

Y tampoco podrían los cónyuges inscribir al hijo como propio, tal como lo autoriza el art. 567, porque ese caso no puede tener lugar en el matrimonio sin convivencia, ya que no es posible que se considere la separación de hecho como supuesto del cese de la presunción de filiación.

VIII. Adopción

Cuando una persona casada pretende adoptar, debe hacerlo juntamente con su cónyuge, tal como lo dispone el art. 602.

Sin embargo, se contempla como caso de excepción que permite la adopción uniperso-

nal la separación de hecho entre los cónyuges. (art. 603 inc. b)

Como se viene señalando, esta circunstancia no puede producirse entre los cónyuges que han elegido no convivir, por lo que no cabría que uno de ellos pudiera adoptar en forma individual.

IX. Responsabilidad parental

Cuando se alude al ejercicio de la responsabilidad parental, se resalta la convivencia con ambos progenitores y se diferencia del cese de la cohabitación, conforme resulta de los incs. a) y b) del art. 641.

No está previsto el caso de matrimonio en el que los cónyuges no convivan y, si bien en los supuestos mencionados en el párrafo anterior la solución es similar, es decir que ambos progenitores ejercen la responsabilidad parental, en el segundo párrafo del inc. b) del artículo citado, por voluntad de ambos padres o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio puede atribuirse a solo uno de ellos o que pueden establecerse distintas modalidades.

Pareciera que el tema que nos ocupa encuadra dentro del inc. a) porque no se ha producido una situación de conflicto como las que presupone el inc. b) del artículo citado, pero se encuentra presente el obstáculo que surge del requisito de la convivencia entre ambos progenitores.

X. Vocación sucesoria

Es sabido que entre los cónyuges existe vocación sucesoria por así disponerlo el art. 2424 del Cód. Civ. y Com. y también es conocido que ese derecho a heredar puede perderse.

El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica el cese de la convivencia excluyen el derecho hereditario entre cónyuges, de acuerdo con el art. 2437.

Más allá de la inconveniencia de la solución de fondo, que implica retrotraerse a la redacción original del Código Civil de Vélez Sarsfield, que no consideraba las conductas que podían haber originado dicha separación, lo cierto es que la

falta de vida en común hace cesar la vocación hereditaria conyugal.

En consecuencia, sería posible sostener que el solo vínculo matrimonial no es requisito suficiente para gozar del derecho hereditario, sino que, además, se requiere la convivencia, en cuyo caso, si esta interpretación fuera atendida, los cónyuges que deciden no cohabitar no se heredarían recíprocamente.

Por el contrario, otra interpretación que podría efectuarse consiste en señalar que no ha sido prevista en forma expresa la situación que se analiza y que, al no ser viable la separación de hecho porque nunca convivieron, se debe mantener la vocación hereditaria.

Esta última alternativa parece más razonable y acorde con el respeto de la decisión individual de no convivir.

XI. Competencia territorial en los procesos de divorcio y de nulidad de matrimonio

Conforme resulta del art. 717 del Cód. Civ. y Com., en las acciones de divorcio o nulidad de matrimonio, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado, a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.

La primera alternativa no puede existir en el caso que se contempla en esta nota, ya que, al habitar los cónyuges en distintos domicilios, no se ha constituido un último domicilio conyugal.

En tal supuesto, cuando media petición individual, queda como única alternativa determinar la competencia territorial por el domicilio del demandado.

XII. Competencia territorial en los procesos de alimentos y pensiones compensatorias

También en estas acciones se ha determinado que es competente el juez del último domicilio conyugal, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor, como lo dispone el art. 719 del Cód. Civ. y Com.

Es evidente que, al no haber convivido en un mismo domicilio, la primera posibilidad de elección de la competencia no es posible.

XIII. Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio o en la nulidad de matrimonio

Las medidas provisionales relativas a las personas pueden consistir en determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble (art. 721 inc. a).

Nuevamente, es preciso señalar que no habrá vivienda familiar cuando los esposos han decidido no convivir en un mismo domicilio, por lo que no cabe su atribución a uno de ellos de manera provisional.

El otro supuesto tampoco se presenta en su expresión inicial porque no hay un cónyuge que deja el inmueble donde habrían habitado.

Sin embargo, es posible que, dada la característica de la relación, uno de los esposos haya dejado bienes en el domicilio del otro y, en este supuesto, resulta viable el pedido de que se adopte una medida provisional a fin de que pueda retirar dichos bienes al igual que se le entreguen los objetos de su uso personal que se encuentren en poder del otro cónyuge. (art. 721 inc. c)

XIV. Competencia internacional en las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio

Estas acciones, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo, o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado (art. 2621).

La última parte de dicha norma define el domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia entre los cónyuges.

Va de suyo que esta alternativa no se puede presentar en los casos de matrimonios sin convivencia.

Puede darse el caso de que uno de los cónyuges viva en la República Argentina y el otro, en un país extranjero. En este supuesto, la competencia territorial dependerá de quién sea el cónyuge que promueve la demanda, siguiendo la regla del domicilio o residencia habitual del demandado.

XV. Efectos personales del matrimonio en el derecho internacional

El art. 2624 reitera que las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo.

Otra vez con el ejemplo de esposos que viven en distintos países, en tal supuesto, al no haber domicilio conyugal, se genera una incertidumbre acerca del derecho aplicable a las relaciones personales de los esposos.

XVI. Efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho internacional

Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración (art. 2625 primera parte).

Si no existe un primer domicilio conyugal o si tampoco se ha constituido un domicilio común más tarde, el derecho que regiría las convenciones matrimoniales debería ser el que corresponde al lugar de su celebración, porque la referencia a los domicilios no puede ser aplicada.

Otro tanto sucede cuando, respecto del derecho que rige el régimen de bienes, no se ha celebrado una convención matrimonial, ya que nuevamente el segundo párrafo del art. 2625 remite al primer domicilio conyugal.

Si los esposos residen en diferentes países desde la celebración de las nupcias sin convivencia, no se sabrá con precisión cuáles son las normas aplicables al régimen de bienes.

Esta incertidumbre podría resolverse tomando en cuenta el derecho del lugar de celebración de las nupcias, pero es claro que se trata de una

interpretación posible a fin de brindar una respuesta ante el silencio de la ley.

XVII. Divorcio y otras causas de disolución del matrimonio en el derecho internacional

También en estos casos, el divorcio y las causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges, conforme resulta del art. 2626 del Cód. Civ. y Com.

En el caso de esposos que residen en distintos países, no se tendrá la certeza del derecho que resulta aplicable y, en definitiva, dependerá del cónyuge que tome la iniciativa demandando ante un juez del domicilio del otro, ajustando así la demanda a las normas que rijan en el Estado .

XVIII. Consideraciones finales

A la luz de los puntos que brevemente se han señalado, resulta evidente que existen dos especies de matrimonio: aquel en el que los cón-

yuges conviven y otro en el que los esposos han decidido no compartir una vivienda. y queda en claro que el caso del matrimonio sin convivencia no ha merecido una consideración expresa, manteniéndose toda la regulación como si continuara existiendo el deber de cohabitación en un mismo domicilio.

Es por ello por lo que se alude reiteradamente a la separación de hecho como supuesto que trae aparejada una modificación de los derechos existentes entre los cónyuges, y dichas disposiciones resultan aplicables a los matrimonios en los que ha existido una convivencia previa al cese de la vida en común.

Sin embargo, esta nueva realidad posible — los matrimonios sin convivencia— amerita que sea tenida en cuenta en forma expresa para evitar las dificultades interpretativas que, sin lugar a duda, se suscitarán en el futuro, al tener que aplicarse el Código Civil y Comercial de la Nación tal como está redactado en la actualidad.

Fundamentos constitucionales y convencionales de la obligación alimentaria en el derecho argentino

Úrsula C. Basset

Sumario: I. Introducción.— II. Una fenomenología de la deuda alimentaria.— III. Fundamento constitucional y convencional de la deuda alimentaria.— IV. Los cuatro niveles de la fundamentación del derecho alimentario.— V. Primer nivel de fundamentación: el derecho a la vida y sus derivados.— VI. Segundo nivel: derechos de naturaleza relacional y alimentos.— VII. Tercer nivel: igualdad y vulnerabilidad y su resguardo en la obligación alimentaria.— VIII. Cuarto nivel de fundamentación: el principio de efectividad de la obligación alimentaria.— IX. Palabras finales.

I. Introducción

La crisis derivada de la pandemia que afecta a los argentinos tiene un efecto completamente singular. Las crisis nos obligan a pensar a partir de los más vulnerables y esa tal vez sea la mejor manera, la más saludable, de pensar las instituciones (1).

II. Una fenomenología de la deuda alimentaria

La obligación alimentaria es, según el jurista francés Lucien Jeny, desde el derecho romano “una obligación de derecho natural, no en el sentido de que esté desprovista de la ejecución civil, sino en el sentido de que deriva *“ex affectu, pietate, aequitate, caritate, que sanguinis”* (2). Su fundamento está en el pentágono que dibujan el afecto, la piedad, la equidad, la caridad o la sangre, bien que esta última pueda entenderse a los otros constitutivos de los vínculos de familia. De ahí que al legislador y al juez les repugne particularmente su incumplimiento. Es decir que,

como se ha señalado bien, no debería ser materia de requerimiento por parte de los agentes del Estado (3), los miembros de la familia deberían ser solícitos en su cumplimiento porque es lo que emerge, natural e identitariamente, de los vínculos de familia y la solidaridad y responsabilidad que ellos comportan. El incumplimiento de la obligación alimentaria tiene algo de anti-natural, de contrario al buen sentido de las cosas. Y así, el incumplimiento de la obligación es un poco ininteligible.

Tan poco natural es la falta de asistencia alimentaria entre los miembros de una familia que el derecho imagina que las consecuencias se equiparan casi a perder el estatus, al menos en su proyección económica. El padre que no paga a sus hijos alimentos durante la menor edad es indigno para heredarlo. El hijo que no asiste a su padre en la necesidad es también indigno. Ser indigno equivale a decir que hijos y padres que no se prestaron asistencia no merecen ocupar el lugar de tales en la herencia.

Aún más: la causa generadora de los alimentos es la *“inopia”*, la necesidad. Es el pri-

(1) Es nuestra apuesta en BASSET — FULCHIRON — LAFFERRIERE - BIDAUD-GARON, “Tratado de la vulnerabilidad”, Buenos Aires, La Ley, 2018.

(2) JENY, Lucien, “L’obligation alimentaire dans l’ancienne Rome et en droit français”, Collin, París, 1876.

(3) CÓRDOBA, Lucila - CÓRDOBA, Florencia, “Derecho-deber alimentario” en SIDERIO, Alejandro, CALLEGARI, Mariana, “Alimentos”, La Ley, Buenos Aires, 2017, Cap. 1.

mer elemento constitutivo de la obligación. Se trata de una necesidad vital. La necesidad es la fuente de la obligación, de modo que, si no existe, no se conforma la obligación alimentaria. Esa necesidad puede ser una necesidad que advino o una necesidad constitutiva. La necesidad adviene cuando un pariente cae en desgracia o cuando, por circunstancias de la vida, no la puede subvenir por sí. La necesidad es constitutiva cuando la vulnerabilidad es una marca indeleble, como durante la infancia.

Un elemento indispensable (aunque no generador de la obligación) es la posibilidad del alimentante de satisfacer la deuda alimentaria: la facultad de pagarla. Este es el segundo elemento constitutivo de la obligación: su condición de procedencia. Son quienes están en mejores condiciones de pagar la deuda quienes los deben (4). La facultad de pagarlos se analiza en concreto y contextualmente, teniendo en cuenta los bienes y las cargas familiares del obligado (5).

El derecho limita los obligados alimentarios en función del parentesco. Si bien los derechos económicos, sociales y culturales se acuñan hoy en formato universal y los alimentos se encuadran dentro de ese marco (6), lo cierto es que la obligación de asumir el cuidado reposa inmediatamente en la familia. Se trata del tercer elemento de la obligación: el espectro de los obligados y los beneficiarios.

La familia reconocida por el derecho como obligada a prestar alimentos es aquella que se funda en el matrimonio y en la filiación. Se deben alimentos los esposos entre sí durante el matrimonio hasta el divorcio y, excepcionalmente, aun con posterioridad. Los alimentos son una de las pocas obligaciones entre esposos que sobrevive a la ruptura. El derecho argentino no reconoce una obligación alimentaria entre

unidos convivenciales, o bien, la reconoce implícitamente en el deber de asistencia, pero evidentemente no con la misma fuerza que en el matrimonio.

Ascendientes y descendientes se deben alimentos teniendo en cuenta la regla de la proximidad: el más próximo desplaza al más remoto en la obligación.

La obligación alimentaria es una de las pocas que reconoce la fraternidad en el derecho argentino. Hacia los hermanos nace una obligación subsidiaria, ya sean bilaterales o unilaterales. Pensemos cuán injusto sería que un millonario dejase pasar hambre a su hermano o medio hermano. Hay sistemas comparados en los que los hermanos no tienen obligación alimentaria alguna entre sí (7).

Finalmente, en un lugar difícil de discernir, el derecho argentino encuentra que los parientes afines en línea recta en primer grado están obligados a los alimentos.

El derecho argentino reconoce un híbrido: la obligación alimentaria del progenitor afín. Es un híbrido porque el progenitor afín no siempre es padre, pero ocupa el lugar del padre (es una figura análoga al padre) y es la única obligación alimentaria que nace de la afinidad, sin que haya necesariamente parentesco por afinidad con el alimentado (no necesita estar casado, siquiera, con su madre o su padre).

Es decir que la deuda alimentaria es una deuda que no debería ser jamás reclamada a los ojos del legislador, porque es tan inherente su cumplimiento a las relaciones de familia que el reclamo de ejecución acaba siendo revelador de una disfunción profunda en los vínculos y en la identidad y percepción del estatus de sus miembros.

Para recapitular, la configuración de una deuda alimentaria exigible depende de la respuesta que se dé a las siguientes preguntas:

II.1. ¿Cuál es la causa fuente?

(7) Es el caso, por ejemplo, del derecho francés.

(4) Art. 537 Cód. Civ. y Com.

(5) Ídem, nota .

(6) GROSMAN, Cecilia, "Alimentos a los hijos y derechos humanos. La responsabilidad del Estado"; en GROSMAN (Dir), Alimentos a los hijos y derechos humanos, Buenos Aires, Eudeba, 2004, p. 45 y ss.

La necesidad que se presume o que adviene. Se presume *iuris et de iure*, durante la menor edad de los hijos. Se presume *iuris tantum*, entre los 18 años y los 25 años de los hijos. Adviene entre esposos y parientes, y en ese caso pesa sobre el que pide los alimentos probar la necesidad.

II.2. ¿Quién es la familia obligada para el legislador (ámbito de exigibilidad de la obligación)?

Sin importar la fuente, a grandes rasgos, la deuda alimentaria tiene su última causa en las dos grandes estructuras del parentesco: alianza y parentesco. Dentro de la alianza, el derecho argentino solo reconoce el matrimonio como causa de la obligación. Las uniones convivenciales producen efectos solamente respecto de la obligación alimentaria del progenitor afín para con su hijo afín cuando no está casado. Dentro del parentesco, el círculo se cifra en la verticalidad (ascendientes y ascendientes), señalando la mayor cercanía del vínculo como criterio de preferencia. La única excepción de flujo colateral es la que se da entre hermanos unilaterales y bilaterales.

II.3. ¿Hay un orden de prelación?

Rige la regla de mayor proximidad. Dentro del mismo orden de prelación, quien está en mejor posibilidad de hacerlo.

II.4. ¿Cómo se pagan?

La modalidad de su prestación puede ser variada (en especie o en dinero, con muchas formas de hacer efectivo su cobro).

III. Fundamento constitucional y convencional de la deuda alimentaria

Básicamente, la deuda alimentaria depende de una serie de elementos que, en consecuencia, hacen disparar estructuras protectorias convencionales y constitucionales.

Lo más evidente es el mandato de protección de la familia y su subsistencia. Obligar a la soli-

daridad intrafamiliar en el ámbito del derecho civil es indudablemente una consecuencia del quicio natural, es decir, de que los alimentos en realidad hunden sus raíces en la naturaleza humana, y es precisamente por eso que constituyen un mínimo exigible en las relaciones de las personas que son muy próximas y dependientes. Esa solidaridad familiar es un derecho humano que regula el derecho positivo.

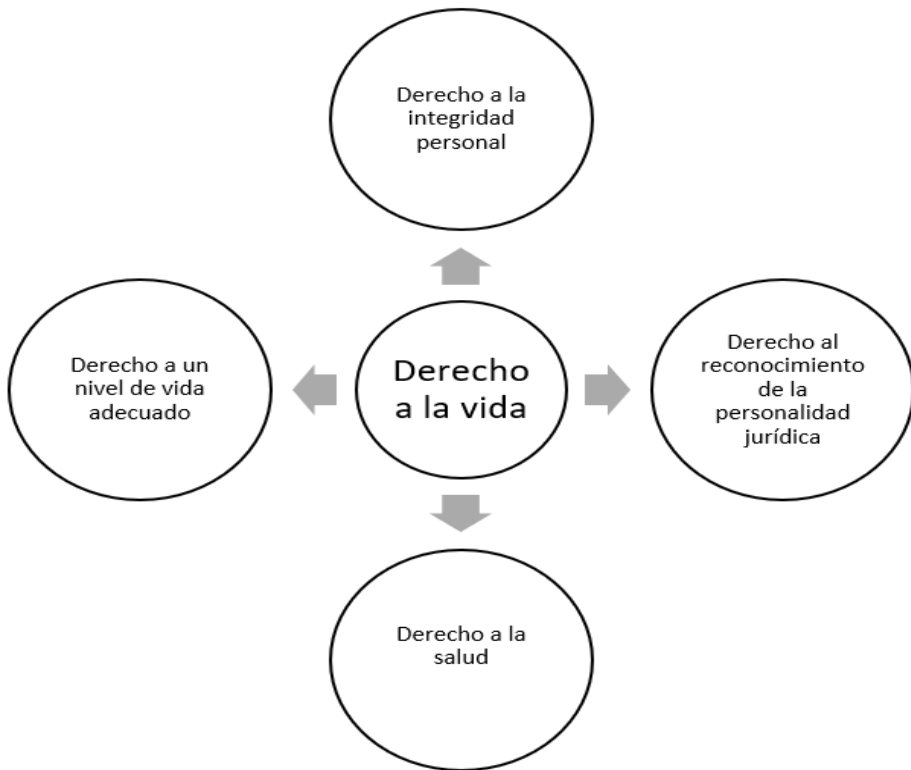
Hay un elenco de derechos que forman un tejido indivisible e indisoluble, en donde unos son condición de los otros. El fundamento principalísimo es el *derecho a la vida* (Declaración Universal de Derechos Humanos —DUDH—, art. 1°; art. 3°; Pacto de derechos civiles y políticos - PIDCPC, art. 6.1, Convención Americana de Derechos Humanos —CADH—, art. 4.1., Convención sobre los Derechos del Niño —CDN—, art. 6.1, Convención sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad —CPDPN—, art. 10, entre otros instrumentos). Del derecho a la vida dependen una serie de derechos que interactúan indisolublemente con su formulación. Los instrumentos internacionales no se conforman con enunciar la vida como un derecho primario. La vida humana, por su dignidad inherente, se conjuga simultáneamente con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica **(8)** (y el estatus nacional y familiar que de allí se deriva), el derecho a la integridad personal **(9)** (el reconocimiento cabal de la persona, su identidad y su proyecto de vida), el derecho a un nivel adecuado de vida **(10)** (salud, bienestar, alimentación, vestido, servicios sociales, vivienda, medio ambiente, etc.) y el derecho a la salud **(11)**.

(8) DUDH, Art. 6; PIDCP, Art. 16, CADH, Art. 3, CDPD, Art. 12.

(9) CADH, Art. 5, CDPD, Art. 17.

(10) DUDH, Art. 25, PIDESC, Art. 11.1., Protocolo de San Salvador —PSS—, Art. 10.1., CDPD, Art. 28.

(11) PIDESC, Art. 12, PSS, Art. 10, 1 —salud física, mental y social—, Art. 15, 3, c, Art. 16; CDN, Art. 6.2., 24, 27; CDPD, Art. 25.



En realidad, el derecho a la vida es el punto de partida de todos los derechos, aunque aquí consignamos un elenco de derechos muy evidentemente relacionados con él. Por otra parte, el derecho a la vida es el fundamento más evidente de la obligación alimentaria (12).

IV. Los cuatro niveles de la fundamentación del derecho alimentario

Este primer elenco de derechos muestra el nivel más básico de derechos vinculados a la obligación alimentaria: es el primer y más elemental nivel de fundamentación de la obligación alimentaria. Nosotros identificamos cuatro niveles. En el segundo nivel (lo veremos más abajo), ese derecho a la vida se conjuga con la dimensión relacional de los derechos humanos y tiene que ver con a quién debe imputarse la obligación y quién es el beneficiario (la relación entre la familia y el Estado en materia alimentaria). El tercer nivel es menos evidente y tiene que ver con el segundo: se trata del plexo de fundamentos relacionados con la igualdad y la vulnerabilidad. Hay un cuarto nivel, que tiene que ver con los tres anteriores: es el que se refiere al principio de efectividad, a la factibilidad de realización de los alimentos. Si lo graficamos, resultaría lo siguiente:

(12) MAKIANICH de BASSET, Lidia N., “Vocación alimentaria post separación o divorcio y reparación de los perjuicios”, LA LEY, 1991-B, 849.



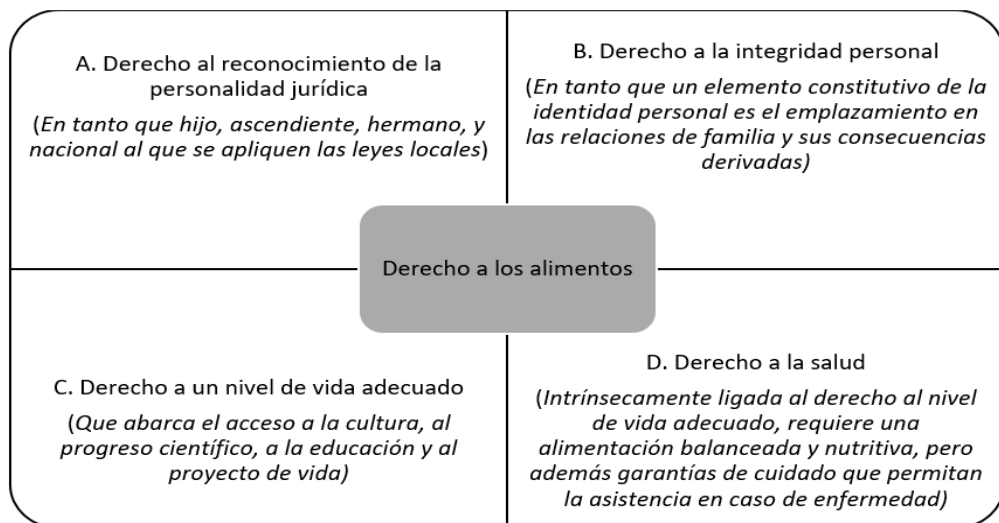
En este gráfico, puede advertirse cómo los cuatro niveles de fundamentación del derecho a los alimentos están intrínsecamente relacionados. Si bien los derechos humanos son indivisibles, lo cierto es que algunos son condición de la garantía de otros.

En este caso, es difícil saber si el derecho a la vida, que es condición de goce de todos los derechos, no debe ser precedido por la protección de la familia, dado que toda vida nace de otra que asegura su existencia. En este punto entran a jugar las reglas que protegen la maternidad desde el embarazo y la vida desde la concepción, que son dos caras de una misma directriz, en la que una hace posible la otra. Es el problema de los derechos individuales: para ser posibles deben florecer en un cantero de relaciones familiares y sociales. El ser humano, en cuanto que ser social (y el derecho, dirigido a otro) solo resulta posible en un contexto social, en donde el otro se parte no solo retóricamente o en cuanto que deudor, sino en cuanto que garante y condición de posibilidad de la existencia del derecho y de los derechos individuales y sociales. De ahí que la matriz individualista de concepción de los derechos humanos resulte defectuosa para dar cuenta adecuada de su complejidad e interacción.

V. Primer nivel de fundamentación: el derecho a la vida y sus derivados

Del derecho al nivel de vida adecuado, a la salud, al reconocimiento de la personalidad jurídica (en cuanto que *status* nacional y de familia) y a la integridad personal (identidad) deriva también el derecho a la alimentación (13). Básicamente, este primer nivel de lectura de la fundamentación del derecho de los alimentos entronca con estudios precedentes relativos a la incidencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho de los alimentos. Solamente que consideramos que esa es una de las dimensiones que derivan del derecho a la vida como existencia personal. De tal suerte que:

(13) PSS, art. 12, art. 15, 3.a.b, CDN, art. 24 c y e, arts. 26 y 27 (corresponsabilidad Estado-familia), art. 27.4 (obligación del Estado de asegurar la pensión alimenticia).



V.1. Derecho de los alimentos y reconocimiento a la personalidad jurídica e integridad personal

La obligación alimentaria tiene un primer fundamento en *el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la integridad personal*. De ahí deriva la necesidad de emplazamiento respecto de un estado de familia para su exigibilidad. Este emplazamiento, al mismo tiempo, se relaciona con la integridad personal, ya que supone una forma de expresión (dinámica y estática) del derecho a la identidad. El emplazamiento de familia, en cambio, hace nacer un plexo de obligaciones que se proyectan dinámicamente a lo largo del tiempo. De ahí que la obligación alimentaria dependa estrechamente de:

-políticas de determinación de la filiación que permitan certeza y emplazamiento generalizado (determinación “estática” del emplazamiento);

-políticas de proyección del emplazamiento familiar en un plexo de obligaciones que obligue a ambos progenitores en el cuidado de los hijos (proyección “dinámica” del emplazamiento);

-y políticas que regulen las obligaciones (solidarias) derivadas de dicho emplazamiento a lo largo de las vicisitudes de la vida (vejez, enfermedad, divorcio, discapacidad, proyección “dinámica” del desplazamiento).

V.1.a. Estado de familia, identidad estática y alimentos

En el ámbito de la obligación alimentaria entre ascendientes y descendientes, la posibilidad y eficiencia del reclamo alimentario también depende del reconocimiento y existencia de una coparentalidad establecida, es decir, depende de un derecho filiatorio que favorezca el principio de coparentalidad (14).

(14) En este sentido, la Recomendación General Nro. 21 de la CEDAW, par. 19, que emana del art. 5, inc. b de la Convención para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: “Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.

Caso contrario, el peso entero del mantenimiento de los hijos pesa sobre los hombros de la madre jefe de familia (15). Respecto de esto último, aparece en el trasfondo una remisión implícita a los derechos de la mujer (16), quien ejerce prevalentemente en la práctica el cuidado habitual de los niños y a quién la falta de integración de la fórmula parental perjudica (17).

Claro que la falta de establecimiento y respeto del principio de coparentalidad no perjudica sólo a la mujer: produce un verdadero desequilibrio social. En primer lugar, hay que recordar que los alimentos son un derecho de los hijos primariamente, y por lo tanto son indisponibles para sus representantes legales. Así lo es también la filiación paterna, que es su condición de posibilidad. Por otra parte, al no establecerse la filiación paterna, existe una probabilidad de que el Estado tenga que suplir lo que el padre del niño no aporta, sustrayendo así de la solidaridad pública por la falta de estructuración de la red de solidaridad inmediata que garantiza la familia. Finalmente, toda vez que los alimentos se proyectan dinámicamente, a la inversa, hay una red de sostenimiento de los adultos que va a fallar en el futuro. Si el padre requiere ser cuidado en la vejez, ese peso recaerá sobre los hermanos cuyo vínculo filiatorio esté establecido.

(15) No tenemos suficientes estudios estadísticos en Argentina, pero la experiencia comparada lo demuestra. El estudio de referencia en esta materia es el de Leonore Weitzman, "The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America" (1985) y el estudio de Martha Albertson Fineman, "The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform" (1991). Con críticas, recogen: Deborah Dinner "The Divorce Bargain: The Fathers' Rights Movement And Family Inequalities", *Virginia Law Review* (2016), Vol. 102, p. 79 y ss.; Saul D. Hoffman & Greg J. Duncan, "What Are the Economic Consequences of Divorce?", 25 *Demography* 641, 641 (1988); Rosalyn B. Bell, "Alimony and the Financially Dependent Spouse in Montgomery County", Maryland, 22 *Fam. L.Q.* 225, 284 chart 6 (1988), entre otros.

(16) Leemos en la Recomendación General 29 de la CEDAW, par. 4: "Pese a las contribuciones de la mujer al bienestar económico de la familia, su inferioridad económica se refleja en todas las etapas de las relaciones familiares, debido a menudo a las responsabilidades que asumen respecto de los dependientes". Ver también par. 44.

(17) Ver las dos últimas notas.

Se advierte inmediatamente cómo se conjugan elementos relativos al derecho a la vida con los fundamentos relativos a la dimensión relacional de los derechos humanos (protección y deberes de la familia y el Estado) y el derecho a la igualdad. En el párrafo anterior, se demuestra cómo la mujer, ante la falta de establecimiento del vínculo coparental, puede verse perjudicada (una cuestión inherente al derecho antidiscriminatorio). Sin embargo, esa desigualdad se proyecta inmediatamente y de manera más dramática sobre el hijo, en el que muy probablemente habrá una pérdida de chance por no contar con el doble aporte alimentario. Ese desequilibrio se proyecta dinámicamente a lo largo del tiempo sobre otras estructuras del parentesco.

V.1.b. Derecho de alimentos, reconocimiento de la personalidad jurídica y principio de coparentalidad

De ahí que una pieza fundamental de la eficiencia del sistema alimentario sea el *fomento del principio de coparentalidad (18)*, tanto en su esfera estática (de establecimiento del emplazamiento familiar como presupuesto de la exigibilidad de la deuda alimentaria) como *dinámica* (de regulación de las consecuencias de dicho emplazamiento).

En ese sentido, algunas consideraciones, primero, respecto de la *esfera estática de reconocimiento de la coparentalidad*: El Código Civil y Comercial solo insiste en la coparentalidad en la hipótesis de la filiación por naturaleza, y sobre todo si esta ocurre fuera del matrimonio.

- La filiación por TRHA admite la monoparentalidad como modelo sin que se incremine socialmente (ni jurídicamente) a la madre que realiza esta opción. No olvidemos que la titularidad del derecho a la coparentalidad es, principalísimamente, de los hijos, como lo es el derecho a percibir alimentos de ambos padres. Es curioso que si se trata de una TRHA ese derecho resulte disponible.

(18) PIDCP, art. 23.4, CADH, art. 17, inc. 4, CDN, art. 5º, art. 9º, art. 18.1.; CEDAW, art. 5 y 16 inc. f; ver también Recomendación General 29, par 4, 44 y Recomendación General 21, CEDAW.

Por otra parte, en el sistema actual, la filiación se establece óptimamente y con más seguridad en el matrimonio, porque la estructura del matrimonio permite la aplicación de presunciones. Tal vez sería hora de pensar en presunciones para la filiación nacida al amparo de una unión convivencial (19). Finalmente, se le exige a la unión convivencial más estabilidad que al matrimonio en el derecho contemporáneo: la unión convivencial exige dos años de convivencia exclusiva e ininterrumpida entre los convivientes, mientras que el matrimonio ni siquiera garantiza jurídicamente el deber de fidelidad ni una duración mínima. O bien, favorecer el matrimonio (que sería la solución más razonable, pues sigue implicando un compromiso mayor), puesto que este garantiza óptimamente la determinación de la filiación, y, en ese caso, regularlo de manera coherente con las demás relaciones de tipo conyugal que reconozca el derecho civil.

V.1.c. Derecho de alimentos y pérdida de aspectos derivados de efectos dinámicos del emplazamiento familiar: indignidad, ingratitud, daños y perjuicios y delito penal de incumplimiento de los deberes alimentarios

En cuanto a la *esfera dinámica*, las consecuencias del emplazamiento desvelan algunas características sumamente interesantes:

- De una parte, provocan la *indignidad*. Es decir que, aunque la persona por el emplazamiento esté llamada a la herencia, no es digno de ella por no haber prestado alimentos al causante o por no haberlo recogido en un establecimiento adecuado cuando lo necesitaba. Así dice el art. 2281. e): "(...) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo" podrán ser declarados indignos y perder así su vocación hereditaria. Para el derecho, si procede la declaración de indignidad, es como si nunca hubieran tenido ese llamamiento. En otras palabras, es como si el emplazamiento de familia, a los efectos hereditarios, nunca hubiera existido. Se borra retroactivamente por no haber actuado ese estado de familia en la faz dinámica de la prestación alimentaria.

(19) Cfr. Recomendación General 18, CEDAW.

- De otra parte, la *ingratitud*. La ingratitud del alimentado puede hacer perder el derecho a cobrar los alimentos. Ahora bien, solo opera en determinadas hipótesis. El régimen de la indignidad se relaciona estrechamente con el de ingratitud, y el Código Civil y Comercial hace un reenvío de una institución (indignidad) a la otra (ingratitud) (20). Cuando la dependencia es grande, como entre padres e hijos menores de edad o con discapacidad, la ingratitud del hijo no puede ser invocada.

- En el caso de los alimentos entre esposos, si el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad [entre las que cabe el maltrato al cónyuge alimentante (21) o injuria gravemente a su cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes (22)], puede perder el derecho (23).

- Se pierde también en los alimentos excepcionales posteriores a la ruptura, si la persona incurre en alguna de las causales de indignidad (24), entre ellas, nuevamente, maltrato o injuria grave a cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes.

-Lo propio sucede con la atribución de la vivienda entre esposos después de la ruptura. La

(20) Art. 2281, inc. i): "los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones".

(21) Art. 2281, inc. b): "los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria".

(22) Art. 1571, que en su inc. a), dice: "si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes" y, en el inc. b) "si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor".

(23) Art. 433: El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad. Art. 434: En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

(24) Art. 434: En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

atribución de la vivienda tiene un claro componente alimentario (25) y se rige por las mismas reglas que los casos anteriores.

- En alimentos entre parientes, se presenta el mismo escenario: si el alimentado incurre en las causales de indignidad, cesa la obligación (26). Otra vez lo mismo: vale el maltrato o la injuria grave a cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes.

- En la obligación alimentaria que nace de la donación, y que tiene naturaleza subsidiaria, la falta de cumplimiento permite la revocación de la donación por ingratitud (27).

- Todo hace pensar que, si hubiera perdón de la ofensa o si hubiera arrepentimiento por parte del alimentado, la obligación renacería (28).

Es que los alimentos son una obligación que supone *reciprocidad de dones*. Hay un don, pero ese don está en el contexto del principio sin-lagmático, contextualizado porque lo que despierta los alimentos es un desequilibrio radical: el que nos necesita está urgido y depende. Esa reciprocidad es a veces sincrónica, a veces asincrónica. Es sincrónica cuando cualquiera de los dos está simultáneamente obligado a prestarlo si se dan las circunstancias. En cambio, es asin-

crónica en el caso de los hijos. Ellos deben alimentos a sus padres, pero ese pago ocurrirá solo cuando ellos sean mayores de edad, tengan facultad de pagarlos y no en la misma extensión en que sus padres debieron proveérselos en su momento a ellos.

Por la lógica del don, el que los recibe con ingratitud se hace indigno de percibirlos. La única excepción resulta respecto de los alimentos que los padres deben a sus hijos (29). La razón es lógica: si bien subsiste la reciprocidad asincrónica, los hijos que maltrataran a su padre o a su madre, que ofendieran a su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o sus descendientes estarían aún en una situación de dependencia existencial por la cual el padre o la madre obligados se verían obligados al deber especial de tolerancia que impera en las relaciones de familia.

Alguna doctrina ha entendido que la falta de prestación de alimentos durante la minoría de edad puede dar lugar a un reclamo de *daños y perjuicios* (30). Para Ferrer, en este caso, la indemnización asume un doble carácter: resarcitorio y sancionatorio o punitivo (31). Para nosotros comprende el resarcimiento del daño material y moral.

Como bien señala Ferrer, ambos progenitores son los obligados de soportar la obligación (principio de coparentalidad). De modo que, si alguno de los dos no lo hace, es damnificado directo y tiene acción para reclamar al otro. Por el período anterior al reclamo de alimentos, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado (art. 669,

(25) Art. 445.- Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

(26) Art. 554.- Cese de la obligación alimentaria. Cesa la obligación alimentaria: a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad; b) por la muerte del obligado o del alimentado; c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

(27) Art. 1559.- Obligación de alimentos. Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede liberarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado. La ingratitud surge del art. 1571. "d) si rehúsa alimentos al donante", puede revocarse la donación por ingratitud. Art. 1572.- Negación de alimentos. La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos sólo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia.

(28) COBACHO GÓMEZ, José Antonio, "La deuda alimentaria", Madrid, Montecorvo, 1990, p. 201, con cita de Lacruz Berdejo.

(29) BOSSERT, Gustavo, "Régimen jurídico de los alimentos", Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 256.

(30) Ver FERRER, Francisco A. M., "Daños en las relaciones de familia", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2019, p. 525 y ss. CÓRDOBA, Lucila, "Reparación de los daños provocados por incumplimiento alimentario del deber alimentario de los hijos", en BASSET — PITRAU — ROLLERI - ROVEDA, "Los nuevos horizontes del derecho de familia", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 581 y ss. FERRER, Francisco A. M., "Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación, en Revista de Daños, Nro. 2002-2, Rubinzal Culzoni, ps. 327 y 328.

(31) FERRER, Daños..., ob. cit., p. 527.

2do. párrafo). No obstante, también podría reclamar, como en el caso que se detalla más abajo de la Sala K, daño moral .

Si el padre incumple su obligación alimentaria y la madre se hace cargo, queda subrogada en los derechos de los hijos a los alimentos, y por eso tiene derecho a reclamar en derecho propio. No se trata solamente de un reembolso (32). La madre pudo haber sufrido postergaciones en la realización de su propio proyecto de vida, privaciones o postergaciones, haber padecido lucro cesante y daño emergente, daño psicológico por la sensación de abandono y daño espiritual o moral. Lo propio puede decirse del hijo.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia italiana han sido favorables al reconocimiento de la indemnización por daños por falta de pago de alimentos, ya sea por falta de reconocimiento de la filiación, o bien por privación ulterior de pago de la cuota e incumplimiento de los deberes emergentes de la responsabilidad parental. En este sentido, la Corte de Casación Italiana sostuvo en el año 2014 que:

“La violación del deber de mantenimiento, instrucción y educación de los padres hacia la prole, a causa del desinterés mostrado respecto de los hijos por largos años bien puede integrar los extremos del ilícito civil, causando una lesión de los derechos constitucionalmente protegidos y dar lugar a una acción autónoma de los hijos para el resarcimiento no patrimonial. Es un comportamiento revelador de responsabilidad de los padres el haber privado al hijo de la figura progenitorial paterna, que constituye un punto fundamental de referencia sobre todo en la fase de crecimiento y es un hecho idóneo para generar responsabilidad de tipo aquiliana” (33).

Hay varios fallos que han hecho lugar a diversas formas de reconocimiento de los daños y perjuicios por falta de pago de la cuota alimentaria:

- *Daño a favor del hijo por incumplimiento del deber alimentario, solo si se prueba la privación sufrida.* La Cámara Civil y Comercial de Minería de San Juan resolvió en 2005 en su Sala II que el solo incumplimiento del deber alimentario

solo sería indemnizable si se probara que el hijo sufrió privaciones por la falta del aporte paterno (34).

- *Daño moral a favor del hijo por el incumplimiento alimentario.* La Cámara Civil y Comercial de Junín resolvió en 2011 que el alimentante debía indemnizar a sus hijas por el daño moral sufrido a raíz del incumplimiento en el pago de la obligación alimentaria a su cargo, debido a la incertidumbre que provocó la falta de cumplimiento del aporte económico (35).

- *Daño material a favor del hijo por el incumplimiento alimentario.* Por otra parte, la Cámara Civil y Comercial de Trenque Lauquen, en el 2008, en el marco de un juicio de daños y perjuicios por falta de reconocimiento de hijo, sostuvo que correspondía reconocer el rubro de daño material por falta de aporte de la cuota alimentaria oportunamente: “corresponde otorgar una indemnización en concepto de daño material a quien no fue reconocido oportunamente por su padre, pues si bien en su hogar el reclamante tuvo satisfechas sus necesidades mínimas, la contribución de dicho progenitor desde el nacimiento le habría dado la chance de alcanzar una mejor asistencia y desarrollo en el ámbito educativo, cultural, espiritual y físico” (36).

- *Daño material a favor del hijo por falta de pago de alimentos.* En el mismo sentido que el precedente anterior y en el mismo año, la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A (filiación, rubro de daño material), sostuvo que: “la indemnización en concepto de daño material concedida a favor del hijo en razón de la falta de reconocimiento espontáneo de la filiación, tiene por objeto reparar aquellos perjuicios ocasionados por las carencias experi-

(34) Citado por CÓRDOBA, “Reparación...”, ob. cit. CCiv. y Com. Min de San Juan, Sala II, 25/10/2005, “N, H. E. c. P., R. M.”, LL Gran Cuyo 2006 (agosto), p. 928, con nota de Néstor Solari.

(35) Citado por CÓRDOBA, “Reparación...”, ob. cit., CCiv. y Com. de Junín, 15/12/2011, “E, M. C. c. L., J. C. y otro/a”, LLBA, 2012 (febrero), p. 85.

(36) CCiv. y Com. Trenque Lauquen, 11/08/2008, “V, S. A. v. A., G. E.”, LL Online. Citado por GARMIZO, Michelle, “Un fallo ejemplar: Reparación integral del daño causado por la falta de reconocimiento del hijo”, en RDF-2014-I, p. 43 y ss.

(32) FERRER, “Daños...”, ob. cit. p. 529.

(33) Cass. Sez. I, 22 Julio 2014, n. 16657.

mentadas durante la niñez y adolescencia que se hubieran evitado de haber percibido una cuota alimentaria, no así la suma del monto de los alimentos dejados de percibir (del voto de la Dra. Alonso de Ariet) **(37)**.

- *Pérdida de chance del hijo por falta de reconocimiento durante la menor edad*: La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Neuquén en 2009 negó la indemnización por pérdida de chance por falta de reconocimiento y, por lo tanto, falta de pago oportuno de alimentos: “Es improcedente el pedido de resarcimiento motivado en la pérdida de la chance que habría sufrido la actora por su imposibilidad de acceder a una mejor y mayor educación como consecuencia de la falta de reconocimiento paterno, en tanto no se advierte que éste, dentro del modesto nivel socioeconómico que evidencia, hubiera sido capaz de brindarle una mejor instrucción que se tradujera para ella, de forma eventual pero cierta, en un acrecimiento económico” **(38)**. En contra, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, también en 2009, hizo lugar: “Es procedente otorgar una indemnización en concepto de pérdida de chance al hijo del demandado, por la falta de reconocimiento filiatorio de su parte, pues, si bien las necesidades mínimas fueron cubiertas por la madre, el daño sufrido consiste en la frustrada posibilidad de que el menor tuviera otra opción terapéutica en el tratamiento que recibió por una patología auditiva que sufre, siendo que, en la chance no se repara el beneficio propiamente dicho que queda postergado, sino que lo que se indemniza es la posibilidad perdida de haber podido acceder a un tratamiento médico mejor” **(39)**.

- *Daño moral y material a favor de la madre por haber asumido la crianza sin la colaboración del otro progenitor*. El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en el año 2013, hizo lugar al resarcimiento por daño moral a favor de

la progenitora. El fallo sostuvo: “El accionado debe indemnizar, en los términos del art. 1109 del Cód. Civil, el daño moral causado a la madre por la falta de reconocimiento oportuno de la paternidad, toda vez que asumió una actitud culpable, despreocupándose de ajustar su conducta para no dañar con ella, injustamente, a la mujer que le había informado de estar embarazada por él y a sabiendas de haber mantenido con ella relaciones sexuales extramatrimoniales” **(40)**. El voto del Dr. Niz sostuvo, además, que: “El hecho de que la actora carezca de legitimación para reclamar el daño moral por la falta de reconocimiento oportuno de la paternidad —art. 1078 del Cód. Civil—, no implica negarle un resarcimiento por los perjuicios derivados de la circunstancia de llevar adelante el embarazo y los primeros meses de atención del niño sin la compañía del padre, pues estos sucesos demuestran el perjuicio sufrido de manera inmediata, principal, directa y exclusiva por aquélla”.

-La Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala K, sostuvo en 2014 que la madre está legitimada para reclamar el resarcimiento por daño moral por el abandono sufrido durante el embarazo. El voto de la juez de cámara Lidia Hernández sostiene que: “Observo que aun cuando no se le reconozca legitimación a la madre por considerarla damnificada indirecta, no se niega el dolor que pudo haber sufrido por tener que afrontar sola el nacimiento del niño y por la negativa del demandado en asumir sus obligaciones...” En este fallo pionero, la Cámara Nacional en lo Civil no solo hizo lugar al resarcimiento del daño moral por damnificada directa de la madre por la falta de reconocimiento, sino que también hizo lugar al daño material, puesto que la madre asumió sola anticipadamente todos los gastos que la crianza del hijo común implicó **(41)**.

(40) STJ de la Provincia de Corrientes., 24/10/2013, “J. S. c. J. C. E. s/ filiación”, AR/JUR/73500/2013.

(41) “Todo ello me lleva a considerar que resulta razonable la pretensión de la actora del reintegro de gastos efectuados por el período pretendido, pues a pesar de la lentitud en la tramitación del proceso el padre ya estaba notificado de la reclamación de filiación y nada hizo para conocer realmente si C. era su hijo y cumplir con su deber de asistencia material.” CNCiv., Sala K, “O. E., M. y otro c. P., A. O.”, 14/06/2013, Cita Online:

(37) CComodoro Rivadavia, sala A, 28/03/2008, “S., M. G. v. C., H.”, LL Online. Cit. Por GARMIZO, *ibidem*.

(38) CCiv., Com., Lab. y Minería de Neuquén, Sala I, 03/12/2009, “F. G. I. c. D. D. R.” La Ley Online, AR/JUR/57798/2009.

(39) CCiv. y Com. de Mercedes, sala III, 05/03/2009, “G., J. c. H. O. J”, ED, 232-190, AR/JUR/22100/2009.

-Responsabilidad solidaria en el pago de la deuda de la empresa que no retuvo la deducción de alimentos del sueldo del alimentante. Si bien no se trata de un caso de daños y perjuicios, el Juzgado de Familia de 5ª Nominación de Córdoba condenó a la empresa que incumplió la orden judicial de retener de los haberes de su empleado el monto establecido en concepto de alimentos es solidariamente responsable por las cuotas adeudadas, pues la conducta de aquella al no responder en tiempo y al no efectivizar la medida de manera inmediata constituye el factor de atribución de responsabilidad previsto en el art. 551 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, sumado a la obligación derivada del contrato de trabajo con su dependiente y la que posee ante la sociedad, y a la configuración del daño consistente en la falta absoluta de percepción del niño de la cuota alimentaria durante el período en que la empresa tenía una obligación de hacer (42).

Más específicamente, cabría pensar que, cuando la falta de pago de los alimentos configure, además, una forma de violencia económica hacia un adulto mayor, una mujer o un hijo, resultará aplicable la indemnización de daños y perjuicios que se admite unánimemente en la doctrina nacional cuando los daños proceden de la violencia familiar.

Por último, además de la responsabilidad penal, Argentina tipifica como *delito penal* el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Es verdad que la jurisprudencia que admite el delito es escasa y que la saturación del fuero impide dar una respuesta eficiente. Caben de todas formas severas dudas de que la respuesta penal sea una respuesta adecuada para la falta de pagos de los alimentos. La condena podría implicar la privación de la responsabilidad parental y, así, la pérdida del emplazamiento. La curiosidad es que, aunque el progenitor

fuera privado de la responsabilidad parental, sin el emplazamiento de padre, seguiría obligado a prestar alimentos. Nadie puede beneficiarse de su propia infracción. Si el padre dejara de pagar alimentos y así se lo privara de la responsabilidad parental, no sería admisible que así se eximiera definitivamente de hacerlo. ¡Sería tanto como premiarlo!

V.1.d. *Recapitulación*

Así pues, la falta de pago de los alimentos tiene una incidencia identitaria porque depende del establecimiento (estático) del estado de familia, y del ejercicio (dinámico) de ese estado, a través de los derechos y obligaciones emergentes de ese emplazamiento familiar.

En el ámbito estático, es clave la regulación y la propiciación del principio de coparentalidad.

En el ámbito dinámico, el derecho sanciona con la pérdida de la identidad dinámica: el alimentante que incumple pierde algunos aspectos que derivan de su emplazamiento familiar. Por ejemplo, puede resultar indigno en la sucesión de su hijo.

V.2. *Derechos económicos, sociales y culturales y derecho de alimentos*

Este aspecto de los fundamentos relacionados con el derecho a la vida se extiende también al derecho a un nivel adecuado de vida, tomando en cuenta rubros como alimentos, vivienda, vestido, esparcimiento, educación, salud y cultura (43). Este es probablemente el aspecto más desarrollado por la doctrina nacional, gracias al trabajo de referencia de Cecilia Grosman en su libro *Alimentos y derechos humanos* (44).

En alguna medida, el abordaje desde el vector de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) pone en tela de debate la interacción

AR/JUR/61522/2013, con nota de Carlos Ghersi, María Victoria Famá y Michelle Garmizo.

(42) Juz. de Familia de 5ª Nominación de Córdoba, 09/05/2016, "G. Y. B. y otros/solicita homologación" DFyP 2016 (agosto), 63 con nota de Claudio A. BELLUSCIO, RCCyC 2016 (septiembre), 223; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016 (octubre), 13 con nota de Claudia A. Priore; LA LEY, 14/10/2016, 3 con nota de Claudio A. Belluscio, LA LEY, 2016-E, 555.

(43) La enunciación del art. 659 respecto de los alimentos de los padres a los hijos menores incorpora: "La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio".

(44) GROSMAN (Dir.), "Alimentos a los hijos y derechos humanos", Buenos Aires, Eudeba, 2004.

en la medida justa de las responsabilidades familiares con la garantía estatal. Por otra parte, la vinculación de los DESC con el derecho a la vida acentúa el aspecto de necesidad y urgencia que implica la obligación alimentaria.

V.2.a. Los rubros que comprende la cuota alimentaria

Los rubros que comprende la cuota alimentaria expresan su fundamento en un concepto amplio del derecho a la vida, que incluye el derecho a una vida digna y adecuada. Así lo refleja la enunciación de los rubros incluidos en los alimentos a los hijos (45) o la regulación del legado de alimentos en el art. 2509: “El legado de alimentos comprende la instrucción adecuada a la condición y aptitudes del legatario, el sustento, vestido, vivienda y asistencia en las enfermedades hasta que alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad”.

V.2.b. Responsabilidad de la familia, responsabilidad del Estado

En buena medida, a la luz de lo dispuesto por el elenco de derechos económicos, sociales y culturales, así como de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, una de las discusiones que aparece en el telón de fondo es la responsabilidad del Estado en cuanto que garante de los DESC.

Nadie duda de la responsabilidad inmediata y del derecho-deber de prestar los alimentos de la familia. La pregunta resulta de las hipótesis de incumplimiento y del deber del Estado de garantizar que el trabajo sea digno, de que el trabajo permita proveer para la propia familia o del deber (¿subsidiario?) del Estado de responder a los DESC.

Esta relación entre familia y Estado en materia alimentaria la dejamos aquí planteada, para recogerla al hablar de la dimensión relacional en los fundamentos de la obligación alimentaria (nivel 2).

(45) Art. 659: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio”.

i. La necesidad como punto de partida de los alimentos y la urgencia

Toda vez que los alimentos suponen una necesidad vital, la idea de urgencia y de necesidad recorren la regulación de la prestación alimentaria. Dijimos que la necesidad es la causa fuente de la obligación alimentaria. Si no se establece la necesidad, no proceden los alimentos.

Esa necesidad se presume iure et de iure en el caso de los alimentos de los padres a los hijos.

Después de la mayoría de edad, la obligación alimentaria subsiste, haciendo jugar las presunciones inversamente. *Desde los 18 (mayoría de edad) hasta los 21 años* se deben los alimentos de la misma manera que antes de llegar a la mayoría de edad. *La necesidad se presume iuris tantum.* Solamente que el progenitor obligado puede probar que el hijo tiene ingresos suficientes y eximirse así del pago (46).

De los 21 años a los 25 años juega otra lógica. Se presume iuris tantum que el hijo no necesita los alimentos. El Estado impone a los padres una carga especial para favorecer al hijo “que se capacita”. A ese hijo el padre le debe alimentos si y solo si el perfil curricular de su carrera le impide trabajar y mantenerse por sí mismo. Aquí la carga de la prueba pesa sobre el hijo que demanda los alimentos.

En los demás supuestos, la necesidad no se presume y debe ser probada por quien invoca.

La necesidad como idea central de la obligación alimentaria aparece a lo largo del Código Civil y Comercial en varios otros artículos. Se trata siempre de la idea de que quien reclama los alimentos los necesita para su supervivencia, y de que, si no, no los reclamaría.

A diferencia de lo que sucede con los hijos, reclamar alimentos durante la mayoría de edad puede ser incluso humillante o motivo de vergüenza. Estos sentimientos ocurren especialmente cuando son los padres los que dependen de sus hijos. O un exesposo o exesposa de su

(46) Art. 659: (...) “La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintinueve años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

cónyuge, con el que ya no lo une el matrimonio. Para los hijos hay una estructura de cuidado que hace que los alimentos, sobre todo en la familia funcional, sean una evidencia. De ahí que las sanciones para su incumplimiento sean especialmente graves.

Entre las otras regulaciones que atienden a la noción de *necesidad en el Código Civil y Comercial*, están las siguientes.

-Los gastos de alimentos no son colacionables. Así lo dispone el art. 2392: "Beneficios excluidos de la colación. No se debe colación por los gastos de alimentos; ni por los de asistencia médica por extraordinarios que sean; ni por los de educación y capacitación profesional o artística de los descendientes." Parecería que aquí los alimentos se excluyen de la lógica del don. Sin embargo, es todo lo contrario. No son colacionables *a pesar* de ser un don, algo que se obscuía. La razón de la excepción es precisamente la urgencia y la necesidad de la deuda alimentaria.

-Según el art. 744, g), la deuda de alimentos queda excluida de la garantía común de los acreedores, así como la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio.

-Los alimentos percibidos por el derecho como bienes propios en el régimen patrimonial del matrimonio no tienen vocación a partirse (art. 464, ñ).

-Los alimentos a los hijos comunes o de uno de ellos menor de edad o con capacidad restringida que convivan con los cónyuges entre sí son imputables a ambos cónyuges (*mutatis mutandis* a los unidos convivenciales). Suponen un deber de contribución imputable al patrimonio de cada uno de ellos (deber de contribución, arts. 455 y 520).

-Las deudas contraídas con terceros por rubros de naturaleza alimentaria respecto de los hijos comunes o de uno de los convivientes o esposos que sean menores de edad y convivan o sean mayores y con restricciones a la capacidad suscitan una responsabilidad solidaria de ambos convivientes o cónyuges, cualquiera sea el

régimen patrimonial elegido en el matrimonio y aun en la unión convivencial (arts. 461 y 521).

-Los alimentos a los hijos comunes son una carga de la comunidad (art. 489, b).

Todas estas nociones describen esa continuidad del principio de necesidad de los alimentos que surge de su empalme con el derecho a la vida y como garantía de la existencia.

Como contrapartida, cabría decir que, si los alimentos empalman con el derecho a la vida, su incumplimiento supone una forma especialmente grave de infringir los deberes de solidaridad que presiden las relaciones de familia. Eso hace que la privación de los alimentos, sobre todo si es continuada, siempre sea cercana a la violencia económica, y, por otra parte, cuando causa un daño, se advierte la semejanza con el daño existencial y al proyecto de vida.

El art. 2564 prescribe el reclamo a los que están en el mismo orden.

Inútil es decir que la falta de pago de los alimentos incide en derechos de naturaleza fundamental como el derecho a la vida y a la vida digna (47).

VI. Segundo nivel: derechos de naturaleza relacional y alimentos

Los alimentos se relacionan con la protección de la familia y de las relaciones sociales. Que la familia cumpla sus funciones adecuadamente descomprime al Estado. Una familia que contiene a sus miembros y sostiene económicamente

(47) PITRAU, Osvaldo, "Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Código Civil y Comercial de la Nación", "Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación", julio de 2015, Libro *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea*, p. 389. Accesible en: <http://www.sajj.gov.ar/osvaldo-pitrau-alimentos-para-hijos-camino-desde-convencion-derechos-nino-hasta-codigo-civil-comercial-nacion-version-actualizada-modificaciones-introducidas-codigo-civil-comercial-nacion-dacfl150764-2015-07/123456789-0abc-defg4670-51fcanirtcod?q=%28id-infojus%3ADACF150764%29%20&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1>.

a los más débiles permite que el Estado pueda asistir a las personas más desventuradas, que no tienen una familia que se ocupe de ellas.

Al mismo tiempo, el aseguramiento de los DESC es una garantía del Estado. El Estado resulta imputable y puede ser condenado por falta de acceso al agua, a la vivienda digna o si los ciudadanos no acceden a la alimentación. Es sabido que el deber de garantía del Estado funciona de manera proporcional a los recursos y en forma progresiva. Nadie puede pedirle a un Estado pobre que provea como uno rico. Aparece curiosamente una analogía de proporcionalidad entre la facultad y necesidad que se advierte en materia alimentaria.

El Estado es garante y la familia está obligada. Ahora bien, la garantía del Estado no es solo capilar, respecto del individuo. Su garantía es de naturaleza institucional, respecto de la familia y sus funciones de cuidado. Es decir que el Estado tiene una interacción directa e indirecta en materia de DESC. A la inversa, la familia tiene una obligación directa y también tiene deberes para con la sociedad, como los tiene cada individuo. En esa trama de deberes y derechos individuales, grupales y sociales se fragua la obligación alimentaria.

VI.1. El abordaje normativo del derecho a la alimentación: entre solidaridad privada y solidaridad pública

En este sentido, el derecho a la alimentación, en cuanto que DESC, es enunciado específicamente en el Protocolo de San Salvador, arts. 12 y 15, inc. a y b. De otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a ellos en los arts. 24 c y e, arts. 26 y 27 y 27.4. El cuadro completo de normativa sobre el derecho a la alimentación es sumamente interesante.

- El Protocolo de San Salvador, en el marco de la Organización de Estados Americanos, dispone en el art. 12, inc. 1 lo siguiente: "Art. 12. Derecho a la Alimentación. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual."

- El art. 15, inc. 3 a y c del Protocolo de San Salvador dispone que el Estado debe "adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física intelectual y moral" (inc. c), y "garantizar a los niños una adecuada alimentación tanto en la época de la lactancia como durante la edad escolar" (inc. b).

- La Convención sobre los Derechos del Niño tiene varios artículos referidos al derecho de la alimentación. El art. 24, incs. c y e establece la obligación de "combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente". Claramente, se trata de obligaciones del Estado en materia de alimentación.

- El art. 24 inc. d dispone "asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres". Otra obligación cuyo garante es, evidentemente, el Estado.

- El art. 24 inc. e dice: "Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación permanente y reciban apoyo en la aplicación de conocimiento". Esta también es una obligación del Estado, pero tiene una dimensión mediata, que implica el reforzamiento de las capacidades de cuidado de los padres y las madres.

- El art. 26 inc. 2 otra vez interrelaciona familia y Estado, estableciendo pautas de justicia distributiva en las que el mérito se sopesa en torno a la doble vara de la necesidad y la eficiencia en la satisfacción del interés del niño: "Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre".

- De otra parte, el art. 27, inc. 2 dice que: “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.” Este artículo favorece la responsabilidad primaria de la familia en la prestación de los alimentos.

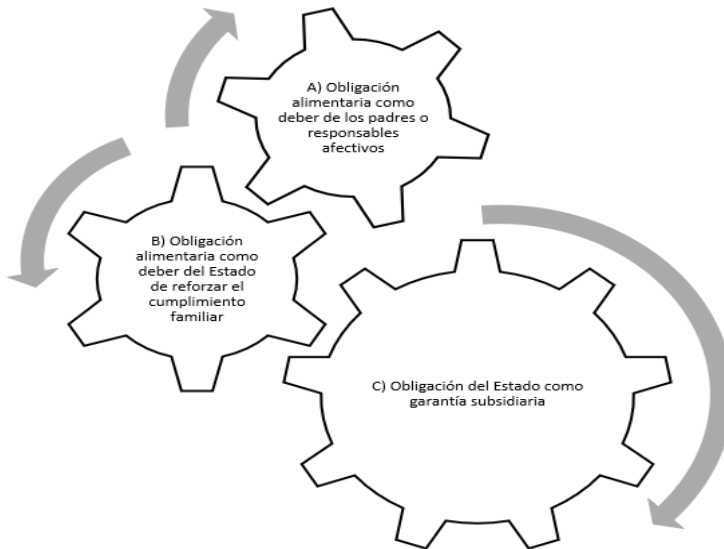
-En tanto, otra disposición de fortalecimiento familiar aparece en el inc. 27 inc. 3, en el que se dispone que: “Los Estados Parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

-Por último, un artículo de enorme importancia y que se vincula con el último nivel de fundamentación (el de la efectividad) es el art. 27, inc. 4: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero...”

Este escenario nos deja una interrelación compleja entre familia y Estado respecto de la obligación alimentaria, según habíamos adelantado al inicio de esta sección.

VI.2. Tres tipos de normas: de responsabilidad directa privada, de responsabilidad directa e indirecta del Estado

Encontramos *tres tipos de normas*: A) normas que obligan a los padres o “responsables financieros” del niño al pago de los alimentos (art. 27, inc. 2, CDN); B) normas que obligan al Estado a obligar a los padres o a reforzar sus capacidades de respuesta a la obligación alimentaria (art. 27, inc. 4; art. 27, inc. 3; art. 26, inc. 2, CDN); y, C) normas que obligan directamente al Estado a ser garante de la provisión de alimentos (art. 24, incs. c, d y e, CDN y arts. 12 y 15 del Protocolo de San Salvador). Para que aparezca a la vista:



Todas las piezas del engranaje deberían trabajar conjuntamente para que la provisión de alimentos para quienes los necesitan, especialmente para los niños, no fallara (principio de efectividad). Este mecanismo debería completarse con un adecuado acceso a la justicia.

Aunque en el diseño el engranaje mayor es el del Estado, es realmente difícil precisar, sin números estadísticos adecuados, si la mayor provisión alimentaria proviene de la garantía subsidiaria del Estado; más bien pareciera que el engranaje funciona principalísimamente por los supuestos mayoritarios en que las personas vulnerables son contenidas y cuidadas en el marco de la solidaridad privada (familiar y social). Pese a los números grandilocuentes de la ayuda estatal, la gran mayoría de niños y adultos mayores son cuidados en el seno de sus familias, que cumplen una función esencialísima de sostenimiento de la vida social.

VI.3. El contexto teórico de la solidaridad en el marco de los derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos abre su articulado con una frase sugerente: los derechos humanos hacen de nosotros hermanos, puesto que la familia humana lo equipara en dignidad. De esa igual dignidad que conlleva una fraternidad nace el deber de comportarse fraternalmente los unos con otros: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1).

En el contexto americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre contiene un capítulo entero dedicado a los deberes, contrapartida de los derechos. El art. XXIX establece que toda persona tiene el deber de convivir de tal suerte que los demás puedan desarrollar integralmente su personalidad, y el art. XXX sanciona el deber de “asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a los padres y e de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”. Finalmente, el art. XXXVII establece el deber de trabajo: “Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de sus capacidades y posibilidades, a

fin de obtener los recursos para su subsistencia o beneficios de la comunidad”.

La Convención Americana de Derechos Humanos recoge apenas una tímida parte de la riqueza de su documento antecedente. El art. 32, inc. 1 dispone que “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”. Un pálido reflejo (aunque muy válido) del esqueleto de deberes que fundamentan, en el ámbito de los derechos humanos, la obligación alimentaria.

VII. Tercer nivel: igualdad y vulnerabilidad y su resguardo en la obligación alimentaria

La igualdad es esencial, aunque su razón en el derecho guarda siempre una proporcionalidad con las circunstancias. Su complemento es la “perspectiva de vulnerabilidad”. Esta perspectiva permite descubrir las fragilidades y, a partir de allí, reinsertar a la persona vulnerable en contexto de solidaridades que la fortalezcan. Ambas perspectivas han tenido amplia recepción en el derecho internacional de los derechos humanos.

La igualdad y no discriminación está consagrada en casi todos los tratados internacionales y regionales, generalmente vinculada a una serie de enunciaciones no taxativas de discriminaciones posibles (DUDH, art. 2.1, PIDESC, art. 2.2., art. 3°, CADH, art. 1.1. y 24, CDN, art. 2°; CDPD, art. 3°, b, e, g, 5°, 6°, 7°, entre otros).

La vulnerabilidad es más bien un factor que surge a partir de la confrontación de normas generales con casos concretos, de ahí que suela hacer su aparición en el marco de jurisprudencia, especialmente en cortes internacionales de derechos humanos. No obstante, los documentos más recientes en la materia han incorporado el concepto.

Fineman ha sostenido que la perspectiva de vulnerabilidad era una síntesis superadora de la igualdad que permitía dar respuesta a circunstancias en las que la igualdad resulta un concepto demasiado estrecho para dar respuesta a discriminaciones de tipo imperceptible, como lo son, por ejemplo, las discriminaciones de tipo estructural o indirecto.

De ahí que el derecho internacional tenga un gran desarrollo en las últimas generaciones de tratados, en abordar la posición de sujetos vulnerables y en hacer una “traducción” de los derechos humanos universales en términos de un tipo de vulnerabilidad específica. La Convención sobre los derechos del niño es un ejemplo. Otros son la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos del Adulto Mayor. Todas estas “traducciones” de los derechos humanos son por sí mismas un esfuerzo equiparador.

En este sentido, algunas disposiciones merecen ser puestas de relieve:

-El artículo 17 del Protocolo de San Salvador (OEA) establece que: “Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.” Es una “traducción” del derecho a la asistencia alimentaria en sentido amplio, pública y privada al adulto mayor.

-El art. 18, inc. b del Protocolo de San Salvador establece que se debe “proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a finde ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos de desarrollo físico, mental y emocional de éstos”. Un texto un poco más sublimado se encuentra en el art. 4 inc. b de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU).

-Podríamos agregar lo referido más arriba sobre la Convención sobre la Eliminación de

Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y las dos Recomendaciones Generales en que la CEDAW se refiere al principio de coparentalidad como un resguardo principal de los derechos de la mujer, especialmente de la mujer en caso de ruptura, de la mujer con hijos o de la mujer que tiene a su cuidado dependientes, entre otras hipótesis de vulnerabilidad de la mujer.

Podríamos continuar con la enunciación de supuestos en los que la vulnerabilidad del sujeto que provee los alimentos o del que los recibe está comprometida. Por otra parte, es justo proyectar el concepto de igualdad y vulnerabilidad al acceso a la justicia (48), que es el otro aspecto de la igualdad, aunque también ligado al que denominamos cuarto nivel de fundamentación (la exigibilidad).

En todo caso, resulta claro que el reclamo alimentario, para ser garantía de igualdad, debe ser contextualizado y las vulnerabilidades, oportunamente detectadas para hacer jugar el complejo mecanismo de solidaridades privadas y públicas que detallábamos en la sección anterior.

Esta contextualización no impide considerar que un niño que carece de cuidados parentales debería tener los mismos derechos alimentarios que quien ha tenido la fortuna de tener padres: él también debería poder ser apoyado en su capacitación hasta los 25 años, a diferencia de la legislación actualmente vigente, que para los niños sin cuidados parentales anticipa la mayoría de edad a los 16, otorgando un subsidio mínimo hasta los 21, que ocasionalmente no resulta efectivo, postrando a los jóvenes más vulnerables de todos, que son aquellos a los que se priva del sistema más inmediato de cuidado que es la familia.

VIII. Cuarto nivel de fundamentación: el principio de efectividad de la obligación alimentaria

La punta de la pirámide de fundamentos de la obligación alimentaria está dada por el acceso a la justicia y por el principio de efectividad. El acceso a la justicia está regulado en numero-

(48) Entrarían en consideración, sin duda, aquí las 100 Reglas de Brasilia.

mentos de derechos humanos (49). El principio de efectividad aparece unas veces como principio del efecto útil, otras como principio de progresividad, otras como principio de no regresividad (50).

La interacción entre ambos constituye el último presupuesto de verdadero respeto y vigencia de la obligación alimentaria. Un derecho que no puede ejercerse de manera efectiva es un derecho que no se tiene. Y, si no se tiene, es una ficción retórica o un derecho de fuertes.

Muchas veces el derecho alimentario es un derecho de fuertes: del que tiene un buen abogado, del que consigue torcer el brazo al alimentante reticente y remiso a pagar.

Mientras tanto, el recurso de los débiles es la asistencia estatal, que engendra mayor dependencia y repite circuitos de humillación y afectación identitaria. Es una forma de falta de cuidado parental o familiar: la asistencia estatal evidencia que la persona necesitada no tiene familia a la que recurrir. No se viviría de esa forma en otras culturas. Sin embargo, en la cultura jurídica latina (y así lo atestiguan los sistemas jurídicos comparados), es la familia la que responde por el deber de piedad familiar. El que esa familia no responda es indicio de que no está o de abandono. Lo que se pide al Estado puede enunciarse como un derecho, pero es siempre una asistencia en la que el paternalismo es difícil de evitar. Tampoco son fáciles de evitar las complejidades que implican los manejos de fondos públicos.

(49) DUDH, art. 8, CADH, art. 8, Art. 25; CPDP, art. 13.

(50) DUDH, art. 8, PIDCP, art. 2.3, CADH, art. 26 principio de efectividad, PSS, art. 5, principio de no regresividad, CPDP, art. 4, 4, no regresividad, entre otros.

El principio de efectividad en materia alimentaria está en constante innovación. Legisladores, jueces y partes se devanan los sesos en encontrar mecanismos coercitivos adecuados para que el cumplimiento de la cuota sea efectivo. Registros de deudores morosos, intereses, multas, confiscación del pasaporte o del carnet de entrada al club de fútbol predilecto o de la licencia de conducir. En todos los casos, lo que falta es conciencia social del impacto moral, social y económico del incumplimiento.

IX. Palabras finales

Una sociedad que se permite tener deudores alimentarios es una sociedad que convalida un profundo desarreglo. El incumplimiento de la obligación alimentaria expresa un profundo malestar en relación con la responsabilidad de los padres, que también se traslada a otros debates contemporáneos sobre las relaciones entre padres e hijos.

Quien no es fiel en lo poco, no lo es en lo mucho. La máxima efectividad de la sanción resulta precisamente del hecho de que no sea necesario aplicarla. La multiplicación de las leyes no resuelve el problema de fondo, que es muy profundo: al contrario, puede agravarlo. *Non mos, non ius*, decía Tácito (51). Donde no hay buenas costumbres, en vano es multiplicar las leyes. De allí que, probablemente, la medida faltante, sean campañas de concientización social y una reforma profunda en términos de la responsabilidad maravillosa que significa engendrar un hijo y acompañarlo en su crecimiento hasta su plena autonomía.

(51) Anales, 3, 26.

El objeto del consentimiento matrimonial

Julio César Capparelli

Sumario: I. Introducción.— II. Los derechos y obligaciones en la ley 2393 de Matrimonio Civil.— III. La ley 23.515.— IV. La naturaleza de los derechos y deberes de los cónyuges.— V. Deberes jurídicos y deberes morales.— VI. Proyección jurídica del objeto del consentimiento matrimonial.— VII. El caso de los vicios del consentimiento.— VIII. La separación de hecho sin voluntad de unirse.— IX. A modo de conclusión.

I. Introducción

El tema elegido no parece revestir mayor interés en el derecho matrimonial debido a su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación, que dedica el Libro Segundo a las relaciones de familia, conteniendo el Título I las normas que se refieren al matrimonio, desarrolladas en ocho capítulos. El Capítulo 7 trata de los “Derechos y deberes de los cónyuges”. Como veremos más adelante, es dudoso que puedan encuadrarse como deberes jurídicos, salvo en lo que respecta a la obligación alimentaria.

El artículo 431, bajo el subtítulo de Asistencia, los enumera al establecer: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”.

Luego dedica los artículos 432 a los alimentos entre cónyuges, el artículo 433 a las pautas para la fijación de los alimentos y el artículo 434 a los alimentos posteriores al divorcio.

En estos breves trazos debemos buscar, desde el punto de vista del derecho positivo, el perfil del matrimonio diseñado por el legislador.

Esto es así porque, tal como lo prescribe el artículo 406, el matrimonio se funda en el consentimiento, pero dicha norma no expresa cuál es el contenido u objeto del consentimiento.

Dicho de otro modo, quien elige casarse se supone que debe saber qué es lo que está haciendo,

a qué se está comprometiendo, qué significa en definitiva su consentimiento matrimonial.

Vamos a tratar de precisar, entonces, el contenido del consentimiento matrimonial recorriendo brevemente los antecedentes legislativos para poder comprender las disposiciones que rigen las relaciones personales de los cónyuges en el derecho actual.

II. Los derechos y obligaciones en la ley 2393 de Matrimonio Civil

El art. 50 se refiere al deber de fidelidad, sin que la infidelidad de uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El incumplimiento da derecho al otro a pedir el divorcio por las causales del art. 67.

El art. 51 fija el deber de vivir en una misma casa con su mujer y pone sobre el marido la obligación de presarle a la esposa los recursos que le sean necesarios. A su vez, la mujer, según el art. 53, está obligada a habitar con su marido donde quiera que este fije su residencia.

Las sanciones ante el incumplimiento habilitan el derecho a reclamar alimentos a la mujer, y a ambos el pedir el divorcio por adulterio, art. 67,1, y por abandono voluntario y malicioso, art. 67,7.

No estaba previsto el deber de asistencia, tampoco el de cohabitación, ya que la ley se refería a vivir en una misma casa, correspondiendo al marido la fijación de domicilio.

Esta omisión no impidió que se efectuara una interpretación razonable que completaba el vacío legal.

Los tribunales entendieron que el compartir vivienda implicaba cohabitar en el sentido amplio del término, o sea el vivir juntos y el mantener relaciones sexuales. Por eso existía el divorcio por abandono voluntario y malicioso, así como la nulidad de matrimonio en caso de impedimento de impotencia.

Subyacía la noción de la causa fin del matrimonio, entendida como la entrega personal recíproca destinada a compartir la vida, procurar el bien del otro —aunque no se mencionara el deber de asistencia—, el sostener relaciones sexuales abiertas a la procreación. El incumplimiento daba lugar a petitionar el divorcio por la causa genérica de injurias graves establecidas en el art. 67,5.

Es interesante hacer notar que el silencio de la ley no fue obstáculo para la comprensión más amplia de los derechos y deberes de los cónyuges, todo ello en el marco de una sociedad en la cual el varón tenía un mayor predominio y también la obligación alimentaria, respondiendo la ley a la sociedad tal como estaba organizada en la época de su sanción a fines del siglo XIX.

III. La ley 23.515

Sin perjuicio de recordar que la reforma parcial del Código Civil efectuada por la ley 17.711, modificatoria del art. 1 de la ley 11.357 por el que se reconoce a la mujer la plena capacidad civil —produce asombro que tanto se haya demorado en reconocer a la mujer este derecho—, y de recordar la ley 23.264 del año 1985 que coloca en un pie de igualdad a los cónyuges conjuntamente (art. 264, 1), pasamos a recordar las normas que la ley 23.515 establecen con respecto a los derechos y deberes de los cónyuges.

El art. 198 del Código Civil según el texto de la ley 23.515 dice lo siguiente: “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”.

El texto se refiere claramente a una obligación, subsistiendo como sanción el divorcio causado según el art. 202 referido a las causas de separa-

ción personal y al divorcio vincular por remisión del art. 214,1.

La fidelidad fue entendida como deber jurídico recíproco que surge del consentimiento matrimonial basado en la monogamia. Por tal razón se ha mantenido siempre el impedimento de ligamen.

La transgresión más grosera de la fidelidad es el adulterio, que, abolido como delito penal, se mantuvo como causa de divorcio en el art. 202.

Pero la doctrina también ha señalado ciertas situaciones equívocas que, sin llegar a la relación sexual con un tercero, pueden llegar a significar una infidelidad. De ahí que mantener con terceros el trato específicamente reservado a quienes están unidos en matrimonio queda comprendido en la infidelidad (1).

El deber de asistencia no estaba expresamente previsto en la ley 2393 y fue contemplado en la ley 23.515. Pero los jueces ya lo habían tenido presente en sus sentencias anteriormente (2).

Es interesante considerar que los jueces tuvieron presente este deber, aunque no estuviera expresamente consagrado en la ley, a la luz de conceptos preexistentes al texto legal.

Si la unión matrimonial procura el bien de los cónyuges, la plenitud personal vivida en conjunto, por lógica, esa vida debe estar impreg-

(1) MAZZINGHI, Jorge A., “Derecho de Familia”, T. 2, n.219, p. 78, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1996. Cf. Nota 49 con cita de jurisprudencia: “Aunque infidelidad no es sinónimo de adulterio, cabe interpretarla lato sensu como muy grave incumplimiento de la fe implícitamente jurada al contraer matrimonio o incluida en la causal genérica de injurias graves porque el deber de mutua fidelidad no se viola con el adulterio solamente sino con cualquier relación de intimidad, o excesiva afectuosidad con extraños, capaz de menguar la reputación o herir los sentimientos del otro cónyuge” (C1a. Mar del Plata, 30/11/1967, LA LEY, t. 130, p. 732, sum. 17.190-S).

(2) “El deber de asistencia es de la esencia del vínculo conyugal, e implícito en la formulación del art. 51 de la ley 2393, no ha de entenderse tan solo como comprensivo de la ayuda material, sino consecuencia del deber de estimación, reverencia, afecto y solidaridad recíprocas, que deben presidir el consorcio conyugal, por lo que no se cumple con ello cuando se descuida la asistencia moral” (CNCiv. Sala E, 2/09/1968, ED, t. 17, p. 912).

nada de aquellos actos orientados a procurar la felicidad del otro. El amor que da origen a la unión matrimonial tampoco aparece en la ley, pero en la concepción social del matrimonio es el elemento que debe animar y guiar esa vida. El deber de asistencia es un deber moral que nace espontáneamente en el corazón del que ama y se compromete a vivir con el otro y para el otro. No se piensa como un deber jurídico, pero así fue establecido por la ley que sanciona su omisión otorgando el derecho a pedir el divorcio causado por haber incurrido en injuria grave. Así lo establecían el art. 202 inc. 4 y el art. 214 inc. 1 del Código Civil, hoy derogado.

Dentro de esta noción también ha quedado comprendido el deber de respetarse mutuamente, los gustos, preferencias y espacios personales sin que la unión signifique absorción de uno por el otro o una fusión en la cual se pierden las personalidades individuales.

Lo mismo vale para la solidaridad, principio fundamental en el derecho, que apela al acompañamiento espiritual y material en las dificultades de cualquier tipo que sean.

La obligación alimentaria constituye el aspecto material del deber de asistencia, pero ha sido siempre contemplado expresamente.

En la ley 2393 era una obligación que recaía sobre el marido. Esto fue congruente con otro modo de organización de la vida social. La mujer, relegada en un tiempo con respecto a la educación, a la elección de una profesión y al trabajo fuera de la casa —aunque esto no fue tan estricto—, fue ocupando lugares que antes eran propios del hombre. En especial, el acceso a la educación le dio los medios necesarios para ocupar un sitio antes reservado a los hombres. La sociedad y los matrimonios actuales muestran que el sostén de la pareja y de la familia, cuando hay hijos, es asumido por ambos cónyuges, cada uno en el marco de sus posibilidades. También las tareas del hogar son realizadas por ambos, dentro de la organización que cada pareja cree conveniente.

Por tal razón, la norma que establece la obligación alimentaria a cargo de ambos cónyuges, al principio resistida por haber sido percibida como una disposición que no tomaba en con-

sideración el particular lugar de la mujer en la casa, poco a poco fue siendo aceptada y aplicada por los jueces atendiendo a las circunstancias particulares de cada matrimonio. Una visión de la historia matrimonial ilumina cómo debe ser entendida la reciprocidad, sin que ello implique que cada uno deba aportar el cincuenta por ciento de todo lo necesario para el sostenimiento de la familia.

Como el resto de los deberes que tienen su base moral, son cumplidos espontáneamente, pero cuando ello no ocurre queda expedita la vía judicial para el reclamo.

El art. 199 dice: “Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de darle alimentos”.

La terminología de la ley 2393 era más imprecisa porque se refería al deber de vivir en una misma casa, que fue interpretado como el dar cumplimiento al deber de cohabitación.

La ley 23.515 dice que deben convivir en una misma casa, lo que constituye una expresión más acertada, pues abarca los dos aspectos de la cohabitación, es decir, el vivir bajo un techo común y el hacer vida marital, lo que implica la comunión sexual.

El principio es la obligación de cohabitar, que es en realidad lo que procuran los que se casan. Sin embargo, la norma contempla circunstancias excepcionales que justifiquen el mantener residencias separadas. Ordinariamente, esto es decidido por los cónyuges, por necesidades laborales o en cumplimiento de una misión militar, por dar algún ejemplo. La disposición también contempla los casos en que se requiere intervención judicial por el peligro que puede encerrar la convivencia, por ejemplo, si es un caso de violencia doméstica que hace necesario el apartamiento de uno de los cónyuges.

IV. La naturaleza de los derechos y deberes de los cónyuges

El tema fue abordado por la doctrina en un contexto muy distinto del actual. Cuando las leyes imponían deberes personales y establecían sanciones por incumplimiento, se planteó la pregunta acerca de la naturaleza de los derechos y deberes personales en el matrimonio.

Aceptando que la existencia del matrimonio proviene del consentimiento y que de él derivan los derechos personales y los patrimoniales, con respecto a las relaciones personales de los cónyuges, se sostuvo que tenían una naturaleza propia, opinando otra corriente de pensamiento que eran asimilables a las obligaciones civiles, aunque con algunas diferencias específicas.

Coinciden en cuanto reconocen que tienen un profundo contenido ético y que en este campo se da una relación clara entre la moral y el derecho.

Estas normas son de orden público, es decir que, si bien el matrimonio como institución es anterior al Estado, a la sociedad en general no le es ajeno el estatuto matrimonial. El problema se plantea entre lo que proviene de la autonomía de la voluntad, del derecho de las personas a trazar su plan de vida matrimonial y el del Estado de fijar algún límite de manera que ese plan pueda ser reconocido como matrimonial, aplicándosele en consecuencia las normas pertinentes.

También hay coincidencia en que estos deberes son recíprocos, ambos se comprometen a su cumplimiento en igualdad de condiciones.

Son permanentes, es decir que se van cumpliendo a lo largo de la vida matrimonial y concluyen cuando cesa. Cabe señalar que hay alguna excepción en cuanto a los alimentos y a los casos en los cuales siguen teniendo alguna vigencia con posterioridad al divorcio.

Son incoercibles, ya que no pueden ser prestados bajo coacción ni por otro, no puede obligarse por la fuerza su cumplimiento, salvo el caso de los alimentos que son exigibles de modo autónomo.

Son irrenunciables en cuanto están establecidos por ley, forman parte de la estructura del matrimonio. Ello no significa que en la práctica no puedan dispensarse recíprocamente de su cumplimiento, pero el derecho subsiste.

Aun coincidiendo en todos estos caracteres, hay quien los asimila a las obligaciones, como género próximo, y quienes prefieren no encuadrarlos en ellas (3).

Esta discusión podía sostenerse cuando la ley preveía una sanción por incumplimiento, pero ahora puede referirse solo al deber alimentario porque el resto no ha sido establecido como un deber jurídico.

V. Deberes jurídicos y deberes morales

El anteproyecto de Código Civil y Comercial contenía en su art. 431 una referencia exclusiva a su título actual: el deber de asistencia.

El texto fue reformado al elevarse críticas frente a este vaciamiento de la ley con respecto a los derechos y deberes contenidos en las leyes anteriores.

Al haberse modificado el sistema de divorcio, abandonando la separación personal, el divorcio causado, el divorcio por causal objetiva y el divorcio por presentación conjunta, optando por una única vía de acceso al divorcio por voluntad unilateral o conjunta, con un requisito ritual de presentación de una propuesta de convenio regulador que no impide en caso de desacuerdo el dictado de la sentencia, el tratamiento de los derechos y deberes de los cónyuges se encogió considerablemente.

El divorcio dejó de estar causado en el incumplimiento de los deberes matrimoniales, lo que quizás hizo pensar que esos deberes no tienen relevancia jurídica, o sea que pertenecen al ámbito privado de las personas y que no producen efectos jurídicos.

A esto hay que sumarle una falta de armonización entre la autonomía de la voluntad y el orden público.

(3) MAZZINGHI, ob. cit., T. 2, n. 210, p 42 y ss.

Es verdad que el rígido orden público del derecho matrimonial ya ha sido modificado. Pero ello no significa que no exista límite alguno a la autonomía de la voluntad y que los deberes puedan ser modificados o excluidos a gusto de los que se casan.

Anteriormente se enseñaba que el matrimonio, desde el punto de vista del derecho, era una materia que integra el derecho civil, pero con una gran preponderancia del orden público. Que al prestar el consentimiento los cónyuges aceptaban una serie de derechos y obligaciones prescritos por la ley en lo referente a los efectos personales del consentimiento y que lo mismo ocurría con respecto a los derechos patrimoniales.

Las cosas han cambiado porque la sociedad ya no es la misma. Con esto no queremos significar que la misión del legislador sea adaptarse a las prácticas y usos sociales sin marcar rumbos. La ley tiene una función docente. Pero evidentemente a lo largo del tiempo se van valorando unas cosas más que otras o se pone el acento en aspectos que en otros momentos no eran tenidos en cuenta.

El orden público interno se ha ido modificando, cediendo más terreno a la autonomía de la voluntad, pero algún límite existe. Y ese límite es el que debemos tener en cuenta para conocer el perfil actual del matrimonio.

Históricamente en nuestra cultura, que hunde sus raíces en las tradiciones judeocristianas, griegas y romanas, el matrimonio fue considerado como una institución que tenía por fin principal la procreación, el cuidado y la educación de la prole. El aspecto ligado a la igualdad y al bien de los cónyuges como objeto del consentimiento era más oscuro.

En el siglo pasado, en Argentina, este fin del matrimonio se mantuvo, pero fue creciendo la valoración de la igualdad de los cónyuges y el bien y realización personal de ellos en la vida matrimonial.

En el año 2010, en el país, se aprobó la ley 26.618, que admitió el matrimonio de dos personas del mismo sexo. Con base en esa resolución del Congreso Nacional, el nuevo Código

respetó esa opción y en su art. 406 dice que para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes, tal como quedara expresado en el art. 172 del Código anterior con posterioridad a la ley citada.

Esta modificación no produjo cambio alguno en cuanto a la causa fin del matrimonio consistente en la realización del bien de los cónyuges. No se puede decir lo mismo con respecto a la procreación porque tales uniones no son aptas para tal fin. Sin embargo, considerando la jurisprudencia de los últimos años, puede observarse que en no pocos casos los matrimonios integrados por personas del mismo sexo procuran tener descendencia recurriendo a las técnicas de reproducción humana asistida, lo que nos da la pauta de que, al casarse, procuran estos dos fines del matrimonio como institución.

Estos fines a los que hemos aludido no surgen explícitamente de la ley, como tampoco la noción misma del matrimonio, sino que provienen de la elaboración doctrinaria que no se limita al texto de la ley, sino que profundiza en la naturaleza y en las costumbres humanas.

Considerando, entonces, el conjunto de las normas y la doctrina matrimonial, podemos decir que el matrimonio nace del consentimiento de dos personas de distinto o igual sexo, expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente; que no deben existir impedimentos matrimoniales (quedando fuera las uniones que resultan prohibidas por la ley); que el objeto de dicho consentimiento podemos encontrarlo en la finalidad del matrimonio mismo, o sea en el bien de los cónyuges, en la procreación y en la educación de la prole, y que el bien de los cónyuges se logra mediante el cumplimiento de los derechos y deberes enunciados en el art. 431.

Este artículo establece que los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común.

Esta mención podría resultar un tanto ambigua si no se hubiera dicho que debe basarse en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad.

Cooperación y asistencia son términos que expresan una misma realidad cuyas característi-

cas hemos recordado en una rápida pasada por los antecedentes legislativos.

No cabe duda de que se trata de un deber moral y también jurídico, porque el art. 455, al referirse al deber de contribución en el segundo párrafo, dice: “El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”.

El primer proyecto solo contemplaba este aspecto, al que le fue añadido el “deber moral de fidelidad”.

La opción por conservar la monogamia trae aparejado el deber de fidelidad. ¿Puede un matrimonio de dos personas incluir a una tercera o cuarta persona? Sería absolutamente contradictorio.

Sin embargo, hubo una gran discusión para que se llegara a introducir el deber de fidelidad como base de este proyecto de vida en común.

Los que se resistían a su inclusión se basaban en que el proyecto de vida en común debe quedar en la esfera privada de los cónyuges, quienes pueden regularla (4), en que la fidelidad no puede ser exigida judicialmente y en que la infidelidad no produce efecto jurídico. Prueba de ello es que el divorcio no requiere causa y puede peticionarse unilateralmente.

Pensamos por nuestra parte que la mención del deber moral de fidelidad reviste alguna importancia. Por lo pronto porque determina el proyecto de vida en común.

En primer lugar, el consentimiento matrimonial debe ser prestado por dos personas que, con prescindencia de su sexo, deben coincidir en un proyecto de vida en común. Pero no se

trata de cualquier proyecto. Si dicho proyecto no estuviera basado en el deber moral de fidelidad, la unión monogámica se resquebrajaría. La entrega del uno al otro es exclusiva. No admite terceros. Esto, al menos por ahora, es patrimonio de nuestra cultura.

Si alguno de los cónyuges fuera infiel, el deber moral de fidelidad no podría ser invocado como causa de divorcio, porque el divorcio es incausado.

En cuanto a que se pueda pedir una indemnización por daño fundado en el incumplimiento de un deber que solo es moral, es un tema que se ha discutido doctrinariamente.

Las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015, de la comisión 3 sobre “Daños en las relaciones de familia” enuncian como principio aprobado por unanimidad que “el derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante, la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares”.

Pero, con respecto a los daños causados entre cónyuges derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales, no hubo consenso.

Si bien todos aceptaron que “son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona, humana, con independencia de su calidad de cónyuge”, la mayoría sostuvo que “no corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales”, mientras que la minoría afirmó lo contrario, o sea que son resarcibles.

O sea que, mientras unos niegan el derecho a la indemnización por tal incumplimiento, con base en que no son propiamente deberes y en que su aceptación implicaría un retorno a las causas del divorcio, lo que resulta incompatible con la regulación del divorcio incausado, otros sostienen que, si ha habido dolo en el obrar y un daño en la persona del otro por actos contrarios a los deberes matrimoniales que no se limitan a frustrar las expectativas del proyecto común,

(4) BRODSKY, Jonathan Matías, “Los deberes personales de los cónyuges en el derecho argentino y una breve glosa del art. 431 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Lecciones y Ensayos n. 94, 2015. El autor sostiene que el Código debe establecer solo deberes jurídicos y no deberes morales y que el Estado no debe inmiscuirse en el plan de vida de las personas indicándole de modo paternalista cuáles hechos o conductas son mejores, más rectas o valiosas que otras supuestamente desviadas o incorrectas.

sino que además afectan el honor y la dignidad del otro, cabe la reparación.

Se ha sostenido también que el incumplimiento del deber moral de fidelidad produce algún efecto en materia sucesoria. Podría en algún caso ser encuadrado como causa de indignidad (art. 2281, inc. i) norma que remite a la revocación de las donaciones por causa de ingratitud (art. 1571, inc. b) referida a "si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor".

También el cese del uso de la vivienda familiar se produce por las mismas causas de indignidad en materia sucesoria (art. 445 inc. c) (5).

Además, existen dos capítulos íntimamente relacionados con el matrimonio, como son el de filiación y el de responsabilidad parental.

La determinación de la filiación matrimonial se basa en presunciones que no tendrían sentido alguno si la fidelidad no fuese un deber con efectos jurídicos (arts. 566, 567 y 568).

También para el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de progenitores casados que convivan, ambos ejercen dicha responsabilidad, y se presume que los actos de uno cuentan con la conformidad del otro. Acá la norma se refiere a la convivencia, que tampoco está prevista como un deber jurídico y que, sin embargo, encuadra de un modo especial el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641 inc. a), teniendo diferente previsión para el caso de separación de hecho (art. 641 inc. b).

Podríamos agregar que el matrimonio contraído mediando el vicio de dolo es declarado nulo. Y tal sería el caso de quien contrae matrimonio y simultáneamente conserva una relación de pareja, la que es sostenida en el tiempo después de celebrado el matrimonio. La víctima de este engaño podría perfectamente petitionar la nulidad porque en el proyecto de vida común estaba incluido el deber moral de fidelidad, que fue incumplido por el que ha observa-

do una conducta dolosa, ocultando tal situación que provocó la prestación de un consentimiento viciado por dolo.

Puede observarse, entonces, que la violación de este deber genera consecuencias jurídicas. En materia de nulidad de matrimonio, son distintos los efectos según que haya mediado buena o mala fe. En caso de buena fe de uno de los cónyuges, la nulidad otorga el derecho a "demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia" (art. 429 inc. c).

La relación del derecho de daños con el derecho de familia ha tenido un largo recorrido en la doctrina y en la jurisprudencia. En un principio no se reconoció el derecho a pedir indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, luego fue admitido distinguiéndose entre el daño derivado del divorcio en sí mismo y el proveniente de las causas de divorcio, hasta llegar al criterio actual restringido a los actos que por sí mismos producen daño en el otro (6), posibilidad siempre existente sin que implique que el divorcio se convierta en un semillero de pleitos invocando indemnizaciones (7).

El proyecto originario no hacía mención alguna de la convivencia, pero finalmente el texto del art. 431 fue modificado incluyendo ese término.

(6) MAZZINGHI, Jorge A. M., "El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia", La Ley diario del 24/04/2015.

(7) Entre las conclusiones de la Comisión 3 —Daños en las relaciones de familia— de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015, se sostuvo que "son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales" habiéndose votado en minoría que son resarcibles tanto los primeros "como los derivados de la infracción a los deberes matrimoniales". También se votó en sentidos opuestos, considerando la mayoría que la violación del deber de fidelidad no es antijurídica (art. 1717), por lo tanto, no resarcible (art. 1737), y sosteniendo la minoría que no obstante su carácter moral, configura un obrar antijurídico y un daño resarcible. Puede comprobarse que el tema no es pacífico en la doctrina, con lo cual no puede saberse si alguno de estos criterios va a prevalecer.

(5) UGARTE, Luis A., "Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador. Compensación económica", L La Ley, diario del 8 de junio de 2015.

Ya nos hemos referido a lo que la doctrina y la jurisprudencia entendieron al respecto.

La diferencia reside en que en las leyes anteriores siempre existió tal deber, cuyo incumplimiento daba lugar al divorcio por abandono voluntario y malicioso, mientras que en el nuevo Código no aparece como un imperativo que merezca una sanción, puesto que se ha optado por el divorcio remedio.

De todas maneras, debemos tener presente que muchas normas han sido concebidas considerando la convivencia como un deber.

Con posterioridad, habiéndose consagrado el principio de igualdad de los cónyuges, pasó a tener importancia la separación de hecho como una situación especial que atenuaba o excusaba el cumplimiento del deber de cohabitación.

Algunas de esas disposiciones relativas al deber de convivencia están vigentes, como es el caso de la atribución de la vivienda (art. 443), el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar (art. 456), el efecto retroactivo de la extinción de la comunidad de bienes por nulidad, divorcio o separación judicial de bienes teniendo en consideración la separación de hecho (art. 480), la atribución preferencial de la vivienda (art. 499) que presupone el haber vivido en una misma casa, la presunción de filiación matrimonial derivada de la cohabitación (art. 566), el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de separación de hecho (art. 641, inc. b).

También hay normas procesales contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación que suponen la convivencia, como es la competencia del juez del último domicilio conyugal (art. 719), en caso de divorcio y, en la nulidad de matrimonio, la determinación de cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar (art 721 inc. a).

En el derecho sucesorio se excluye el derecho hereditario del cónyuge supérstite en caso de divorcio, separación de hecho sin voluntad de unirse y decisión judicial que implique el cese de la convivencia (art. 2437).

Con esto no queremos afirmar que la convivencia según el art. 431 sea un deber jurídico, sino que en la mayoría de los casos el consentimiento matrimonial tiene como objeto la convivencia, como un bien querido por los que contraen matrimonio. Sobre la base de lo que venimos señalando, así también lo supone la ley.

Siempre se entendió —aun cuando estaba impuesto como obligación— que había excepciones a este deber, que estaban previstas en el texto legal.

Actualmente, no tratándose de una obligación cuyo incumplimiento merece una sanción, se deberá hacer una relectura de los textos que suponen la convivencia cuando ello pueda llevar a una nueva interpretación.

No obstante que en la mayoría de los casos el uso social muestra que los cónyuges conviven, se dan también otros supuestos en los cuales no se da la convivencia de la misma manera.

No es raro que por razones laborales los cónyuges no convivan, en cuanto que no tienen un techo común, sino que cada uno tiene su propia residencia en el lugar donde trabaja. Esto no como una realidad que se presenta transcurrido un tiempo de vida matrimonial, sino como algo que se da desde un principio.

El lugar de la mujer en el mundo de hoy, su propio proyecto de vida propicia estos nuevos acuerdos. Así, cuando ninguno puede ni quiere dejar de lado un trabajo que no les permite vivir en un mismo lugar, cada uno reside en otra parte. Lo mismo ocurre en el caso de nuevas uniones en las cuales, por haber hijos de uniones anteriores, los cónyuges deciden continuar viviendo donde lo hacían antes, conservando cada uno la relación con sus propios hijos sin que interfiera el otro cónyuge en la vida que ya estaba organizada de un modo particular.

También ocurre cuando, en segundas uniones matrimoniales, cada uno prefiere conservar su espacio privado, su propio hábitat, sin que existan otras razones que impidan la convivencia.

Todo esto pertenece actualmente al ámbito de la autonomía de la voluntad y al proyecto de vida matrimonial que cada pareja acuerda.

Pensamos que, de todas maneras, algún tipo de convivencia subsiste, pero con otra modalidad, por ejemplo, pasando algunos días en la casa del otro o en viajes juntos o en salidas frecuentes. El amor que subyace y que origina el matrimonio propicia algún tipo de comunicación, aunque no responde al estereotipo que la sociedad quizás tenía como único modelo aceptable.

Por eso, cuando el art. 431 se refiere al proyecto de vida en común basado en la convivencia, debe entenderse en un sentido amplio, no como residir en un mismo lugar.

Siempre se enseñó que la fijación de un domicilio supone un elemento objetivo y uno subjetivo. El objetivo referido al lugar y el subjetivo a la intención de permanecer.

En estos nuevos estilos de vida matrimonial no aparece un domicilio común. Lo que prima es la intención de permanecer unidos sin habitar la misma casa, o sea que se trata de otro modo de convivir, de vivir con el otro. Es lo que los romanos denominaban *affectio maritalis*, resaltando el aspecto subjetivo, volitivo, de las personas como el más importante para significar que el proyecto de vida en común se mantiene a lo largo del tiempo.

VI. Proyección jurídica del objeto del consentimiento matrimonial

Los derechos y deberes de los cónyuges vistos solo a la luz del divorcio sin expresión de causa y por decisión unilateral han sido oscurecidos por la doctrina, atento a que, no siendo obligatorios, salvo el deber de asistencia en su aspecto material de la prestación de alimentos, fueron considerados solo morales, entendiéndose como irrelevantes desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, como lo venimos insinuando, hay otros supuestos en los que tienen su relevancia por estar incluidos en el consentimiento matrimonial.

Desde el punto de vista del matrimonio como institución (*finis operis*), su causa final incluye

lo que hemos denominado el bien de los cónyuges, expresado en la ley como proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y la fidelidad.

Esa convivencia o cohabitación, que puede materializarse de diversos modos, supone la comunión sexual, que, a su vez, ordinariamente es la que permite la constitución de una familia con el advenimiento de los hijos.

Pero desde el punto de vista subjetivo de los que prestan el consentimiento (*finis operantis*), estos fines se concretan de diversa manera en cuanto cada pareja entiende cómo va a organizar el proyecto de vida en común. Con respecto a la procreación, puede estar fuera de las posibilidades concretas, o bien pueden decidir demorarla por un tiempo o excluirla si eso forma parte del proyecto común. Lo que no podrían es querer cosas diferentes cada uno de ellos porque, en tal caso, se trataría de proyectos individuales y no de un proyecto en común.

Además, la colaboración, la comunicación sexual y la fidelidad no pueden estar ausentes para que podamos estar ante un consentimiento matrimonial.

Si los cónyuges quisieran incluir a otras personas en su proyecto de vida en común, o que no existiera colaboración alguna o que no hubiera relación sexual en absoluto, o si se dispensaran del deber moral de fidelidad desde el inicio, no sería un proyecto de matrimonio.

La autonomía de la voluntad existe y permite otras uniones no contempladas por la ley, pero no se trataría de un matrimonio, no tendría los requisitos del matrimonio ni sus efectos.

VII. El caso de los vicios del consentimiento

Según el art. 409: "Son vicios del consentimiento: a) la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega."

No es nuestro objetivo el análisis de estos vicios en todas sus particularidades, sino el señalar en algunos casos jurisprudenciales la conexión entre la existencia de esos vicios que producen la nulidad del matrimonio (art. 425 inc. c) y el objeto del consentimiento matrimonial.

Una sentencia del Tribunal Colegiado de Familia n° 7 de Rosario de fecha 28 de julio de 2016 en autos “B., C.E. c. M., M s/nulidad de matrimonio” aborda esta cuestión. La sentencia hace lugar al pedido de nulidad fundada en el error de la actora (8).

Se trata de un matrimonio celebrado el 28 de noviembre de 2013 después de nueve años de novios. Tras diez meses de casados, la actora toma conocimiento definitivo de la homosexualidad de su marido por confesión de este, quien afirma que no aguanta más la situación y le revela el hecho.

No sabemos el ambiente al cual pertenecen las partes ni los pormenores del noviazgo, aunque podría pensarse que tal circunstancia no habría debido pasar inadvertida. Tampoco tenemos conocimiento de la razón por la cual al décimo mes de casados interrumpe la convivencia y realiza luego el planteo judicial. Pero es fácil imaginar que, no tratándose de un caso de impotencia, supuesto admitido como causal de nulidad en el Código anterior (art. 220 inc. 3), debe haber habido no pocas dificultades en la comunión sexual y en el trato entre las partes.

Lo cierto es que el demandado reconoce haber confesado su condición a la actora a los diez meses de casados, interrumpiendo a partir de entonces la actora la cohabitación, y un testigo de sexo masculino declara haber sostenido relaciones sexuales con el demandado.

La sentencia afirma que la actora ha incurrido en el vicio de error en las cualidades personales acerca del otro contrayente, tal como estaba previsto en el art. 175 del Cód. Civil, texto según ley 23.515.

(8) SAMBRIZZI, Eduardo A., “Un caso de nulidad de matrimonio con fundamento en el error”, LA LEY, 2016-E, 318.

Lo considera un error esencial y esto es valorado con un criterio objetivo, dado que tal circunstancia no permitía cumplir con los fines del matrimonio y que, de haberlo conocido, la actora no se habría casado. La sentencia contempla lógicamente los requisitos del error para ser admitido como causa de nulidad.

La homosexualidad del demandado impide el cumplimiento de las finalidades afectivas y el poder constituir una pareja heterosexual.

Es interesante destacar que el fallo señala que “podría llegar a darse en el matrimonio entre homosexuales un supuesto similar, pero en sentido inverso”. Queda claro que el tribunal no expresa un juicio peyorativo por la condición de homosexual, sino que, por el contrario, analiza que el error para el sujeto concreto que padece el vicio obsta a la prestación de un consentimiento válido. Evidentemente, para la actora no era lo esperable y el objeto del consentimiento resultaba imposible de lograr.

La sentencia dice que, si se tratara del matrimonio de dos personas del mismo sexo, “la heterosexualidad o la bisexualidad ocultada podría ser determinante del error”.

El fallo acepta que el consentimiento estaba viciado y que el error recaía en las cualidades personales, que revestían la entidad suficiente para que el objeto del consentimiento no fuera acorde a la finalidad del matrimonio (9).

Un fallo dictado el 27 de diciembre de 2017 por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A en los autos “R., M. L. c. P., O.H. s nulidad de matrimonio” confirma la sentencia dictada en primera instancia, haciendo lugar a la nulidad de matri-

(9) MIGNON; María Belén, “La nulidad matrimonial en el contexto actual ¿debería el derecho rediseñarla a la luz del paradigma de derechos humanos?”. RDE, 2017-I, 140. La autora se manifiesta en sentido contrario a nuestra propuesta y sostiene que “es cuestionable a la luz del contexto socio-jurídico actual afirmar que el matrimonio posee finalidades”, comentando el mismo fallo, pero no hemos encontrado en su nota la razón por la cual no pueda sostenerse que el matrimonio posee finalidades.

monio fundada en el error provocado por dolo del demandado. **(10)**

En el caso, una mujer ya con hijos mayores conoce a un hombre en uno de esos viajes organizados para “solos y solas”. Esto ocurre en mayo de 2009. En el mes de junio de ese año inicia una convivencia y el 29 de julio de 2009 contrae matrimonio.

Aunque no surge del fallo, pensamos que debió tratarse de una mujer que cursaba una segunda etapa de la vida, ya con hijos grandes, con un gran sentimiento de soledad y con ansias de encontrar una pareja. Se nos ocurre que prevaleció algo muy impulsivo y casi desesperante en su interior, porque, de lo contrario, no resultan fáciles de explicar la velocidad de los hechos y la trampa en que cayó. A ello hay que sumarle que se trataba de una persona descripta como bipolar y depresiva, que recibía tratamiento y a quien se le había prescrito medicación.

Inmediatamente después de casados, el demandado le pide que firme unos papeles, bajo amenaza de matar a sus nietos si no lo hace. A todo esto, desde que entablan la relación él la aisló de su familia y de sus amigos.

Ella tenía bienes. El 31 de julio le hace firmar un formulario 08 para la venta de su auto, el 3 de agosto le hace firmar un poder de disposición, el 5 de agosto vende un inmueble, el 14 de agosto con el poder se vende otro inmueble, el 18 de agosto vende una cochera y así va vaciando el patrimonio de la actora, a la cual no le permite en todo ese tiempo tomar su medicación ni contactarse con nadie.

En septiembre de ese mismo año el demandado tiene que ausentarse y en ese momento la actora aprovecha para llamar a su hijo, le pide que la busque, le cuenta lo ocurrido, y puede escapar.

Inicia poco después el juicio de nulidad que da lugar a la sentencia favorable.

Es un típico caso de nulidad por dolo, en el que se advierte fácilmente el aprovechamiento

de la víctima por parte del demandado, que debió informarse de la situación patrimonial de la actora y se dio cuenta de su fragilidad psicológica, lo que la convertía en presa fácil para lograr su objetivo.

El proyecto de vida, el objeto del consentimiento matrimonial de la actora, en nada coincide con el proyecto defraudatorio del demandado, y queda claro que esa maniobra dolosa nada tenía que ver con la celebración del matrimonio, que fue usada para lograr su objetivo.

El demandado excluyó en su consentimiento la causa fin del matrimonio, que es el bien de los cónyuges y el deber de colaboración. Procuró su propio bien económico y dejó desamparada a la actora.

Algunos pueden pensar que, existiendo el divorcio por voluntad unilateral, la solución del caso podría haberse logrado por esa vía, sin necesidad de probar los requisitos del dolo. Sin embargo, este caso muestra a las claras que el conservar el instituto de la nulidad de matrimonio tiene sentido. Los efectos de la nulidad de matrimonio no son los mismos que los del divorcio, y en el caso era importante el tener a favor lo que la ley establece respecto del cónyuge de buena fe.

En otro caso, por sentencia de fecha 21 de octubre de 2014 dictada por la Cámara 1.ª de Apelación Civil y Comercial de San Isidro, en los autos “T., E. D c. L., M. B s/nulidad de matrimonio”, se hace lugar al pedido también por dolo de parte de la demandada **(11)**.

Los hechos se refieren al caso de un hombre que quiere romper el noviazgo. Esto ocurrió en enero del año 2006. La novia, que no quería esa ruptura, le dice inmediatamente que está embarazada y que la fecha probable del parto es en agosto de ese año. Para hacer creíble el argumento y para provocar el matrimonio, le presenta unos estudios que dice que le han hecho, en los que se pone de manifiesto la existencia del embarazo.

(10) SAMBRIZZI, Eduardo, “Nulidad de matrimonio con fundamento en el error provocado por dolo”, LA LEY, 2018-G, 218.

(11) JUNYENT BAS, Beatriz María, “Los vicios de la voluntad. Error y dolo en el consentimiento matrimonial a la luz del nuevo CCCN” JA 2015-I, 607.

El novio entiende que, ante tal situación, ya no puede poner fin al noviazgo y que debe casarse. No surge del fallo si pensó en otra solución, si su familia le propuso otro camino, si alguien le señaló que podía ser padre aun sin casarse o si le dijeron que debía asumir su responsabilidad, que pudo entender que consistía en celebrar el matrimonio.

Lo cierto es que, seguramente sintiéndose apremiado por las circunstancias, acepta casarse lo antes posible, y el matrimonio se celebra en febrero de 2006.

El 23 de agosto del 2006, él insiste en que ella vaya al hospital para hacerse atender. Es entonces cuando ella reconoce que la documentación que le exhibió era falsa y reconoce el fraude. Él interrumpe la convivencia y el 31 de agosto de 2006 hace una denuncia penal, e inicia luego el trámite de nulidad de matrimonio.

El juez de primera instancia no hizo lugar al pedido, fundando su rechazo en la orfandad probatoria. El argumento de que la demandada había aumentado su ingesta durante ese tiempo para aparecer como embarazada no le resulta creíble.

La cámara revoca el fallo y hace lugar a la nulidad. El ardid de la demandada quedó debidamente probado; también que el supuesto embarazo fue la causa determinante del obrar del actor. Además, su conducta al enterarse del engaño, al poner fin a la convivencia y al presentar una denuncia penal, es una prueba clara de la razón por la cual prestó su consentimiento, que resultó viciado por dolo.

Para el actor, el nacimiento de un hijo fuera del marco del matrimonio evidentemente no estaba entre sus convicciones personales y seguramente tampoco en su ambiente social. Para la demandada, la mentira fue el instrumento que le permitió retener a su novio y lograr el matrimonio.

Queda claro que el objeto del consentimiento matrimonial no está destinado a legitimar la prole. En alguna época, cuando se diferenciaban los derechos de los hijos matrimoniales de los nacidos fuera del matrimonio, existía la legitimación del hijo por matrimonio de los padres.

Este pensamiento se conservó en la sociedad y todavía hay quienes siguen pensando que, ante tal circunstancia, deben casarse. Sabemos que no es así, pero, ante el engaño, el tribunal debe valorar el sujeto que ha sido víctima de este para comprender la entidad o gravedad del dolo y si en ese sujeto es causa determinante del obrar.

VIII. La separación de hecho sin voluntad de unirse

Hasta la sanción del nuevo Código, pacíficamente se sostuvo que los cónyuges tenían obligación de convivir. Así surgía de la ley.

Limitándonos al derecho sucesorio, cabe recordar que Vélez Sarsfield en el art. 3575 establecía en su primer párrafo: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente”.

Esta disposición dejaba de lado la vocación de la cónyuge fundada exclusivamente en el vínculo matrimonial, al contemplar los casos en los que esa vida matrimonial había fracasado, lo que se ponía de manifiesto si los cónyuges estaban separados de hecho sin voluntad de unirse.

El divorcio como causa de exclusión estaba consagrado en el art. 3574. Pero quizás teniendo en cuenta que, mediando separación de hecho, podía ocurrir que no hubieran planteado el divorcio —no olvidemos que era causado—, de todas maneras, entendió que no era justo que conservaran la vocación hereditaria.

Vélez en el art. 3574 había distinguido entre el cónyuge inocente y el culpable del divorcio, privando solo al culpable del derecho hereditario. En el art. 3575 referido a la separación de hecho sin voluntad de unirse no había efectuado esta distinción.

El tema de la culpa se incorporó también en la separación de hecho y finalmente fue incluida en el art. 3575 según ley 17.711, dando lugar a grandes discusiones sobre qué se entiende por separación de hecho sin voluntad de unirse, subrayando algunos el aspecto subjetivo y disputas doctrinarias también sobre la carga de la prueba.

Obviamos toda referencia a la jurisprudencia posterior y a las modificaciones de la ley 23.515. Basta con recordar el origen de la disposición del actual art. 2437 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que proviene de esa matriz legislativa.

El divorcio sin expresión de causa y por voluntad unilateral previsto en el art. 438 nada tiene que ver con el divorcio de las leyes anteriores que fueron pasando del divorcio causado o divorcio sanción al divorcio remedio, franqueándose el camino al actual modo de encarar el divorcio.

Por lógica, con respecto a la separación de hecho sin voluntad de unirse, ya no puede restaurarse la discusión anterior, el tema de la culpa y la carga de la prueba. Es decir que se vuelve a la vieja disposición de Vélez, sin aditamento alguno.

El nuevo art. 2437 dice: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

La norma recoge los elementos que existían en nuestra legislación, pero ahora debe ser interpretada a la luz del divorcio del art. 438 y de los derechos y deberes de los cónyuges que constituyen el objeto del consentimiento, establecidos en el art. 431.

Por tal razón, han surgido nuevos interrogantes.

Si la convivencia no constituye un deber, si hay matrimonios que pueden decidir desde un principio no tener una residencia común, si pueden acordarlo durante el matrimonio sin que sea a consecuencia de un conflicto o signifique una ruptura, ¿tiene sentido establecer la separación de hecho como causa de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge?

Por otra parte, aun en los supuestos en los cuales el proyecto de vida incluye la convivencia, ¿tiene la separación de hecho suficiente entidad para privar de la vocación hereditaria conyugal o deberá atenderse a la falta de voluntad de unirse como determinante?, ¿puede sostener el supérstite que quien decidió la

separación fue quien falleció, mientras que él conservaba la voluntad de continuar la vida matrimonial?, ¿basta la voluntad de uno para sostener el matrimonio o con que uno desista de ese propósito es suficiente? (12).

Considerando esta posibilidad de matrimonios que deciden vivir separados, la interpretación literal del art. 2437 del Cód. Civ. y Com. lleva a la conclusión de que, a la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite pierde su vocación hereditaria, ya que es el supuesto previsto en la norma.

Siguiendo este razonamiento, se ha propuesto que se debiera permitir accionar al supérstite a fin de que pueda probar que, más allá de la separación, subsistía el vínculo conyugal y la decisión de mantenerse unidos en matrimonio.

También se agrega que, si el fundamento de la vocación hereditaria es el afecto presunto del causante, en este tipo de matrimonios, el vivir de hecho separados obedece a una decisión libre y no a la extinción del afecto, por lo tanto, no resulta justo excluirlo a uno de la sucesión del otro (13).

En otro orden de ideas, el foco está puesto en la separación de hecho como dato objetivo, sin atender a la voluntad de unirse. Comprobado el hecho de la separación, se infiere la falta de voluntad de unirse.

(12) MAZZINGHI, Jorge A. M., “La insuficiencia de la separación de hecho de los cónyuges como causal de exclusión de la vocación hereditaria”, ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015. El autor propone eliminar el texto actual del art. 2437 del CCCN y sustituirlo por una norma que sólo prive de derecho hereditario al cónyuge que —hallándose separado de hecho— ha asumido una voluntad deliberadamente contraria a la unión matrimonial. Cita en tal sentido el art. 2387 del proyecto de Código Civil del año 1998, que disponía: “En caso de que los cónyuges hayan estado separados de hecho sin voluntad de unirse, o de haber sido autorizados judicialmente a vivir separados, debe ser excluido de la herencia aquel cuya culpa en la separación sea demostrada”.

(13) GUASTAVINO, Gabriel Nicolás Eustaquio, “Exclusión de la vocación hereditaria”. Ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015.

Recordando las normas derogadas que consideraban la culpa en la separación de hecho, y el plenario “C. G. T. c. A. J. O. s/liquidación de la sociedad conyugal” del 29 de septiembre de 1999, en posición contraria a la de “Mauri de Mauri”, sostienen que: “Si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio”. Por lo tanto, la sola separación de hecho produce la pérdida de la vocación hereditaria entre cónyuges, sin que esté permitido examinar la causa de esa separación. Queda cerrado todo debate sobre la culpabilidad en la separación de hecho.

Sobre la base de estas consideraciones, lo que importa en todo caso es esclarecer si se trata de una separación de hecho transitoria, en cuyo caso no opera la exclusión, porque no se da el requisito de la norma. Por lo tanto, debe tratarse de una separación de hecho definitiva y esa es la carga de la prueba que pesa sobre los herederos (14).

Las conclusiones de la comisión 7, “Sucesiones. Exclusión de la vocación hereditaria”, de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015, no lograron unanimidad en el tema que nos ocupa.

Con respecto a la separación de hecho y a la exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges, se aprobó *de lege lata* por la mayoría: “La separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges. Resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal incluida en el art. 2437 Cód. Civ. y Com. es coherente con el régimen de divorcio incausado”.

Con respecto a la prueba, hubo consenso con una abstención. El texto aprobado dice: “Quien pretende excluir al cónyuge, debe probar el supuesto objetivo de la separación de hecho.

Quien considere que no debe ser excluido de la sucesión, será quien deba probar que dicha separación era transitoria o no afectaba el proyecto de vida común”.

Sin pretender hacer un análisis de lo resuelto por las jornadas citadas, y dentro del marco que nos hemos propuesto, queremos hacer notar que tanto el art. 2437 Cód. Civ. y Com. como las conclusiones de las jornadas en el tema en comentario están suponiendo un proyecto de vida matrimonial basado en la convivencia, sin lo cual la separación de hecho deja de tener sentido.

No obstante no ser una obligación, en cierto sentido, la convivencia es parte del proyecto ordinario del matrimonio e integra el objeto del consentimiento.

Si se legisla para la mayoría, para los proyectos ordinarios de vida matrimonial, el art. 2437 sigue teniendo sentido. Pero, existiendo variedad de estilos de vida matrimoniales —sin que ello implique afirmar que hay “matrimonios” y que podamos seguir refiriéndonos al “matrimonio” como siempre se ha hecho—, debe evaluarse la importancia del aspecto volitivo, o sea de la voluntad de unirse, que ha quedado oscurecido en la conclusión.

Probablemente este aspecto fue mencionado tangencialmente por las conclusiones con respecto a la prueba, al decir que “quien considere que no debe ser excluido de la sucesión (...) será quien deba probar que (la) separación no afectaba el proyecto de vida común”.

No se dice claramente, pero quien considera que no debe ser excluido de la sucesión porque la separación no afectaba el proyecto de vida común en realidad está afirmando que no existió tal separación de hecho, ya que en el proyecto matrimonial la convivencia estuvo planteada de una manera muy especial, guardando cada uno su propia residencia.

Mal podría existir una separación de hecho cuando los cónyuges han decidido habitar en distintas casas, en una convivencia “sui generis”, manteniendo viva la *affectio maritalis*, o sea la voluntad de permanecer adheridos a su proyecto de vida matrimonial.

(14) LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián - VERPLAETSE, Susana, “Exclusión del cónyuge supérstite (art. 2437 Cód. Civ. y Com.)”. Ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015.

Por lo tanto, es también válido que la separación de hecho puede no ser un supuesto de exclusión para aquellos que tienen la voluntad de seguir unidos.

IX. A modo de conclusión

El recorrido breve y un tanto superficial sobre los derechos y deberes de los cónyuges desde la ley de matrimonio civil hasta nuestros días ha tenido por objeto demostrar que su inclusión en el art. 431 describe el contenido del objeto del consentimiento matrimonial, o sea explicita el significado del matrimonio para la ley argentina.

El proyecto originario con sus omisiones provocó cierta reacción doctrinaria ante una suerte de vaciamiento de la institución matrimonial.

La mención expresa de esos derechos y deberes enmarcando el proyecto de vida que los cónyuges eligen en ejercicio de la autonomía de su voluntad pone de relieve que el matrimonio no es una construcción absolutamente libre como si se tratara de un contrato no tipificado, sino que contiene ciertos contenidos insoslayables, que por otra parte marcan un norte a todos aquellos que deciden asumir ese estado de vida.

El perdón en el matrimonio y la familia

Siro M. A. de Martini

I. Todos los años, el Domingo XXVI del Tiempo Ordinario, la Iglesia reza esta asombrosa oración colecta: “Señor Dios, que manifiestas tu poder de una manera admirable sobre todo cuando perdonas y ejerces tu misericordia, derrama sin cesar tu gracia sobre nosotros, para que, deseando tus promesas, nos hagas participar de los bienes celestiales”. Ciertamente, todo es maravilloso en la oración. En ella pedimos a Dios el mayor de los regalos: la bienaventuranza eterna. Y por el único camino posible que es el de su gracia. Pero conscientes de nuestra necesidad y de la generosidad infinita de su amor, pedimos sin límites: “Señor, derrama y sin cesar, tu gracia sobre nosotros. Porque tan grande es nuestra necesidad y miseria que necesitamos estar permanentemente empapados de tu misericordia”.

Hay, sin embargo, algo que me sorprende y que, diría, me desconcierta en esta oración, y no es, por cierto, lo que pedimos, sino lo que afirmamos, esto es, que Dios manifiesta su *poder* de modo admirable, *sobre todo*, cuando perdona.

¿Cómo puede ser esto? ¿Cómo puede la Iglesia, en toda su sabiduría, proclamar que la omnipotencia de Dios se manifiesta, por encima de todas las cosas, cuando nos perdona? ¿No es acaso que Dios ha creado el universo todo? ¿Y no es, por ventura, una demostración mayor del poder divino el haber creado todo lo que existe —incluyendo a la humanidad entera— que perdonarme a mí?

Pues no. Ya San Agustín había afirmado que es mayor obra hacer de un pecador un justo que crear un cielo y una tierra (1), y Santo Tomás enseña que la justificación del impío (es decir, el

perdón de sus pecados) es la obra máxima de Dios (2).

Dios demuestra que es todopoderoso porque me perdona. Porque solo él puede perdonar los pecados. Y perdonarlos de modo tal que, como el mismo Dios nos ha asegurado a través del profeta Isaías: aunque nuestros “pecados fueran como la grana, cual la nieve blanquearán. Y así fueren rojos como el carmesí, cual la lana quedarán” (3). Es decir, su perdón crea en nosotros un corazón puro (4), inmaculado. Lo crea como creó el cielo y la Tierra (5). Porque su perdón es creador. Y por ello es por lo que puede convertir en justo al ser más culpable, regenerar un alma o una nación prostituida (6).

Si estas dimensiones del perdón de Dios nos llenan de asombro y de un deseo incontenible de ser perdonados, nuestra alegría y emoción no tienen límites cuando conocemos que Dios quiere perdonarnos. Y no una vez, sino siempre. Para ello, en la plenitud de los tiempos (7), quiso revelarnos en su propio Hijo la locura maravillosa de este perdón que es amor. “En esto consiste el amor —explicará San Juan—: no en que nosotros hayamos amado a Dios, sino en que Él nos amó y nos envió a su Hijo como víctima de expiación por nuestros pecados” (8). “Y

(2) ST I-II, q. 113, a.1.

(3) Is 1, 18.

(4) Con esta confianza implora el rey David en el Salmo 50, 12.

(5) En el texto recién citado se emplea el mismo verbo “crear” (bará) que en el relato de la creación en el Génesis.

(6) BOUYER, Louis: “La biblia y el Evangelio”. Rialp, Madrid, 1977, p. 107.

(7) Gal 4, 4.

(8) 1 Jn 4, 10.

(1) Comentario al Evangelio según San Juan, 14-12: homilía 72, n.3. En https://www.augustinus.it/spagnolo/commento_vsg/indice.htm.

nosotros hemos conocido el amor que Dios nos tiene y hemos creído en él”(9).

Hay que reparar entonces también en el precio infinito del perdón de Dios. Decía el entonces cardenal Ratzinger que “la misericordia de Cristo no es una gracia barata; no implica trivializar el mal. Cristo lleva en su cuerpo y en su alma todo el peso del mal, toda su fuerza destructora. Quema y transforma el mal en el sufrimiento, en el fuego de su amor doliente”(10).

Lo que tan sintéticamente llevamos dicho aparece expresado de modo insuperable en la parábola del hijo pródigo, modelo también de todo perdón paterno. El hijo menor ha pedido su parte de la herencia y se ha marchado de la casa de su padre. Luego de dilapidarla y de caer en la más abyecta miseria, se arrepiente y resuelve volver a la casa paterna para expresarle a su padre: “Padre, pequé contra el cielo y contra ti. Ya no merezco ser llamado hijo tuyo, trátame como a uno de tus jornaleros”. Cuenta la parábola que, “estando él todavía lejos, le vio su padre y, conmovido, corrió, se echó a su cuello y le besó efusivamente”. El hijo comienza a pronunciar las previstas palabras, pero su padre no lo deja siquiera terminar. Inmediatamente ordena que lo vistan y lo engalanen y que preparen una fiesta en su honor. “Porque este hijo nuestro estaba muerto y ha vuelto a la vida”(11).

Podemos ver aquí, expresada en lenguaje humano, la paciencia del Padre —seguramente pendiente de su hijo— que respeta su libertad aun cuando esta lo conduzca a una situación penosa. Luego, al descubrir a lo lejos a su hijo arrepentido, el padre se conmueve y, sin esperar más, corre, lo abraza y lo besa. El verbo que utiliza San Lucas para describir lo que ocurre en el interior del Padre, y que es el motor de su conducta, tiene en su griego originario el significado de un amor que brota de las entrañas, visceral, que surge de lo más profundo del ser, casi,

(9) 1 Jn 4, 16.

(10) Homilía de la misa “Pro eligendo Pontifice” (18 abril 2005).

(11) Lc 15, 11-31. La parábola —además de los muchos e importantes detalles que he omitido— se completa con la postura del hijo mayor de gran importancia para analizar la aparente contradicción entre justicia y misericordia.

se diría, inevitable. Porque es un amor que no depende del mérito del amado, tal como ocurre con el amor de un padre o de una madre. Pero es, también, un amor que no queda en mero sentimiento, por profundo que este sea, sino que necesita manifestarse en actos concretos (12). Pensemos, entonces, a Nuestro Señor tomando toda la iniciativa, corriendo hacia nuestro corazón arrepentido, abrazándonos, llenándonos de besos. Y, cuando queremos confesar nuestro pecado, apenas si nos deja hablar (él conoce nuestro corazón), inmediatamente nos perdona para volver a recibirnos como hijos suyos. Y en su perdón perfecto nos da nuevamente la vida (“este hijo nuestro estaba muerto y ha vuelto a la vida”). Veamos un detalle ahora del hijo, que más adelante nos será de ayuda: no da excusas, no trata de dar explicaciones, no pretende justificarse en modo alguno. “Padre, pequé contra el cielo y contra ti”. Eso es todo.

Aunque la parábola nos esté hablando, ante todo, de Dios Padre misericordioso y de su relación con nosotros, sus hijos pecadores, es también un modelo del perdón humano. En primer término, del perdón paterno, pero encierra también las claves de todo perdón y de todo arrepentimiento.

“Sed misericordiosos como vuestro Padre celestial es misericordioso”(13), nos ha mandado Nuestro Señor. Si verdaderamente queremos imitar este amor misericordioso, debemos entonces estar dispuestos a perdonar. A perdonar siempre. Por cierto que nuestro perdón tiene ciertos límites insuperables. En efecto, no podemos borrar el pecado ni devolver la vida espiritual al pecador arrepentido. Esto solo puede hacerlo Dios y está siempre esperándonos para hacerlo. Es que todo pecado es, en primerísimo lugar, un pecado contra Dios y, luego, contra la persona ofendida. Pero necesitamos ser perdonados también por los hombres, necesitamos recuperar nuestra dignidad ante ellos (14). Y

(12) SÁENZ, Alfredo, S. J., “Las parábolas del Evangelio según los Padres de la Iglesia: La misericordia de Dios”. Gladius, Bs. As., 1994, p. 303.

(13) Lc 6, 36.

(14) Eso es lo que quiere Dios de nosotros: “Si, pues, al presentar tu ofrenda en el altar te acuerdas entonces de que un hermano tuyo tiene algo contra ti, deja tu ofrenda

necesitamos perdonar, es esta una exigencia de nuestro propio corazón.

Me ha parecido necesario comenzar estas reflexiones deteniéndonos brevemente en las maravillas del perdón divino no solo por ser este el modelo de todo perdón, sino también porque creo que es importante que pongamos ante nuestros ojos —y aún más ante nuestro corazón— la inagotable grandeza del perdón (de todo perdón) y la necesidad impostergable que todos tenemos de ser perdonados. Pero también para ver que el perdón, ese que imploramos y prometemos cada vez que rezamos el Padrenuestro, ese perdón que es expresión privilegiada del amor es una cosa seria. Perdonar (como amar) no es fácil. Requiere muchas virtudes o, al menos, disposiciones del ánimo: paciencia, perseverancia, humildad, olvido de sí mismo. Y, muchas veces, sufrimiento. Y, siempre, entrega, entrega total. Como Jesús en la cruz.

II. “Dios creó al hombre a su imagen; lo creó a imagen de Dios, los creó varón y mujer” (15).

“Nuestro Dios, en su misterio más íntimo, no es una soledad, sino una familia, puesto que lleva en sí mismo paternidad, filiación y la esencia de la familia que es el amor. Este amor, en la familia divina, es el Espíritu Santo (...) Este aspecto trinitario de la pareja tiene una nueva representación en la teología paulina cuando el Apóstol la relaciona con el ‘misterio’ de la unión entre Cristo y la Iglesia” (16).

Estas luminosas palabras de Francisco nos ubican frente a una verdad muchas veces olvidada: el matrimonio y la familia son realidades originarias (17), creadas a imagen de Dios como el hombre mismo.

De algún modo, entonces, quizás pueda decirse que la creación del hombre y la creación del matrimonio y la familia son una misma cosa.

allí, delante del altar, y vete primero a reconciliarte con tu hermano; luego vuelves y presentas tu ofrenda”(Mt 5, 23/24).

(15) Gn 1, 27.

(16) *Amoris laetitia*, 11 (con cita de Juan Pablo II).

(17) “Queridos por Dios con la misma creación”, escribe Juan Pablo II en *Familiaris consortio*, 3.

En cuanto son inescindibles, imagen de Dios uno y trino, queridos por el Creador.

Varón y mujer, creados por amor y para el amor (18), cuya fecundidad “es ‘imagen’ viva y eficaz, signo visible del acto creador”(19).

Es en el matrimonio y en la familia, entonces, donde primero debe buscarse e imitarse el perdón que viene del amor misericordioso de Dios. Si el perdón de Dios es el modelo del perdón humano, el perdón en el matrimonio y la familia deben ser el modelo del perdón en la sociedad. A quien no ha aprendido a perdonar en su familia le será muy difícil ser capaz de perdonar luego, en su vida de relación social. En rigor, y en todo sentido, la sociedad es un reflejo inexorable de la familia.

III. Teniendo presente, entonces, que la verdad del perdón humano la encontraremos de modo sobresaliente en la familia, conviene que comencemos por hacer una breve reflexión sobre algunas características generales del perdón (20).

El perdón es siempre una respuesta, posible y deseable, a una ofensa. “Perdona nuestras ofensas como también nosotros perdonamos a los que nos ofenden”, rezamos en el Padrenuestro. La ofensa — en su sentido más amplio— consiste siempre en una conducta intencional que causa en el otro —sin justificación alguna— algún daño, dolor, sufrimiento o perjuicio de cualquier tipo. Es, decíamos, el presupuesto del perdón. Pero es también el presupuesto de un acto de justicia. Porque la ofensa es una forma de injusticia. De lo cual se sigue que, producida la ofensa, se inicia un proceso que solo concluye con un acto de justicia que repara la injusticia, o con un acto de perdón que, a su vez, puede ser anterior o posterior al acto de justicia.

Si nos atenemos a la reacción de la gente en general (y a la nuestra), comprobamos sin mayor dificultad que lo inmediato y, casi diríamos,

(18) *Familiaris consortio*, 11.

(19) *AL*, 10.

(20) He desarrollado con cierta extensión este tema en “Misericordia y justicia”. *EDUCA*, 2013, de donde he tomado varias de las citas.

espontáneo, es la exigencia de justicia. Quien hizo algo malo debe sufrir algo malo. Esta suerte de igualdad entre el mal producido y el mal merecido ha sido considerada desde la antigüedad la manifestación por excelencia del principio de justicia (21). Dicho en breve, al ofensor le corresponde un castigo. Eso es lo justo, porque, como escribe, Santo Tomás, la pena es necesaria “para restablecer el orden de la justicia” (22). Y en otro texto que permite vislumbrar la dimensión de la ofensa: “al orden del universo pertenece también el orden de la justicia, el cual pide que los transgresores sean castigados” (23).

Todo esto está muy bien. A los efectos sociales — considerados objetivamente— es lo que corresponde. Porque restaura el orden. Pero en el plano de las relaciones personales, aquellas que conforman el tejido profundo de la sociedad, la justicia no alcanza. Más aún, podemos llegar a percibirla como radicalmente insuficiente. Bien entendido que esto no implica desvalorizar la justicia, sino reparar en sus límites.

Sin necesidad de enredarnos en temas complejos (24), tomemos un ejemplo común que, además, desgraciadamente nos sitúa en el centro de frecuentes problemas matrimoniales y familiares. Pensemos en un agravio, en una palabra, dicha en el transcurso de una discusión sin justificación alguna, quizás con el solo propósito de herir al otro. Objetivo, además, que ha sido alcanzado. Las sanciones que se nos pueden ocurrir en términos de justicia pueden ser varias y dependerán también del tipo de relación preexistente (un insulto, cortar la relación, dejar de hablarle temporalmente, no volver a saludarla, etc.).

¿Es suficiente? Del lado del ofendido, es evidente que ninguna sanción alcanza; el que el

(21) Por supuesto que igualdad no significa identidad. Se trata de una medida que se determina de distintos modos según las situaciones y, en concreto, según las épocas y culturas. Otro tanto puede decirse de la justicia que tiene en cuenta el mérito y su recompensa.

(22) ST, I-II, q. 87, a.6, ad. 3.

(23) ST, I, q. 49, a. 2.

(24) Pienso, v.gr., en un homicidio en donde al límite infranqueable de la muerte se le agregan los múltiples agravios, entre ellos, la sociedad misma.

otro también sufra no atenúa su sufrimiento ni hace que cicatricen sus heridas. Y, del lado del ofensor, aunque perciba el castigo como merecido, si es consciente del daño que ha causado, del sufrimiento del otro —más aún si se trata de una persona amada—, no puede sino sentir su estupidez, su bajeza, su miseria, en suma. Y experimentar, desde la profundidad de su arrepentimiento, la necesidad de ser perdonado.

¿Qué es el perdón? Si recurrimos al diccionario de la Real Academia Española, encontramos que perdón es la “remisión de la pena merecida, de la ofensa recibida o de alguna deuda u obligación pendiente”. A su vez, recoge como sentido de “remitir”: “alzar la pena, eximir o libertar de una obligación”. Es decir que el perdón encerraría siempre la idea de abandono o renuncia o concesión. Y podría ser caracterizado como una renuncia al castigo, como un abandono de la vía de la justicia. Así era considerado también en la época precristiana.

¿Es esto todo? Es cierto que, en cualquier caso, en el proceso del perdón usualmente se concluye remitiendo alguna pena u obligación. Como veremos, el perdón es esencialmente un don, y todo don lleva consigo alguna forma de renuncia: dar quiere decir abandonar algo (25). Pero no es esto lo principal. Incluso el perdón puede ser posterior a la realización de la justicia y, por tanto, puede no haber remisión de pena alguna. Pero la escasez de aquella noción se nota, sobre todo, por el hecho de que es relativamente común que se exima a alguno de la pena (en el sentido más amplio de la palabra) que le hubiera correspondido en justicia, sin haberlo perdonado realmente. Más aún, en esa quizás displicencia del ofendido ante lo ocurrido, en su indiferencia ante las exigencias de la justicia, en ese aparente olvido de la ofensa — olvido cuya causa nunca se conoce— puede haber hartazgo, o la soberbia de considerar que el otro es poca cosa como para ofenderlo, o, incluso, la crueldad de mantener la herida abierta para siempre.

No, no es la sola remisión de la sanción. Lo que busca, aquello por lo que clama el corazón del ofensor arrepentido es algo que trascien-

(25) LAFITTE, Jean, “Vida humana: don, vida y perdón”. En Scola, Angelo (coord.): “¿Qué es la vida?”. Encuentro Ediciones. Madrid, 1999, p. 252.

de ampliamente el mero acto negativo de que sea remitida la pena que merece. Quiere y necesita más, necesita un acto positivo, una verdadera donación del ofendido por la que este, entregándole el perdón, sane ambos corazones. Quien haya pasado por la terrible experiencia de haber cometido alguna grave falta, de haber seriamente ofendido a alguien, sabe que la mera eximición de la pena merecida es poco, muy poco. Quien desea ser perdonado —por Dios y por los hombres— anhela mucho más que no cumplir una pena.

También para el ofendido el perdón es mucho más que eximir de pena al ofensor, también para él es un bien. El corazón de la persona ofendida ha quedado herido por el agravio. El perdón cura su alma de rencor, de deseos de venganza y, al hacerlo, le devuelve la paz.

El perdón es, entonces, un don. La misma estructura de la palabra lo enseña: “per”-“don”, donde el prefijo “per” denota su completud, su carácter de don perfecto. Es, como todo acto de misericordia, un acto de amor. En su excelencia, perdonar es dar abundantemente, entregarse hasta el extremo (26). Porque, de algún modo, lo que se dona en el perdón es la persona misma. Se comprende mejor esto, cuando se repara en que el modelo supremo y perfecto de todo perdón humano es Jesús clavado en la cruz.

IV. Dios, que es amor (27), nos ha creado por amor y para el amor. El amor es, por tanto, la vocación fundamental e innata de todo ser humano (28). Por ello es por lo que “el hombre no puede vivir sin amor. Permanece para sí mismo un ser incomprendible, su vida está privada de sentido, si no le es revelado el amor, si no se encuentra con el amor, si no lo experimenta y no lo hace propio, si no participa en él vivamente”(29).

(26) BURGGRAF, Jutta, “El arte de perdonar”. Conferencia pronunciada el 22 de abril de 2007 en el Instituto de Estudios Superiores de la Familia (IESF) de la Universitat Internacional de Catalunya. En http://www.llar.eu/filesConvivir_en_el_matrimonio.pdf.

(27) 1 Jn 4, 8.

(28) FC, 11.

(29) Juan Pablo II, Enc. Redemptor hominis, 10.

Y la familia es el lugar por excelencia del amor. Las más altas formas del amor humano encuentran en ella su expresión pura y originaria. El matrimonio —perfección del amor entre varón y mujer—, el amor paterno, el amor filial, el amor fraterno y el inagotable amor generado por las diversas formas y grados de parentesco. Incluso la amistad, altísima forma del amor entre los hombres, amor deseable y posible entre esposos o hermanos (u otras formas de parentesco) para la cual, en cualquier caso, es la familia la que nos dispone y nos prepara. Pero la familia, en sí misma, es una construcción de amor. Nace, crece y subsiste por y en el amor. Francesco D’Agostino habla de la “capacidad (en sí misma misteriosa, pero indudablemente típica del hombre) de amar familiarmente”(30). Más allá de todo lo que se pueda reflexionar sobre esta forma del amor, es un hecho de experiencia común que existe un amor por nuestra familia que no se confunde con las formas de amor antes mencionadas.

Si la familia es el lugar del amor, lo es también de esa forma exquisita, difícil, a veces dolorosa y siempre deseada del amor que es el perdón. Como hemos dicho más arriba, es en la familia donde se aprende a perdonar. Se aprende (o no) de hecho, a través de la pedagogía irremplazable del ejemplo. Pero es altamente deseable que haya también una educación consciente y explícita en el perdón y, por supuesto, en el arrepentimiento.

Ahora, podríamos preguntarnos por qué surge con tanta intensidad la cuestión del perdón en la familia. La respuesta debe recoger varios aspectos. Está, por cierto, el hecho de que quienes integran una familia son seres humanos frágiles, pecadores, portadores de múltiples miserias y generadores, por tanto, de múltiples conflictos. Pero a esto debe agregarse que la familia es un ámbito en el cual “se encuentran incluidas las personas en su totalidad, y no en la especialización funcional que les impone su ser-en-sociedad”(31), por lo cual cada uno se muestra y se encuentra tal cual es, sin máscara, muchas veces sin contención y, otras tantas, sin defensa. Por fin, precisamente por ser el matri-

(30) En “Filosofía de la familia” Rialp, 2006, p. 25.

(31) Ídem, p. 26.

monio y la familia instituciones que descansan en el amor, las ofensas y agravios que se producen entre sus miembros adquieren una dimensión distinta de las que ocurren en el seno de la sociedad en general. Por un lado, la presencia misma del amor hace que, en muchos casos, el perdón sea más fácil, pero, por otro, es también frecuente que, al estar el amor de por medio, las heridas sean más profundas.

V. En el matrimonio, hombre y mujer, a través del pacto de amor conyugal, hacen una donación total de sí mismos hasta la muerte, en la que está presente toda la persona, aceptando así la comunidad íntima de vida y amor, querida por Dios **(32)**⁽³²⁾.

Una donación total realizada para siempre supone, necesariamente, un compromiso y una disposición a perdonar siempre. En efecto, como hemos visto, el perdón es un don perfecto. No podría entonces entenderse una donación total de sí mismo que no comprendiera un don que es manifestación del amor más entrañable.

En rigor, perdonar es un deber moral del amor de misericordia para cualquier persona y en cualquier circunstancia. Creo que la diferencia es que en el matrimonio hay, desde el comienzo, una promesa de perdonar que integra la donación del uno al otro. Y si de perdonar, también de arrepentirse y pedir perdón.

Por cierto, y conviene que esto lo digamos desde ya, que puede haber situaciones —ya sea por la continuidad de los agravios, por falta de arrepentimiento o, sea cual sea la razón, por el peligro que puede entrañar la vida en común— en las que convenga una separación. Esto no debería ser, ni hay que entenderlo como una sanción, sino como una necesidad.

Es común que en la vida matrimonial surjan múltiples (diría, más bien, incontables) altercados, conflictos, problemas de todo tipo, originados —o en los que se manifiesta— en una ofensa o agravio, sea cual sea su entidad y dimensión. Sabemos que este genera una relación de enemistad de la cual solo se sale a través del perdón. Por la gravedad que entrañan algunos agravios dentro del matrimonio, o por la persistencia de

otros en sí pequeños, y por las consecuencias que pueden tener para la subsistencia de la familia, parece este el lugar apropiado para que profundicemos algo más la cuestión de la ofensa, el arrepentimiento y el perdón.

La ofensa, como toda injusticia, es algo antinatural. Es algo que no tendría que haber ocurrido porque no tendría que ocurrir. Por ello es que la ofensa resulta de algún modo incomprensible. Tanto para el ofensor como para el ofendido. He aquí que el marido le dice algo a su mujer con el único propósito de hierirla (o viceversa). Puede, en un posterior análisis, tratar de encontrar alguna explicación en el ardor de la discusión, en la aparentemente injustificada posición adoptada por su cónyuge, en las circunstancias personales o laborales por las que está atravesando; puede, en fin, alcanzar a entender todo el contexto y hasta la causa de la ira en su interior. Pero nunca, nunca, podrá comprender por qué quiso dañar al otro y, en este caso, nada menos que a la persona amada. Se experimenta (como siempre que hacemos algo malo) la impotencia, la frustración de no poder volver el tiempo atrás. Y la realidad de que, en el fondo, no hay nada que pueda decir, salvo: perdón.

Desde el punto de vista de quien ha sido lastimado por la ofensa, Jean Lafitte explica esta dificultad o imposibilidad de comprender: “Una ofensa sufrida siempre es absurda, porque su análisis choca inevitablemente con el misterio de una voluntad malévola (...) Imaginar la ofensa querría decir penetrar en el mal, y semejante operación iría contra la naturaleza profunda del hombre”**(33)**.

Nos cuesta admitir en nosotros —y en ese acto— la existencia de algo que pueda ser llamado “una voluntad malévola”. Pero ¿de qué otro modo puede ser calificado un hecho, una palabra, cuya intención fue la de herir, agraviar, causar un mal? Sé que podríamos enredarnos ahora en disquisiciones acerca de las diversas formas en que puede manifestarse la intención de nuestra voluntad. Pero nos alejaríamos del punto central que es que hemos causado un mal que de algún modo hemos querido.

(33) LAFITTE, Jean, “El perdón transfigurado”. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, 1999, p. 255.

(32) FC, 11.

Si el mal es de suyo incomprensible, es claro que no deberíamos intentar comprenderlo. Y, por tanto, al pedir perdón, no deberíamos intentar justificarlo (y justificarnos). Porque el perdón tiene como materia aquello que, precisamente, es injustificable.

Lewis (34) ha destacado la diferencia (y hasta la oposición) entre la pretensión de dar razones para justificar nuestro acto —y, de este modo, ser disculpados— y el pedir perdón. En efecto, si hay razones para lo que hicimos y estas lo explican satisfactoriamente, en rigor no hay nada por lo cual debamos pedir perdón. Tendremos que hacer un cierto esfuerzo para demostrar que, en realidad, no existió una verdadera ofensa —ni objetiva ni subjetivamente—. Y, si no hubo una ofensa o agravio, lo que estamos pidiendo es un acto de justicia. Por así decirlo, que se nos absuelva. Porque no hay nada que perdonar.

Puede que sea esta la situación. Pero muchas veces las excusas no son sino un intento de escamotear la verdad y de engañarnos a nosotros mismos. O, simple y dolorosamente, de nuestra dificultad para afrontar la humillación de rogar ser perdonados.

¿Cuál ha de ser la actitud interior del esposo que pide perdón? En realidad, la misma que debe tenerse cuando se pide perdón a Dios (hay que recordar también que todo pecado es, ante todo, una ofensa a Dios): dolor por el mal que ha causado, arrepentimiento y propósito de enmienda. Un corazón contrito y humillado, dice el rey David (35). Pero como los esposos no son Dios, que está siempre deseoso de perdonar, habrá que buscar la ocasión adecuada, el tiempo oportuno, sin dejar tampoco que se dilate innecesariamente el momento.

¿Con qué nos encontraremos? Por mucho que nos amemos (o quizás justamente porque es mucho lo que nos amamos), quizás nos encontremos con un corazón herido que no está dispuesto —o todavía dispuesto— a perdonar. Es duro. Pero conviene recordar que no hay nada que reclamar. Nadie puede ampararse en sus antecedentes de amor, en sus demostraciones

objetivas de arrepentimiento, en sus palabras cariñosas e, incluso, pasado un tiempo, en sus quizás reiterados pedidos de perdón. El perdón no es un derecho. No es algo que nos corresponda en justicia. Por supuesto que no se opone a la justicia, sino que la supera. La lleva, al decir de Santo Tomás, a su plenitud (36). Pero no es justicia, sino misericordia. Y la misericordia se desea, se ruega, pero no se exige. No se puede exigir. Es la hora de cultivar la paciencia y la perseverancia. Y de suplicar a Dios que ayude a cicatrizar la herida que hemos causado.

¿Cuál ha de ser la actitud interior del esposo al que se pide perdón? Ya hemos visto que la ofensa, su existencia, el que haya surgido de la persona amada con la intención de lastimar, es algo imposible de comprender. Quizás sea este el momento para recordar la incomprensibilidad de los propios pecados. Y recordar a nuestro Padre misericordioso que nos ha perdonado una y otra vez. Superando siempre su justicia con su misericordia. Es cierto que, en términos de justicia, no estamos obligados a perdonar. No es una exigencia de justicia, no; pero sí es una exigencia del amor. Del amor consciente de que un corazón arrepentido necesita ser perdonado. Quien ha sido alguna vez perdonado sabe hasta qué punto debe a su vez perdonar.

Ocurre con frecuencia que, así como el esposo ofendido trata de explicar y justificar lo injustificable, quien perdona no se limita al sencillo acto de perdonar, sino que comienza a hacer un recuento de situaciones similares o vividas de un modo parecido, que han ocurrido a lo largo de los años, a veces, de las décadas. Es algo peligroso porque el acusado, por la “memoria histórica”, no se siente perdonado, y, a su vez, pueden surgir, como si estuvieran ocurriendo en el presente, cosas que ya habían sido perdonadas, conversadas y de las que, incluso, el recuerdo puede, por el paso del tiempo, diferir. Sin embargo, si esto ocurre (porque a veces el dolor necesita diluirse en el desahogo), pareciera aconsejable tomarlo como parte de un castigo en todo caso merecido.

En su perfección, como ocurre en nuestra relación con Dios, el diálogo tendría que ser: —¿Me perdonás? —Te perdono. Y esas cuatro

(34) LEWIS, C. S., “El perdón”. Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1998, ps. 12/13.

(35) Salmo 50, 19.

(36) ST, I, q.21, a. 4, ad 2.

palabras encierran la realidad y la promesa de toda una vida de amor.

VI. Del perdón a los hijos es modelo la parábola del hijo pródigo, de la que hemos hablado más arriba. Tanto en la actitud del hijo [que una vez arrepentido se pone en marcha y pide perdón sin pretender justificarse (37)] como, sobre todo, en la del padre que perdona absolutamente, sin recriminar nada. Porque el padre sabe que todo el mal hecho ha quedado cubierto por el arrepentimiento y por el pedido de perdón.

Nos quedan por señalar otras cuestiones de la mayor importancia que surgen, o que podrían surgir, de una reflexión sobre la parábola. En franca rebeldía e hiriendo profundamente a su padre, el hijo toma su parte de la herencia y se va. Se va a algún lugar que el padre ignora; como ignora también si alguna vez volverá y, peor aún, si se arrepentirá. Esto hace surgir el tema de los hijos que, luego de haber agraviado de cualquier modo a sus padres, abandonan intempestivamente el hogar. A veces se tienen algunas mínimas y superficiales noticias de ellos, a veces, ninguna. Pueden pasar años, puede pasar la vida entera. Por supuesto que la paciencia y la confianza en Dios Padre son esenciales para sobrellevar la situación. Pero, en lo que estamos tratando, surge inevitable el interrogante: ¿se puede perdonar si no hay, o si no se sabe si hay, arrepentimiento?

Por cierto que, sin arrepentimiento, el perdón no surte ningún efecto en el corazón del perdonado. Pero sí en este caso, en el padre que perdona. Y ya solo por esto valdría la pena hacer el ejercicio de suponer un verdadero arrepentimiento y perdonar de todo corazón. Si el hijo vuelve arrepentido, o si se arrepiente después, el perdón será un regalo que lo está esperando. Será, como en el hijo pródigo, un padre o una madre que corre, lo abraza y lo besa. Y que celebra una gran fiesta.

(37) Aunque, a decir verdad, el razonamiento y las palabras del hijo parecen acercarse más a la justicia (“ya no merezco ser llamado hijo tuyo, trátame como a uno de tus jornaleros”), su pedido de perdón se encuentra en sus primeras palabras: “Padre, pequé contra el cielo y contra tí”. La respuesta del padre no es sino una demostración de que el amor de Dios por nosotros, sus hijos, supera toda expectativa.

VII. Mencionábamos antes la conveniencia de que la familia sea una escuela del perdón (38). A través del ejemplo, sí, pero también a través de una educación encarada conscientemente por los padres.

Educar en el perdón implica tanto enseñar a perdonar como a arrepentirse. Pero abarca también actitudes que podríamos denominar preparatorias para el perdón y otras que se desarrollan luego de que este se ha efectuado.

Podríamos comenzar con la necesidad de enseñar a conocerse a sí mismo y a conocer a los demás integrantes de la familia. Conocernos en nuestras necesidades, pero, en este caso sobre todo, en nuestras virtudes y defectos, en nuestra forma de ser y de reaccionar. Hay que recordar que en la familia estamos y nos presentamos con la totalidad de nuestra persona, sin ocultar nada, tal como somos. No deberíamos ignorar, por tanto, la distinta sensibilidad, paciencia, tendencia a la ira y demás características —fortalezas y debilidades— de cada uno. Hay que hacer un esfuerzo por comprender al otro. Para todo esto hace falta la presencia de los padres en la casa, pero una presencia activa, que promueva la convivencia, el intercambio de experiencias, de lo vivido en el día, tratando de luchar contra la rutina o el aislamiento (aun estando en compañía).

Debería ser una norma de la vida en familia la que propone Francisco: “no dejar que termine el día sin pedirse perdón”. A veces, ante las pequeñas faltas, puede “ser suficiente una caricia”, una sonrisa que demuestre que el amor ya ha dejado atrás lo sucedido.

Porque “lo que se nos pide es sanar inmediatamente las heridas que nos hacemos, retejer inmediatamente los hilos que rompemos en la familia. Si esperamos demasiado, todo se hace más difícil” (39).

(38) En la audiencia del 4/11/2015, el papa Francisco decía que “la familia es un gran gimnasio para entrenar al don y al perdón recíproco, sin el cual ningún amor puede ser duradero. Sin donarse, sin perdonarse, el amor no permanece, no dura”.

(39) Audiencia 4/11/2015.

A veces, desgraciadamente, en la relación entre hermanos o de los hijos con los padres o de estos con sus hijos, se producen verdaderas y graves ofensas. Conviene decir, ante todo, que, cuando esas ofensas adquieren el nivel de abusos, o de conductas que puedan poner en peligro la vida moral de la familia, hará falta — además de perdonar según lo ya señalado— tomar otro tipo de medidas. No es entonces a este tipo de ofensas a lo que nos referimos.

Lo primero es enseñar a tomar conciencia del mal que se ha hecho con particular referencia a la víctima. Luego, si es el caso, que la ofensa debe ser subsanada.

Creo que es muy importante enseñar a arrepentirse. A reconocer el daño, el mal que hemos hecho. A pesar del amor. Sobre todo, esto, porque muestra que a veces hacemos cosas incomprensibles, injustificables, herimos a quien amamos. Y esta contradicción entre lo que queríamos hacer y lo que hacemos (40), esta experiencia de nuestra fragilidad y del misterio que se encierra en nuestro corazón, nos enseña a ser humildes.

Y por fin, enseñar a pedir perdón. A pedirlo de verdad. No como una mera fórmula, una suerte de trámite de la burocracia familiar, sino como una verdadera necesidad. Mostrando con pena el dolor de nuestro corazón por haber herido a quien amamos. Por supuesto que esto requiere una búsqueda del tiempo oportuno y del lugar adecuado.

De otro lado, enseñar a perdonar. Mostrar lo que el perdón es en realidad: un acto exquisito del más puro amor. La identificación entre

amar y perdonar puede ser muy provechosa. Por lo pronto, nos ayuda a superar la contradicción sensible entre uno y otro: amar es siempre un sentimiento positivo, en cambio, podemos experimentar un fuerte rechazo sensible a perdonar. La real identificación entre ambos nos ayuda a comprender que el amor no es un mero sentimiento, sino que amar es hacer el bien (41).

Ayuda a perdonar intentar comprender la debilidad del otro —recordando la nuestra— y tratar de buscarle excusas —como haríamos con nosotros mismos—. Recordar a Jesús diciendo: “Padre, perdónalos porque no saben lo que hacen” (42). Pero, por cierto, lo central es el amor, la donación de sí mismo.

Por fin, hay que enseñar a perdonarse a sí mismo. Es frecuente la desgraciada experiencia de quien no puede disfrutar del perdón recibido, ni aun del perdón de Dios porque no llega a perdonarse a sí mismo. Deberíamos atender con todo cuidado a esta posibilidad del corazón. Puede haber algo de soberbia, puede haber una suerte de sobreexigencia respecto de nosotros mismos. Y, por este camino, al no poder perdonarnos, podemos llegar a poner en duda la verdad del perdón recibido. Es un “yo no soy digno” a secas. ¡Como si el perdón se fundara en nuestros méritos! Por supuesto que somos indignos de ser perdonados. No se trata de justicia, sino de misericordia. Del amor de nuestro hermano, del amor que nos debemos a nosotros mismos, del amor incomprensible de Dios que se derrama sobre nosotros. Quizás el camino que nos libre de este peligro sea recordar, y enseñar a contemplar —con fe y gratitud—, a Cristo clavado en la cruz.

(40) Rom 7, 15: “Y ni siquiera entiendo lo que hago, porque no hago lo que quiero sino lo que aborrezco”.

(41) AL, 94.

(42) AL, 105.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dignidad como principio bioético

Reflexiones a partir de la conclusión del caso “Artavia Murillo”

Jorge Nicolás Lafferriere

Sumario: I. Introducción.— II. La sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (2012).— III. Las intervenciones posteriores de la Corte IDH vinculadas con la sentencia “Artavia Murillo”.— IV. Reflexiones conclusivas sobre el uso del término “dignidad” y las cuestiones biojurídicas.— V. Bibliografía.

I. Introducción

Luego de un largo derrotero, el 22 de noviembre de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) dio por concluidos los casos “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) y Gómez Murillo y otros Vs. Costa Rica” y “Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”. Así se puso fin al ciclo que se había abierto el 28 de noviembre de 2012 con la sentencia “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” y que fue seguida por otras cinco decisiones posteriores de la Corte IDH: en 2014, de rechazo de medidas cautelares; en 2016, de supervisión de cumplimiento de sentencia; en 2016, de homologación de un acuerdo entre Gómez Murillo y otros y Costa Rica; y en 2019, dos decisiones de supervisión de cumplimiento de sentencia.

El fallo de 2012 tuvo una enorme repercusión en Costa Rica y en todo el sistema interamericano y ha sido muy comentado. En este trabajo (1),

a la luz de la conclusión del caso, me propongo analizar cómo fue el uso que hizo la Corte IDH del término “dignidad” en las distintas decisiones que adoptó en estos expedientes, y ofrecer algunas reflexiones sobre las proyecciones que ello tiene para la consideración ético-jurídica de las biotecnologías. Entiendo que las resoluciones dictadas en este caso dejan en evidencia dos posiciones que subyacen en el debate bioético contemporáneo: la dignidad como excelencia en el ser que le corresponde a todo ser humano, en este caso al embrión, y la dignidad como autonomía, que sería el principio alegado por las personas que impulsaron la acción, por entender que tenían derecho al acceso a la FIV. En mi opinión, la prioridad que ha dado la Corte IDH a la noción de dignidad como autonomía ofrece un marco jurídico insuficiente para dar adecuada respuesta a los principales desafíos que plantean las biotecnologías.

II. La sentencia del caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (2012)

El 28 de noviembre de 2012 la Corte IDH dictó sentencia en el caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”

(1) Este trabajo se enmarca en el PICTO-UCA 2017-0032 “El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas”, cofinanciado por ANPCyT y UCA (Argentina).

[Serie C No. 257 (2)], con un voto concurrente del juez García-Sayán y la disidencia del juez Vio Grossi. La sentencia condenó a Costa Rica por considerar que había vulnerado los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación, en perjuicio de dieciocho personas, matrimonios de varones y mujeres que padecían infertilidad. La Corte IDH entiende que tal violación se produjo porque la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había declarado inconstitucional el día 15 de marzo de 2000 (3) el Decreto Ejecutivo 24.029-S de 3 de febrero de 1995, que regulaba el tratamiento médico correspondiente a la técnica de fecundación *in vitro* (en adelante también FIV). Ello significó que en la práctica se prohibiera la FIV en Costa Rica.

Para decidir así, la Corte IDH ponderó si los derechos antes mencionados recibieron una restricción desproporcionada cuando la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo en virtud de que interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión (“Artavia”, parágrafo 171). Ello llevó a que el tribunal analizara “si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas es admisible a la luz de dicho tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes”. Así, dedicó el núcleo central del fallo a interpretar los alcances del art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que protege el derecho a la vida desde la concepción. En este sentido, la Corte IDH consideró que la interpretación que había hecho la Sala Constitucional del término “concepción”, entendiendo que equivalía al momento de la

fecundación, había resultado en una injerencia desproporcionada e injusta sobre los derechos antes mencionados. En su lugar, la Corte IDH argumentó que la concepción debía ser interpretada como produciéndose en el momento de la implantación, pues esa era la interpretación que favorecía los derechos antes mencionados de los peticionantes.

La condena a Costa Rica incluyó diez medidas de reparación, que transcribimos por su relevancia para las sentencias posteriores vinculadas con la supervisión de cumplimiento:

“1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

“2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.

“3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.

“4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.

(2) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

(3) Sentencia nro. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, expediente nro. 95-001734-007-CO.

“5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.

“6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta.

“7. El Estado deben implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.

“8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.

“9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

“10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.”

El juez Vio Grossi firmó una disidencia muy valiosa en el caso *Artavia Murillo* (2012), que comentaremos en el segundo apartado de este capítulo.

II.1. La dignidad en el voto de la mayoría

En la sentencia *“Artavia Murillo”*, encontramos múltiples referencias a la dignidad, aunque con distintos alcances semánticos. En algunos pasajes, se hace alusión a la dignidad como una nota ontológica del ser humano. En otros, que en de-

finitiva terminan siendo los que son decisivos desde un punto de vista argumentativo para la mayoría, la Corte IDH usa el término dignidad en relación con la autonomía. A continuación, formulo un análisis de estos usos en el voto de la mayoría.

II.1.a. Dignidad como valor ontológico

La noción de dignidad como valor ontológico aparece en la sentencia de la mano de los argumentos planteados por el Estado de Costa Rica. En efecto, como es habitual, la Corte IDH transcribe diversos planteos formulados por las partes. Así, en el considerando 60 se refiere a algunas impugnaciones que hizo el Estado de Costa Rica respecto a declaraciones que se recibieron en el juicio. Cuando se detiene a transcribir lo referido a la declaración de Delia Ribas la sentencia indica que el Estado critica que ella “aboga en su documento por la práctica de la criopreservación —o congelamiento de los embriones—, lo que resulta incompatible con el derecho a la vida y a la dignidad humana” (*“Artavia”*, n. 60).

Esta visión también está mencionada por la Corte IDH cuando se refiere a la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo de 2000, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24.029-S”. En el considerando 72 de *“Artavia Murillo”* se afirma que la Sala Constitucional “concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el ‘derecho a la vida y a la dignidad del ser humano’, razón por la cual ‘[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución’”. Y en el considerando 74 se consigna la postura de la Sala Constitucional en tanto “determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”.

Nuevamente la noción ontológica de dignidad es mencionada en el considerando 140 al reseñar la Corte los argumentos presentados por el Estado de Costa Rica, que alegó que “la vida y dignidad humanas no debe dar pruebas de su naturaleza frente a los reclamos del progreso científico o médico”. Y en el considerando 167 de nuevo aparece el término “dignidad” en su sentido ontológico, cuando se da cuenta

de la evidencia científica presentada por el Estado para sostener que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación y que el Estado “aseveró que se debe proteger al más vulnerable de todos los seres humanos: el embrión y reconocer su dignidad intrínseca más allá de su vinculación con el útero materno”.

Interesantes son las menciones a la dignidad que surgen a partir de las citas que hace la Corte IDH a fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos. En el considerando 237 se reseña la opinión del Tribunal Europeo en el Caso Vo. Vs. Francia y se incluye una larga cita del Tribunal Europeo que dice: “A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido ‘en general, desde el momento de la concepción,’ el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define ‘todos’ [...] los cuales su ‘vida’ es protegida por la Convención. La Corte no ha determinado el problema del ‘inicio’ de ‘el derecho de toda persona a la vida’ dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida.’ [...]” (Considerando 237). La Corte IDH resalta con negrita y subrayado un párrafo de esta cita que dice: “Cuanto más, se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona – gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido [...] – requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una ‘persona’ con el ‘derecho a la vida’ a los efectos del artículo 2. [...]” (considerando 237).

Este punto se reitera luego en el considerando 247 cuando la Corte IDH afirma: “Ha sido señalado que en el Caso Vo. Vs. Francia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida” (*supra* párr. 237) ”.

Es interesante que la Corte IDH cite el texto de “Vo. vs. Francia” para fortalecer su postura en el sentido de rechazar que el embrión sea “persona,” pero que al hacerlo:

- omita considerar que el Tribunal Europeo señala que está sosteniendo que el embrión no es persona porque no hay una norma tan expresa como la que tiene el sistema interamericano en el art. 4 de la Convención Americana de DDHH, que habla de la protección de la vida “desde la concepción”;

- omita considerar que, aunque el embrión no sea persona, merece protección “en nombre de la dignidad humana”. Eso significa que hay un valor ontológico en el mero hecho de ser embrión humano que requería consideración jurídica.

La cuestión de la dignidad del embrión también está subyacente en la referencia que la Corte IDH hace al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (en adelante el Convenio de Oviedo), adoptado en el marco del Consejo de Europa, citando en el considerando 248 su artículo 18 referido a la experimentación con embriones *in vitro*. En ese considerando se incluye una nota al pie n. 390, que explica: “El Convenio de Oviedo establece en su artículo primero que los Estados Partes ‘protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina’ y agrega que ‘[c]ada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio”.

La Corte IDH utiliza las citas del Tribunal Europeo para enfatizar que, cuando se ha referido al embrión, ello no incluye una prohibición de la FIV. Pero el mismo Tribunal Europeo citado por la Corte IDH reconoce que el embrión merece algún tipo de protección debido a la “dignidad humana”. Solo una dignidad ontológicamente entendida puede ser la fuente de derecho de la que emana tal deber de protección. La Corte IDH incorporó en su análisis jurídico estos pasajes sobre el valor ontológico de la dignidad

humana del embrión, pero omitió toda consideración posterior de la fuerza argumentativa que se deriva de tal afirmación. En cambio, asume la mayoría de la Corte IDH una postura que identifica la dignidad como autonomía, como veremos a continuación.

II.1.b. Dignidad como autonomía

Junto con las referencias a una concepción ontológica de la dignidad, en la misma sentencia la mayoría de la Corte utiliza un concepto de dignidad como autonomía. En el considerando 77, refiriéndose a la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la Corte IDH consigna que “los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron conjuntamente su salvamento de voto a la sentencia. En dicho voto, los magistrados consideraron que la FIV “no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad [...] debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad”.

Esa concepción de la dignidad está presente en el considerando 267 cuando la mayoría de la Corte da cuenta de las alegaciones que hizo el representante Molina en el sentido de “que la satisfacción del derecho a la vida no justifica la restricción de los derechos a la familia, honra y dignidad, e igualdad ante la ley”.

Por su parte, la mayoría de la Corte es muy explícita al vincular dignidad con autonomía en el considerando 143, que ciertamente ocupa un lugar central en la argumentación. Transcribimos este considerando, incluyendo las citas que realiza la propia Corte:

“143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad (4). La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones,

determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior (5). La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona (6). La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás (7), y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (8). Teniendo en cuenta todo lo anterior, la

(5) Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119, y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., Caso Dudgeon Vs. Reino Unido, (No. 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; Caso X y Y Vs. Países Bajos, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 22; Caso Niemietz Vs. Alemania, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29; Caso Peck Vs. Reino Unido, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57; Caso Pretty Vs. Reino Unido, (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 (“The concept of [‘]private life[‘] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”).

(6) Cfr. T.E.D.H., Caso “R. R. vs. Polonia”, (No. 27617/04), Sentencia del 26 de mayo de 2011, párr. 197.

(7) Cfr. Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, párr. 119 y Caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., Caso “Niemietz vs. Alemania”, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29, y Caso “Peck vs. Reino Unido”, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57.

(8) Cfr. Caso “Gelman Vs. Uruguay”. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie

(4) Cfr. Caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, párr. 135.

Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (9).

En el considerando 172 aparece lo que puede considerarse como un uso ampliatorio de la dignidad. En efecto, reconociendo que “Artavia Murillo” es el primer caso en que la Corte IDH se pronuncia sobre el derecho a la vida ante las biotecnologías, en lugar de referirse al derecho a la vida del embrión, se refiere al derecho a la vida de las personas que requieren la técnica y enfatiza que “la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su juris-

C No. 221, párr. 97.

(9) En similar sentido, cfr. T.E.D.H., Caso “Evans vs. Reino Unido”, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71 y 72, donde el T.E.D.H. señaló que “private life” [...] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”, y precisó respecto a la reglamentación de la práctica de FIV que “the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8”. En el Caso Dickson Vs. Reino Unido, (No. 44362/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2007, párr. 66, la Corte expresó respecto a la técnica de la reproducción asistida que “Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents”. En el caso “S.H. y otros vs. Austria”, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82, la Corte se refirió explícitamente al derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que “the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life”. Ver también T.E.D.H., caso “P. y S. vs. Polonia”, (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96, donde el TEDH señaló que “While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well being falls within the scope of the right to respect for one’s private life and accordingly of Article 8”.

dicción (10). Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna”. Vida digna significa, para la Corte IDH, que las personas tienen que poder tomar las decisiones reproductivas en forma autónoma y sin que se pongan limitaciones como el derecho a la vida y la dignidad de los embriones humanos.

Un aspecto importante que ha resaltado Cianciardo es que, en los considerandos 185, 186 y 187, la Corte “elabora un concepto metafísico de persona impregnado de valoraciones muy discutibles inmediateamente después de declarar de modo solemne que no lo haría” (11). En efecto, en el considerando 185 afirma: “para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que les confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”. Y, luego, en el considerando 186 se contradice: “No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción”. Así, la Corte termina “asumiendo una concepción metafísica de persona que se centra en la idea de autonomía, una cualidad que es transitoria en la vida del hombre, y que por tanto no permite fundamentar adecuadamente

(10) Cfr. “caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120, y caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. el Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C. No. 252, párr. 145.

(11) Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C. No. 252, párr. 145.

el respeto absoluto que reclaman los derechos humanos” (12).

En síntesis, sobre todo por el considerando 143 del voto de la mayoría, la construcción que hace la Corte IDH de un pretendido derecho al acceso a las técnicas reproductivas comienza desde una vinculación directa entre dignidad entendida como autonomía y vida privada.

II.2. La disidencia del juez Vio Grossi

En la sentencia “Artavia Murillo” del 28 de noviembre de 2012, el juez Vio Grossi firmó una disidencia que ilumina el problema que quiero abordar en este trabajo. En su voto, este juez adopta el método de razonamiento y argumentación adecuado. En efecto, el caso no debía ser resuelto partiendo de una idea de autonomía y dignidad de las personas que requieren la técnica FIV, lo que supone subordinar a tal pretensión la forma de interpretar el art. 4º referente al comienzo de la protección jurídica de la vida de una persona. Ese fue el esquema seguido por la mayoría. En cambio, Vio Grossi señala: “el asunto de autos no consiste como lo plantea la Sentencia, sino a la inversa. Efectivamente, considerando las normas consuetudinarias aplicables, en el presente caso se trata de determinar, a la luz de lo previsto en la Convención, si la citada Resolución es internacionalmente lícita o, por el contrario ilícita, lo que implica contrastar, antes que nada, dicho acto estatal con la obligación internacional por él mismo aducida como su justificación, es decir, el citado artículo 4.1, y solo una vez dilucidada esta cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los señalados artículos 5.1, 11.2, 17.2 y 24”.

Por eso concluye Vio Grossi que “resultaba más lo lógico que la Sentencia en comento hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado artículo 4.1 y no como lo hace”.

A lo largo de su voto, Vio Grossi explica con fundamento por qué el artículo 4 debe ser interpretado como protegiendo al embrión como un

“ser humano”, en conjunción con el artículo 1º de la Convención, por qué el término concepción debe ser interpretado como equivalente a la concepción y por qué el derecho a la vida del embrión merece una protección fuerte que no admite excepciones, manteniendo la coherencia con todas las sentencias anteriores de la propia Corte IDH.

III. Las intervenciones posteriores de la Corte IDH vinculadas con la sentencia “Artavia Murillo”

Entre noviembre de 2012 y noviembre de 2019, la Corte IDH realizó un riguroso seguimiento del cumplimiento de la sentencia dictada en el caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” (28/11/2012). A continuación, formulo un detalle de esas intervenciones posteriores de la Corte IDH, con particular referencia al análisis del peso que ocupó la dignidad en la argumentación de la Corte.

III.1. Rechazo de medidas cautelares (2014)

El 31 de marzo de 2014, la Corte IDH emitió una resolución en el caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica” (13), con voto concurrente del juez Vio Grossi, en relación con el pedido del representante May Cantillano de adoptar medidas cautelares, ordenar en forma directa al Ministerio de Salud que permita a las clínicas particulares brindar, bajo su supervisión, el servicio de la FIV, y ordenar a la Caja Costarricense del Seguro Social que brinde el servicio en el plazo improrrogable de seis meses. La Corte IDH declaró improcedente esta solicitud, “en virtud de que el asunto planteado ante el Tribunal no es materia de medidas provisionales en los términos del artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que será evaluado en el marco de la supervisión del cumplimiento de la Sentencia dictada el 28 de noviembre de 2012 en el caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica”. En este pronunciamiento no encontramos nuevos elementos que permitan valorar la concepción de dignidad que adopta la Corte IDH ni su relación con las biotecnologías.

(12) Cianciardo, 184.

(13) http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/artavia_se_01.pdf.

III.2. Supervisión de cumplimiento de sentencia (2016)

El 26 de febrero de 2016, la Corte IDH dictó resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencia en el “Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica”(14). En esta ocasión, el juez Vio Grossi nuevamente votó en disidencia. Luego del análisis de los escritos presentados por las partes, transcurridos tres años desde la primera sentencia, la Corte IDH considera: “Costa Rica ha incumplido con la medida ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia, ya que han transcurrido más de tres años desde la emisión de la Sentencia y la prohibición de la FIV, pese a ser incompatible con la Convención Americana, continúa representando un obstáculo para el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, particularmente, al derecho a la autonomía reproductiva en lo que respecta a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de FIV, así como los demás derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia” (considerando 24).

En esta instancia, en la parte resolutive de la sentencia la Corte IDH consideró que Costa Rica había dado cumplimiento total a las siguientes medidas de reparación: “a) realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la Sentencia (punto dispositivo sexto de la Sentencia); b) implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales (punto dispositivo séptimo de la Sentencia), y c) pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355, 363 y 373 de la Sentencia por concepto de daños materiales e inmateriales a favor de las víctimas, y por el reintegro de costas y gastos (punto dispositivo octavo de la Sentencia)”.

También consideró que había dado cumplimiento y que debía continuar implementando “la medida de reparación relativa a brindar a las víctimas atención psicológica gratuita, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas (punto dispositivo quinto de la Sentencia)”.

La sentencia del 28/11/2012 también había dispuesto que el Estado debía adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de 2012 (disposición segunda de la sentencia), y debía regular los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de la Corte IDH, estableciendo sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida (disposición tercera).

A tal fin, el Poder Ejecutivo había dictado el Decreto No. 39210-MPS, que entró en vigor el 11 de junio de 2015. Sin embargo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, por sentencia No. 2016-001692 del 3 de febrero de 2016, en Expediente No. 15-013929-0007-CO suspendió la vigencia del Decreto. De esta manera, la Sala Constitucional impidió que se implementara la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria autorizada en el Decreto impugnado. En la sentencia del 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional, por decisión de mayoría, declaró inconstitucional el decreto porque se violó el principio de reserva de ley y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es a través de ley formal.

Ante esta situación, tan solo 23 días después, la Corte IDH afirma en el considerando 26 de la sentencia de supervisión de cumplimiento que el Estado había incumplido con sus obligaciones. Y en la parte dispositiva, por cinco votos contra uno, declara “que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo segundo de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 26, la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma in-

(14) http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf.

mediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”. También dispone, por cinco votos contra uno, “que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta Resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.

Por todo ello, mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación relativas a: “a) que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción, de conformidad con lo dispuesto en el punto resolutorio tercero y el Considerando 26 de la presente Resolución (punto dispositivo segundo de la Sentencia), y b) la regulación de la FIV, y el establecimiento de sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, de conformidad con lo dispuesto en el punto resolutorio cuarto y los Considerandos 36 y 37 de la presente Resolución (punto dispositivo tercero de la Sentencia)”.

Se trata de una medida profundamente invasiva de la jurisdicción del Estado de Costa Rica. La Corte IDH se comporta como si la Sala Constitucional no se hubiera pronunciado y dispone cómo debe ser el ordenamiento jurídico en esta materia. Además, ignora la distribución de competencias entre los poderes, al aceptar que el tema sea regulado por un Decreto del Poder Ejecutivo, cuando por la materia correspondía que sea el Poder Legislativo el que resuelva. Al respecto, en un detallado análisis de lo sucedido en esta instancia del caso, Silva Abbott y De Jesús señalan irregularidades de forma y de fondo en esta sentencia. Las irregularidades de fondo son: la añadidura de nuevas obligaciones no contempladas en la sentencia definitiva por vía de una interpretación no autorizada; que la Corte valide por sí misma actuaciones internas del Estado condenado, haciendo caso omiso de sus propias competencias como tribunal inter-

nacional y de las regulaciones y procedimientos internos de ese país; y pretender que la sentencia definitiva tenga efectos directos en el país sin necesidad de una regulación interna suya (pese a haberla ordenado), saltándose, con mayor razón aún, tanto los cauces formales del país condenado como sus propias competencias como tribunal internacional (15).

La Corte IDH también mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de las siguientes medidas de reparación: “a) incluir la disponibilidad de la FIV dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en la atención de salud del Estado, de conformidad con el deber de garantía respecto del principio de no discriminación (punto dispositivo cuarto de la Sentencia), y b) brindar a las víctimas atención psicológica gratuita, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas (punto dispositivo quinto de la Sentencia)”.

En cuanto al uso de la noción de dignidad, la Corte IDH no recurre al concepto en esta resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. Pero consigna lo que había dicho la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en la citada sentencia No. 2016-001692 emitida el 3 de febrero de 2016, Expediente No. 15-013929-0007-CO, que suspendió el Decreto del Poder Ejecutivo No. 39210-MPS que había entrado en vigor el 11 de junio de 2015. El tribunal consideró que “la normativa incide en el contenido del derecho a la vida y a la salud de la mujer y los embriones implantados, en los términos fijados por la Corte Interamericana, así como el derecho a la dignidad humana”. Ciertamente, la mención de la dignidad humana en esta sentencia no podía abrir nuevamente la consideración del fondo del problema, relativo a los usos de las biotecnologías y a la dignidad del ser humano. Pero, es significativo que el tema de la dignidad sea mencionado por la nueva sentencia de la Sala Constitucional, que fue objeto de análisis en la supervisión de cumplimiento de sentencia ante la Corte IDH.

(15) Max Silva Abbott and Ligia M. De Jesús, “¿Se Comporta La Corte Interamericana Como Tribunal (Internacional)? Algunas Reflexiones a Propósito de La Supervisión de Cumplimiento Del Caso ‘Artavia Murillo c/ Costa Rica,’” *Prudentia Iuris* 82 (2016): 19–58.

III.3. Homologación de un acuerdo entre Gómez Murillo y otros y Costa Rica (2016)

El 29 de noviembre de 2016, la Corte IDH dicta una sentencia en el caso “Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica” (Serie C No. 326), con disidencia del juez Vio Grossi (16). En realidad, es una resolución que homologa el “Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante”. En efecto, seis parejas compuestas por varón y mujer iniciaron acciones contra Costa Rica ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la imposibilidad de recurrir a la FIV. El motivo del reclamo es similar al que condujo al dictado de la sentencia “Artavia Murillo” del año 2012. En el caso Gómez Murillo y otros, la petición fue elevada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte IDH el 18 de enero de 2016. Sin embargo, el 4 de agosto de 2016, estando en curso el plazo conferido al Estado para presentar su escrito de contestación al sometimiento del caso y las observaciones al escrito de solicitudes y argumentos, la Corte IDH recibió de Costa Rica un documento de la misma fecha denominado “Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante”: “Los términos del Acuerdo incluyen un reconocimiento efectuado por el Estado respecto de las violaciones a los derechos humanos indicadas por la Comisión Interamericana en el Informe de Fondo y el representante en el escrito de solicitudes y argumentos” (considerando 44).

En consecuencia, la Corte IDH “entiende que ha cesado la controversia sobre los argumentos relativos a las violaciones de los derechos consagrados en los artículos 4.1 (Derecho a la Vida), 5.1 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.2 (Protección a la Familia) y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención”, en perjuicio de los demandantes (Daniel Gerardo Gómez Murillo y otros).

En esta sentencia solo encontramos menciones de la dignidad en su valor ontológico, cuando la Corte IDH da cuenta del recurso presentado inicialmente contra el decreto que autorizaba la FIV y al reseñar los argumentos de la Sala Constitucional de Costa Rica para declarar su inconstitucionalidad (considerandos 25 y 26). “El 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, mediante sentencia No. 2000-02306 determinó que las prácticas de FIV atentan contra la vida y la dignidad del ser humano. La Sala Constitucional sostuvo que ‘la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos’” (considerando 26).

Esta sentencia presenta algunos aspectos formales controversiales, que fueron bien señalados por el juez Vio Grossi en su disidencia, pero que exceden este comentario. En lo que interesa a la cuestión de fondo, se advierte que el acuerdo amistoso avanza en la pretensión de favorecer las técnicas de procreación artificial. Ya no solo se trata del acceso a la FIV. Entre los compromisos asumidos por el Estado de Costa Rica se menciona el de promover, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación. En ningún lugar de la sentencia o del acuerdo amistoso se explica cómo llegó a incluirse el debate sobre la maternidad por subrogación en el caso, dado que no surge el tema de las obligaciones expresas de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a la transmisión de la vida o de las obligaciones derivadas del caso “Artavia Murillo”, un fallo que, como explicamos, se inició por el reclamo de matrimonios infértiles que pretendían usar sus propios gametos. Recordemos que la maternidad subrogada es un procedimiento que consiste en acordar con una mujer que ella geste un embrión que le es transferido bajo la condición de que, una vez nacida la persona, ella la entregue a los comitentes. Esta maternidad subrogada puede asumir formas diversas, según quién aporte los gametos, si

(16) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf.

hay o no retribución a la gestante y otras variantes. En todos los casos, se trata de una técnica muy cuestionada, por afectar la dignidad tanto de la persona por nacer, que es tratada como objeto de un contrato, como de la mujer gestante, que enajena su cuerpo. Estas consideraciones no fueron tenidas en cuenta por la Corte IDH, que parece cobijar bajo el paraguas de la autonomía toda decisión sobre uso de las biotecnologías reproductivas, sin ningún tipo de visión crítica o de límites éticos y jurídicos.

III.4. Supervisión de cumplimiento de sentencia (2019)

El 22 de noviembre de 2019, la Corte IDH dictó resolución sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencias en el caso “Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) y Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica” (17). Como se advierte por la carátula, la Corte ha unificado parcialmente ambos casos, sobre todo en lo referido a la cuestión relativa a la prohibición de la FIV en el Estado. Esta resolución es la segunda que se dicta en la supervisión del cumplimiento de la sentencia de 2012 en el caso “Artavia Murillo”. Al respecto, con relación a la resolución de 2016, habían quedado sin cumplir cuatro medidas de reparación dispuestas por la Corte IDH. Ahora la Corte IDH considera que Costa Rica ha cumplido con todas las medidas de reparación y da por concluido el caso “Artavia Murillo y otros”.

En lo que concierne al tema de este artículo, la Corte IDH reitera lo que había dicho en la sentencia de supervisión de cumplimiento anterior, en el sentido de que “la prohibición de la FIV dejó de tener efectos jurídicos en Costa Rica” (considerando 10) porque considera que las sentencias de la Corte IDH son directamente operativas en el país. Como novedad de esta sentencia, se da cuenta en el considerando 11 de que “fue posible brindar acceso a dicha técnica de reproducción asistida tanto a nivel privado como público. A nivel privado, el Ministerio de Salud otorgó habilitación a dos establecimientos privados para la realización de la FIV, uno de ellos obtuvo dicha habilitación en mayo de 2016 y el otro en febrero de 2017. Desde entonces y

hasta octubre de 2019, fecha del último informe del Estado, se registra la información de 228 bebés nacidos mediante la FIV en el sector privado de salud. A nivel público, en junio de 2019 el Ministerio de Salud otorgó habilitación a la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad [...] de la Caja Costarricense de Seguro Social, que es dónde se brinda la referida técnica de reproducción asistida en el servicio público de salud [...] Desde la puesta en funcionamiento de dicha Unidad en junio de 2019 y hasta el último informe del Estado, habían iniciado el tratamiento 36 parejas, divididas en grupos y, dentro del primer grupo de pacientes que fue atendido, se constataron los primeros 3 embarazos en el servicio público de salud” (considerando 11).

III.5. Supervisión de cumplimiento en el caso “Gómez Murillo” (2019)

El 22 de noviembre de 2019, la Corte IDH dicta resolución en el caso “Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia” (18) y declara que el Estado de Costa Rica ha cumplido con todos los compromisos asumidos en el acuerdo amistoso que motivara la sentencia del caso “Gómez Murillo” (2016), dando por concluido ese caso. En lo que toca al tema de este trabajo, en el considerando 31 se sintetizan acciones que hizo Costa Rica para cumplir con la obligación relativa a promover una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación. Esas acciones incluyeron un foro virtual en Escuela Judicial con expertos en dicha temática y dirigido a funcionarios judiciales”. En el considerando 32, la Corte “valora positivamente los pasos adelantados por el Estado para realizar un foro virtual sobre maternidad por subrogación, en tanto demuestra que está adoptando acciones para iniciar una discusión sobre esta temática, lo cual es acorde a la reparación homologada por este Tribunal en la Sentencia. En atención a la buena fe de Costa Rica en el cumplimiento de sus obligaciones y al compromiso asumido por éste de iniciar dicha discusión de manera amplia

(17) http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artaviagomez_22_11_19.pdf.

(18) http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomezmurillo_22_11_19.pdf.

y participativa, el Tribunal considera beneficioso que, con independencia del presente proceso de supervisión de cumplimiento, el Estado continúe fortaleciendo la discusión sobre la maternidad por subrogación como procedimiento de procreación, en los términos de la reparación homologada por la Corte. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 57 de la Sentencia (*supra* Considerando 8), las otras acciones que realice el Estado no serán supervisadas por este Tribunal”.

IV. Reflexiones conclusivas sobre el uso del término “dignidad” y las cuestiones biojurídicas

Este recorrido por la sentencia “Artavia Murillo” y por las decisiones adoptadas por la Corte IDH en el marco de la supervisión de su cumplimiento permite advertir que, a lo largo del tiempo, se han profundizado los problemas que inicialmente se señalaron respecto al fallo de 2012 y a sus posibles consecuencias. Así, vemos que la Corte IDH se arroga tareas de creación normativa, expande los alcances del fallo fuera del caso inicial incorporando temas no debatidos como la maternidad subrogada, e introduce dinámicas que debilitan el funcionamiento del sistema interamericano.

En este sentido, resulta oportuno realizar una recapitulación de las principales y justificadas críticas que se han formulado al fallo “Artavia Murillo”:

-ha hecho una interpretación del artículo 4 en lo referido al término “concepción” que es contraria al principio *pro persona* (19);

-ha formulado una incorrecta interpretación del término “concepción” (20);

(19) Ricardo Bach de Chazal, “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica: Un Revés Para El Derecho,” *El Derecho - Suplemento de Derecho Criminal* 13248 (2013): 1-25; Lúgía M. De Jesús et al., “Artavia Murillo vs. Costa Rica.” *Análisis Crítico a La Sentencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos En El Fallo Sobre Fertilización in Vitro*, ed. Manuel Ramos-Kuri, 2016 (Querétaro: Centro de Investigación Social Avanzada, 2016).

(20) Daniela B. Zabaleta, “El Caso ‘Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica’: La Palabra ‘Concepción’ y La Vida

-ha efectuado una interpretación incorrecta de la Convención Americana de Derechos Humanos (21), redefiniendo erróneamente sus términos (22);

-ha dejado desprotegido al embrión humano (23);

-ha extralimitado sus atribuciones como tribunal (24);

-ha adoptado una visión relativista del derecho a la vida que contradice los propios precedentes de la Corte IDH en materia de derecho a la vida (25), de modo que “la Corte acepta la disponibilidad de la vida humana, en tanto no solo acepta ‘excepciones’ relacionadas con las formas de protección legal, sino además ‘permite’ la ponderabilidad de seres humanos inocentes en tanto ser objetos de protección gradual, aun cuando no expresa ninguna cualidad que per-

Como Un ‘Derecho Relativo,’” *El Derecho - Suplemento de Derecho Criminal* 13243 (2013): 1-15.

(21) Álvaro Paúl, “Decision-Making Process of the Inter-American Court: An Analysis Prompted by the ‘In Vitro Fertilization’ Case,” *ILSA Journal of International and Comparative Law* 21, no. 1 (2014): 87-130, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2303637>; Bach de Chazal, “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica: Un Revés Para El Derecho.”

(22) Lúgía M. De Jesús, Jorge A. Oviedo Alvarez, and Piero A. Tozzi, “El Caso Artavia Murillo Y Otros Vs. Costa Rica (Fecundación in Vitro): La Redefinición Del Derecho,” *Prudentia Iuris* 75 (2013): 135-64, <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>.

(23) Leonardo Pucheta, “Naturalez Humana Como Construcción Del Derecho. Reflexiones En Torno Al Reciente Pronunciamiento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos Sobre La Naturaleza Jurídica de Los Embriones Humanos,” *El Derecho - Suplemento de Derecho Criminal* 13244 (2013): 1-13.

(24) Silva Abbott and De Jesús, “¿Se Comporta La Corte Interamericana Como Tribunal (Internacional)? Algunas Reflexiones a Propósito de La Supervisión de Cumplimiento Del Caso ‘Artavia Murillo c/ Costa Rica.’”

(25) Daniel Alejandro Herrera and Jorge Nicolás Lafferriere, “¿Hacia Un Positivismo Judicial Internacional? Reflexiones Sobre Un Fallo de La Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Relativización Del Derecho a La Vida,” *Suplemento Constitucional* abril (2013): 1-10; Cianciardo, “La Especificación Del Derecho a La Vida Del No Nacido En El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una Aproximación Desde El Caso ‘Artavia Murillo.’”

mita valorar alguna etapa del desarrollo como más relevante que otra” (26);

-se ha extralimitado en la condena al Estado de Costa Rica, imponiendo obligaciones que no estaban en la sentencia inicial, como la problemática de la maternidad subrogada (27);

-ha creado una obligación de promover la fecundación *in vitro* sin ningún sustento normativo (28);

-impulsa una interpretación normativa favorable al aborto, contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos (29);

-ha realizado una interpretación evolutiva que contraría el mismo texto de la Convención Americana de Derechos Humanos (30);

-ha hecho un uso contradictorio de las citas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues este tribunal, en el fallo que cita la propia Corte IDH, reconoce que el embrión merece algún tipo de protección debido a la “dignidad humana”. Pero la Corte ignoró esa referencia e incluso omitió toda consideración posterior a las exigencias de justicia que se derivan de ese mismo reconocimiento (31);

(26) Soledad Bertelsen Simonetti and Gonzalo García Palominos, “La Protección Del Derecho a La Vida y El Estatuto Del No Nacido En El Sistema Interamericano de Derechos Humanos,” 2015 27 (2015): 184.

(27) De Jesus et al., “Artavia Murillo vs. Costa Rica.” Análisis Crítico a La Sentencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos En El Fallo Sobre Fertilización in Vitro.

(28) Ligia M. De Jesus, “Artavia Murillo v. Costa Rica : The Inter-American Court on Human Rights’ Promotion of Non-Existent Human Rights Obligations to Authorize Artificial Reproductive Technologies,” *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 18 (2014): 275–302.

(29) Ligia M. De Jesus, “The Inter-American Court on Human Rights’ Judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights,” *Oregon Review of International Law* 16 (2014): 225–48.

(30) Max Silva Abbott, “El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: Análisis Crítico y Posibles Efectos Regionales,” *Derecho Público Iberoamericano* 6 (2015): 13–61.

(31) Ver en este trabajo, supra 2.1.

-ha sido irrazonable en la determinación de los hechos (32), porque la Corte IDH se basó en un perito que tenía claros conflictos de intereses por su dedicación a la industria de la fecundación *in vitro*;

-no ha respetado la soberanía de los Estados ni ha dado lugar al margen de apreciación nacional (33).

En lo que concierne a la dignidad, el fallo “Artavia Murillo” permite ver los problemas que se derivan de un uso de la dignidad asociado exclusivamente a la autonomía. Como bien ha dicho Cianciardo, “la Corte omitió la inseparabilidad de las preguntas que se relacionan con el concepto de dignidad. No tuvo en cuenta que la dignidad es un trascendental, y que, por tanto, es un punto de partida, no un punto de llegada o un concepto que pueda segmentarse. Dicho de un modo más sencillo, la pregunta ‘¿desde cuándo se es digno?’ es indisoluble de la pregunta ‘¿merece un respeto absoluto quien es digno (en el sentido siguiente: debe ser tratado siempre como un fin y nunca solo como un medio)?’ Si la respuesta a esta última pregunta fuese afirmativa, la búsqueda de su explicación, de su porqué, conduciría de modo necesario a sostener que la determinación del momento desde el cual o hasta el cual esa especial dignidad se posee no puede estar sujeto a condiciones. Condicionar el reconocimiento de la dignidad implica necesariamente condicionar la dignidad, y produce el reemplazo del obligado respeto a quien es digno por una manipulación sutil y perversa, la del desconocimiento de su cualidad simple y fundamental de sujeto. Por este camino acaba siendo muy difícil no relativizar o directamente fulminar dos de los rasgos definitivos de los derechos humanos: la universalidad y su carácter absoluto”. Los derechos humanos

(32) Cianciardo, “La Especificación Del Derecho a La Vida Del No Nacido En El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una Aproximación Desde El Caso ‘Artavia Murillo,’” 182.

(33) María Inés Franck, “La Corte Interamericana y La Vulneración de La Soberanía de Los Estados,” *El Derecho - Suplemento de Derecho Criminal* 13243 (2013): 1–24; Jorge Nicolás Lafferriere, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y Un Injusto Fallo Sobre El Embrión Humano Ante Las Biotecnologías,” *Revista de Derecho de Familia y de Las Personas* 2 (2013): 179–97.

son universales porque pretenden que su titularidad no dependa de otra condición que la de pertenecer a la especie humana” (34).

Ciertamente, el problema que dio origen al fallo “Artavia Murillo” fue un planteo formulado por 9 matrimonios que padecían infertilidad y que pretendían usar la FIV con gametos propios. Pero, por la fórmula irrestricta que ha usado la sentencia de la Corte IDH, prontamente la desprotección e invisibilización del embrión humano (35) condujo a una pendiente resbaladiza de graves consecuencias. Así, en Argentina, el fallo “Artavia Murillo” ha sido invocado para justificar el acceso a técnicas que no fueron materia de debate en el caso Artavia Murillo, tales como la ovodonación, el diagnóstico genético preimplantatorio, la fecundación *post mortem*, la maternidad subrogada, la posibilidad de negarse a la transferencia de embriones por medio de la revocabilidad del consentimiento dado para las técnicas y hasta la eliminación de embriones humanos crioconservados.

Al adoptar una concepción de la dignidad como autonomía en “Artavia Murillo”, la Corte IDH genera las condiciones jurídicas que desprotegen al embrión humano y que favorecen una expansión biotecnológica casi sin límites, lo que genera graves riesgos para la misma dignidad humana y los derechos fundamentales. Si la autonomía es el principio rector de las biotecnologías, todo será posible y la vida queda sometida a mero material biológico disponible.

Por eso, ante la expansión de un poder biotecnológico que tiene la capacidad de moldear el cuerpo humano de una manera cada vez más precisa (36), es necesario poner cauces objetivos que limiten los abusos y las derivaciones

(34) Cianciardo, “La Especificación Del Derecho a La Vida Del No Nacido En El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una Aproximación Desde El Caso ‘Artavia Murillo.’”

(35) Jorge Nicolás Lafferriere, “Invisibilizar Al Embrión Ante Los Intereses Biotecnológicos,” La Ley A (2013): 912-15.

(36) Jorge Nicolás Lafferriere, “¿Materia Disponible o Realidad Personal? El Cuerpo Humano, Las Biotecnologías y Las Exigencias Jurídicas de La Dignidad,” Sociología y Tecnociencia 8, no. 1 (2018): 60-84, <https://doi.org/10.24197/st.1.2018.60-84>.

eugenésicas de las biotecnologías. En esa tarea, un lugar central lo ocupa el debate en torno al concepto de dignidad, pues, si se entiende el término como simple autonomía, no existen parámetros objetivos que permitan valorar cuáles aplicaciones biotecnológicas contribuyen al bien de la persona humana (37). La dignidad entendida únicamente como autonomía acarrea su desvirtuación; impone la entronización del criterio del más fuerte y la identificación del ser humano con solo una de sus características. Urge lograr el reconocimiento de la primacía inalienable de la dignidad ontológica de todo ser humano por el solo hecho de ser tal, como principio fundamental del ordenamiento jurídico y de su aplicación bioética.

V. Bibliografía

ADDIN Mendeley Bibliography CSL_BIBLIOGRAPHY altieri, Santiago. “El Comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho Uruguayo”. Universidad de Zaragoza, 2016.

BACH DE CHAZAL, Ricardo, “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica. Un Revés Para El Derecho”. *El Derecho - Suplemento de Derecho Criminal* 13248 (2013): 1-25.

BERTELSEN SIMONETTI, Soledad - GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo, “La Protección Del Derecho a La Vida y El Estatuto Del No Nacido En El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *2015 27* (2015): 177-99.

CIANCIARDO, Juan, “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso ‘Artavia Murillo’”. *Dikaion* 25, no. 2 (2016): 160-89. <https://doi.org/10.5294/dika.2016.25.2.2>.

FRANCK, María Inés. “La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados”. *El Derecho - Suplemento de Derecho Criminal* 13243 (2013): 1-24.

HERRERA, Daniel Alejandro - LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “¿Hacia un positivismo judi-

(37) Jorge Nicolás Lafferriere, “El Cuerpo Humano a Debate: Reflexiones Jurídicas,” *Prudentia Iuris* 83 (2017): 367-95.

cial internacional? reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". *Suplemento Constitucional* abril (2013): 1-10.

JESÚS, Ligia M. De, "Artavia Murillo v. Costa Rica: The Inter-American Court on Human Rights' Promotion of Non-Existent Human Rights Obligations to Authorize Artificial Reproductive Technologies". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 18 (2014): 275-302.

- "The Inter-American Court on Human Rights' Judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights". *Oregon Review of International Law* 16 (2014): 225-48.

JESÚS, Ligia M. De - OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge A. - ABBOTT, Max Silva - ORNELAS DUARTE, Aracely - HERRERA FRAGOSO, José Antonio - SÁNCHEZ BARROSO, Hugo - RAMÍREZ, Saúl - RAMOS-KURI, Manuel, "Artavia Murillo vs. Costa Rica". *Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*. Editado por Manuel Ramos-Kuri. 2016. Querétaro: Centro de Investigación Social Avanzada, 2016.

JESÚS, Ligia M. De - OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge A. - TOZZI, Piero A., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in Vitro): La redefinición del Derecho". *Prudentia Iuris* 75 (2013): 135-64. <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "¿Materia disponible o realidad personal? El cuerpo humano, las biotecnologías y las exigencias jurídicas de la dignidad". *Sociología y Tecnociencia* 8, no. 1 (2018): 60-84. <https://doi.org/10.24197/st.1.2018.60-84>.

- "El cuerpo humano a debate: Reflexiones Jurídicas". *Prudentia Iuris* 83 (2017): 367-95.

- "Invisibilizar al embrión ante los intereses biotecnológicos". *LA LEY*, 2013-A, 912-15.

- "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías". *RDFyP* 2 (2013): 179-97.

PAÚL, Álvaro, "Decision-Making Process of the Inter-American Court: An Analysis Prompted by the 'In Vitro Fertilization' Case". *ILSA Journal of International and Comparative Law* 21, no. 1 (2014): 87-130. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2303637>.

PUCHETA, Leonardo, "Naturaleza humana como construcción del derecho. Reflexiones en torno al reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la naturaleza jurídica de los embriones humanos". *ED - Suplemento de Derecho Criminal* 13244 (2013): 1-13.

SILVA ABBOTT, Max, "El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: Análisis crítico y posibles efectos regionales". *Derecho Público Iberoamericano* 6 (2015): 13-61.

SILVA ABBOTT, Max - JESÚS, Ligia M. De. "¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal (Internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso 'Artavia Murillo c. Costa Rica'". *Prudentia Iuris* 82 (2016): 19-58.

ZABALETA, Daniela B., "El caso 'Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica': La palabra 'concepción' y la vida como un 'derecho relativo'". *ED - Suplemento de Derecho Criminal* 13243 (2013): 1-15.

Reflexiones sobre la maternidad subrogada

Victorio Magariños Blanco (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Intereses protegibles de las personas afectadas.— III. Conclusión.

I. Introducción

En una época lejana de la evolución humana seguramente los hombres y mujeres se unían de modo instintivo, por atracción sexual, sin una ordenación por parejas y sin intención directa de procrear, que era una consecuencia derivada de relaciones promiscuas.

Los hijos quedaban vinculados a la madre, y la paternidad era desconocida. Poco a poco se producen avances evolutivos en relación con la procreación, prohibiéndose la relación sexual entre padres e hijos y entre hermanos. De modo que el hombre tendría que buscar la o las mujeres fuera de su gens o de su tribu (1).

Como señala Engels (2) la evolución de la familia en la historia primitiva consiste en estrecharse constantemente el círculo de la comunidad conyugal entre los dos sexos, que en su origen abarcaba la tribu entera. La exclusión de los parientes hace imposible el matrimonio por grupos, quedando la pareja frágil aún, pues si bien el hombre vive con una mujer, la poligamia y la infidelidad ocasional sigue siendo un derecho para los hombres. Viven en comunidad, lo

que supone el predominio de la mujer en la casa y reconocimiento exclusivo de una madre propia, ante la imposibilidad de conocer con certidumbre al verdadero padre.

Sin embargo, el desarrollo de la agricultura, la domesticación de animales y cría de ganados, sigue diciendo Engels, crean condiciones sociales enteramente nuevas. Esta riqueza pertenecía en principio a la gens. Pero poco a poco se convierte en propiedad particular de las familias. En este estadio la filiación determinante era la materna, de modo que los hijos tenían derecho a heredar a su madre. A la muerte del propietario de los rebaños no pasaban estos a sus hijos sino a sus hermanos.

A medida que aumentaba la fortuna del hombre su posición se hizo más importante en la familia, y arraigó la idea de derribar en provecho de sus hijos el orden de suceder establecido. Bastó para ello decidir que los descendientes de un hombre permanecían en la gens; los de un miembro femenino saldría de ella pasando a la de su padre. Quedaban abolidos la filiación femenina y el derecho hereditario materno (3).

Surge la familia patriarcal y monogámica, cuyo prototipo es la romana. Que tiene como base la procreación con paternidad asegurada, ya que los hijos son los herederos del padre. Con lo que, a tal efecto, se reduce la libertad de la mujer y se le castiga severamente cualquier infidelidad. Se trata ahora de fortalecer la sucesión paterna y para ello asegurar la certidumbre de la paternidad al máximo, lo que supone una reducción significativa de la libertad sexual de

(*) Notario, Académico de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Académico de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.

(1) MORGAN, citado por F. Engels, dice que “el matrimonio entre gentes no consanguíneas engendraba una raza más fuerte en lo físico y en lo moral; mezclábamos dos tribus avanzadas y lo nuevos cráneos y cerebros crecían naturalmente hasta que contuviesen dentro las capacidades de ambas” F. ENGELS, “El origen de la familia”, Editorial Fundamento 1970, p. 63.

(2) Ob. cit., p. 65.

(3) Engels, basándose en los estudios de BACHOFEN, ob. cit., p. 73.

la mujer. No así del hombre, que compatibiliza la monogamia con la infidelidad conyugal (4).

La certeza de la paternidad se basa en una presunción o convencimiento moral. De ahí que el Código de Napoleón dispusiera en el art. 312 que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre el marido.

En España, hasta hace bien poco se protegía especialmente la filiación dentro del matrimonio, al distinguir la filiación legítima, dentro del matrimonio, y la natural fuera del matrimonio, pero de padres que pudieran casarse al tiempo de la concepción.

Hoy el Código civil español, reformado, equipara la filiación por naturaleza matrimonial y no matrimonial, pues ambas producen los mismos efectos (art. 108). Se facilita la determinación de la paternidad, de acuerdo con la doctrina tradicional, según la cual el matrimonio confiere en principio certeza a la paternidad. La filiación se acredita por la presunción de paternidad matrimonial (art. 113). Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, si bien puede ser impugnada la paternidad (116, Cód. Civil). Y se admite en los juicios sobre filiación la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (art. 767, LEC).

El matrimonio era, hasta hace poco, la vía jurídica para encauzar la procreación. Sin embargo, el Derecho no podía desconocer la fuerza de los hechos y que, al margen del matrimonio, el ímpetu del sexo pudiera más que la formalidad del matrimonio. Y muchos eran los hijos consecuencia de uniones esporádicas, no queridos,

(4) Sin embargo, como señala Engels, (ob. cit., ps. 83 y 86) la monogamia no fue fruto del amor sexual individual, siendo los matrimonios de pura convención. Pone de relieve que aparecieron paralelamente dos figuras sociales desconocidas hasta entonces: el amante de la mujer y el marido cornudo. Los hombres habían logrado la victoria sobre las mujeres, pero las vencidas se encargaron generosamente de coronar a los vencedores. El adulterio prohibido con severas penas, pero indestructible, llegó a ser una institución social irremediable junto a la monogamia y el hetairismo.

de los que normalmente tenía que responsabilizarse la mujer, a no ser que acudiera al aborto, que estaba penalizado.

Cuando uno de los cónyuges era estéril, no había otra opción para “tener” hijos que la adopción. Pero la mayoría de los matrimonios se conformaban con su situación.

Hoy, sin embargo, el desarrollo de la técnica permite acudir a la reproducción asistida, directamente o a través de una madre gestante cuyo vientre pone a disposición para recibir el preembrión formado por los gametos masculino y femenino, o solo el gameto masculino. En estos casos se necesita la colaboración de terceras personas. Se plantea entonces el problema de si tal deseo es compatible, en especial, con el bienestar y dignidad de la madre gestante y del niño en el caso de la maternidad subrogada.

En cualquier caso, para lograr la finalidad antes referida tiene poco sentido acudir a la maternidad subrogada si los gametos femenino y masculino son de donante anónimo. Pues el interés de los futuros padres, basado en una presunta necesidad psicológica de trascender a través de la procreación perpetuando su genética, y superar, en su caso, la frustración que pudiera producir la esterilidad no justifica acudir a un procedimiento que, como veremos, plantea serios problemas de compatibilidad con el interés y dignidad de otras personas, como los de la madre gestante y el hijo. Pues en tal supuesto el hijo no tiene vinculación genética ni biológica con los comitentes; y entonces sería la adopción el recurso idóneo para la consiguiente filiación (5).

El problema de la maternidad subrogada quedaría pues reducido al caso de una pareja en la que la mujer no pueda procrear por razones médicas. En el caso de esterilidad del hombre, habría que acudir a gameto masculino de donante y gameto femenino de la pareja. Si la esterilidad es de la mujer, se acudiría al gameto mas-

(5) Entre los países que admiten la gestación subrogada Israel exige que se utilice el semen del padre de intención. En Bélgica, Portugal y Sudáfrica al menos uno de los futuros padres debe aportar la dotación genética. En Holanda los padres de intención deben aportar el material genético para la creación del embrión, por lo que solo es posible para parejas heterosexuales.

culino de la pareja y al femenino de donante o de la propia madre subrogada. Si se trata de infertilidad de la mujer se acudiría a los gametos masculino y femenino de la pareja, fecundación in vitro e implantación del embrión en la mujer gestante (6).

II. Intereses protegibles de las personas afectadas

Para un análisis riguroso de la maternidad subrogada conviene distinguir los intereses protegibles de los padres de intención, de la madre gestante y del niño.

II.1. Padres de intención

II.1.a. Derechos reproductivos

Se habla hoy de derechos reproductivos como derechos de la personalidad para referirse a manifestaciones concretas de la libertad y desarrollo de la personalidad en relación con la procreación; sobre todo desde movimientos de liberación de la mujer, para concederle autonomía plena respecto a la propia sexualidad (7). Lo que conduce, por un lado, a la total libertad en el ámbito sexual sin asumir sus consecuencias, en especial la del hijo no querido; y, por otro, a un derecho al hijo a cualquier precio, utilizando las técnicas de reproducción asistida. Es decir, una libertad incondicional de la mujer, tanto para deshacerse del hijo no querido como para tenerlo cuando sea este su deseo, al margen de la voluntad e intervención directa de la otra parte necesaria para la procreación, o prescindiendo de ella a través de las técnicas de reproducción asistida, así como del interés o plena protección del hijo. Lo que plantea el problema de si existe un derecho al hijo.

La procreación necesita la participación de un hombre y una mujer. En ella el sexo es deter-

(6) En Israel se exige la carga genética del padre. La madre de intención puede aportarla también, pero puede recurrir a una donante. Pero está prohibido emplear el semen de donante anónimo, pues entonces el hijo sería considerado ilegítimo. En Portugal la gestante no puede ser donante del óvulo.

(7) La Plataforma de Acción de Beijing se refiere al derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud y en particular su propia fecundidad.

minante. No cabe hablar de género como sustitutivo del sexo tratándose de procreación. La naturaleza es implacable e ineludible en este caso, de momento.

La mayoría de las veces el hijo que resulta del acto sexual entre hombre y mujer no es querido. Es el impulso sexual el determinante de la procreación. Se quiere el placer que proporciona, pero no la consecuencia. Esto es así en la casi totalidad de los casos de relaciones esporádicas. El hombre se desentiende normalmente y la mujer asume todas las consecuencias de la relación. Ante tal situación no planificada o prevista la mujer puede acudir al aborto, con todos los problemas físicos, jurídicos y morales que plantea, o asumir la maternidad y la responsabilidad de cuidar el niño con todas las dificultades que implica (8).

Se podría decir, pues, que en la mayoría de los casos el hijo no es querido. Y que solamente cuando se trata de una pareja estable de hombre y mujer y se proyecta la procreación asumiendo la responsabilidad consiguiente, se puede hablar de un deseo de tener el hijo que merece protección. Y también de derecho a realizar su proyecto de vida en común, de conformar el paso previo, de construir el ámbito más adecuado para la procreación, atendiendo a los deberes y responsabilidad que implicar.

La Constitución española en su art. 32, dentro del título derechos fundamentales, recoge el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio.

(8) Como advierte CHIAPERÓ, Susana María ("Maternidad subrogada" Editorial Astrea, Buenos Aires 2012, ps. 13, 26 y 27) tratándose de procreación humana no concurre el derecho de un solo individuo sino, al menos, dos por lo que aparece la cuestión de las limitaciones recíprocas. Si no se respetan estas limitaciones el derecho a la vida puede transformarse en un derecho contra la vida, donde el hijo pueda considerarse como un riesgo o daño para el bienestar personal o incluso económico de los progenitores. La procreación podría entrar en la compleja trama del fenómeno capitalista y en los mercados del bienestar, donde deja de ser un valor en sí mismo para convertirse en un valor de consumo, donde el hijo deja de ser un bien incondicional, sino un objeto que pueda evaluarse según una escala de preferencias contingentes valoradas por los ciudadanos individualmente e incluso por el Estado.

No obstante, siendo el matrimonio constitucionalmente la base primaria o principal para constituir una familia, se ha ido imponiendo en la realidad social otro modo de convivencia familiar más flexible formalmente, que es el de la unión de hecho estable; regulada por las Comunidades Autónomas de España, aunque no por el Estado, que en este ámbito ha dado muestra de una pereza legislativa injustificable.

En cualquier caso, dentro de los derechos, más bien deberes, que del matrimonio se derivan no está el de la procreación. Los cónyuges están obligados a vivir juntos y guardarse fidelidad (art. 68, CC español). Algún autor entiende incluido el débito conyugal, es decir la relación sexual, que no necesariamente conduce a la procreación, la cual cada vez está más planificada y reducida. Pero tal supuesto derecho, o deber moral, que sería recíproco, es inexigible en la práctica, sin perjuicio de que la negativa sistemática y la falta de acuerdo sobre la relación sexual determinen la separación o divorcio, en su caso **(9)**.

No existe pues un derecho individual a tener un hijo. En todo caso habrá que contar con el consentimiento de otra persona de distinto sexo y que no tengan ningún problema de salud que impida la procreación.

El problema se plantea cuando la técnica ofrece medios para la reproducción asistida y salva tales deficiencias físicas; en cuyo caso se podría empezar a hablar de un derecho de acudir a dichas técnicas para tener un hijo. Pero, entonces, habrá que sopesar hasta dónde puede llegar la protección de tal deseo cuando la relación sexual de la pareja no es suficiente para lograrlo, pues habrá que tener en cuenta el superior interés del niño y, en su caso, los posibles daños colaterales de la madre gestante y su familia, como veremos **(10)**.

(9) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, "Derecho de Familiar. Universidad de Madrid, 1989, p. 151.

(10) Como señala CHIAPERIO, Susana María (ob. cit. p. 38) no cabe hablar de una libertad procreadora omnímoda, sino responsable, pues junto a los innegables derechos de los padres se encuentran los no menos reconocidos derechos de los hijos. Por lo que no es aconsejable dar rienda suelta a todos los deseos de

II.1.b. Breve referencia a la reproducción asistida directa y en solitario

Resulta útil analizar alguno de los problemas que plantea la reproducción asistida en solitario para entender ciertos aspectos de la técnica de reproducción cuando se realiza mediante subrogación o sustitución materna.

La Ley española de reproducción humana asistida, 14/2006 de 26 de mayo, en su art. 6º, dispone que toda mujer, mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar, podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la Ley, con independencia de su estado civil y orientación sexual.

El primer problema que se plantea es el de la pertinencia de la utilización de las técnicas al margen de su finalidad terapéutica, como medio alternativo de procreación (mujeres solas que desean tener un hijo sin padre). Que conduce a un uso desnaturalizado de estas, predominio de la voluntad e interés individual y egoísta de la madre, debilitamiento de la figura del padre, y desvalorización del papel del hombre en la relación familiar, haciéndolo prescindible; lo que cuadra mal con la igualdad **(11)**.

En efecto, el hombre tiene que contar siempre con una mujer para ser padre, pues la ley española prohíbe la maternidad subrogada, en los términos que veremos. La mujer, en cambio, puede ser madre sin contar con la colaboración directa de un hombre, acudiendo a las técnicas de reproducción asistida, utilizando el semen de un donante o un embrión de donantes.

armar una familia, sino construir el fundamento de una sociedad sana, que garantice disfrutar de una familia sin patologías. En el ejercicio de la libertad de procrear están comprometidos derechos fundamentales de otros seres humanos (los hijos concebidos) dignos de mayor tutela por el estado de indefensión en el que se encuentran al tiempo en que sus padres ejercen sus pretendidas libertades individuales.

(11) Los informes del Consejo de Europa preveían la aplicación de las nuevas técnicas como remedio de la esterilidad de matrimonios en edad fértil y a parejas heterosexuales estables. El Comité Europeo de Expertos en Bioética advierte que utilización de la técnica se subordina a la necesidad de superar la esterilidad que afecta a una pareja.

Problema de desigualdad que, unido al de los posibles efectos negativos para el hijo, nos llevaría para resolverlo a la prohibición de acudir a la técnica de reproducción asistida en solitario, ya sea mediante donante anónimo en el caso de la mujer, o a través de la maternidad subrogada en el caso del hombre.

Por otra parte, el derecho del niño a tener un padre y una madre debe prevalecer frente al deseo individual de la mujer de procrear al margen de un ámbito familiar pleno. Y no cabe argumentar con base en el derecho de la mujer a elegir el tipo de familia que desee (monoparental, por ej.), pues entra en colisión con el interés superior del niño a tener una familia completa. Otra cosa es que la mujer, si es fértil, tenga la posibilidad de acudir y de hecho acuda al medio natural de procreación (relación sexual esporádica y oculta) obviando la voluntad del varón; lo cual no impedirá que el Derecho tenga que dar cabida a tal situación y reconocer la filiación materna (familia monoparental), dando protección al hijo **(12)**.

Distinto es el caso de la procreación post mortem, regulado razonablemente en el art. 9.1 de la LTRHA, en cuanto se refiere al marido fallecido después de que el material reproductor esté en el útero de la mujer **(13)**. En cambio, es discutible la regulación cuando la fecundación se realiza después de fallecido el marido **(14)**.

(12) Son cada vez más los que, desde un eufemístico y altanero progresismo, consideran que la sociedad actual está en condiciones de acoger legislativamente cualquier tipo de familia que se les ocurra a las personas. Desde la monoparental sobrevinida de padre o madre, la monoparental proyectada, familia homosexual, hasta la heterosexual con o sin hijos, matrimonial o, de hecho. Ya veremos en la nota 20 las observaciones “modernistas” realizadas por un Tribunal de justicia.

(13) El art. 9.1 de la LTRHA, dispone que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

(14) Al que se refiere el art. 9.2, que admite que el marido preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan

II.1.c. Límites de la procreación mediante maternidad subrogada

El problema del hijo con una sola filiación materna o paterna se plantea también en la maternidad subrogada. El Derecho no puede dar cabida o facilitar que la mujer o el hombre proyecten la procreación para adquirir la filiación en solitario y constituir una familia monoparental sin padre o madre; es decir, no debe amparar una situación de orfandad biológica planificada.

En tales supuestos podrán acudir a la institución de la adopción, que parte de una situación no planeada, y cuya finalidad es la protección del niño desamparado por orfandad o abandono.

Hay que reconocer, sin embargo, que la adopción no soluciona satisfactoriamente el problema de la paternidad o maternidad, pues no suple el deseo de tener un hijo con vinculación genética, y sin padres adyacentes, aunque estos estén apartados jurídicamente. La realidad social nos muestra la pulsión, a veces obsesión, por tener un hijo en el caso de esterilidad, aunque sea acudiendo a una madre subrogada.

En principio, se podría considerar un progreso que el hombre y la mujer puedan acudir a los medios que la ciencia y la técnica les brinda para remediar el obstáculo de la esterilidad, y el deseo de tener descendencia. Pero habrá que establecer los límites necesarios para evitar que la técnica deshumanice las relaciones persona-

de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. Se presume otorgado el consentimiento cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apart. 8 del art. 44 de la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad. En contra de esta práctica se manifiesta entre otros autores, PEREZ MONGE, Marina, «Filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida» en «Derecho de Familia» tomo I, Dykinson 2010, p. 600.

les. Lo que nos lleva a plantear el problema de la conveniencia y licitud o no de su admisión, en especial, cuando interviene una tercera persona que ofrece la gestación, o sea, en la maternidad subrogada.

Para resolverlo habrá que analizar, sobre todo, si tal actuación, además de ventajosa para los que la solicitan, vulnera el derecho de otras personas o provoca daños colaterales incompatibles con el deseo de tener un hijo, aunque, en el caso de esterilidad o infertilidad de uno de los miembros de la pareja esté motivado por causas aceptables moralmente (15).

El deseo o voluntad de procrear es solo una posibilidad que la persona tiene. La procreación, como ya se ha dicho, no es un derecho subjetivo en sentido técnico. Es un acto derivado de la libertad y más precisamente del desarrollo de la personalidad. Se ha dicho que el deseo de descendencia tiene su origen en el de trascendencia o perpetuación; y en el inmediato y psicológico de vencer la esterilidad, que durante mucho tiempo estuvo asociada a la impotencia o minusvalía. Pero tal deseo y su causa carecen por sí solos de consistencia para generar un derecho a tener un hijo, pues además de que la procreación necesita la intervención o colaboración de otra persona, será preciso crear el medio o ámbito adecuado, el más favorable para el hijo cuyo nacimiento se pretende o proyectar.

La procreación no es un acto inocuo o indiferente para la sociedad y, por tanto, para el Derecho. Se trata de la conservación de la especie y de la programación para dar entrada en la vida social a una nueva persona, a un ser con derechos y con su propia personalidad que se irá formando progresivamente. Habrá pues que tener en cuenta la necesidad de su protección y de ayuda, tanto afectiva como material. Pero también y especialmente los efectos negativos respecto a la madre gestante y su familia, y, sobre todo, los que se puedan provocar al hijo “convenido”, al relativizar y complicar la realidad biológica, disociar la maternidad (puede ha-

(15) Habrá que descartarla cuando esté basada en una causa egoísta, como tener una “compañía”, o el mero capricho, o deseo de aparecer socialmente como los demás, etc.

ber tres madres: genética, uterina y legal) y generar incertidumbre acerca de la identidad del hijo (16).

No basta, pues, el deseo de procrear, por mucho fundamento psicológico que le preceda (17). Habrá que contar con otra persona. Se deberán asumir deberes y la responsabilidad derivada de un acto tan importante para el desarrollo de la personalidad no solo de los padres sino del hijo. Para lo cual habrá que construir un sistema de acogida que arroje y proteja de manera eficaz y adecuada la nueva persona que viene al mundo. Teniendo en cuenta que, naturalmente, la colaboración solidaria y asistencial de hombre y mujer, con sus propias particularidades fisiológicas y psíquicas, no ha sido superada o sustituida con resultados demostrados científicamente (18).

Tal sistema o medio de acogida es el matrimonio o pareja estable de hombre y mujer, que preparan un entorno afectivo y protector adecuado para la recepción del hijo. Es claro que la naturaleza nos indica el distinto papel del hombre y de la mujer en el proceso de la

(16) Como señala VAQUERO PINTO, María José (“Retos actuales de la filiación” “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución? Tecnos 2018, ps. 256 y 257) la gestación por sustitución implica un convenio que tiene por objeto un niño, convirtiéndolo en objeto del tráfico jurídico, y no vale decir que el niño corresponde a la madre de intención desde el primer momento, porque así lo establezca una norma, y que no formaría parte del negocio, pues estaríamos haciendo trampa. El bebé es indudablemente objeto del contrato y lo que debe decidirse es si una transacción de tal naturaleza puede conciliarse en nuestro ordenamiento con los derechos fundamentales implicados.

(17) A veces el ansia o deseo de tener el hijo se convierte en obsesión, e incluso, en ocasiones, en capricho o medio egoísta de resolver problemas materiales de los pretendidos padres. Piénsese en los casos de personas que acuden a la técnica de reproducción asistida para tener en el futuro una compañía, y que por su profesión carecen del tiempo y de la estabilidad necesarias para cuidar, dirigir y apoyar todo el desarrollo vital e integral del niño, que se deja en manos de un tercero que lo hace por encargo o delegación.

(18) No vale decir que existen matrimonios que se rompen y mal avenidos en cuyo entorno el niño sufre las consecuencias negativas. Porque ello sucede a posteriori, como algo inevitable, al igual que la enfermedad de uno de los cónyuges o su fallecimiento.

procreación, que, en su inicio, durante la gestación, exige una implicación física, biológica y psicológica de la mujer mucho más intensa y extensa (19).

La ley no debe amparar una orfandad programada. La orfandad es causa de sufrimiento del niño al que la sociedad que le rodea compadece. Los niños huérfanos de padre y madre o de padre o madre se vieron siempre con tristeza, con una carencia que es causa de sufrimiento. La orfandad a causa de la muerte o de relaciones esporádicas es algo inevitable, que el legislador no tiene más remedio que reconocer y proteger. Pero el legislador no puede impulsar o favorecer que un niño llegue a esta vida planificadamente huérfano (20).

(19) En la procreación no se puede prescindir del sexo. De ahí que el género, con el que se pretende borrar la diferencia entre hombre y mujer, carezca de relevancia desde el punto de vista de la procreación. Es cierto que el hombre es prescindible físicamente después del instante que dura el acto sexual iniciador del proceso. Pero su aportación afectiva, psicológica y colaborativa, complementa y enriquece el ámbito o medio en el que se desarrolla el hijo. De ahí que, por mucho que cierto sector del feminismo defienda la igualdad de género, en el sentido de que el sexo es una opción de la voluntad, ante la procreación no cabe opción alguna, ya que es el sexo el determinante; y el protagonismo de la mujer en la generación del niño es ineludible. A no ser que la evolución de la ciencia permita la gestación en un útero artificial. Llegado este caso habrá que replantearse el papel del hombre y la mujer y también el de la reproducción asistida.

(20) El niño no puede utilizarse como objeto de un deseo, planificando su nacimiento en un entorno o ámbito incompleto, es decir, deliberadamente huérfano de padre o madre. Sin que pueda alegarse en este caso un hipotético derecho de las personas homosexuales, pues prima el interés superior del niño. Es interesante el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 2018, que pone de relieve los problemas psicológicos del niño derivados de la permisividad en los casos de reproducción asistida en solitario o de parejas homosexuales. Se trataba de dos mujeres casadas que tuvieron dos hijos siendo una de ellas la gestante y la otra la aportante del óvulo. Al cabo de algunos años, una de ellas se convierte en heterosexual y se divorcia de su mujer. El tribunal hace referencia al impacto psicológico de los niños, y a la necesidad de superación del traumatismo psicológico que sufren. Considera la sentencia que desde las instancias públicas se debe favorecer la comprensión por los menores de lo que es un devenir natural de las relaciones humanas, aunque no coincida con las situaciones del entorno. Y

En consecuencia, parece razonable que se establezca un límite a la reproducción asistida y, por tanto, a la maternidad subrogada: que los que accedan a ella constituyan una pareja estable de hombre y mujer, que es la que naturalmente completa el entorno del niño y su desarrollo integral. De modo que la maternidad subrogada quedaría reducida, en el caso de admitirse, a la proyectada por una pareja hombre mujer que conviven y proyectan su futuro en torno a un hijo que por causas exclusivamente médicas no puedan procrear (21).

Una buena parte de los países que admiten la maternidad subrogada exigen que se trate de matrimonio heterosexual (22).

añade, de modo buenista y suficiente, que la normalidad no es más que la expresión de un índice estadístico y que las formas de pareja diferentes a la tradicional son perfectamente naturales y legítimas. Pero no reconoce, pese a que comprueba, que tales “mezclas de género” son fuente de traumas psicológicos graves para los niños sometidos al interés o deseo de personas que provocan tan graves complicaciones.

(21) Distinto es el caso de la adopción. Pues ante el supuesto de un niño abandonado o sin padres que le cuiden, situación no buscada por el adoptante, la adopción es un recurso razonable en interés del niño, aunque la protección se lleve a cabo por un hombre o una mujer aisladamente. Pues se trata de ayudar al niño desamparado. Tampoco en este supuesto se existe un derecho subjetivo a la adopción, sino una posibilidad reglada de iniciar un procedimiento riguroso para que se le conceda la adopción, en el que se deberán comprobar las cualidades del o de los adoptantes, y en el que debería primarse y dar preferencia a la pareja heterosexual, por las razones ya referidas.

(22) Entre los países que admiten la gestación subrogada exigen que los padres de intención estén ligados por matrimonio heterosexual: Holanda, Georgia (solo a parejas heterosexuales casadas), Ucrania (que la prohíbe a parejas homosexuales y personas solas) Tailandia, India (que exige, además, que sean nacionales de países que admitan la técnica), Israel (que exige también que sean de religión judía y siempre que se utilice el semen del padre de intención), México (y solo para ciudadanos mexicanos). En cambio, Rusia la admite a parejas heterosexuales y mujeres solteras, no hombres solteros) Grecia (parejas heterosexuales y mujeres solteras), Portugal (parejas heterosexuales y lesbianas). Para un análisis detallado de las distintas regulaciones puede verse “Autonomía de la voluntad y contrato de Gestación Subrogada. Efectos Jurídicos” María del Rosario DÍAZ ROMERO. Editorial Aranzadi 2018, páginas 59 y ss.

II.2. La mujer gestante

El problema de la maternidad subrogada se complica en la medida que en ella se involucra a una tercera persona que pasa a ser la protagonista de la procreación, la madre gestante. Con la que hay que contar. Por lo que las consecuencias de la procreación sobrepasan la decisión de los que desean tener el hijo. Relación potencialmente conflictiva con la madre gestante, pero también con el propio hijo nacido de modo tan complejo biológicamente y también jurídicamente. Y con los hijos de la gestante y marido de esta, a los que puede afectar psicológicamente de modo negativo, y ocasionar situaciones de conflicto afectivo, muy difíciles de prever.

II.2.a. El contrato de gestación

Veamos la relación de los padres de intención con la madre gestante. Una pareja que no puede tener hijos, por infertilidad de la mujer, acude, normalmente a través de empresas que gestionan el proceso, a otra mujer que se presta a tenerlo para entregárselo, una vez nacido, a la pareja que lo encarga (23).

Si la mujer gestante aporta óvulo y vientre, madre genética y biológica, por mucho que se disfrace el contrato, por muchos rodeos jurídicos (contrato de arrendamiento de servicios, de obra, etc.) que se quieran dar, estamos ante una venta o cesión del hijo. También en el caso de que sea solo gestante, ya que una vez implantado el embrión o realizada la técnica adecuada, es la gestante la que da vida física y psíquica (transmisión de incidencias físicas y psíquicas) al hijo de la cual se desprende cortando el cordón umbilical (24).

(23) Se hace referencia solo a pareja heterosexual por las razones ya señaladas anteriormente, al analizar los límites de la procreación mediante maternidad subrogada.

(24) No existe acuerdo sobre la mayor importancia de la gestación o de la genética. Los argumentos a favor de la gestación son de especial solidez: relevancia e intensidad de la relación afectiva que se genera entre la mujer y el niño durante el embarazo, mayor que la contribución genética; la formación de la persona que para muchos científicos comienza no con el alumbramiento sino con la concepción; el organismo que se prepara para la lactancia es el de la embarazada; la memoria corporal

La mujer gestante pone a disposición su cuerpo y su vida durante un amplio periodo de tiempo, al servicio de otros para procrear para ellos un hijo. A través de un contrato en el que se compromete a una serie de limitaciones que paralizan su propio proyecto de vida, en beneficio de los que, para satisfacer su deseo, utilizan su persona. Se podría argumentar que la mujer en determinados trabajos pone en riesgo su vida o su independencia de modo más intenso y arriesgado. Sin embargo, en el caso de la maternidad subrogada no solo dispone de su cuerpo sino del niño que ha gestado, con el que ha estado unido fisiológicamente y con una relación de impactos sensitivos y psicológicos, algunos desconocidos todavía, de la que es separado físicamente cortando el cordón umbilical. Se trata pues de disposición por la madre gestante no solo de su propio cuerpo, sino también del fruto de su gestación, del hijo del que, una vez nacido, se desentiende, eludiendo sus deberes y responsabilidad como madre (25).

Es preciso recordar que la finalidad del contrato, la causa, es la gestación de un hijo para entregárselo a un tercero, renunciando a toda implicación jurídica con este. Lo que la madre no puede evitar con la renuncia es la implicación psicológica con el niño que ha parido y que ha tenido muchos meses dentro de sí en una

del niño registra el contacto, el movimiento corporal, el ritmo del corazón. Para un análisis más extenso puede verse el trabajo de CHIAPERIO, Silvana María, "Maternidad subrogada", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 147. A favor de la maternidad determinada por el parto, entre otros, LLEDO YAGUE, "El alquiler de úteros" y el problema de las madres sustitutas o por encargo" en II Congreso Mundial Vasco de Filiación a finales del siglo XX" p. 339 y ss. Tampoco existe acuerdo cuando comienza la existencia de un ser humano, si desde la fecundación (unión de gametos masculino y femenino), desde la anidación en el útero (pues desde entonces el cigoto ya no puede dividirse), desde la viabilidad (para unos, tres semanas; para otros dos o tres meses desde la anidación); o desde el nacimiento, con la ruptura del cordón umbilical.

(25) Como señala VAQUERO, María José, la gestación por sustitución supone una afectación de la dignidad de la mujer gestante (con implicación de su integridad física) y de la dignidad del hijo (que es objeto de tráfico jurídico), así como una transacción sobre el estado civil. Negocio jurídico incompatible con nuestro ordenamiento jurídico (arts. 10 y 15 CE; art. 1816 Cód. Civ.). (ob. cit., p. 257).

unión y dependencia física y biológica de alto alcance (26).

Ante esta situación los legisladores han actuado de modo diverso. La gestación subrogada no está permitida en la mayoría de los países de Europa, prohibiéndola expresamente o no regulándola (27). Pero se observa una evolución hacia una regulación permisiva, si bien considerando madre a la gestante, y exigiendo para su validez diversos requisitos más o menos restrictivos. Entre otros, que se trate de matrimonio heterosexual, que la causa sea la esterilidad o infertilidad, y, en especial, el altruismo (28).

(26) Interesantes son las reflexiones de la psicóloga Marta Videla, cuando señala, en relación con la maternidad subrogada, que no se desea un niño, sino que se le concibe para que sea rentable, y que la “abdicación” premeditada de la responsabilidad parental es un comportamiento solo valorable desde la ética del comercio. Añade que el hijo tiene hermanos de los que nunca tendrá noticia de su existencia. Los hijos de la gestante ven a su mamá embarazada y luego el bebé ha desaparecido. El temor a reclamos económicos o al chantaje hace incluir cláusulas especiales, como borrar todo dato de la gestadora. Silencios tramposos que generarán intensa angustia y emergen luego como enfermedades psicosomáticas o psicosis. (“Los derechos humanos en la bioética” Ad- Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 154 a 159).

(27) Se prohíbe en Francia y Alemania (incluso con sanciones penales). En Hungría se sanciona también penalmente, pero admite que se reconozca la filiación del padre y la adopción por la madre. Se prohíbe también en China, en los Estados de Arizona, Michigan, Indiana, Kansas, Luisiana y Nueva York.

(28) La admiten Holanda, aunque solo para parejas heterosexuales, por razones terapéuticas, y sin intermediación; y se considera madre a la gestante. Rusia, que la limita a parejas heterosexuales y mujeres solteras. Cuando el padre sea reconocido como padre biológico, la mujer deberá adoptar el niño. Ucrania la limita a parejas heterosexuales, y la prohíbe a parejas homosexuales y personas solas. Georgia la admite solo a parejas heterosexuales casadas y por razones terapéuticas de la mujer. Grecia solo a parejas heterosexuales y mujeres solteras. Canadá la permite a todos los modelos de familia (heterosexuales, homosexuales personas solas) pero exige que se haga de manera altruista. Portugal exige que existan razones médicas, a parejas heterosexuales y mujeres solas, que la gestante no sea donante de los óvulos, y que se alga por altruismo (los procesos de gestación subrogada comercial están sancionados penamente). Dinamarca exige que la gestante aporte los óvulos, que no se utilicen técnicas de reproducción asistida, altruismo total sin compensaciones; el contrato

II.2.b. Altruismo

Una gran parte de las legislaciones que admiten la maternidad subrogada lo hace sobre la base de la gratuidad o altruismo. Y consideran que no pierde este carácter porque se indemniza a la gestante los gastos que provoque el embarazo, que se denominan, por algunos, compensación resarcitoria. Que comprende, entre otros, los gastos derivados de las molestias físicas de desplazamiento, los laborales y el *lucro cesante*, inherentes a la gestación.

En realidad, los gastos por el lucro cesante son equivalentes a un salario o retribución que sustituye al que percibiría por su actividad ordinaria para obtener renta en función de su profesión u oficio; lo cual supone una verdadera retribución compensatoria, dicho de manera dulcificada. En cualquier caso, el carácter altruista difícilmente podrá probarse. Por lo que el legislador cuando establece como requisito el altruismo está mirando para otro lado. Pues debería saber o sospechar que no es normal semejante entrega vital de modo altruista o gratuito. Sería razonable, pues, no admitir compensación alguna que sustituya eufemísticamente a una retribución (29).

Verdaderamente es difícil entender que una mujer en condiciones económicas normales pueda aceptar por puro altruismo, a favor de personas desconocidas la mayoría de las veces, una práctica disposición integral vital de su persona con desprendimiento del fruto que tuvo en sus entrañas y que determinó su configuración física y psíquica durante un tiempo importante,

no es obligatorio. En Estados Unidos, la admiten para todos los modelos de familia Nevada, California, Texas, Arkansas, Illinois, Florida, entre otros. Para un examen detallado de las distintas legislaciones, puede verse DÍAZ ROMERO (ob. cit., p. 76 a 89).

(29) Por eso algunos países que admiten la maternidad subrogada altruista no admiten compensación alguna. Como Dinamarca. O establecen sanción penal en caso de intermediación comercial, como Portugal o algunos Estados de Australia. O no admiten intermediarios, como Holanda. Señala María José VAQUERO que el altruista debe ser especialmente protegido por el ordenamiento (más que el que persigue lucro; arts. 634-636, 632 y 633 Cód. Civil) especialmente cuando entra en juego su integridad física y moral.

e influencias graves de tipo afectivo o psicológico en su propio entorno familiar.

Sólo una madre o una hermana podrían tener la credencial de altruismo por presunción. Por eso, en algunos países que admiten la subrogación se exige que la gestante sea pariente cercana (30).

Si realmente es difícil probar el carácter altruista, probablemente imposible en la práctica, tal exigencia legal resulta ilusoria. Sólo si se elimina todo tipo de compensación económica y se comprueba la existencia de una relación afectiva y voluntad firme de ayudar a una persona querida, podría entenderse que, en relación con la mujer gestante, no existe fundamento para negar la admisión de la maternidad subrogada por "amor" (31). Por lo que parece que, en principio, la ilicitud del contrato vendría entonces determinada por la entrega o cesión del hijo, tal como luego veremos (32).

II.2.c. Daños colaterales derivados del contrato

Sin embargo, el problema no es tan sencillo en relación con la gestante. Pues habrá que tener en cuenta los posibles daños, imprevisibles, que se le puedan producir a lo largo del embarazo, difíciles de calibrar por anticipado. Habrá que sopesar, también, el impacto negativo sobre los hijos anteriores o posteriores de la gestante que haya aceptado tener como suyos, y la posible infracción de deberes de atención y dedicación a su propia familia, que la gestación a favor de otra persona implica. Lo que podría suponer en cierto modo un "abandono" o, por lo menos, déficit de atención a la familia, dada la disposición orgánica y psíquica

(30) Así en India. En Tailandia se exige que sea familiar de uno de los cónyuges. En Brasil el Consejo Federal de Medicina exige que la gestante sea familiar de primer segundo tercer o cuarto grado de uno de los padres de intención, salvo excepción aprobada por una Junta Médica.

(31) Cabría alegar que la mercantilización facilita la mayor distancia afectiva de la gestante y aleja el peligro de reproches y conflictos sentimentales que la cercanía pudiera originar.

(32) Como dice María José Vaquero, el altruismo no elimina el aspecto contractual de la gestación del nacido que choca con la dignidad a la que tendrá derecho desde el primer momento. (ob. cit., p. 258).

de la mujer en relación con el hijo, que necesita toda una especial e intensa atención corporal y psíquica. (33) Además de las consecuencias negativas de un posible incumplimiento de deberes conyugales, como el débito conyugal, aunque se considere mero deber moral; y las que se deriven del desistimiento, fallecimiento o discapacidad de los comitentes antes del nacimiento o de la determinación legal de la filiación.

Por otra parte, la comprobación o presunción de altruismo no resuelve satisfactoriamente los problemas de la relación de la gestante con los padres de intención. Pues la complejidad de la situación desde el punto de vista afectivo se podría agravar por la cercanía o parentesco, sobre todo respecto a la identidad del hijo y su relación con sus hermanos- primos, o madre- abuela, por ejemplo.

Es cierto que la corriente social camina en el sentido de ampliar al máximo la autonomía de la voluntad. Se dice que el principio de integridad física y derecho a la vida se ha dulcificado mediante el principio de la autonomía de la voluntad en los supuestos de interrupción del embarazo; y que no queda lejos el momento en que la sociedad decida flexibilizar dichos principios en aras al de la autonomía de la voluntad y derecho a la vida; pues si tenemos derecho a suspender la vida que se gesta en un embarazo por qué no tener derecho a dar vida a través de la misma vía (34).

Sin embargo, es preciso señalar que el hecho de que el legislador permita la interrupción del embarazo, pese a los problemas que plantea, no es argumento para sostener por ampliación la licitud y procedencia legal de un supuesto muy distinto, cual es la venta o cesión de un niño, el cual ya nacido se desprende del cordón umbilical de la madre y se le entrega a una persona

(33) Se puede alegar, como ya he dicho con anterioridad, que existen trabajos que exigen una mayor desvinculación de la familia, pero en ellos no se produce directamente el conflicto afectivo, que puede ser grave, con la propia familia, ni una disposición del hijo que se está gestando.

(34) En este sentido la propuesta del partido político español Ciudadanos, en la que se regulan los requisitos y exigencias para su práctica en España. Un análisis de dicha propuesta puede verse en la obra citada de DÍAZ ROMERO, María Rosario (ps. 111 y ss.)

extraña a su gestación. Es decir, se le separa de todo lo que haya sentido cercano de su madre gestante, diluyendo su identidad.

En una sociedad como la actual, muy influida por la creencia ciega en la bondad de la ciencia y en el carácter moralmente neutro de esta, y sobre todo, con una formación cultural alejada de cualquier sacrificio personal; y acostumbrados, como estamos hoy, a obtener todo lo que produce placer o se desea, que el comercio y las nuevas técnicas brindan del modo más fácil, no es de extrañar que los legisladores vayan asumiendo como normal la maternidad subrogada, tal como sucede en los países que se han adherido a una regulación permisiva. Sin reparar en la responsabilidad por daños y consecuencias negativas para otras personas implicadas.

En todo caso, un legislador prudente, deberá tener muy claro qué intereses deben resguardarse, evitando que la autonomía de la voluntad salte todas las barreras, al margen de los daños colaterales que la maternidad subrogada pueda producir. Por lo que debe evitar conflictos derivados de un concepto de familia basado en el interés único de una de las partes que intervienen en el proceso de la procreación.

II.2.d. Insuficiencia de los requisitos exigidos por legislaciones permisivas

Existen legislaciones que tratan de salvar obstáculos y evitar daños e infracción de principios básicos, exigiendo una serie de requisitos que harían más asumible la maternidad subrogada. En concreto:

1) Que se trate de un matrimonio o pareja estable heterosexual (soporte de familia completa).

2) Que exista una razón terapéutica (infertilidad de la mujer).

3) Que los padres de intención tengan la nacionalidad del país que la admite y vivir en este. Lo mínimo que se puede pedir, desde el punto de vista de la buena relación internacional, es que las legislaciones de los Estados se respeten recíprocamente, evitando que se produzcan situaciones de conflicto; derivadas del efecto lla-

mada, al ofrecer algún país la posibilidad de la subrogación a cualquiera que viaje a este, y, burlando su propia legislación, aparezca en el suyo con el niño, como hecho consumado.

4) Seguridad de que no existe interés comercial o intermediación lucrativa alguna. Puesto que el altruismo no puede probarse, para evitar la explotación de personas que pasan por dificultades económicas o simplemente que frivolan su vida prestándose a la aventura de un embarazo por encargo, algunos países restringen el ámbito de la subrogación a familiares hasta el segundo grado y a los casos previamente estudiados por una Comisión o Consejo Nacional de reproducción asistida (integrada por médicos, psicólogos, juristas) que sopesen la relación de afecto que permita presumir la ausencia de mercantilización, así como las implicaciones psicológicas y daños en la familia de la gestante, marido e hijos tenidos con anterioridad. Y sancionan penalmente a los solicitantes e intervinientes cuando exista intermediación (35).

(35) Es interesante la regulación de Holanda que admite el contrato con muchas restricciones: que no haya intermediación, solo a matrimonios heterosexuales cuya pareja debe aportar su material genético, y que la madre de intención sea incapaz de llevar a buen término el embarazo. En cuanto a la gestante, tener una personalidad fuerte y fuerte deseo de ayudar a los padres de intención, estar dispuesta a dar el niño tras el nacimiento, tener buena salud y pasar unas pruebas psicológicas. Y resuelve el problema de la filiación otorgándola a la gestante y a su marido. Pero los padres de intención pueden intentar la adopción conjunta cuando los padres biológicos acepten la cesión de sus derechos de paternidad y lo apruebe un tribunal. Mientras tanto, la tutela será otorgada a la institución encargada de ello directamente a los padres de intención. Si la gestante es soltera, el padre de intención podrá reconocer al niño con el consentimiento de la gestante y luego solicitar la exclusión de la gestante y reconocimiento de responsabilidad parental única, y la madre de intención podrá adoptar al niño siempre que demuestre que lo lleva criando al menos un año junto al padre de intención. El Reino Unido, salvo en Escocia, no prohíbe el contrato de gestación subrogada. Pero se exige que sea altruista, que el solicitante resida en territorio británico. No se permite a personas solas. La gestante es la madre legal y su marido o pareja el padre, aunque el material genético provenga de los padres de intención; estos podrán solicitar dentro del plazo de seis meses del nacimiento el proceso de filiación para modificar la de origen. Se establece que el acuerdo no es imperativo y no se puede exigir su cumplimiento.

Pero, con todo, las legislaciones que admiten la maternidad subrogada, incluso con las prevenciones antes señaladas, no pueden asegurar la protección suficiente del interés superior del niño, ni siquiera el de la gestante y su familiar. Tampoco pueden evitar situaciones como la revocación por la gestante, ni otras imprevisibles, como el fallecimiento o discapacidad de los padres de intención antes del parto, o el desistimiento, ni los posibles conflictos afectivos en la familia de la gestante.

II.2.e. Insuficiencia de las normas meramente prohibitivas

Cuando la norma establece simplemente la prohibición de la maternidad subrogada se plantea el problema de la protección del hijo nacido en un país extranjero al amparo de una norma permisiva, cuando los padres de intención pretenden que en su país se reconozca su paternidad y/o su maternidad

En España, la ley 14/2006 de 26 de mayo en su art. 10 regula la gestación por sustitución estableciendo que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Y que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.” “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (36).

Sin embargo, esta norma, como cualquier otra prohibitiva, es *incompleta*, pues no resuelve el problema de la protección del hijo, cuando las personas sujetas a esta, que lo desean, acuden a un país que admite el contrato de gestación subrogada y se plantan luego en su propio país con el hijo, considerado como tal según la ley del país a cuyo amparo se otorgó el contrato de

gestación. Como hecho consumado y burlando su propia legislación.

Resulta pues conveniente completar tal tipo de normas para llenar la referida laguna y resolver el problema antes expuesto de la filiación en interés del niño. Evitando la inseguridad derivada de una regulación que no resuelve todos los problemas a que conduce la maternidad subrogada; y que ha provocado, como veremos, decisiones jurisprudenciales discutibles y contradictorias.

II.3. El interés superior del niño

Mientras existan legislaciones que permitan el comercio en este ámbito de la procreación, el deseo natural, pulsión, en ocasiones obsesión, de tener un hijo que tenga una vinculación genética, cada vez más facilitado a través de agencias que actúan de intermediarias, hará que la pareja o persona sola acuda al país más tolerante y consiga el niño a través de una madre subrogada. Por lo que el legislador se tendrá que enfrentar al hecho consumado del hijo gestado mediante la maternidad subrogada contratada en un país permisivo. Concretamente a la determinación de su filiación, en especial, al muy difícil problema de la maternidad.

La mayoría de las legislaciones, sean o no prohibitivas de la maternidad subrogada considerarán que la madre es la gestante (37). Y algunas exigen para trasvasar la filiación a la madre de intención acudir a la adopción (38) o sentencia judicial que la determine (39).

(37) Así, la ley española de reproducción asistida. También Francia y Reino Unido. También en países que no la prohíben como Chipre, en el que la gestante puede renunciar a la maternidad a los tres meses de dar a luz. En Japón no está regulada y la maternidad se determina por el parto.

(38) En Bélgica la madre es la gestante y se necesita acudir a la adopción. En Rusia, Ucrania y Georgia la mujer comitente debe acudir a la adopción. En Holanda los padres de intención pueden intentar la adopción conjunta cuando los padres biológicos pacten la cesión de sus derechos de paternidad y lo apruebe un tribunal.

(39) Así Grecia y Canadá. En California la filiación se establece por sentencia judicial, que asigna la paternidad a los padres de intención antes del nacimiento, garantizando que la gestante y su marido no tienen ningún derecho ni obligación con el niño. En los Estados

(36) A juicio de VAQUERO PINTO, María José, “Retos actuales a la filiación” Tecnos, 2018, p. 237, al art. 10 se suman otras normas sancionadoras. En el ámbito administrativo supondría una infracción leve (art. 25.2 a) o grave (art. 25.2 c). En el ámbito penal sería posible la aplicación en su caso de las normas relativas a los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor (art. 220 a 222, Cód. Penal)

II.3.a. Solución jurisprudencial

Algunos países han tenido que abordar el problema por la vía jurisprudencial, a partir de casos concretos y con soluciones diversas, como veremos. Lo cual es causa de inseguridad jurídica. Que el legislador debe evitar.

En España ante el hecho consumado del niño gestado a pesar de la nulidad del contrato de gestación, y para darle asistencia y protección, la *Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 18 de febrero de 2009* consideró que, en el caso de inscripción de nacimiento mediante certificación registral extranjera, el acceso al Registro civil español debe valorarse, no a través de la aplicación del derecho sustantivo español sino a través de las normas españolas que regulan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro civil español. El acceso de estas a este Registro, conforme al art. 81 Reglamento del Registro Civil, constituye no una cuestión de Derecho aplicable sino de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, que excluye la aplicación de las normas de conflicto españolas (en concreto la del art. 9.4 del CC) y, por tanto, la ley sustantiva a que las normas de conflicto pudieran conducir, como la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Se soslaya la nulidad del contrato de gestación subrogada y la norma según la cual la madre es la gestante, mediante una serie de argumentos formales y procesales. Concretamente que el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea idéntica a la de la autoridad española aplicando las leyes españolas (40). Y que *el interés superior del*

de Australia que la permiten se considera madre la gestante, pero tras el nacimiento basta una orden de filiación de la gestante cediendo los derechos de filiación a los padres de intención, que debe emitirse entre las seis semanas y 6 meses del nacimiento. En otro caso se necesita sentencia judicial.

(40) Considera también que no vulnera el orden público español (en el caso resuelto se trataba de dos hombres que habían obtenido resolución de California declarando la paternidad de ambos) pues la legislación española admite la adopción por dos hombres, y que la ley de 14/2006 admite que conste en el Registro la filiación a favor de dos mujeres (art. 7.3, ley 14/2006). Con lo que

menor aconseja la inscripción de la filiación, ya que en otro caso podría resultar que los hijos de nacionalidad española podrán quedar privados de una filiación inscrita en el Registro Civil, y se vulneraría la Convención sobre derechos del niño de Nueva York del año 1989, que exige que los niños queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres.

La resolución no resuelve el problema de la impugnación de la filiación por la madre gestante, conforme al art. 10 de la 14/2016, aunque deja a salvo que la resolución judicial extranjera haya obtenido el exequátur y reconozca la doble filiación constituida por el tribunal extranjero. Con un argumento puramente procesal obvia la declaración del artículo antes citado de que la filiación se determina por el parto.

La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, para resolver las dudas sobre la inscripción, señala que el art. 10 de la Ley 14/2006 contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante la maternidad subrogada, a través del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por el padre biológico, ejercitando las acciones a que se refiere los art. 764 y ss. de la LEC.

Pero admite, en interés del menor, la inscripción en el Registro español de la resolución de tribunal competente en el extranjero, necesaria para controlar que se cumplan los requisitos de perfección y contenido conforme a la legalidad del país donde se ha formalizado, así como la protección del interés del menor y de la madre gestante. Siempre que sea reconocida en España mediante el exequátur.

Si la resolución judicial extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro civil controlará que pueda ser reconocida en España. Al efecto, deberá constatar que se han respetado los derechos procesales de las partes, en especial los de la madre gestante, que no se vulnerado el interés superior del menor ni los derechos de la madre gestante; verificando que el consentimiento de esta se obtuvo libre-

elude enfrentarse a la nulidad del contrato de gestación, así como a la atribución directa de la maternidad a la gestante, conforme al art. 10 de la ley 14/2006.

mente, que los consentimientos prestados son irrevocables, así como demás requisitos previstos en el país de origen.

El TS en sentencia 6 febrero 2014, obviando los argumentos forzados, formales y procesales de la DGRN, consideró que la resolución judicial era contraria al orden público internacional español, y por tanto incompatible con las normas que regulan la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y el niño y cosificándolos, posibilitando la explotación del estado de necesidad, derivadas del contrato de gestación por sustitución. Y que la protección del interés superior del niño es un concepto indeterminado que no permite al juez alcanzar cualquier resultado. Dicha protección no puede fundarse en un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación del país en el que se ejecutó el contrato (en el caso era California).

Sin embargo, sostiene que habrá que valorar, en interés del niño, de ser ciertos tales datos, la ruptura del vínculo con la mujer que le dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y la paternidad biológica de alguno de ellos; pues la Ley 14/2006 admite que el padre pueda reclamar su paternidad biológica. Por lo que se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los niños y procurar su integración en el núcleo familiar si lo hubiere, pues los hijos no pueden cargar con las consecuencias negativas del contrato de gestación por subrogación, nulo según el Derecho español, pero que deja a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico.

Son pues la filiación biológica del padre y los lazos filiales como consecuencia de un núcleo familiar de facto en el que están integrados los menores, el padre biológico y su pareja en su caso, los determinantes del interés del menor; los cuales, al igual que en la adopción, su comprobación deberá quedar bajo el control judicial (41).

(41) En el ámbito de lo social el TS se muestra más complaciente. Así la STS (Sala de lo Social) de 25 octubre 2016, entre otras, reconoció a un padre intencional la concesión de una prestación, en interés del menor. Y también que cuando se trate de un solo padre intencional

El Tribunal de Casación francés, en dos sentencias de 2013, consideró la imposibilidad de determinar legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y padres de intención, procediendo la nulidad del establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación (*fraus omnia corrumpit*) y no admitió ni la paternidad biológica, ni la acreditación de la posesión de estado civil, ni la adopción.

Pero el TEDH en sentencias de 26 junio 2014, (Asunto Mennesson y Asunto Labasesee) consideró que tal rigidez impedía el respeto a la vida privada de los menores, a los que hay que reconocer un status definido, una identidad cierta, y por tanto evitar una situación de incertidumbre incompatible con el art. 8º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales. Y consideró la necesidad de establecer una relación legal de filiación entre los hijos y el padre biológico, vínculo cuya plasmación legal había sido impedida por las autoridades francesas. Pero tales sentencias dejaron sin resolver el problema de la filiación respecto de la madre de intención.

Sin embargo, el TEDH, a solicitud de la Corte de Casación francesa, con fecha 10 de abril de 2019, emitió *Dictamen consultivo* extranjero por gestación subrogada con gametos del padre de intención y de una tercera donante, cuya filiación paterna había sido reconocida por el derecho interno. Consideró que: sobre filiación legal en relación con la madre de intención, en el caso de los niños nacidos en el

1) El derecho al respeto a la vida privada, conforme al art. 8º de la Convención, requiere que el derecho interno ofrezca una posibilidad de reconocimiento de la filiación respecto a la madre de intención, designada en el acta de nacimiento legalmente formalizada en el extranjero como “madre legal”.

sea este el que disfrute del permiso de maternidad. Posición que contrasta con la del TSJE, que en S. 18 marzo 2014 consideró que los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido un niño gracias a un vientre de alquiler, incluso cuando la mujer pueda amamantar al niño. Para una exposición más amplia se puede ver DÍAZ ROMERO, María del Rosario (ob. cit., p. 47 y ss.)

2) Que para ello no es necesario que se haga mediante la transcripción en los registros civiles del acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero. Sino que puede hacerse por otra vía, como la *adopción* del niño por la madre de intención, a condición de que las modalidades previstas por el derecho interno garanticen la efectividad y celeridad de la adopción, por exigencia del interés superior del menor (42).

El TEDH en sentencia de 24 enero 2017 (“asunto Paradiso”) consideró que las autoridades italianas habían procedido correctamente al retirar la guarda al matrimonio comitente de un menor nacido en Rusia por gestación subrogada, si bien con base en que no existía vínculo biológico con los padres de intención y a la corta duración de su relación con el menor, habiendo sido entregado el niño a los Servicio Sociales italianos, pues no se había dado el caso de verdadera vida familiar.

Un paso importante hacia el reconocimiento de la paternidad y maternidad de los padres de intención supuso en España la *Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019*. Que pretendía sustituir la anterior de 2010. A través de una prolija, detallada, muy complicada y forzada argumentación, previo análisis de la jurisprudencia y legislación posterior (43).

(42) Reconoce el TEDH que el art. 8º de la Convención no impone una obligación general para los Estados de reconocer ab initio la filiación entre el niño y la madre de intención. Lo que se exige es que la filiación materna establecida legalmente en el extranjero pueda ser reconocida más tarde mediante un procedimiento como la adopción, siempre sea rápido y eficaz, para evitar que el niño esté mucho tiempo en la incertidumbre jurídica; dados los riesgos que supone en relación con sus derechos sucesorios y la fragilidad de su situación en caso de separación de los padres de intención o fallecimiento del padre de intención (54 y 40 del Dictamen).

(43) Concretamente, se refiere a la Resolución de la DGRN de 11 de junio 2014 que, resolviendo una consulta, consideró que la STS de 6 de febrero de 2014, que anulaba la Resolución ya citada de 2009, no afectaba a la Instrucción de 2010, apoyándose en la doctrina de las Sentencias del TEDH de 26 junio 2014. A los autos de las Audiencias Provinciales que señalan los requisitos exigidos para otorgar el exequátur. También a la Ley 54/2007 de Adopción internacional, tras la reforma de 2015 que consideró que se vulnera el orden público español si en la constitución de la adopción no se ha respetado el interés superior del menor cuando se

La Instrucción de 14 febrero 2019 declara que en ningún caso se aceptará que la resolución se haya dictado en rebeldía de la madre gestante, que el consentimiento de esta haya sido confirmado en un momento posterior al nacimiento del niño, y que no concurren motivos graves de falta de idoneidad respecto a los padres comitentes.

Y añade una serie de pautas que flexibilizan la inscripción a favor de los padres de intención, que merece la pena recordar aquí, pues en caso de completar la norma del art. 10 de la LTRHA, podrían algunas de ellas tenerse en cuenta en la nueva regulación que se establezca. Concretamente:

1.- En caso de que, en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo esta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español. Dicha acreditación podrá tener lugar:

a) bien mediante *sentencia firme* recaída en un procedimiento de filiación, conforme a los arts. 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o

b) bien mediante el *reconocimiento del padre* en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil. En especial, si el reconocimiento se hace mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor, conforme al artículo 44.7 de la Ley del Registro Civil de 2011. El reconocimiento de la filiación paterna deberá

ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarias. Y a la Ley 20/2011, del Registro civil, modificada en 2015, de cuyo art. 44. 4 que exige para la inscripción de nacimiento que figure la filiación materna, aunque haya renunciado a los derechos derivados de la filiación. Sin perjuicio de la cancelación formal en caso de posterior adopción o cambio de filiación como consecuencia del reconocimiento en España de decisiones extranjeras, para lo que será necesario acreditar el consentimiento de la madre gestante.

completarse mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna. Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN (44).

2.- Una vez acreditada la filiación paterna en la forma indicada, y determinada por tanto la competencia del Registro Civil español, se practicará de forma inmediata la inscripción de nacimiento, haciendo constar la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento.

Si se pretende también la determinación de la *filiación materna* respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente, o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita, *será preciso acudir a un procedimiento de adopción del menor*, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el art. 177 del Cód. Civil.

Resuelve también el supuesto de mujeres casadas entre sí o solas, cuando la ley extranjera aplicable, conforme al art. 9.4 del Código Civil español, determine la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

En este caso, acreditada la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor y la inscripción de la filiación en el Registro del país de la filiación respecto de la madre comitente, *si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente* lo previsto en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresa-

(44) Si la madre gestante estuviese casada y fuese aplicable la presunción de paternidad matrimonial, se exigirán el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable.

dos respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante (45).

Resulta chocante la aplicación analógica de una norma referida al varón, cuyo supuesto es bien distinto al de la mujer, cuya maternidad está regulada en el art. 10 antes citado a favor de la gestante, y por lo tanto en contradicción con la solución propuesta por la referida Instrucción.

Cuatro días después de conocerse la *Instrucción* de 14 de febrero de 2019, el *18 de febrero de 2019* se dicta otra que, *sorprendentemente*, deja sin efecto la anterior y establece que la gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. El interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en

(45) En cuanto a la forma de practicar la inscripción, la Instrucción referida establece que el Cónsul Encargado del Registro Civil en que se haya de practicar la inscripción del nacimiento y filiación en los casos de gestación por sustitución reconocida bien mediante el correspondiente exequátur bien de forma incidental en trámite de calificación registral, aplicará las siguientes reglas: 1º. Extenderá una primera inscripción principal de nacimiento en la que conste como madre la mujer gestante que ha alumbrado al nacido, y una segunda inscripción marginal de filiación en la que constarán como progenitores los determinados por la resolución judicial de determinación de la filiación derivada del contrato de gestación por sustitución a que se refiere la Instrucción de 5 de octubre de 2010. 2º. Inmediatamente después, sin solución de continuidad y sin necesidad de solicitud por parte de los interesados, se extenderá en el folio que corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los progenitores determinados por la resolución judicial y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de estos.

este terreno no puede considerarse ajustada a derecho (46).

Todo ello hace necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, con una prueba válida y suficiente de los hechos, datos y declaraciones de voluntad que concurran en este. Ello es así, especialmente, a la vista de los claros abusos contra las mujeres gestantes que en ocasiones se han dado. En base a ello, después de dejar sin efecto la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, estableció que:

1. Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

El encargado del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España.

2. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente *expediente para la inscripción de la filiación*, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

No obstante, a partir del Dictamen Consultivo de *TEDH de 10 de abril de 2019* habrá que tener en cuenta en España la doctrina que se despen-

(46) Añade que este problema no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz; y que, en tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor.

de de este, a la que se acercaba la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019.

II.3.b. Sobre el modo de completar la norma prohibitiva

Las variadas y complejas soluciones jurisprudenciales demuestran que las normas prohibitivas, como la española del art. 10 de la LTRHA, son incompletas e insuficientes; y, por tanto, generadoras de inseguridad jurídica. Para atender al interés del niño, ante el hecho consumado de su nacimiento, como consecuencia de la maternidad subrogada admitida en el país donde tuvo lugar, en España el órgano encargado del Registro civil se ha visto forzado a obviar o marginar la norma del art. 10 referida, para resolver el problema de la filiación e inscripción.

Para dar solución a la desprotección del niño, que se deriva de tales normas prohibitivas, han sido los tribunales, como hemos visto, los que han tenido que hacer frente a tal problema.

Lo que evidencia la necesidad de completar el precepto referido, regulando los efectos de la maternidad subrogada respecto del hijo. Pues la norma prohibitiva no resuelve el problema básico de la filiación y protección del interés del niño. De poco sirve declarar la nulidad del contrato de gestación subrogada y que la madre es la gestante, si en la práctica, al existir legislaciones permisivas, resulta que el deseo de tener un hijo da lugar a su nacimiento. Y entonces, para proteger el interés de este, habrá que dar una solución a la filiación, procurando el entorno familiar más adecuado.

No basta con establecer la nulidad del contrato y asignar la maternidad a la madre gestante. Habrá que completar la norma y permitir que la filiación, como hecho consumado, se reconozca y conceda a los padres que realmente quieran crear una familia y asuman la responsabilidad y deberes necesarios para el adecuado desarrollo de la personalidad del niño. Sin perjuicio de los efectos inter-partes de la nulidad del contrato y sanciones correspondientes, en su caso. Y previo control judicial de la situación, con el fin de que se salvaguardan los derechos de la gestante y el interés superior del niño.

Mientras no exista una coordinación legislativa internacional, y que los Estados sean respetuosos con la legislación de los demás, habrá que regular los efectos de la maternidad subrogada en relación con el hijo, sea cual fuere la solución que se adopte respecto al contrato entre padres de intención y mujer gestante (47).

Considera Silvana María CHIAPERO que la legislación adecuada para desalentar la práctica de la maternidad subrogada no debe circunscribirse al ámbito civil, sino que debe extenderse al penal y administrativo; e ir más allá, no limitándose en el ámbito civil a sancionar a la pareja comitente o a la mujer gestante, pues estas soluciones no logran mediatizar al hijo, condenándolo a una situación de injusticia. Propone que a lado de las dos categorías de filiación natural y adoptiva se asigne efectos jurídicos a la voluntad de asumir el vínculo materno en supuestos de maternidad subrogada. Y que, si hay que construir una filiación para los casos en los que la ciencia posibilita la disociación de la maternidad deberá hacerse en función del interés del hijo, que solo estará protegido cuando su madre legal sea aquella que realmente ha deseado serlo (48).

(47) El Parlamento Europeo aprobó por Resolución el 17 diciembre de 2015 el informe anual sobre derecho Humanos y Democracia en el mundo, en que el que condena la práctica de la subrogación gestacional, que socava la dignidad humana de la mujer, dado que su cuerpo y funciones reproductivas son usadas como un *commodity*. En particular la que se realiza para ganancias financieras o de otro orden, especialmente en el caso de mujeres vulnerables, debe ser prohibida como asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero, por otro lado, ya hemos visto que el TEDH ha tenido que hacer frente a los problemas de desprotección del niño, a que conducen las normas prohibitivas.

(48) Considera esta jurista que proponer que la maternidad se determina por el parto no es la solución conveniente, pues no solo desoye el interés superior del niño a su identidad biológica, sino que lo priva del derecho a emplazar su estado con quienes son sus progenitores biológicos (en caso de maternidad subrogada propiamente dicha, es decir con aportación de óvulo por la madre de intención), y que han tenido también como proyecto de vida el nacimiento de ese hijo para proveer a sus necesidades, transmitirle su tradición y cultura y concretar su legítimo deseo de trascendencia (ob. cit., ps. 171 y 172). Y añade que se debe aceptar que el vínculo materno filial originado en la práctica por la maternidad subrogada conforma un

Esta propuesta debería, a mi juicio, completarse o matizarse pues plantea algún problema si se acepta de manera radical y directa.

En primer lugar, resulta excesivo y un tanto contradictorio admitir la nulidad absoluta del contrato de gestación y derivar de las declaraciones y obligaciones en él establecidas la filiación en los términos señalados en el contrato. Es decir, el contrato es nulo, pero si se produce el resultado previsto, que es su finalidad, o sea, el nacimiento del hijo surte sus efectos en beneficio de este. Es nulo respecto a las partes contratantes, las cuales no podrán exigirse mutuamente lo pactado, pero dicha nulidad no afecta al hijo y por tanto a la filiación más conveniente (49).

No parece la solución más acertada derivar directamente la filiación de la voluntad expresada en el contrato nulo, al margen incluso de la conexión genética y biológica, sin las comprobaciones necesarias para asegurar la firmeza y validez de las declaraciones negociales a posteriori. Desde luego, en el caso de ausencia de vínculo genético con los padres de intención parece más adecuado el procedimiento riguroso de la adopción. Tal como proponía en España la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 febrero 2019 (50).

En segundo lugar, si lo que se pretende para el niño es dotarle de un ámbito familiar completo, deberá quedar claro que la solución de un tercer tipo de filiación mediante asignación de

sistema cualitativamente distinto del biológico natural, que no está originado por la naturaleza, sino que debe ser construido por el hombre. Debe atribuirse la maternidad a la mujer que ha incluido en su proyecto de vida el hijo, asumiendo todas las obligaciones que ello conlleva a lo largo de su vida, concepto que va más allá de aportar el óvulo o asumir la gestación (ob. cit., p. 192).

(49) Señala Silvana María Chiapero que la solución no es incompatible con que el contrato sea nulo, pues al privilegiar el proyecto de vida no estamos proponiendo premiar a la pareja comitente, sino exhortando al legislador a despojarse del ánimo disuasivo, para poner la mirada en el interés superior del concebido para quedar emplazado en una relación filial basada en la solidez y estabilidad, derivada de la decisión voluntaria de quienes acudieron a este medio para asumir íntegramente el largo proceso procreativo (ob. cit., p. 192).

(50) Ver ps. 18 y 19.

efectos jurídicos a la simple voluntad de asumir el vínculo materno en supuestos de maternidad subrogada debería limitarse a matrimonios heterosexuales, pues resultaría excesivo admitirlo a favor de personas solas, por las razones expuestas al tratar el problema respecto a los padres de intención (51).

En tercer lugar, reconocer legalmente el plan de los comitentes de construir una familia como fuente de un nuevo tipo de filiación al margen de su vinculación biológica con el hijo, exige un procedimiento posterior acreditativo de una voluntad firme y no débil. Para lo cual la declaración de voluntad debería ser otorgada después del nacimiento del hijo y permitir que la gestante pueda en un plazo prudencial asumir los derechos de filiación y la responsabilidad de la crianza del niño. Sin que sea suficiente, a mi juicio, el argumento de que ha renunciado, y que la renuncia implica que no está involucrada mental y afectivamente con el hijo que está generando, que lo ha descartado como suyo desde el inicio; pues el proceso de gestación puede provocar graves cambios fisiológicos y psíquicos durante un periodo tan largo de comunión física y sensorial en la mujer gestante, que resultan imprevisibles.

Además, la gestante debería asumir la responsabilidad de la filiación, en los casos de fallecimiento, discapacidad o abandono del proyecto por los padres comitentes, antes de que se haya determinado a favor de estos los derechos derivados de la filiación. Aunque la madre de intención haya aportado el óvulo, es la gestante la que tiene una vinculación integral física y psíquica con el hijo de sus entrañas, a la que está unido hasta el final de la gestación a través del cordón umbilical. De ahí, que casi todas las legislaciones que regulan la maternidad subrogada establezcan que la filiación se determina por el parto.

Ante estas dificultades, el legislador no puede derivar del contrato nulo directamente la filiación, con base en que los padres de intención hayan manifestado en él su voluntad decidida de acoger el niño, protegerlo y cuidarlo. Pero sí tiene que resolver la situación de hecho provocada por el nacimiento del niño.

Por lo que la norma que declare la nulidad del contrato, si se quiere que sea eficaz, además de reforzarse con sanciones administrativas y pe-

(51) Ver ps. 8 y 9.

nales como se hace en Francia y Alemania, deberá prever y regular las situaciones de hecho que se produzcan mientras no haya una coordinación internacional.

Al efecto, y sin perjuicio de la guarda y custodia, debería exigirse un expediente o procedimiento en el país de la nacionalidad de los padres de intención, en los que se resuelva la filiación, previas las pruebas necesarias de comprobación y aptitud. Expediente, análogo al de la adopción, pero más simplificado, en el que se deberá expresar de nuevo la voluntad firme y decidida de asumir los deberes de crianza del niño, así como acreditar aptitud física y psíquica para contraer tal responsabilidad. Mientras tanto la filiación legal será de la gestante, cuyo consentimiento a la cesión o renuncia de la filiación legal deberá acreditarse en el expediente, junto con el de su pareja, en su caso, así como su consentimiento firme a la atribución de los derechos y deberes de la filiación a la pareja “comitante-adoptante”; después de un plazo razonable, que no debería ser inferior a seis semanas después del parto; dentro del cual deberá permitirse el derecho de revocación (52).

II.2.c. Sobre una norma permisiva

Por último, antes de descartar una regulación permisiva, convendría meditar si la maternidad subrogada pudiera en ciertos casos ser compatible con los intereses que confluyen (el del padre y madre de intención, de la madre gestante y del niño), y que las parejas que se vuelcan para tener un hijo deseado, para el que prevén todo tipo de protección y asistencia, constituyen un ámbito adecuado para su crianza.

Se podría pensar en una solución permisiva con un control estricto de las exigencias necesarias para que no se dañe ninguno de los intereses dignos de protección de las personas antes referidas, involucradas en el proceso de la maternidad subrogada. O sea, que salvaguarde la dignidad y sentimientos de la madre gestante, y garantice la salud física y psicológica del niño. Y se alejen el peligro de la mercantilización de la

(52) Ya hemos visto que el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 en relación con la consulta planteada por la Corte de Casación francesa sobre la aptitud de la adopción como procedimiento para establecer la filiación materna, siempre que su regulación se adapte al interés superior del niño, que exige celeridad y eficacia, que evite un largo periodo de indeterminación.

gestante y del hijo y los efectos psicológicos negativos para ambos (53).

Concretamente, se podría meditar sobre los medios para obviar aquellos peligros y efectos, analizados en este trabajo, exigiendo:

a. Que los padres de intención constituyan una pareja estable heterosexual. El niño debe traer-se al mundo para criarse en un entorno familiar completo, que solo el matrimonio o pareja estable heterosexual puede ofrecer plenamente, con la aportación colaborativa y afectiva más equivalente a la que la naturaleza ofrece.

b. Que exista una razón médica (infertilidad de la mujer) y no aportación de óvulo de la gestante. Aportación de gametos masculino o femenino de la pareja. Si ninguno de los dos miembros de la pareja aporta sus gametos, la desvinculación biológica con el niño no justifica una solución tan potencialmente conflictiva. Bastaría la adopción, que en tal caso podría facilitarse con base en los consentimientos previamente prestados, sin perjuicio de su ratificación posterior.

c. Que la madre gestante tenga independencia económica y una relación afectiva con los padres de intención que permita presumir el altruismo, suficiente madurez, formación, fortaleza física y psíquica, cabal conocimiento de las consecuencias afectivas que generará la gestación en ella y en su entorno familiar (sus propios hijos y marido), a juicio de un equipo oficial de expertos. Con lo que el ámbito de admisión estaría reducido a unas pocas personas familiares o íntimamente allegadas.

d. Que quede a salvo la posibilidad de revocación o desistimiento por la gestante hasta transcurrido un tiempo prudencial, que podría ser un mínimo de seis semanas después del parto.

e. Declaración de asunción de responsabilidad por la madre gestante para la crianza del niño en el caso de fallecimiento, discapacidad, o abandono

(53) Son interesantes en este sentido los modelos holandés y británico, referidos en la nota 35. No hay que olvidar el problema demográfico, preocupante. Aunque, como señala María José Vaquero, no parece argumento sólido, cuando se encuentran en juego intereses relevantes, el de fomentar la natalidad en España, desde el enfoque de un análisis económico de la gestación por sustitución. (ob. cit., p. 252).

no del proyecto por cualquiera de los padres de intención antes de que se hayan hecho cargo de este.

f. Todo ello acreditado a través de un procedimiento judicial especial de declaración de filiación. Mientras se tramita se podría confiar la guarda y custodia a los padres de intención con el consentimiento de la gestante y pareja de esta.

Sin embargo, es preciso reconocer que estas exigencias no aseguran la inexistencia de problemas de futuro, derivados de la imprevisibilidad de los efectos psicológicos en tantas personas involucradas, y sobre todo los derivados de la desconexión madre gestante e hijo y el de la identidad de este.

Por otra parte, una regulación tan protectora y restrictiva, daría escasas oportunidades a los que desean tener un hijo y no pueden por razones médicas (54). Además, en muchos casos, los padres de intención probablemente no consideren conveniente involucrar a personas allegadas, por lo que acudirían a la oferta comercial de otros países más permisivos. No se puede olvidar que la cercanía y relación próxima y continua de los padres de intención con la gestante y su familia podrían generar problemas afectivos con carga conflictiva. Es probable que los padres de intención prefieran en muchos casos poner distancia por medio y desvincularse de toda relación con la gestante y su familiar. Incluso preferir una contraprestación pecuniaria que les libere del sentimiento de un favor impagable y siempre debido.

III. Conclusión

En base a todas las consideraciones expuestas en este trabajo, entiendo que, mientras no se compruebe que la gestación subrogada no cause daños psicológicos en la gestante y en el niño, ni resulte una fuente de futuros conflictos psicológicos y jurídicos, la prudencia jurídica aconseja, de momento, la conveniencia de una norma prohibitiva, pero complementada con otra que resuelva, de modo coherente, el problema de la protección del hijo en relación con su filiación e inscripción registral, en los términos ya señalados (55).

(54) María José Vaquero advierte que una complicada regulación respetuosa con los intereses implicados sería ineficiente: el altruismo escasea, el anonimato no es posible y no puede prescindirse de la revocabilidad del consentimiento de la mujer gestante (ob. cit., p. 260).

(55) P. 26.

El testamento gana perspectivas y posibilidades después de la sanción del Código Civil y Comercial

Jorge A. M. Mazzinghi

Sumario: I. Presentación del tema.— II. La reducción de las porciones legítimas y la institución de la mejora.— III. Partición efectuada por los ascendientes en el testamento.— IV. La posible constitución de un fideicomiso testamentario.— V. Decisiones extrapatrimoniales, derechos personalísimos, designación de tutor y curador.— VI. Perdón de la indignidad. Supresión de la desheredación.— VII. Designación de administrador de la sucesión y de albacea. — VIII. El testamento y los legados.— IX. Conclusiones.

I. Presentación del tema

Al sancionarse el Código Civil y Comercial que rige en la Argentina desde el mes de agosto de 2015, se modificaron algunas instituciones y se incorporaron normas que pueden derivar en un sustancial aumento de las sucesiones testamentarias.

Porque las personas pueden sentirse ahora más inclinadas que antes a volcar sus últimas voluntades en un testamento.

En el régimen del Código Civil, las personas con descendencia tenían un margen muy estrecho de disponibilidad, ya que solo podían atribuir por testamento una quinta parte de su patrimonio. En el actual régimen jurídico, las porciones legítimas se han reducido —a dos tercios de la herencia la de los hijos y a un medio la de los ascendientes y la del cónyuge—, se ha incorporado la institución de la mejora testamentaria, se ha previsto la regulación por testamento de algunos derechos personalísimos y se han mantenido — comunicándoles nueva fuerza y mayor amplitud— figuras que pueden darle

a la voluntad testamentaria una utilización mayor y más frecuente que la que tenía antes (1).

Por lo demás, hay un creciente interés por la planificación del futuro del patrimonio (2), y los que tienen bienes de alguna importancia reali-

(1) Así lo destaca Mourelle de Tamborenea en un reciente trabajo: “En materia de derecho sucesorio, el Código Civil y Comercial unificado plantea una flexibilización del orden público” (MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina; “Planificación sucesoria patrimonial o no patrimonial. Una herramienta a utilizar pensando en la herencia”, LA LEY, 2018-E, p. 910; AR/DOC/1597/2018).

(2) En un interesante trabajo, Marcelo A. David aborda el tema de la planificación sucesoria afirmando: “Una de las visiones preventivas sobre la que se debe detener el operador jurídico y, en su caso, los asesores de estructuras empresariales familiares es en el ámbito de la sucesión de los patrimonios y en su caso en la posibilidad de preestablecer sistemas/modos de distribución sobre bienes y su destino en el futuro que sin dudas traten en la medida de lo posible de sostener la operatividad de las empresas familiares, marcando que la regla pase a ser excepción, y de este modo lograr que en el futuro las sucesiones intestadas no sean las principales armas inordinadas de la extinción de sendas estructuras económicas organizadas familiares.” (DAVID, Marcelo A.; “Pacto o estipulación de herencia futura en la dinámica societaria. Fideicomiso de trazabilidad sucesoria: una

zan consultas acerca de los mecanismos legales para dirigir y asegurar su destino final y su más sana utilización.

El presente trabajo tiene un propósito práctico y movilizador, y apunta a mostrar las perspectivas y las posibilidades que pueden derivarse de la expresión de la última voluntad en un testamento.

Por supuesto que damos por sentado que la persona que recurre a él tiene dieciocho años o más, que no se halla “privada de la razón en el momento de testar” —como dice el art. 2467 del Cód. Civ. y Com.—, que las disposiciones testamentarias son la expresión directa y libre de la voluntad del testador y que el testamento —que es un acto formal— se ajusta estrictamente a alguna de las dos formas reguladas en el Código actual: el testamento ológrafo y el celebrado por escritura pública ante dos testigos (3).

Partiendo de un testamento perfectamente válido, la intención de estas pocas líneas es mostrar todas las posibilidades que tiene el testador para moldear el contenido y las finalidades de su voluntad testamentaria (4).

II. La reducción de las porciones legítimas y la institución de la mejora

Uno de los factores que más incidencia pueden llegar a tener en la mayor utilización de los testamentos es la reducción de las porciones le-

variable interesante”, *Revista Código Civil y Comercial*, mayo de 2019; AR/DOC/824/2019).

(3) El actual Código dejó de lado los testamentos cerrados que el Código Civil regulaba en los artículos 3665 a 3671. En relación con el testamento por acto público, ahora se requieren dos testigos y no tres, como antes.

(4) Al respecto, es interesante lo que apunta GARCÍA DE SOLAVAGIONE: “Según datos del Consejo Argentino de Planificación Sucesoria CAPS, sólo el 15% de las sucesiones que se realizan en el país son testamentarias. Entienden que, si bien el testamento es un instrumento perfectamente válido, previsto y descrito en el Código Civil, no es una práctica muy habitual en la Argentina. Sostiene el CAPS que “no está culturalmente afianzado, no existe una práctica de pensar la herencia, siendo lo habitual la realización de la sucesión ab-intestato””. (GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia; “El albaceazgo: Un instituto poco conocido”, DFyP, noviembre de 2013, p. 141). Los datos se refieren a estudios del 2010.

gítimas. La institución de la mejora en favor de descendientes o ascendientes con discapacidad también puede dar lugar a que las personas acudan al dictado de un testamento.

II.1. Las porciones legítimas

El Código Civil y Comercial afortunadamente mantuvo la institución de la legítima, regulándola en el título X del Libro Quinto (5).

En el primer artículo de ese título —el 2444—, se establece: “Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

Como se advierte a simple vista, el Código actual dejó de lado la figura de la nuera viuda sin hijos que el Código Civil preveía en el art. 3576 bis (6), y que algunos fallos jurisprudenciales habían extendido —con empeño equiparador— al yerno viudo y sin hijos (7). La acertada decisión importa reducir el elenco de los legítimarios.

Pero, además —y lo más importante—, el Código Civil y Comercial redujo la porción legítima de los hijos de cuatro quintos a dos tercios de la herencia, y la de los ascendientes, de dos tercios a la mitad. La legítima del cónyuge se mantuvo en la mitad de la herencia.

Quiere decir que, en el régimen actual, el causante que tiene hijos —u otros descendientes

(5) Aunque hay algunas opiniones doctrinarias que propugnan la supresión de la legítima, a mí me parece que es una institución valiosa que asegura la permanencia de una parte de los bienes del causante en el ámbito de su familia más próxima. Su vigencia refuerza los vínculos de sangre y acentúa la idea de que los bienes pertenecen o de alguna manera están destinados a asegurar el futuro del grupo familiar más cercano.

(6) El art. 3576 bis del Cód. Civil, en la redacción de la ley 23.515, disponía: “La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo en dichas sucesiones”.

(7) Ver, CNCiv., Sala B, 8/11/2010, LA LEY, 2010-F, p. 366, con nota de Graciela Medina, AR/JUR/68545/2010.

que concurren en representación— puede disponer libremente de hasta un tercio de la herencia, y aquel a quien suceden sus ascendientes o el cónyuge puede disponer de la mitad de la herencia.

Este aumento —bastante sustancial— de las porciones de libre disponibilidad es un elemento que seguramente va a influir en favor de una mayor inclinación a testar. Porque la persona que tiene hijos y que quiere beneficiar a alguno de ellos, o a su cónyuge, o a algún tercero —pariente o no— puede echar mano del tercio de la herencia, que es una proporción significativa **(8)**. Por ejemplo, alguien que tiene dos hijos de distintos matrimonios y se mantiene casado con su mujer —madre del segundo de sus hijos— podría querer dejarle a su hijo mayor el 55% del total de la herencia, a su hijo menor el 22,5%, y a su cónyuge el restante 22,5%, contando con que su hijo menor terminaría heredando a su madre. Con el esquema actual, podría hacerlo, legando en un testamento el total de la porción disponible a su hijo mayor.

El crecimiento de la porción disponible también podría dar lugar —en otro caso— a que el causante resguardara a la persona con la que está unido a través de una unión convivencial, atribuyéndole el tercio de su patrimonio y reservando los otros dos tercios a sus descendientes **(9)**.

Las combinaciones podrían ser de lo más variadas, pero lo cierto es que el margen de discrecionalidad que hoy posee el titular del pa-

(8) Sobre la incidencia de la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio, enseña Medina: “El Código Civil y Comercial unificado se hizo eco de los reclamos generalizados de la comunidad jurídica y optó por una posición equilibrada de disminución del régimen de legítimas, sin aceptar una incorporación de la mejora similar a la del sistema español. Solo admite la mejora para la protección de los ascendientes y descendientes con discapacidad (art. 2448)” (MEDINA, Graciela; “Derecho de Sucesiones y principios del Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2015-F, 1169; AR/DOC/3392/2015).

(9) La unión convivencial no constituye un vínculo familiar y no confiere vocación sucesoria. Los convivientes tienen algunos derechos luego del fallecimiento —vinculados a la vivienda y a la compensación económica—, pero no tienen derechos hereditarios reconocidos por la ley.

trimonio se ha incrementado mucho, y este debería ser un factor de peso a la hora de decidir el otorgamiento de un testamento.

II.2. La posibilidad de establecer una mejora en favor de algunos herederos forzosos

En el Código Civil y Comercial se regula una institución nueva, que es la de la mejora en favor de los ascendientes o descendientes que padezcan una discapacidad.

A respecto, la norma del art. 2448 del Código actual establece: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad”.

Por más que la formulación de la primera parte del artículo no es muy clara, el medio más adecuado y natural para disponer la mejora es el testamento.

La ley autoriza al autor de la sucesión a sustraer una tercera parte de la porción legítima reservada a sus herederos forzosos para destinarla a favorecer y a proteger a alguno de los ascendientes o descendientes que padeciera una alteración grave que lo colocara en una situación de desventaja.

Llama la atención —y se ha criticado— que la mejora no pueda estipularse en favor del cónyuge que es también heredero forzoso.

La mejora establecida en el testamento —en forma directa o a través de un fideicomiso— restringe la legítima de los otros herederos forzosos y, en determinadas situaciones, puede conducir a resultados extremos **(10)**.

(10) Si se tratara de un hombre viudo con dos hijos, por ejemplo y el menor tuviera una alteración grave que le generara una situación de inferioridad, el padre podría legarle el total de la porción disponible (33%), más el tercio de la legítima a título de mejora (22%), a lo que habría que sumarle la mitad de la legítima remanente que le corresponde (22%), con lo cual se adjudicaría el 77% del total del patrimonio. En el caso de una persona casada, sin hijos, cuyo único ascendiente vivo padece una incapacidad, el titular del patrimonio podría beneficiar a su padre o a su madre enfermos con el total de la porción disponible —que, en el caso, es el 50%—, más el tercio de

Además, la descripción de quienes tienen derecho a favorecerse con la mejora es extremadamente amplia y flexible, puesto que, en los términos de la ley, “se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o aboral”. La fórmula es demasiado abierta. Adviértase que, para recibir una mejora del causante, no se requiere que el descendiente o el ascendiente hayan sido declarados incapaces, ni que se les haya restringido el ejercicio de la capacidad; no se exige siquiera la formulación de una denuncia, ni la puesta en marcha de un proceso judicial, ni la extensión de un certificado administrativo que acredite y califique la disfunción.

Además, la alteración puede ser mental o física, y sus efectos tienen que ser prolongados, pero no necesariamente permanentes.

La variedad de las situaciones que pueden dar lugar al establecimiento de la mejora hace pensar en que la figura se utilizará con frecuencia, y, en este sentido, el testamento puede ser no solo el vehículo natural para establecerla, sino también el instrumento para caracterizar las alteraciones del beneficiario y para señalar los presupuestos de su tratamiento más adecuado.

En este sentido, la constitución de un fideicomiso testamentario —a que alude el texto de la ley— puede ser una herramienta importante a fin de que exista un tercero —el fiduciario— que se encargue de manejar la parte de la herencia establecida en beneficio del afectado, asegurando que las rentas o los bienes mismos se apliquen eficazmente en el tratamiento de la dolencia o de la alteración física o mental del heredero favorecido por la mejora.

III. Partición efectuada por los ascendientes en el testamento

El testamento también puede servir para que el autor de la sucesión realice una partición de

mejora (16,6%), más la parte de la legítima que, por ley, le corresponde (16,6%), quedándole al cónyuge apenas un 16,6% de la herencia. En este último supuesto, la situación es más grave porque los bienes recibidos por el padre o la madre con discapacidad pasarían, a la muerte, a sus otros hijos, cuñados del cónyuge postergado.

los bienes de su patrimonio entre sus descendientes. Si el ascendiente es casado y solo posee bienes propios, la partición tiene que incluir al cónyuge supérstite.

La figura de la partición realizada por los ascendientes estaba regulada en el Código Civil y tiene antecedentes en el derecho romano. La nota de Vélez Sarsfield al art. 3514 explica con claridad y con gracia los propósitos del instituto: “La ley les confiere este poder a los ascendientes como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición. Esa facultad evita también los gastos de división que podría necesitar la minoridad de uno de los hijos. Los padres sustituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión, o a su posición pecuniaria”.

Si en el patrimonio del causante existiera un bien inmueble de difícil y costoso mantenimiento, el padre podría querer atribuírselo al hijo que cuenta con más recursos para sostenerlo. Si, en cambio, otro de los hijos tuviera a su vez varios hijos, con las consiguientes dificultades económicas, el padre o la madre podrían preferir asignarle un bien de fácil mantenimiento y que le genere rentas para atender a sus gastos cotidianos.

Por supuesto que la partición realizada por los ascendientes no puede afectar la legítima de los herederos; se trata de dirigir y definir la atribución de los bienes en concreto, pero la porción legítima de todos los herederos debe ser respetada (11).

Al realizar la partición, el ascendiente “debe colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación”, como dice el art. 2413 del Cód. Civ. y Com.

(11) La partición efectuada por el ascendiente obliga a los herederos. El art. 2421 del Cód. Civ. y Com. dispone con claridad: “Sus beneficiarios no pueden renunciar a ella para solicitar una nueva partición, excepto por acuerdo unánime”. El carácter vinculante de la partición es más fácil de comprender cuando los herederos son los hijos, y es más delicado cuando, tratándose de bienes propios del causante, la cónyuge o el cónyuge están involucrados y alcanzados por la partición.

La norma se refiere únicamente a los bienes donados y nada dice de los beneficios o ventajas recibidas por alguno de los herederos que ahora también pueden ser objeto de colación. Porque el art. 2391 del Cód. Civ. y Com. amplió el campo de la colación, al disponer que “los descendientes y el cónyuge superviviente obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular”. Parece claro que, aunque la norma específica no se refiera a las ventajas particulares reconocidas en vida, que ahora dan lugar a la colación, el ascendiente partidor podría —y debería— considerarlas al conformar los lotes respectivos (12).

Los preceptos de la partición por testamento tampoco se ocupan del nuevo instituto de la atribución preferencial. Porque ahora hay casos en los que el cónyuge o uno de los herederos puede requerir que se le atribuya un establecimiento determinado “en cuya formación participó” —como dice el art. 2380 del Cód. Civ. y Com.—, o los derechos sociales de una sociedad de la que forma parte, o la vivienda, o el local donde ejerce una actividad profesional.

Es cierto que los preceptos de la atribución preferencial están en el capítulo que regula la partición efectuada por los herederos, pero es cierto también que, si el testador realizara una partición entre sus hijos sin tener en cuenta las situaciones de hecho que habilitan el reclamo de una atribución preferencial, estaría limitando o cercenando un derecho que la ley le reconoce, en determinadas circunstancias, a uno de los herederos.

También podría suscitarse un conflicto entre el derecho de los padres a partir la herencia y el derecho de los hijos —o del cónyuge superviviente— a oponerse a la partición, forzando la indivisión de un establecimiento industrial o de una sociedad que contribuyeron a constituir o en cuya explotación tienen una participación acti-

va. Si el testador incluye el bien en la partición y lo fracciona, o si prevé su venta para dividir el precio entre los hijos, no está claro si el cónyuge o alguno de los herederos podría igualmente invocar las situaciones de los arts. 2332 y 2333 del Cód. Civ. y Com. para lograr la indivisión por un lapso prolongado.

Por nuestra parte, pensamos que, en este caso, prevalecería el criterio del padre o de la madre, porque las normas que contemplan los supuestos en los que el cónyuge o un heredero pueden oponerse a la partición asumen y dan por sentado que el bien se encuentra indiviso. Existiendo una partición realizada por el ascendiente en su testamento, los bienes ya están divididos o atribuidos, y no tiene sentido que los sucesores se opongan a algo que ya está dispuesto claramente por el testador.

IV. La posible constitución de un fideicomiso testamentario

En esta suerte de enunciación o de repaso de todas las decisiones que el testador puede adoptar y concretar en su testamento, es importante señalar la posibilidad que tiene el titular del patrimonio de constituir un fideicomiso testamentario con arreglo a las disposiciones del capítulo 30 del título IV del Libro Tercero sobre Derechos Personales.

El fideicomiso testamentario puede ser útil en todas las situaciones en las que el testador quiere instituir un heredero—forzoso o no—, o efectuar un legado, pero, por distintas razones, prefiere que el heredero o el legatario definitivos no tomen la posesión efectiva de los bienes o del bien en particular, y los aporta a un fideicomiso—de acuerdo a las directivas del testamento—, poniéndolos en manos de un fiduciario que, al efecto, designa (13).

(13) El fideicomiso testamentario puede servir en los casos en los que el beneficiario definitivo es menor de edad o padece alguna limitación en su capacidad. Si el testador desea efectuar un legado de alimentos, en los términos del art. 2509 del Cód. Civ. y Com., puede preferir que el capital pase a un fiduciario, que lo administre y aplique sus rentas a la satisfacción de las necesidades del legatario. También puede utilizarse en los supuestos en los que los herederos o legatarios, aun siendo mayores de edad, no están preparados ni tienen la experiencia como para manejar el paquete accionario de una

(12) Al realizar la partición, el padre o la madre podrían computar en la hijuela de alguno de sus hijos estos beneficios o ventajas reconocidos en vida, como, por ejemplo, el hecho de haber explotado durante varios años un campo del autor de la sucesión sin pagar arrendamiento.

El fideicomiso testamentario no puede extenderse por más de treinta años a partir de la muerte del fiduciante —que es el testador—. Transcurrido el plazo estipulado —que puede ser menor, naturalmente—, los bienes aportados al fideicomiso tienen que transmitirse a los fideicomisarios, que son sus definitivos y plenos propietarios.

La figura no plantea inconveniente alguno ni en el caso de los herederos instituidos ni en el caso de los legatarios, pues el autor de la sucesión puede organizar y planear su herencia como mejor prefiera.

Si el testador tiene herederos forzosos — descendientes, ascendientes o cónyuge—, hay que evitar que el fideicomiso afecte o comprometa las porciones legítimas (14). Con esta preocupación, el art. 2493 del Cód. Civ. y Com. admite que “el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados”, pero aclara enseguida que “la constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448”, que es la mejora en favor de los descendientes o ascendientes con restricciones a su capacidad.

V. Decisiones extrapatrimoniales, derechos personalísimos, designación de tutor y curador

Al margen de las disposiciones que guardan relación con el destino y la gestión del patrimonio, el testamento puede ser también el instrumento adecuado para adoptar decisiones y recaudos que tienen que ver con el ejercicio y el resguardo de intereses extrapatrimoniales (15).

sociedad. O en el caso en que el patrimonio tiene una estructura verdaderamente compleja, y es prudente que, por un tiempo, se mantenga en cabeza de un fiduciario profesionalmente adecuado para gestionarlo.

(14) El art. 2447 del Código es rotundo al disponer: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.

(15) Sobre el tema, puede consultarse el trabajo de MOURELLE DE TAMBORNEA, María Cristina, titulado “Planificación sucesoria patrimonial o no patrimonial. Una herramienta a utilizar pensando en la herencia”, publicado en LALEY, 2018-E, p.910; AR/DOC/1597/2018.

La posibilidad resulta del concepto mismo del testamento, que surge del art. 2462 del Código Civil y Comercial: “Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte (...) mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”.

De estas últimas nos ocuparemos en el presente capítulo :

V.1. Consentimiento para el uso de la imagen

El art. 53 del Cód. Civ. y Com. dispone que, en general —y salvo las excepciones mencionadas en el precepto—, la imagen o la voz de una persona no pueden reproducirse sin el consentimiento de esta última.

Si la persona ya hubiera fallecido, podrían prestar el consentimiento sus herederos.

Sin embargo, si el testador hubiera designado a una persona en particular para considerar las distintas situaciones y para otorgar o negar el consentimiento para la reproducción de la imagen o de la voz del causante, es esta persona —y no los herederos— la encargada y autorizada para hacerlo.

La disposición tiene sentido, porque los herederos pueden ser varios —y, presumiblemente, no de la misma idea—, o puede haber algunos menores de edad, o con posiciones o criterios discordantes, y el testador puede anticiparse a estos eventuales problemas designando en el testamento a la persona que él — de cuya imagen o voz se trata y va a tratarse—, considere más adecuada y con un criterio más afín al propio.

V.2. Exequias e inhumación

Pueden también incluirse en el testamento instrucciones o directivas referentes a las exequias o a la utilización del cadáver del testador.

Así lo prevé el art. 61 del Cód. Civ. y Com. al establecer: “La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con

finés terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar”.

Es cierto que la ley da lugar a que las disposiciones se expresen de “cualquier forma”, pero no hay duda de que el testamento es la forma más segura para volcar las instrucciones que los herederos tendrán que seguir respecto del entierro y de la utilización del cadáver del causante.

Como se trata de decisiones que deben tomarse inmediatamente luego de la muerte, convendría que se instruyese al escribano ante quien se formalizó el testamento por acto público, o a la persona de la confianza del testador que tenga en su poder el testamento ológrafo, para que pongan las instrucciones en conocimiento de las personas más cercanas al causante sin pérdida de tiempo.

V.3. Designación de tutor y curador para los hijos

El testamento también puede servir para que los progenitores designen un tutor o un curador para sus hijos.

En lo que se refiere al tutor, el art. 106 del Cód. Civ. y Com. prevé que cualquiera de los padres “puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública”.

En realidad, la voluntad que tiene relevancia efectiva es la del padre que muera en último lugar, ya que, mientras alguno de los progenitores esté vivo y no se lo haya privado de la responsabilidad parental, esta será ejercida por el sobreviviente, y no será necesario acudir a un tutor.

La designación, o, en rigor, la propuesta del progenitor tiene que ser aprobada judicialmente.

Las pautas sobre la designación de un tutor se extienden al nombramiento de un curador o de un apoyo para un hijo incapaz o con capacidad restringida (16).

(16) Así lo establece el art. 139 del Cód. Civ. y Com.: “Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente”.

El caso no debería ser tan frecuente. Si el hijo ya padece una incapacidad o restricciones a su capacidad plena, cabe suponer que ya habrá un curador o un apoyo designados. La designación en un testamento solo cabría si el progenitor previera que podría sobrevenir una afectación en la capacidad de su hijo, que hiciera necesaria la designación de un curador o de un apoyo.

V.4. Reconocimiento de un hijo

Aunque no es una novedad, es importante destacar que el testamento puede servir para el reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

Así lo establece el art. 571 inciso c) del Cód. Civ. y Com., aclarando —como también lo hacía el Código Civil— que el reconocimiento es válido aunque se haga de manera incidental.

El reconocimiento puede referirse a un hijo por nacer, en cuyo caso, su virtualidad depende de que el hijo nazca con vida.

VI. Perdón de la indignidad. Supresión de la desheredación

El Código Civil y Comercial ha suprimido la figura de la desheredación y ha ampliado y flexibilizado considerablemente las causales de indignidad, que ahora están agrupadas en el art. 2281, con nueve incisos.

La decisión de prescindir de la figura de la desheredación no tiene una explicación razonable. Si los herederos forzosos —los descendientes, los ascendientes y el cónyuge— cometen un delito o un agravio serio en contra del causante, este no puede desheredarlos (17).

El Código Civil regulaba la desheredación y, aunque las causales eran restrictivas, permitía que el causante descalificara y privara de la herencia a uno de sus herederos forzosos.

El Código actual ha suprimido la desheredación, pretendiendo que se trata de una figura que se superpone con la indignidad, y que la

(17) Critica la supresión de la desheredación MORÓN, Adriana S., en su trabajo “Requiem para el instituto de la desheredación en el Código Unificado”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre de 2015; AR/DOC/4021/2015.

ampliación de estas últimas causales la vuelve innecesaria.

Pensamos que el enfoque es erróneo, porque la indignidad solo puede ser planteada por otro sucesor que “pretende los derechos atribuidos al indigno” (18). La desheredación era una decisión genuina del futuro causante que no necesitaba del impulso o la iniciativa de otro sucesor. En el ordenamiento vigente, el titular del patrimonio no tiene esta facultad de privar de la herencia a un heredero forzoso que hubiera atentado contra su vida, o que lo hubiera denunciado sin razón, o que lo hubiera ofendido gravemente (19). Ante estas situaciones, u otras igualmente serias que podrían haberse previsto, el causante no puede reaccionar por sí, y solo le queda confiar en que alguno de sus otros sucesores quiera poner en marcha la acción de indignidad (20).

En lo que se refiere al testamento y a la indignidad, es importante destacar que, a tenor de lo prescripto por el art. 2282 del Cód. Civ. y Com., si el testador —conociendo los hechos que podrían justificar la declaración de indignidad de uno de sus sucesores— dicta un testamento que lo beneficia, la indignidad queda superada, pues se considera que el causante, al testar a su favor, perdonó la ofensa o el agravio recibidos. En estas circunstancias, el testamento es

(18) El art. 2283 del Cód. Civ. y Com. establece lo siguiente: “La exclusión del indigno sólo puede ser demandada después de abierta la sucesión, a instancia de quien pretende los derechos atribuidos al indigno”.

(19) La doctrina ha señalado los efectos negativos de la supresión de la figura: “La desheredación fortifica la autoridad del causante, y por ello, frente a la situación actual de una mayor prolongación de la vida de los seres humanos, se debe vigorizar la institución en lugar de suprimirla, porque es un modo más eficaz de proteger a las personas de la tercera edad y de brindarles una posibilidad de que se respete su dignidad y sus sentimientos” (FERRER, Francisco - CÓRDOBA, Marcos M. - NATALE, Roberto M., “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, RDFyP, octubre de 2012, p. 127).

(20) Aunque el testador expresara ahora los motivos por los cuales considera pertinente desheredar a alguno de sus herederos forzosos, y aunque estos motivos fueran serios y convincentes, su voluntad sería inoperante y requeriría siempre de un planteo de indignidad formulado por alguien interesado en desplazar al ingrato.

una muestra de perdón, y el perdón del causante “hace cesar la indignidad”, como lo dispone el mismo art. 2282 (21).

Con todo —y como siempre—, la interpretación de la voluntad real del testador puede acarrear dificultades.

Porque la norma dice que hay perdón cuando el testamento “beneficia al indigno”, y no está claro el alcance de lo que significa beneficiarlo. Si, por ejemplo, el padre que posee un patrimonio de alguna importancia dicta un testamento que instituye como herederos a tres de sus cuatro hijos, y le lega al cuarto hijo —responsable de distintas actitudes que podrían comportar su indignidad— un cuadro de un pintor argentino, o su biblioteca, o un par de gemelos de oro, no está claro si lo está beneficiando en el testamento o si le está dando un premio consuelo, asumiendo que va a ser declarado indigno a instancias de sus hermanos.

Por nuestra parte, pensamos que, en un ejemplo de este tipo, o en otros de similares características, el simple hecho de mencionar al supuesto indigno en el testamento, reconociéndole un beneficio menor, una atención, un recuerdo, no implica de por sí y forzosamente el perdón de los hechos que pueden dar lugar a la declaración de la indignidad.

Si, en cambio, el testamento posterior mantiene al supuesto indigno en el *status* que tendría por imperio de la ley, o lo equipara con otros beneficiarios en su misma situación, es razonable interpretar que el causante quiso dejar de lado y superar los hechos que podrían justificar la indignidad, ya que no es lógico que los otros suce-

(21) El Código Civil también le reconocía al testamento posterior el efecto de borrar las causales de indignidad. Y lo hacía en términos más taxativos y, en algún sentido, más formalistas, como resultaba del texto del art. 3297: “Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después”. Para Vélez Sarsfield, si hay testamento con disposiciones que se refieren al supuesto indigno, hay perdón. Y lo hay aunque pueda demostrarse que el testador ignoraba los hechos que podrían dar lugar a la declaración de indignidad, lo que parece inadmisiblemente injusto.

sores sean más susceptibles y más rígidos que el propio causante.

Pero habrá que ver las circunstancias de cada caso, porque la interpretación del testamento es siempre una tarea delicada que requiere el análisis cuidadoso y profundo de la intención del testador.

VII. Designación de administrador de la sucesión y de albacea

En el régimen jurídico actual, el testador tiene amplias facultades respecto de la designación de distintas personas llamadas a actuar en el juicio sucesorio.

Y estas facultades —que no solo se limitan a nombrar a los administradores y a los albaceas, sino que se extienden a la atribución de tareas y a la fijación de remuneraciones— se ejercen o se corporizan en el testamento.

En este sentido, puede decirse que el testamento es un instrumento para prolongar la presencia y la actuación del causante en su juicio sucesorio.

VII.1. Nombramiento de administrador

El Código Civil y Comercial es bastante proclive a legislar sobre cuestiones de derecho procesal. En lo que ahora nos interesa, dedica el título VII a regular distintos aspectos del proceso sucesorio, abordando la competencia, los recaudos para convalidar el testamento ológrafo (22), el inventario y avalúo de los bienes, y, fundamentalmente, lo atinente a la administración de la sucesión.

Respecto de este último aspecto, el art. 2347 del Cód. Civ. y Com. dispone que el testador “puede designar uno o varios administradores y establecer el modo de su reemplazo”.

La atribución se contrapone un poco con el principio conforme al cual los herederos y los legatarios adquieren sus derechos el día de la

muerte del causante (23). Si los herederos y legatarios disponen de sus derechos desde el día del fallecimiento, es llamativo que la persona del administrador de esos derechos pueda ser decidida por el testador.

Pero no es solo el nombramiento del administrador. El testador también tiene atribuciones para fijar la remuneración del administrador y para exigirle una garantía en resguardo del recto cumplimiento de sus obligaciones, como lo establecen los arts. 2349 y 2350 del Cód. Civ. y Com.

Una situación interesante podría presentarse si el causante designa un administrador y el cónyuge supérstite se opone a la partición de un establecimiento industrial o comercial en cuya adquisición participó, o en cuya explotación interviene activamente, y, amparándose en la facultad que le reconoce la norma del art. 2332 del Cód. Civ. y Com., reclama la administración del establecimiento durante todo el período de la indivisión. Los herederos que concurrieran con el cónyuge podrían plantear la preeminencia de la voluntad del testador, y hasta podrían sostener que el nombramiento de un administrador por parte del causante es un indicio de su voluntad contraria a la indivisión del bien y a su administración por parte del supérstite.

Sin avanzar en la dilucidación de estas cuestiones que exceden el marco del trabajo, es importante destacar que el testamento es una herramienta que tiene el causante para definir las pautas de la administración de su futura sucesión.

VII.2. Designación de albacea, atribuciones y remuneración

El testamento también puede servir para designar un albacea, para definir sus atribuciones y las funciones que tiene que cumplir, y para fijar su remuneración.

El art. 2523 del Cód. Civ. y Com. establece: “Las atribuciones del albacea designado en el

(22) Sobre este punto, el art. 2339 del Código de fondo requiere una pericia caligráfica, y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación solo exige la declaración de dos testigos, lo que implica un gasto menor.

(23) Es lo que resulta del art. 2280 del Cód. Civ. y Com.: “Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa”. Y del art. 2496: “El derecho al legado se adquiere a partir de la muerte del testador...”

testamento son las conferidas por el testador y, en defecto de ello, las que según las circunstancias son necesarias para lograr el cumplimiento de su voluntad”. Y el art. 2530 del mismo Código: “El albacea debe percibir la remuneración fijada en el testamento”.

Es sabido que el albacea es el encargado por el testador de velar por que se cumpla su última voluntad.

También es sabido que la esfera de actuación del albacea es más restringida cuando hay herederos instituidos, y más amplia —incluyendo la administración de la herencia— cuando no hay herederos. Así era en el Código Civil y así es también en el Código actual (24).

Respecto de esto último, hay, sin embargo, un matiz que realza la importancia del testamento. Porque el art. 2528 del Cód. Civ. y Com., al tratar sobre las facultades de los herederos y legatarios, dispone: “Los herederos y los legatarios conservan las facultades cuyo desempeño no es atribuido por la ley o por el testador al albacea”. La frase transcrita da lugar a pensar que el margen de actuación de los sucesores del causante puede ser restringido o acotado en el testamento, atribuyéndole al albacea determinadas funciones que, de no mediar tal asignación, podrían ser cumplidas por los herederos o por los legatarios (25).

Algo similar ocurre en relación con la remuneración del albacea que es también legatario. El art. 2530 del Cód. Civ. y Com. plantea esta hipó-

tesis y fija como directiva que “se entiende que el desempeño de la función constituye un cargo del legado, sin que corresponda otra remuneración”. Sin embargo, y según lo que continúa estableciendo el precepto, el testador podría dar a entender lo contrario, definiendo, por ejemplo, que el albacea beneficiario de un legado merece una remuneración independiente.

VIII. El testamento y los legados

El testamento es el instrumento a través del cual se estipulan los legados que el causante quiera realizar.

El legatario “recibe un bien particular o un conjunto de ellos”, como lo dispone el art. 2278 del Cód. Civ. y Com. Las posibilidades son muchísimas, porque hay legados de cosa cierta, legados de género, legados de crédito, legados de cosa ajena, legados de alimentos o de pagos periódicos, entre otros.

El testamento puede moldear el contenido y el alcance de los distintos legados, porque estos tienen su fuente y surgen de la voluntad del testador.

En este trabajo, no abordaremos el estudio general de los legados; nos limitaremos a señalar las novedades que resultan de la sanción del Código Civil y Comercial que rige desde mediados del año 2015, novedades que no son muy trascendentes, pero que tienen alguna significación.

VIII.1. Abandono del criterio restrictivo

El Código Civil, en el art. 3765, establecía un criterio de interpretación sobre la extensión y alcance de los legados: “En caso de duda sobre la mayor o menor cantidad de lo que ha sido legado, o sobre el mayor o menor valor, se debe juzgar que es la menor o de menor valor”.

La pauta —decididamente restrictiva— se aplicaba a distintos casos específicos. El art. 3761 del Cód. Civil, por ejemplo, decía que la cosa legada tenía que entregarse en el estado que tuviera a la muerte del causante, comprendiendo únicamente “los útiles necesarios para su uso”, y el art. 3762 establecía que, “si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado des-

(24) Habiendo herederos, el art. 2528 del Cód. Civ. y Com. permite que estos remuevan anticipadamente al albacea “pagando las deudas y legados, o depositando los fondos necesarios a tal fin”. Es una alternativa curiosa —que no existía en el Código Civil—, que implica anteponer el interés de los herederos a la voluntad expresa del causante. Desde el punto de vista práctico, puede ser una herramienta interesante para sacar del medio a un albacea complicado o que genera gastos innecesarios.

(25) Ver, al respecto, el trabajo de Míguez de Bruno: “En otras palabras, faculta al testador a determinar la medida de los poderes (del albacea) aunque estableciendo límites, ya que no admite una extensión discrecional de ellos”. Y sobre la remuneración del albacea: “Si el testamento la determina, debe estarse a lo dispuesto en él” (MÍGUEZ DE BRUNO, María Soledad, “Albacea”, RDFyP, abril de 2017, p. 186).

pués del testamento no se comprenden en el legado”.

El nuevo Código Civil y Comercial abandona el criterio restrictivo, no reproduce la pauta del art. 3765 del Cód. Civil y adopta soluciones prácticas más favorables al interés del legatario. Con respecto al estado de la cosa legada, el art. 2499 del actual Código dispone que hay que entregarla como se encontrare a la muerte del testador, “con todos sus accesorios”. Y, si el legado se refiriera a un inmueble, tendrán que entenderse comprendidas en el legado todas las mejoras incorporadas en cualquier tiempo, y las ampliaciones del fundo legado (26).

El escenario se torna más favorable a la posición del legatario, por más que los gastos de la entrega del legado continúan, como antes, a cargo de la sucesión (27).

VIII.2. Orden para el pago de los legados

En este tema del orden en el pago o entrega de los legados, el Código Civil y Comercial le reconoce trascendencia a la voluntad expresada en el testamento.

Porque el art. 3398 del Cód. Civil establecía que el heredero tenía que pagarles a los legatarios “a medida que se presenten”, y el art. 3795 del mismo Código Civil estipulaba un orden de preferencia fijo, comenzando por los legados de cosa cierta y siguiendo por los que compensan un determinado servicio.

(26) El art. 2501 del Cód. Civ. y Com. se aparta de la directiva del art. 3762 del Cód. Civil, y dispone textualmente: “El legado de un inmueble comprende las mejoras existentes, cualquiera que sea la época en que hayan sido realizadas. Los terrenos adquiridos por el testador después de testar, que constituyen una ampliación del fundo legado, se deben al legatario siempre que no sean susceptibles de explotación independiente”. Si se legara un campo, y, después de dictado el testamento, el testador adquiriera una lonja de tierra del vecino, que se incorporará al bien anterior, habrá que considerarla dentro del legado.

(27) Así resulta del actual art. 2498 del Cód. Civ. y Com., reiterando el criterio del art. 3767 del Cód. Civil.

El Código Civil y Comercial le da protagonismo al testamento (28), al disponer, en el art. 2358: “pagados los acreedores, los legados se cumplen, en los límites de la porción disponible, en el siguiente orden: a) los que tienen preferencia otorgada por el testamento”.

En el régimen actual, el testamento puede servir para indicarles a los herederos —o al albacea— en qué orden deben satisfacer los legados.

VIII.3. Legado en favor del acreedor

Este es otro caso en el que la ley se subordina a la voluntad expresada en el testamento.

El art. 3787 del Cód. Civil era rotundo al disponer: “Lo que el testador legare a su acreedor no puede compensarse con la deuda”. En la nota a ese artículo, Vélez Sarsfield aducía: “El legado es un título de pura liberalidad, y se presume que siempre es hecho *animo donandi*, aun cuando sea a un acreedor del testador”.

El Código Civil y Comercial es más flexible, y le abre un espacio de cierta preponderancia al testamento.

Porque el art. 2506 del nuevo Código sienta un criterio matizado: “Lo que el testador legue a su acreedor no se imputa al pago de la deuda, excepto disposición expresa en contrario”.

Como puede verse en este caso puntual —y en tantos otros—, son muchas las cuestiones que pueden orientarse y decidirse a través de la cuidada expresión de la voluntad testamentaria.

IX. Conclusiones

La doctrina coincide en destacar que la sanción del Código Civil y Comercial le dio más

(28) Al respecto, enseña Francisco Magín Ferrer: “El nuevo precepto, respetando el principio de autonomía de la voluntad del testador en esta materia patrimonial, dispone que, en primer lugar, se han de pagar los que tienen preferencia otorgada por el testamento. Consagró legalmente lo que era admitido por la doctrina, en el sentido de que el orden de pago de los legados no es de orden público pudiendo el testador alterarlo. O sea, prevalece la voluntad del testador” (MAGÍN FERRER, Francisco; “Orden de pago de los legados”, RDFyP, agosto de 2015; AR/DOC/2057/2015).

trascendencia al principio de la autonomía de la voluntad.

Su creciente importancia se advierte en lo que se refiere a los derechos personalísimos, al régimen de restricciones en el ejercicio de la capacidad, al derecho de familia en general —con consecuencias no siempre valiosas— (29), al ejercicio de los derechos personales y al régimen sucesorio.

En esta última materia, el principio de la autonomía de la voluntad lleva de un modo natural a una revalorización del testamento.

Sería exagerado hablar de un redescubrimiento del testamento, pues se trata de un instrumento tan antiguo como el derecho mismo, y que ha mantenido su presencia y su vitalidad a lo largo de los siglos (30).

(29) La idea de que el divorcio se obtiene por la simple decisión incausada de uno de los cónyuges debilita el significado y el contenido del matrimonio. La sola voluntad procreacional como fundamento de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida es, en los hechos, el germen de muchas situaciones disvaliosas. En materia patrimonial, la posibilidad de optar por uno de los regímenes de bienes —el de comunidad o el de separación— es una razonable derivación del principio de la autonomía de la voluntad.

(30) “El testamento tuvo la mayor importancia para los romanos. Cicerón decía que era el acto más grave

El punto es que, desde nuestra visión, la sanción del Código Civil y Comercial que rige desde mediados del año 2015 abre nuevas perspectivas para la utilización del testamento.

La reducción de las porciones legítimas, la regulación de la mejora testamentaria, la preocupación por la planificación sucesoria que puede encauzarse a través de la partición por el ascendiente, el fideicomiso testamentario y la posibilidad de adelantar decisiones sobre los derechos personalísimos, la designación y atribución de funciones al administrador del sucesorio y al albacea, y el alcance de algunos legados son todos factores que, a nuestro juicio, es probable que hagan que las personas se inclinen a volcar sus últimas voluntades en un testamento.

de la vida civil. Ese testamento, tal como los romanos lo concibieron, no tiene precedentes en la historia del derecho antiguo. Es cierto que todos los pueblos tuvieron institutos cuyo fin era el traspaso de los bienes mortis causa por voluntad del difunto; pero ninguna conocía una institución que pudiera juzgarse paralela al testamento romano que se nos presenta como una de las creaciones más originales y características del genio jurídico romano” (PÉREZ LASALA, José Luis; “Derecho de Sucesiones”, tomo II, p. 210, Ediciones Depalma, Buenos Aires año 1981).

Validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado

Analía G. Pastore (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La adoptabilidad de la persona por nacer es coherente con nuestro sistema jurídico.— III. Dos modelos del derecho comparado: Chile y EE. UU.— IV. Un antecedente jurisprudencial.— V. Condiciones para la validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado.— VI. Conclusión.

I. Introducción

La decisión prenatal para que el hijo sea adoptado es una realidad que experimentan muchas mujeres en conflicto con su embarazo. A pesar de que esta circunstancia no ha sido especialmente receptada en nuestro ordenamiento jurídico, proponemos inmiscuirnos en el entramado legal para determinar su posible validez y eficacia.

Iniciaremos el trayecto develando el estado de situación a través de la normativa vigente y la legislación proyectada; consideraremos si la adoptabilidad de la persona por nacer se halla en sincronía con nuestro ordenamiento jurídico; analizaremos el derecho comparado chileno y el estadounidense en torno a la oportunidad de decidir la adopción del hijo; reseñaremos el único antecedente jurisprudencial registrado en nuestro país sobre la materia, y delinearemos algunas condiciones para la validez y eficacia de

la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado.

1.1. Estado de situación: normativa vigente y normativa proyectada

En el escenario fáctico, la realidad de mujeres embarazadas en conflicto con su maternidad, a quienes se les pretende mostrar como única alternativa la interrupción del embarazo, coexiste con la de una considerable cantidad de familias, con acreditadas aptitudes para procrear (1), dispuestas a ofrecer al recién nacido un hogar donde recibirá el afecto y los cuidados que satisfagan sus necesidades materiales y espirituales (2).

De acuerdo con el último informe estadístico fundado en la base de datos de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA), fecha-

(1) Inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Cfr. ley 25.854, publicada en el Boletín Oficial argentino del 08/01/2004.

(2) Señala GALLI FIANT que las normas del Código Civil y Comercial no propician el encuentro. La autora justifica esta aseveración en la prohibición de las entregas directas y en la imposibilidad de expresar el consentimiento para la adopción antes del nacimiento o inmediatamente después de él, explicando que la ley coloca a los progenitores biológicos en posición de sospechosos de querer traficar con la vida de sus hijos. Cfr. GALLI FIANT, María Magdalena, "Políticas Públicas más Humanas", DFyP 2018 (julio), p. 152. Cita Online: AR/DOC/1162/2018.

(*) Abogada, graduada con diploma de honor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (PUCA). Especialista en Derecho de Familia (PUCA). Profesora titular ordinaria de la Facultad de Derecho (PUCA). Coordinadora académica de la carrera de posgrado de Especialización en Derecho de Familia (PUCA). Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires, Argentina). Miembro de la Sección de Bioderecho y Familia del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires, Argentina).

do el 1.º de agosto próximo pasado, de un total de 3506 legajos, el 87,56% manifestó disponibilidad adoptiva de niños de hasta 1 año (3070 casos) (3).

Se ha sostenido que nuestro ordenamiento jurídico sería propicio para facilitar el encuentro entre el *nasciturus* y las personas que anhelan convertirse en padres por adopción, bastando para ello con habilitar la aplicación de la legislación vigente antes del nacimiento para permitir la intervención de los órganos administrativos desde el período prenatal; implementar medidas de protección integral tendientes a resguardar la salud y la vida de la madre y del niño, y brindar orientación e información adecuadas a la madre con miras a la adopción (4).

No obstante, en principio, la invalidez de la declaración de voluntad manifestada durante el embarazo para dar en adopción al hijo surgiría de la propia letra de la ley. La norma del art. 607, inc. b) del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) establece que “la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado (...) sólo es válida si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento”.

Esta disposición —que impone un plazo de espera posterior al nacimiento— se halla alineada con diversos sistemas comparados. En el derecho español, la madre solo puede prestar el asentimiento una vez transcurridas seis semanas desde el parto (5). La legislación colombiana supedita la validez del consentimiento para dar en adopción un hijo a su idoneidad constitucional, para lo cual quien lo otorga debe

tener aptitud, que se alcanza solo un mes después del día del parto; además, prevé la revocabilidad de la decisión dentro del mes siguiente al de su otorgamiento, y expresamente dispone la invalidez del consentimiento otorgado para la adopción del hijo por nacer (6). El derecho panameño prohíbe expresamente la adopción de la persona por nacer (7). Por su parte, la ley uruguaya dispone la invalidez del consentimiento prestado para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días posteriores al nacimiento (8).

Arias de Ronchietto y Berti García entienden que sería suficiente incorporar un inciso al citado art. 607 del Cód. Civ. y Com. que habilitara a

(6) Código de la Infancia y la Adolescencia Colombiano, art. 66 (ley 1098, Diario Oficial 46.446 del 08/11/2006): “El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos: (...) 2. (...) Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto. (...) No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. (...) Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento. (...)”. La Corte Constitucional Colombiana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma, pero se declaró inhibida porque entendió que la demanda no se dirigía a cuestionar la regla general allí prevista, sino a controvertir la solución que de esta se derivaba para la hipótesis específica de la mujer embarazada que, según pronóstico médico, moriría inexorablemente al término del embarazo y que deseaba dar en adopción e individualizar al adoptante antes de su fallecimiento (Sentencia C-403-413, disponible en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f_sc403_13.htm).

(7) LEY 61/2008, General de Adopciones de la República de Panamá (Gaceta Oficial Digital, 19/08/2008, Nro. 26107-A), art. 14: “Prohibiciones. Se prohíbe: 1. La adopción del niño o niña que está por nacer...”

(8) Código de la Niñez y de la Adolescencia Uruguayo, art. 135 (según redacción ley 18.590, Publicada en D.O. 16/10/09, Nro. 27.837): “...no tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días de su nacimiento”.

(3) Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a guarda con fines adoptivos, estadísticas nacionales al 01/08/2020. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estadisticas_al_1_de_agosto_2020.pdf. Consultado el 22/08/2020.

(4) GALLI FIANT, María Magdalena, “Políticas Públicas más Humanas”, DFyP 2018 (julio), p. 152. Cita online: AR/DOC/1162/2018. Ver también BASSET, Úrsula C., “Declaración prenatal de la intención de dar en adopción al hijo. Examen de viabilidad y estudio de impacto en el derecho argentino”, LA LEY, 2019-D, 646.

(5) Código Civil Español, art. 177 en su parte pertinente: “...2. Deberán asentir a la adopción: (...) 2º. (...) El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto...”

la progenitora a iniciar los trámites judiciales de adopción en forma preliminar durante la gestación. De este modo, la madre y, en su caso, el otro progenitor podrían manifestar en sede judicial su intención de que su hijo por nacer sea adoptado. El juez, entonces, daría inicio al proceso tendiente al otorgamiento de la adopción plena. Luego del nacimiento y producido el emplazamiento filial, la madre y, de corresponder, el otro progenitor tendrían cuarenta y cinco días para ratificar o revocar su decisión, plazo que podría ser prorrogado a pedido de los progenitores hasta un máximo de seis meses. En ese tiempo, la guarda judicial podría ser otorgada a los progenitores bajo control administrativo y judicial, o a los aspirantes a guarda con fines adoptivos inscriptos en el Registro Único. En ambos casos, la decisión de los padres sería revocable. El procedimiento garantizaría, además, la asistencia médica y/o psicológica prenatal, durante el parto y durante el período de guarda (9).

A partir de la discusión parlamentaria de los proyectos de ley sobre Régimen de Interrupción Voluntaria del Embarazo, suscitada durante gran parte de 2018 (10), fueron presentadas para su análisis legislativo diversas alternativas

(9) “d) Durante la gestación la progenitora, informada y asistida, y en su caso el otro progenitor, pueden manifestar en sede judicial su intención de que el niño sea adoptado. El juez iniciará los trámites ordenados a la adopción plena. Luego del parto y producido el emplazamiento filiatorio, la progenitora, y en su caso el progenitor, tendrán 45 días para ratificar o revocar tal intención. Este plazo podrá ser prorrogado, por petición expresa de los progenitores, hasta un máximo de 6 meses. Durante este plazo, los progenitores tendrán la guarda de su hijo, sujeta a la decisión final. Sin embargo, ellos podrán autorizar que el hijo sea puesto en guarda preadoptiva con las personas que designe el juez desde el momento mismo del nacimiento a través de los mecanismos judiciales correspondientes. Esta guarda preadoptiva cesará en caso de que los progenitores revoquen su intención de adopción en el plazo indicado precedentemente.” ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. - BERTI GARCÍA, María Milagros, “Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia”, RDEyP, La Ley, 2018 (julio), p. 87 y ss., cita *online*: AR/DOC/1182/2018.

(10) Cuyo tratamiento legislativo, iniciado en reuniones informativas plenarios de Comisiones en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en abril de 2018, logró una votación favorable en Diputados para

normativas tendientes a salvar la vida de la madre y la del niño, que propiciaron la denominada “adopción del niño por nacer”.

Las propuestas han sido de lo más variadas. En general, habilitan la decisión prenatal —en cualquier etapa del embarazo— para que el hijo sea adoptado (11). Algunos suponen de modo implícito que la manifestación de voluntad deberá formalizarse o ratificarse ante la autoridad judicial previamente a la declaración de la situación de adoptabilidad (12), otros establecen expresamente que la decisión debe ser manifestada ante el juez (13) y solo uno prevé la opción ante autoridad administrativa (14).

En algunos proyectos se garantiza la revocabilidad de la decisión prenatal con diferentes pautas temporales: hasta el nacimiento (15), dentro de los cuarenta y cinco días posteriores al parto (16) o hasta la entrega del niño en guarda con fines adoptivos, que debe ocurrir dentro de los quince días siguientes al nacimiento (17).

más tarde resultar rechazado por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación el 08/08/2018.

(11) Proyecto de ley S-1825/18 (senador Federico Pinedo), art. 4; proyecto de ley S-2001/18 (senador Guillermo J. Pereyra), arts. 2 y 3; proyecto de ley S-3234/18 (senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini); proyecto de ley S-3331/18 (senadora Silvia del Rosario Giacoppo); proyectos de ley 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (diputado Fernando Brügge), art. 3; proyecto de ley 2208-D-2019 (diputada Melina Aída Delu); proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre).

(12) Proyectos de ley 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (diputado Fernando Brügge), art. 3; proyecto de ley 2208-D-2019 (diputada Melina Aída Delu).

(13) Proyecto de ley S-2001/18 (senador Guillermo J. Pereyra), arts. 2 y 3 (mediante un proceso sumarísimo que puede tramitar a partir de que la mujer toma conocimiento de su embarazo); proyecto de ley S-3331/2018 (senadora Silvia del Rosario Giacoppo); proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre).

(14) Proyecto de ley S-3234/18 (senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

(15) Proyecto de ley S-2001/18 (senador Guillermo J. Pereyra).

(16) Proyecto de ley S-3234/18 (senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

(17) Proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre).

Solo un proyecto declara expresamente que, si el niño nace con vida, la decisión es irrevocable (18).

En dos proyectos, en cambio, se impone la ratificación de la manifestación de la voluntad con posterioridad al parto (19), en tanto que en un supuesto se habilitan cuarenta y cinco días luego del nacimiento para ratificar o revocar la decisión (20).

En este sentido, se torna necesario observar que no es lo mismo habilitar un plazo para revocar que para ratificar o confirmar. En el primer caso, bastaría con guardar silencio para que la decisión de dar al hijo en adopción se mantuviera firme luego del nacimiento, en cambio, el requisito de la ratificación posterior conlleva implícitamente la revocación automática de la decisión prenatal cuando no fuera renovada mediante un acto confirmatorio. Por tales razones, no parece posible la previsión legal de un lapso para ratificar o revocar en clave disyuntiva.

La declaración de la situación de adoptabilidad emerge como una instancia inmediatamente posterior al período de revocabilidad que opera como un plazo de espera. En un caso, se estipula que el estado de adoptabilidad se produce de pleno derecho vencido aquel plazo (21). Y en dos supuestos se contempla expresamente que, si un familiar o referente afectivo ofrece asumir la guarda o tutela y el juez considera que es adecuado al interés superior del niño, no habrá declaración de situación de adoptabilidad (22).

(18) Proyecto de ley S-2001/18 (senador Guillermo J. Pereyra), única interpretación posible a la desafortunada redacción mediante la que se dispone que, si el niño nace con vida, la adopción de la persona por nacer es irrevocable (art. 3).

(19) Proyectos de ley 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (diputado Fernando Brügge), art. 3; proyecto de ley 2208-D-2019 (diputada Melina Aida Delu).

(20) Proyecto de ley S-3331/2018 (senadora Silvia del Rosario Giacoppo).

(21) Proyecto de ley S-3234/2018 (senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

(22) Proyecto de ley S-3331/2018 (senadora Silvia del Rosario Giacoppo); proyectos de ley 2555-D-2018 y 3739-

Solo dos proyectos aluden al cónyuge de la mujer embarazada, exigiendo su consentimiento (23). En uno de ellos, además, se impone el acuerdo del reconociente del hijo por nacer (art. 574 Cód. Civ. y Com.) (24). En otro caso, se establece que la mujer no está obligada a identificar al padre del niño, pero se determina que el reconocimiento del hijo por nacer desplaza la decisión de adopción anticipada, en cuyo caso el niño se inscribirá sin consignarse el nombre de la madre (25). Sin embargo, solamente un proyecto contempla a los dos actores de la decisión, poniéndola en cabeza de “los padres” o de “la persona gestante y el progenitor presunto” (26).

En una de las propuestas se prevé la realización de una audiencia judicial a la que deben asistir la gestante, su cónyuge o conviviente, el reconociente del hijo por nacer, el tutor especial del *nasciturs* y el Ministerio Público, a los efectos de que el juez reciba el consentimiento de la gestante, que deberá aceptar o rechazar dentro de los diez días siguientes o, en su caso, concluidas las medidas probatorias que hubiera ordenado (27).

Por otra parte, un proyecto garantiza la confidencialidad de las madres de modo que su identidad solo será accesible para personas con derecho y previa autorización judicial (28); mientras que otro instaura la opción entre el anonimato o mantener contacto con los adoptantes con posterioridad a la adopción, solo habilitada en los casos de embarazos fruto de una

D-2019 (diputado Fernando Brügge), art. 3.

(23) Proyecto de ley S-2001/18 (senador Guillermo J. Pereyra), art. 3; Proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre).

(24) Proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre).

(25) Proyecto de ley S-1825/18 (senador Federico Pinedo), art. 5.

(26) Proyecto de ley 2208-D-2019 (diputada Melina Aida Delu).

(27) Proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre).

(28) Proyecto de ley S-1825/2018 (senador Federico Pinedo), art. 3.

violación o embarazadas menores de hasta 16 años **(29)**.

En algunos proyectos no se ha logrado delinear claramente la diferencia sustancial entre validar la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado, o incluir a la persona por nacer entre aquellas que pueden ser adoptadas **(30)**. Ello ha motivado que se aluda equívocamente a “adopción en el vientre” **(31)**, “adopción temprana de personas en gestación” **(32)** o “derecho a dar su gestación en adopción” **(33)**, incluso en aquellas propuestas legislativas que incorporan la posibilidad de manifestar la voluntad durante el período gestacional para que el hijo sea declarado en situación de adoptabilidad una vez nacido y, según las diferentes previsiones normativas, luego de transcurrido un plazo de espera o de confirmada la decisión primigenia.

Ocurre que, en nuestro sistema legal, el *iter* del emplazamiento filial adoptivo se inicia con un acto jurídico —en este caso, la voluntad de los padres de que el hijo sea adoptado, manifestada ante la autoridad judicial— a partir del cual, si correspondiera, se declarará judicialmente la situación de adoptabilidad en un plazo máximo de noventa días. Inmediatamente, el mismo juez discernirá la guarda con fines de adopción seleccionando a los pretendientes de la nómina remitida por el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUA) y, una vez cumplido el período de

(29) Proyecto de ley S-2001/2018 (senador Guillermo J. Pereyra), art. 9.

(30) Proyecto de ley S-3331/2018 (senadora Silvia del Rosario Giacoppo); proyecto de ley 1348-D-2018 (diputado Jorge Ricardo Enríquez); proyectos de ley 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (diputado Fernando Brügge), art. 2; proyecto de ley S-2645/2018 (senador Claudio Javier); proyecto de ley 5132-D-2018 (diputada Estela Mercedes Regidor Belledone); proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre), art. 1.

(31) Proyectos de ley 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (diputado Fernando Brügge), art. 4 (propone agregar al art. 619 del Cód. Civ. y Com. la adopción de personas por nacer en el vientre materno como un nuevo tipo adoptivo).

(32) Proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre), art. 1.

(33) Proyecto de ley 0655-D-2019 (diputado Alfredo Olmedo).

guarda —que no puede exceder de seis meses—, iniciará el juicio de adopción —de oficio o a pedido de parte—. La sentencia de adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha en que se otorgó la guarda preadoptiva. En esta estructura procedimental, jamás sería posible —por razones evidentemente legales y fácticas— que el emplazamiento filial por adopción se formalizara antes del nacimiento. Esto no implica, sin embargo, la imposibilidad de anteponer el inicio del proceso al alumbramiento. Volveremos sobre el punto más adelante.

Lo que no se vislumbra con claridad en la mayoría de los proyectos es la eficacia de la decisión prenatal, es decir, cuáles serían sus efectos inmediatos. Se adelanta la oportunidad para manifestar la voluntad, pero la declaración de la situación de adoptabilidad queda supeditada al transcurso de un plazo de espera o a la confirmación, en todos los casos, posterior al nacimiento. Mientras tanto, uno de los proyectos comprende la creación de un sistema de protección integral a la mujer embarazada en el ámbito de cada hospital público con servicios de ginecología y obstetricia, tendiente a brindar asistencia psicológica a la mujer que curse un embarazo conflictivo o se halle en situación de riesgo psicofísico, social o económico **(34)**; al tiempo que otro instaura un Programa Nacional de Asistencia Médica y Psicológica para mujeres con embarazos no deseados **(35)** y el otorgamiento de una ayuda económica a la madre embarazada fruto de una violación o menor hasta 16 años **(36)**.

Otro aspecto dudoso es el relacionado con el cuidado del niño desde el nacimiento y hasta la entrega en guarda preadoptiva. Solo cuatro proyectos atienden relativamente el asunto. Uno prevé que, cuando la madre no deseara asumir los cuidados del niño, la autoridad judicial deberá garantizarlos, actuando con la previsión y celeridad suficiente para evitar la institucionalización del recién nacido y para procurar la

(34) Proyecto de ley S-1825/2018 (senador Federico Pinedo), art. 10.

(35) Proyecto de ley S-2001/2018 (senador Guillermo J. Pereyra), arts. 10 y 11.

(36) Proyecto de ley S-2001/2018 (senador Guillermo J. Pereyra), art. 15.

entrega en guarda una vez producido el estado de adoptabilidad (37); otro dispone que, luego del nacimiento, la entrega judicial del niño a los guardadores debe realizarse dentro de los quince días (38); el tercero prevé que la entrega judicial a los guardadores adoptivos se realizará producido el nacimiento (39), y el último establece que los niños nacidos no adoptados serán recibidos en hogares de acogimiento u otros de gestión pública y privada (40).

II. La adoptabilidad de la persona por nacer es coherente con nuestro sistema jurídico

La eficacia jurídica de la decisión de la madre gestante —y, en su caso, del otro progenitor— de que su hijo sea adoptado, manifestada ante la autoridad judicial, requiere la declaración de la situación de adoptabilidad del *nasciturus*. Se trataría de una medida provisoria que permitiría avanzar hacia la selección de los pretenidos adoptantes entre la nómina brindada por el RUA. Acaecido el alumbramiento, el juez otorgaría la guarda preadoptiva, que quedaría sujeta a que la madre confirmara su decisión, transcurrido un plazo prudencial de reflexión posterior al parto. De este modo, las diferentes etapas hacia el emplazamiento filial adoptivo se eslabonarían evitando la institucionalización del recién nacido y garantizando a la madre un tiempo necesario para meditar tamaña decisión que habría de confirmar ante el mismo juez una vez superado el puerperio.

La declaración provisoria de adoptabilidad del *nasciturus* encastra perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo de modo coherente (41) con el reconocimiento de su personalidad y de la entidad de niño e hijo.

(37) Proyecto de ley S-3234/2018 (senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

(38) Proyecto de ley 0528-D-2020 (diputado Diego Matías Mestre).

(39) Proyecto de ley S-3331/18 (senadora Silvia del Rosario Giaccoppo).

(40) Proyecto de ley S-1825/18 (senador Federico Pinedo), art. 8.

(41) Código Civil y Comercial, art. 2: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los

La jerarquía constitucional que califica superlativamente el reconocimiento jurídico de la personalidad atribuible a todo ser humano se complementa con la protección de la vida desde el momento de la concepción, sin posibilidad de distinción alguna en virtud de la igualdad inherente a todas las personas (42).

El Código Civil y Comercial establece que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos” (art. 22, 1° parte) y que “puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial” (art. 23), comprendiendo a la “persona por nacer” entre las “personas incapaces de ejercicio” (art. 24, inc. a), esto es, aquellas que ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí (art. 100).

La categorización de la persona por nacer como incapaz de ejercicio presupone, como condición *sine qua non*, el reconocimiento de su personalidad y la consecuente titularidad de derechos. Sería un absurdo pensar que el legislador hubiera previsto la incapacidad de ejercer lo que no se tiene.

En concomitancia con ello, la jurisprudencia de la CSJN ha reconocido en forma reiterada la

principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

(42) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. I, II, XVII y XXX; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2.1., 3 y 7; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.2., 3, 4.1. y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6.1., 6.5., 24.1. y 26; Constitución Nacional, arts. 15, 16, 29 y 75, inc. 23; Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 12.1.; Constitución de la Provincia de Catamarca, art. 65, III, inc. 1; Constitución de la Provincia de Córdoba, arts. 4 y 19.1.; Constitución de la Provincia del Chaco, art. 15.1.; Constitución de la Provincia de Chubut, art. 18.1.; Constitución de la Provincia de Entre Ríos, art. 16; Constitución de la Provincia de Formosa, art. 5; Constitución de la Provincia de Río Negro, art. 16 en correlación con el 59; Constitución de la Provincia de Salta, art. 10; Constitución de la Provincia de San Juan, art. 4.1.; Constitución de la Provincia de San Luis, arts. 13 y 49; Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, art. 16.1.; Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur, art. 14.1.; Constitución de la Provincia de Tucumán, Preámbulo y arts. 40.1. y 146.

condición de persona humana del niño por nacer. Así lo ha hecho en “T., S.”(43), “Portal de Belén”(44) y “Sánchez, Elvira B.”(45). Esta doctrina fue también sostenida en “F., A. L.”, ya que el voto mayoritario reafirma la condición de sujeto de derecho del *nasciturus* y el deber estatal de garantizarle protección normativa, si bien entendiendo que el Pacto de San José de Costa Rica no quiso “establecer una protección absoluta del derecho a la vida”(46).

(43) CSJN, “T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, 11/01/2001, Fallos 324:5. El Tribunal reafirmó el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12, y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano).

(44) CSJN, “Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s. Amparo”, 05/03/2002, Fallos 325:292. Considerando 13: “Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa ‘T., S.; ya citada)’. Considerando 14: “Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. (...) Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la CN)”.

(45) CSJN, 22/05/2007, “Sánchez, Elvira Berta c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”, Fallos 330:2304. El Tribunal entendió que, si los restos identificados como pertenecientes a la hija de la actora tenían asociados, en su zona pelviana, los restos óseos de un nonato, plenamente compatible con el embarazo a término que presentaba al momento de ser privada ilegítimamente de su libertad, corresponde hacer lugar a la pretensión fundada en el art. 2° de la ley 24.411, al tratarse del fallecimiento de una persona “por nacer”, vale decir, una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil. Considerando 11: “(...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona ‘por nacer’, vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión”.

(46) Cfr. Considerando 10: “...Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4° y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara

Más allá del texto del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que, con fundamento en la falta de madurez física y mental, destaca la necesidad de asegurarle al niño no nacido protección y cuidado especiales, así como la debida protección legal, la declaración unilateral del Estado argentino contenida en el art. 2 de la Ley 23.849 tiene la virtualidad de no tolerar interpretaciones que sostengan que antes del nacimiento no hay un niño, ampliando de tal forma los compromisos asumidos por el Estado en virtud de la extensión que, sin posibilidad de distinción, le reconoce a esa tutela (47).

Además, el orden jurídico normativo argentino considera hijo al niño por nacer. Por ello, es posible el reconocimiento del hijo por nacer [art. 574 Cód. Civ. y Com. (48)] cuya inscripción se halla prevista en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (49), así como la impugnación

precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste”. En el mismo sentido, en los votos de la Dra. Argibay y del Dr. Petracchi se alude al “derecho a la vida de la persona por nacer” (considerando 13 del voto de la Dra. Argibay y considerando 9 del voto del Dr. Petracchi).

(47) Convención sobre los derechos del niño, Art. 2.1: “Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, o de sus padres o de sus representantes legales”.

(48) Código Civil y Comercial, Art. 574: “Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida”.

(49) DGRC (Disposición General del Registro Civil) 18/2018, BOCBA 01/03/2018 (Normativa del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires), art. 26: “Reconocimiento hijo por nacer: Toda vez que se pretenda reconocer a un hijo por nacer, se deberá acompañar certificado médico que acredite el embarazo de la madre, debiéndose individualizar a ésta con todos los datos identificatorios que se requieren para la inscripción del nacimiento”. La misma norma ya se encontraba contenida en el art. 33 de la derogada DGRC 040, 12/05/2000. Resulta lamentable que la ley 26.413 (Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas) no haya previsto la posibilidad de que el reconocimiento del hijo por nacer se asentara ante el oficial público, obligando a recurrir a su formalización instrumental, pública o privada. Cfr. FAMÁ, María Victoria, “La

preventiva de la filiación matrimonial del *nasciturus* (art. 592 Cód. Civ. y Com.) (50), al tiempo que se le reconoce al hijo por nacer el derecho alimentario que la mujer embarazada puede reclamar al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 Cód. Civ. y Com.). En este último caso, la jurisprudencia ha puntualizado que el derecho alimentario se encuentra en cabeza de la persona por nacer, en tanto que la mujer embarazada lleva a cabo el reclamo en carácter de representante [arts. 24, inc. a); 101 inc. a), y 661 inc. a) Cód. Civ. y Com.] (51).

Los anales jurisprudenciales ilustran también sobre el reconocimiento de la condición de hijo atribuida a la persona por nacer en diferentes casos relacionados con el reclamo de resarcimiento derivado de la responsabilidad civil por el fallecimiento del hijo en gestación (52), o con la exigencia de afiliación del hijo por nacer a la obra social del grupo familiar primario (53).

Filiación: Aspectos civiles, procesales y constitucionales”, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 171.

(50) En vigencia del Código Civil, pese al silencio normativo, la doctrina admitía la posibilidad del reconocimiento del hijo por nacer en correlación con la norma del art. 258 Cód. Civil, que preveía la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial.

(51) CCiv. y Com. de Concordia, Entre Ríos, 14/09/2015, “G., M. G. c. G., J. A. s. medida cautelar alimentos provisorios”.

(52) CNCiv., Sala D, 17/04/2015, “Samana, Matías Ezequiel y otro c. Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.” CCiv., Com., Fam. y Cont. Adm. de Villa María, 29/10/2014, “G. de P., I. del V. y Otro c. Clínica Central Privada SRL y Otros s/ ordinario”, CNCiv., Sala M, 30/12/2008, “Z., V. G. c. Transporte Automotor La Plata SA’ CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 08/11/2007, “R., R. E. y otro c. Sanatorio Perpetuo Socorro S.A. y otros”. CNCiv., Sala G, 02/03/2007, “Aguirre, Irma Felicia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

(53) CFed. de Apelaciones de La Plata, Sala I, 01/06/2017, “K., V. A. c. Obra Social Accord Salud s/ amparo Ley 16.986”. El tribunal ponderó la supremacía del derecho a la vida y del derecho a la salud, y recordó que “la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales,

En tanto institución que conforma el derecho filial, las mismas razones que justifican el reconocimiento de la persona por nacer, la impugnación preventiva de su filiación matrimonial o el reclamo alimentario, habilitarían también su adoptabilidad. Dado que la adopción persigue la protección del derecho de los niños “a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (art. 594 Cód. Civ. y Com.), y que el *nasciturus* se halla comprendido en las categorías de niño e hijo, tendría entidad suficiente para ser judicialmente declarado en situación de adoptabilidad.

Claro que la declaración de adoptabilidad de la persona por nacer —al igual que sus derechos sucesorios— se hallaría condicionada al nacimiento con vida —condición resolutoria—, en correlación con la norma del art. 21 del Cód. Civ. y Com., y estaría supeditada a la ratificación de la voluntad manifestada durante el embarazo luego de transcurrido un plazo prudencial que asegure, con posterioridad al alumbramiento, que la decisión persiste y que ha sido tomada con discernimiento, intención y libertad.

III. Dos modelos del derecho comparado: Chile y EE. UU.

La Ley de Adopción chilena (54)⁽⁵⁴⁾, justificada en la necesidad de brindar una alternativa para la madre que transita un embarazo no deseado en riesgo de aborto provocado, prevé que el procedimiento para declarar al niño en situación de adoptabilidad pueda iniciarse antes de su nacimiento, exponiendo la madre embarazada su voluntad de entregar al hijo en adopción. Dentro de los treinta días posteriores al parto, la madre debe ratificar su decisión y, pasados los

las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (Fallos: 321:1684 y 323:1339)”. Asimismo, afirmó que el *nasciturus* goza de la inviolabilidad de su dignidad (art. 51 Cód. Civ. y Com.).

(54) Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, el proyecto de ley sobre Reforma Integral al Sistema de Adopción chileno (Boletín 9119-18). Disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/reformas/nueva-ley-de-adopcion/>. Consultado 18/08/2018.

cinco días subsiguientes, el juez debe citar a audiencia de juicio y dictar sentencia (art. 10, Ley 19.620/1999).

La finalidad de la norma chilena es, sin dudas, loable. No obstante, Corral Talciani ha advertido sobre los peligros que entraña, pues entiende que facilita la captación de madres en situación de vulnerabilidad que consentirían la adopción de su hijo presionadas por un ambiente adverso y preocupado por obtener bebés adoptables. Considera que la “eficacia pro vida de la adopción” es igualmente alcanzable si las embarazadas que atraviesan una situación de riesgo cuentan con la opción de manifestar, de modo libre y voluntario, luego de producido el parto, la decisión de que su hijo sea adoptado (55).

En EE. UU., aproximadamente cuarenta y siete estados, además del distrito de Columbia y las Islas Marianas del Norte, especifican en sus estatutos desde cuándo un progenitor biológico puede manifestar su voluntad para que el hijo sea adoptado (56). Dieciséis estados, además de las Islas Marianas del Norte, permiten a los padres biológicos decidir la adopción en cualquier momento luego del nacimiento del hijo (57). Catorce estados autorizan al padre

biológico a expresar su voluntad antes o después del nacimiento del hijo (58), en tanto que solo Alabama y Hawái habilitan a la madre a decidir la adopción de su hijo antes del nacimiento, exigiendo su ratificación después del parto.

Treinta estados y el distrito de Columbia contemplan un período de espera posterior al parto para que la decisión sea eficaz. El tiempo de espera más común es de setenta y dos horas o tres días, requerido en dieciséis estados, además del distrito de Columbia (59). Los plazos más breves son los requeridos en Kansas (doce horas) y en Utah (veinticuatro horas), mientras que el más extenso es el previsto en Rhode Island (quince días). El período de espera es de treinta y seis horas en Vermont y de cuarenta y ocho horas en Connecticut, Florida, Missouri, Nebraska, Nueva México, Texas y Washington. En Massachusetts, el tiempo se extiende hasta el cuarto día posterior al nacimiento. En Luisiana (solo para adopciones privadas) y en Dakota del Sur, los padres deben esperar cinco días desde que se produjo el nacimiento para manifestar su voluntad de que el hijo sea adoptado. En California, la madre solo puede decidir la adopción de su hijo una vez obtenida el alta médica hospitalaria (60). Si se trata de un niño indio, California y Washington imponen un período de espera de diez días desde la fecha del nacimiento, y si la

(55) CORRAL TALCIANI, Hernán, “HYPERLINK “<https://corraltalciani.wordpress.com/2013/10/21/entrega-en-adopcion-de-un-nino-antes-de-nacer/>” Entrega en adopción de un niño antes de nacer”, 21/10/2013. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/adopcion-prenatal/>. Consultado 06/08/18.

(56) Idaho, Nueva York, Oregon, Samoa Americana, Guam, Puerto Rico y las Islas Vírgenes no prevén tiempos de espera específicos para la ejecución del consentimiento. Cfr. Child Welfare Information Gateway (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/2018.

(57) Alaska, Arkansas, California (para colocaciones de agencias), Colorado, Delaware, Georgia, Indiana, Maine, Maryland, Michigan, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oklahoma, Carolina del Sur, Wisconsin y Wyoming. Cfr. Child Welfare Information Gateway (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/2018.

(58) Alabama, Delaware, Hawái, Illinois, Indiana, Luisiana, Nevada, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Oklahoma, Pennsylvania, Texas, Utah y Virginia. Cfr. Child Welfare Information Gateway (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/2018.

(59) Arizona, Illinois, Iowa, Kentucky, Luisiana (solo para adopciones a través de agencias), Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, Nueva Hampshire, Nueva Jersey, Ohio, Pennsylvania, Tennessee, Virginia, y West Virginia. Cfr. Child Welfare Information Gateway (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/2018.

(60) Child Welfare Information Gateway (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, pp. 2-3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/2018.

expresión de voluntad fuera anterior se la considera inválida **(61)**.

En Alabama, la decisión de que el hijo sea adoptado puede ser manifestada en cualquier momento y puede ser revocada dentro de los cinco días posteriores al nacimiento o a la manifestación de la voluntad, según lo que ocurra después **(62)**. La decisión debe ser formulada por escrito. Si la madre expresa su voluntad antes del nacimiento, debe ser suscripta o confirmada ante el juez, quien le explicará los efectos legales, los límites temporales y el procedimiento para su revocación, además de facilitarle el formulario necesario para formalizar la retractación de acuerdo a los requerimientos legales **(63)**. La decisión de que el hijo sea adoptado, inferida del abandono, es irrevocable. La decisión de que el hijo sea adoptado, una vez suscripta o confirmada, no podrá ser retractada, salvo que el tribunal considerara que la revocación es razonable, atendiendo a las circunstancias del caso y siempre que resulte consistente con el interés superior del niño. En tal supuesto, la revocación debe producirse dentro de los catorce días posteriores al nacimiento o a la manifestación de la voluntad, según cuál ocurra después **(64)**.

En Hawai, por su parte, la decisión de que el hijo sea adoptado puede ser manifestada por la madre en cualquier momento a partir del sexto mes de embarazo. Sin embargo, no puede iniciarse proceso judicial alguno sino con posterioridad al nacimiento, debiendo los peticionarios reafirmar por escrito su deseo de renunciar a los derechos parentales **(65)**. El progenitor que desea renunciar a tales derechos para que su hijo sea adoptado puede solicitarlo al tribunal de familia del circuito jurisdiccional en el que resi-

de o en el que corresponda a la residencia del niño **(66)**. La decisión es irrevocable una vez otorgada la guarda con fines adoptivos, salvo que el juez considere que la retractación resultaría en el mejor interés del menor **(67)**.

IV. Un antecedente jurisprudencial

Se trata del único antecedente jurisprudencial que sobre la materia en estudio se registra en nuestro país **(68)**. La génesis del caso judicial se halla en la comparecencia espontánea de una joven de 18 años —acompañada por su tía materna, que la había recibido en su casa luego de que aquella escapara de su hogar— que manifestó su deseo de interrumpir un embarazo de 23 semanas, producto de las reiteradas violaciones a las que la sometía su padrastro desde los 13 años —de quien ya tenía una hija de dos años—. Esta petición fue encuadrada por la magistrada de familia como un supuesto de aborto no punible, requiriéndole al nosocomio local que se cumplimentara la atención integral con derecho a la interrupción del embarazo e informándole a la joven que gozaba de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento en que se efectivizara la práctica médica. Además, la juez ordenó la prohibición de acceso y acercamiento del padrastro hacia la joven, y remitió las actuaciones a la Fiscalía en turno para que interviniera en el ámbito de su competencia.

La secuencia de sucesos dramáticos en la vida de esta joven podría haber concluido con otro que hasta entonces no había experimentado: el aborto. Sin embargo, luego de realizarse todos los estudios médicos de rigor, la joven se presentó nuevamente ante los estrados judiciales para comunicar que había decidido continuar con su embarazo y dar al bebé, una vez que naciera, en adopción. Aclaró que luego del alumbramiento no quería tener contacto con su hijo.

La juez entendió que la situación requería un tratamiento especial a modo de proceso judicial preliminar y urgente. Si bien reconoció que la

(61) Child Welfare Information Gateway (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, p. 3, nota nro. 20. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/2018.

(62) Ala. Code § 26-10A-13.

(63) Ala. Code §§ 26-10A-11; 26-10A-12, y §§ 26-10A-13 and 26-10A-14.

(64) Ala. Code §§ 26-10A-9; 26-10A-13; 26-10-14.

(65) Rev. Stat. § 571-61.

(66) Rev. Stat. § 571-61.

(67) Rev. Stat. § 578-2(f).

(68) Juz. de Familia de Paso de los Libres, pcia. de Corrientes, 12/07/2019, "NMR s. situación de N.N.A.", LXP 19676/19.

legislación vigente solo validaba la decisión libre e informada de los progenitores de que el niño fuera adoptado cuando se producía después de los cuarenta y cinco días del nacimiento, interpretó que el plazo de espera no impedía que al momento del nacimiento el niño pudiera ser ahijado provisoriamente por los pretendientes adoptantes elegidos conforme al proceso de selección legal, condicionado al nacimiento del niño con vida y supeditado a la ratificación de la decisión materna transcurridos los cuarenta y cinco días del alumbramiento.

La magistrada consideró que las causas fuentes de situaciones para la declaración de adoptabilidad no eran excluyentes, y que debía ponderarse el interés superior del niño por nacer, disponiendo, como medida cautelar, la guarda y/o el acogimiento inmediato al nacimiento por una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos (postulantes que se encontraban en la nómina del RUA), sin perjuicio de lo que en definitiva correspondiera decidir sobre la voluntad expresada por la progenitora luego del plazo legal de espera, oportunidad en la que debería ratificar su decisión para que, en caso de confirmarse, se pudiera continuar con el procedimiento especial de declaración de adoptabilidad, y formal de entrega en guarda preadoptiva.

En este sentido, entiendo que la magistrada se hallaba habilitada para declarar la situación de adoptabilidad provisoria y para disponer, con los mismos alcances, el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos inmediatamente luego del nacimiento.

Para la selección del matrimonio guardador, la juez tuvo en cuenta el orden de prelación de los inscriptos, brindando preminencia a los aspirantes que se encontraban en el primer lugar de la lista, quienes, además, no contaban con descendencia por imposibilidades físicas que le impedirían la procreación.

Se trata de un recaudo ineludible. Los guardadores provisorios deben ser seleccionados de la nómina de inscriptos en el RUA, respetando estrictamente el mecanismo legal.

La resolución judicial se sustentó en tres pilares fundamentales: el respeto del derecho de la

joven madre a ser oída y comprendida, evaluada por la interdisciplina, con las debidas garantías para la determinación de sus derechos y obligaciones; la selección de los postulantes inscriptos en el RUA, privilegiando la fecha de inscripción del legajo correspondiente, y el principio rector del interés superior del niño por nacer que, en el caso, se concretó con la protección, el cuidado y el ahijamiento del niño posterior a su nacimiento, ante las diferentes circunstancias fácticas que podrían vulnerarlo, para integrarlo inmediatamente a una familia que le brindara el afecto y los cuidados necesarios.

La juez Marta Legarreta resolvió, entonces, otorgar al matrimonio seleccionado el cuidado personal provisorio, inmediato al nacimiento con vida del niño, con carácter de medida cautelar, urgente y condicionada a la ratificación de la decisión materna en el plazo previsto por el art. 607, inc. b), Cód. Civ. y Com. Autorizó a los cuidadores a retirarse del nosocomio con el niño recién nacido, e hizo saber a la joven madre que gozaba de plena libertad para cambiar su decisión desde el momento mismo del nacimiento del niño o, en caso de mantenerse firme, hasta su ratificación luego de los cuarenta y cinco días posteriores al alumbramiento.

De tal modo, fue posible conciliar los derechos de la joven madre en conflicto con su embarazo producto de una violación, con los del niño por nacer.

V. Condiciones para la validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado

La validez y eficacia jurídica de la decisión de la madre gestante —y, en su caso, del otro progenitor— para que su hijo recién nacido sea adoptado podría resultar una estrategia válida para acompañar a las mujeres que se encuentran en conflicto con su embarazo, resguardando, al mismo tiempo, la vida del niño en gestación.

La manifestación de la voluntad expresada ante la autoridad judicial por los progenitores durante el embarazo daría lugar a un proceso cautelar en el que se anticiparía la declaración judicial de adoptabilidad habilitando la selección de los guardadores provisorios con fines adoptivos, que asumirían el cuidado personal

del niño desde el mismo momento de su nacimiento. La declaración de adoptabilidad y el discernimiento de la guarda serían provisorios.

En esta etapa cautelar es fundamental la efectivización del principio de inmediación (cfr. art. 706 Cód. Civ. y Com.) para asegurar que todas las partes intervinientes comprendan los alcances de sus decisiones y de las medidas adoptadas, así como el acompañamiento interdisciplinario que brinde el apoyo necesario a las partes durante el proceso.

La selección judicial de los guardadores provisorios con fines adoptivos debe surgir de las listas proporcionadas por el RÚA y la decisión de la madre debe ser ratificada ante el magistrado interviniente luego de transcurrido un período prudencial que le permita revisar su decisión con posterioridad al nacimiento.

Luego del parto y previo a la entrega del recién nacido a los guardadores provisorios, debe ofrecérselo a la madre la posibilidad de vincularse con su hijo y amamantarlo. Si de este primer contacto madre-hijo derivara la retractación de la decisión prenatal, la declaración judicial de situación de adoptabilidad y la guarda preadoptiva provisorias quedarían *ipso iure* sin efecto.

Si bien, para evitar el riesgo de que la embarazada se halle presionada a decidir la adopción de su hijo, se ha considerado esencial que la mujer únicamente pueda manifestar válidamente su voluntad después del nacimiento del niño (69), la finalidad de esta exigencia se logra

(69) Al respecto, el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (29/05/1993) establece: "Artículo 4: Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: (...) c) se han asegurado de que (...) 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y..." El Convenio de La Haya sobre Adopción protege a los niños y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas, a través de un sistema de autoridades centrales, reforzando la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21) con el objetivo de garantizar que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del niño y con respeto a sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>. Consultado 18/08/2018. Si bien la Argentina no se cuenta entre las Partes Contratantes, a la fecha 99 Estados ostentan tal calidad. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69>. Consultado 18/08/2018.

si, exteriorizada su decisión prenatal ante la autoridad judicial, su validez definitiva se condiciona a la confirmación de la mujer luego de un plazo de reflexión posterior al alumbramiento —cuarenta y cinco días, cfr. art. 607, inc. b) Cód. Civ. y Com.—.

Una vez ratificada la decisión por los progenitores, el juez contará con noventa días para resolver, con carácter definitivo, la situación de adoptabilidad del niño (cfr. art. 607, *in fine* Cód. Civ. y Com.), en simultáneo con la guarda preadoptiva (art. 612 Cód. Civ. y Com.).

Si la madre estuviera casada, es ineludible contar con el consentimiento de su esposo. Si fuera soltera, se requerirá el consentimiento del reconociente del hijo por nacer o el asentimiento del padre presuntivo. El Ministerio Público, de ser necesario, deberá procurar su identificación, instando a la madre para que bajo juramento suministre su nombre y toda otra información que contribuya a su individualización (cfr. art. 583 Cód. Civ. y Com.) (70).

En todos los casos debe mediar emplazamiento filial con ambos progenitores biológicos, en cuanto sea posible, y se debe resguardar y preservar toda la información relativa a los orígenes del niño, de modo que resulte accesible en oportunidad de requerir su conocimiento (cfr. art. 8°, CDN).

VI. Conclusión

Reconocerle validez condicionada a su posterior ratificación y eficacia a la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado empodera a la madre en conflicto con su embarazo, pues amplía sus opciones.

La eficacia de la manifestación de voluntad expresada ante la autoridad judicial durante

[hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69](https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69). Consultado 18/08/2018. Si bien la Argentina no se cuenta entre las Partes Contratantes, a la fecha 99 Estados ostentan tal calidad. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69>. Consultado 18/08/2018.

(70) Sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de que el juez autorice a prescindir del consentimiento del padre cuando ello resulte conveniente al interés superior del hijo.

el embarazo anticiparía las dos primeras etapas procesales, de modo cautelar y provisorio, habilitando la declaración de situación de adoptabilidad y el discernimiento de la guarda preadoptiva con anterioridad al nacimiento. Ello evitaría la institucionalización del recién nacido y reduciría los riesgos de abandono, descuido y aborto, priorizando el interés superior del niño (cfr. art. 3° CND).

Por otra parte, dado que la decisión prenatal se encuentra condicionada a su confirmación una vez transcurridos cuarenta y cinco días posteriores al alumbramiento, el recaudo temporal de validez exigido por la norma del art. 607, inc. b) Cód. Civ. y Com. estaría cubierto.

Finalmente, la selección de los guardadores con fines adoptivos de la nómina de inscriptos en el RUA previene contra la amenaza de sustracción, venta o tráfico de recién nacidos.

El proyecto de vida familiar posterior al divorcio y a la ruptura convivencial

Oswaldo F. Pitrau

Sumario: I. Capítulo I. El proyecto de vida en común matrimonial y convivencial.— II. Capítulo II. El proyecto de vida en común familiar posterior al matrimonio y a la unión convivencial.— III. Capítulo III. Conclusiones.

I. Capítulo I. El proyecto de vida en común matrimonial y convivencial

1.1. El proyecto de vida en común familiar en el Código Civil y Comercial

El estatuto jurídico previsto en el Código Civil y Comercial para la familia incluye importantes cambios en relación con el sistema anterior, y contiene disposiciones de orden público que tienen una finalidad claramente regulatoria de un determinado modelo familiar y a la vez protectoria de las vulnerabilidades que puedan surgir de las relaciones jurídicas entre los integrantes de ese grupo social.

Sin embargo, en ese modelo familiar planteado en la nueva codificación aparecen normativas muy opuestas, basadas algunas de ellas en la autonomía de la voluntad, en oposición a otras enmarcadas en típicas regulaciones imperativas.

En ese sentido, regulaciones otrora rigurosas se han convertido en estructuras vacías de contenido jurídico, como régimen jurídico del matrimonio, mientras que otras mantienen un alto grado de imperatividad, como es el caso de la responsabilidad parental.

Luego de cinco años de aplicación del nuevo Código, y habiendo tomado sabia distancia del impacto inicial, se puede vislumbrar en él un favorecimiento de ciertas instituciones en contraposición con el debilitamiento de otras.

El matrimonio ha perdido gran parte de su contenido imperativo, ya que sus deberes no tienen efectos jurídicos ni sanciones de incumplimiento, debiendo sumarle a ello la extraordinaria simplicidad procesal para la disolución del vínculo jurídico. Mas aún, completando ese escenario de ocaso normativo, se verifica un creciente desinterés social en ese vínculo, quizás producto de un estatuto poco atractivo o posiblemente causado por el devenir de nuevos tiempos en las formas familiares.

En forma casi paralela a dicha relación conyugal decadente, aparece otra unión, en este caso denominada unión convivencial, que se sustenta justamente en un deber que paradójicamente el matrimonio ya no ostenta de forma determinante, como es el de convivencia.

Para las uniones convivenciales se ha formado todo un estatuto protectivo de excelente desarrollo, con pactos de convivencia, derecho alimentario, ciertas pautas patrimoniales imperativas, protección de vivienda, compensación económica y muchos otros aspectos que nos permiten entender que se trata de un instituto que se ha visto favorecido en la nueva ley de fondo.

En el plano filiatorio, es notoria la preferencia del Código nuevo por la filiación basada en técnicas de reproducción humana asistida por encima de un instituto como la adopción. Tal ha sido esa preeminencia legislativa que el incuestionable derecho a la identidad del hijo, que sigue siendo central en la adopción, apa-

rece completamente debilitado o directamente suprimido en la filiación proveniente de las citadas técnicas.

Asimismo, a partir de las mencionadas técnicas surge un concepto que se ha convertido en rector para la determinación filiatoria: la voluntad procreacional. Este concepto prevalece en muchos casos sobre la filiación biológica o por lo menos coexiste con ella cada vez más frecuentemente en un creciente número de decisiones judiciales (1).

La responsabilidad parental se ha revitalizado de gran forma a la sombra de un principio central: el niño como sujeto titular de derechos. De allí surgen numerosas normas de orden público que, a partir de los hijos, sirven de unidad a la familia, en un concepto nuevo e imperativo proveniente originariamente de la Convención de los Derechos del Niño y de su incorporación constitucional en 1994. De esos hijos e hijas sujetos de derecho protegidos por normas expresas emerge un nuevo estatuto familiar que no se encuentra basado en el vínculo matrimonial, sino en la relación jurídica parental.

De este modo, hay que pensar más que nunca en una familia que *subsiste al divorcio*, que sigue existiendo a partir de esos hijos que ahora reclaman derechos a sus progenitores, que exigen coparentalidad, que exigen una parentalidad completa y responsable y que desde allí requieren el derecho a crecer y a desarrollarse en el ámbito de una familia.

Los hijos sujetos de derecho son ahora la prenda de unidad de una familia distinta ya no basada en aquel vínculo matrimonial civil vaciado de contenido y muy fácil de disolver, sino en los derechos de protección que esos niños tienen derecho a reclamar.

Por ello, como hemos destacado, hay una notoria falta de relación entre el instituto matrimonial y el de la responsabilidad parental, al punto tal que los cónyuges en el divorcio parecen ser

individuos sin hijos y sin familia a la luz del art. 438 del Código Civil y Comercial (2).

En este panorama tan particular, se hace necesario un derecho de familia protectorio que resguarde los derechos de los vulnerables, tal el caso de los hijos o del cónyuge débil, que se encuentran inermes ante una decisión de tan simple y rápida resolución judicial como el divorcio.

En el marco de ese derecho protectorio, debemos destacar la figura jurídica del *proyecto de vida en común* como instrumento regulador de las relaciones jurídicas familiares.

En el texto del art. 431 aparece mencionado expresamente el *proyecto de vida en común matrimonial*, pero también surge explícitamente del art. 509 en la normativa para las uniones convivenciales, de modo que corresponde también referirse a un *proyecto de vida en común convivencial*.

Finalmente, sobre la base de estas menciones explícitas y atento a la imperatividad del derecho a la coparentalidad que tienen los niños, apoyado en la regla del ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, es que debe también considerarse la existencia de un *proyecto de vida en común familiar basado en lo parental*, que será el fundamento central de un derecho de familia protectorio.

El *proyecto de vida en común familiar*, entonces, es el estatuto de la familia más allá del vínculo matrimonial o convivencial, representado por los hijos o por otros integrantes vulnerables de ella. En este plano, la familia subsiste al divorcio o a la separación de la unión convivencial y por ello requiere de un conjunto de normas que resguarden a sus integrantes.

En el ejercicio compartido de la responsabilidad parental de los hijos se encuentra, entonces, asentado ese proyecto de vida en común que alcanza, en términos jurídicos, por lo menos a la mayoría de edad de ellos o al límite temporal en que se extiendan las obligaciones asistenciales.

(1) C2a Civ. y Com. de La Plata, sala III, 15/07/2020, F. c. C. y otro/a s/ Acciones de impugnación de filiación. LA LEY, 30/10/2020, 3; Juz. Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, 07/02/2020, L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación. SJA, 25/03/2020, 75; JA, 2020-I; DFyP 2020 (junio), 87.

(2) PITRAU, Oswaldo, "El Divorcio protectorio y los hijos", en Estudios de Derecho de Familia en Suplemento de la Academia Nacional del derecho, Editorial LA LEY, 2019.

Este proyecto de vida en común familiar se estructura a través de algunos principios básicos que son los propios de la responsabilidad parental: el interés superior del niño, el derecho al desarrollo y a una autonomía progresiva y el derecho del niño a ser escuchado.

El niño como titular de derechos es el actor central del proyecto de vida en común familiar, que integra con sus progenitores y otros parientes como los abuelos, los progenitores afines, los referentes afectivos y otros miembros de la familia ampliada.

La ruptura del vínculo matrimonial, en este contexto, se encuentra lejos de decretar el final de una familia; solo se ha modificado su configuración originaria de dos progenitores que conviven.

Pero, para estructurar esta idea de proyecto de vida en común familiar, debemos aun recorrer el estado de situación del matrimonio en su nuevo estatuto jurídico y en relación con el proyecto de vida en común trazado por los cónyuges al momento de casarse.

1.2. El nuevo estatuto jurídico matrimonial

El estatuto jurídico del matrimonio ha cambiado en el Código Civil y Comercial, pues, si bien el elenco clásico de derechos y obligaciones subsiste, esto ocurre bajo otra configuración muy diferente a la que exhibía en el Código Civil.

La nueva norma establece obligaciones para los cónyuges, pero estas tienen caracteres distintos a los deberes clásicos, aquellas siguen siendo imperativas y recíprocas, pero ahora *no son deberes coercibles*, salvo el alimentario, y todos estos pierden una cierta individualización e identidad para subsumirse en un concepto omnicompreensivo que estará presente durante toda la unión, como el elemento esencial por antonomasia: el compromiso a establecer y a desarrollar *un proyecto de vida en común*.

La ausencia de coercibilidad explícita es quizás uno de los matices más notorios de la reforma: no existen efectos jurídicos frente al incumplimiento de varios de los deberes conyugales más importantes, lo que nos lleva a re-

definir su naturaleza y a preguntarnos si siguen siendo deberes jurídicos.

La profunda reforma del modelo de divorcio con la eliminación de causales ha privado de un efecto sancionatorio a los incumplimientos de los deberes matrimoniales, y, a pesar de que seguramente los divorcios del art. 438 seguirán estando motivados en esas mismas faltas, dicha causación ya no está explicitada; más aún, esas conductas injustas no tienen ningún tipo de consecuencia ejemplar o correctiva para el autor, restando solo saber si, siendo dañosas, ameritan alguna cuestión resarcitoria.

El único componente jurídico visible del matrimonio actualmente es el mencionado *proyecto de vida en común*, que tendrá, según el art. 431, contenidos obligacionales mínimos y algunos de ellos difusos, como la cooperación, la convivencia, la fidelidad y la asistencia.

La tradicional clasificación tripartita de deberes ahora se despliega de otra forma en torno al consentimiento y al vínculo matrimonial, ya que, al casarse, las personas consienten conformar y sostener un *proyecto de vida en común*, que estará integrado por una serie de derechos y deberes consonantes con esa voluntad de organizar y desarrollar los compromisos conyugales.

1.3. El proyecto de vida en común matrimonial

El concepto de *proyecto de vida en común* aparece como determinante para la existencia de la voluntad matrimonial original y para su permanencia como institución en el tiempo, pero a la vez es indeterminado y, sin perjuicio de algunos aspectos que explicita el art. 431, cada pareja podrá establecer su alcance, con solo algunos contenidos mínimos imperativos.

Para el gran juriconsulto peruano Fernández Sessarego, el proyecto de vida “es lo que el hombre decide ser y hacer con su vida y en su vida. Ello, reiteramos, en tanto el hombre es un ser libertad. Solo un ser libre es capaz de proyectar”⁽³⁾.

(3) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Breves apuntes sobre el Proyecto de Vida y su protección jurídica”, en Anuario de la Facultad de Derecho de Lima, vol. XXX, 2012-2013, 551-579, Lima, Perú.

Este jurista peruano, además, vincula estrechamente ese “proyecto de vida” al “derecho”: “El derecho resulta ser, por lo expuesto, una exigencia existencial del ser humano en cuanto ser libertad. Sin el derecho, cada persona no podría cumplir en sociedad con su ‘proyecto de vida’, con su destino personal, con la misión que se ha impuesto en su trayectoria existencial” (4).

De modo tal que ese proyecto de vida en común, a través de su vinculación con el derecho, aparece en nuestras normas como una nueva categoría jurídica que conforma un verdadero estatuto para el matrimonio.

Sin perjuicio de ello, este concepto jurídico no aparece definido en el nuevo Código en el art. 431; se lo vincula con los alicaídos deberes matrimoniales, pero se supone que es mucho más que el conjunto de ellos.

En este sentido, la jurista uruguaya Ramos Cabanellas sostiene, en relación con el concepto de proyecto de vida en común del art. 431, Cód. Civ. y Com., que, al no existir una definición legal, del texto se infiere que el proyecto de vida en común es una estructura cuyos basamentos son la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad; es decir que, si hay cooperación, convivencia y fidelidad, se cumple con el compromiso asumido de desarrollar un proyecto de vida en común. Asimismo, afirma que “la proyección de la vida común tiene un sello propio y distintivo y lo es la solidaridad”. Finalmente, esta profesora concluye que “el Código Civil y Comercial argentino refiere a dicho proyecto de vida tanto respecto al matrimonio como a la unión convivencial, pero ni en uno ni en otro caso lo define en forma específica” (5).

La indeterminación del alcance y del contenido de cada proyecto de vida en común no resulta del todo beneficiosa para establecer los contornos conceptuales del matrimonio, al

(4) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho, libertad, justicia”, en SJA 22/04/2015, 22/04/2015, 23 - Cita *online*: AR/DOC/4829/2015.

(5) Ramos Cabanellas, Beatriz, “El proyecto de vida en común de los cónyuges y el de los convivientes”, *Derecho Moderno*/1, 2017, p. 23 y ss. Facultad de Derecho y Ciencias Política. Universidad Abierta Interamericana, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. República Argentina.

punto tal que en el nuevo Código las semejanzas con la unión convivencial son cada vez mayores, y, tal como lo mencionamos, quizás por ello, la actitud cultural hacia el matrimonio se torna cada vez más indiferente en las nuevas generaciones (6).

Uno de los avances del principio de libre autonomía de la voluntad que ha incorporado el Código Civil y Comercial se encuentra representado en este estatuto matrimonial indeterminado, no imperativo, no jurídico, que puede definirse en forma muy abierta por los cónyuges, cuando diseñan su propio proyecto de vida en común y lo mantienen vigente sobre la base de su voluntad (7).

Y ese proyecto de vida en común que será determinado por cada matrimonio no queda explicitado, ni formalizado, ni instrumentado, como ocurre en un pacto conyugal o convivencial; por ello el matrimonio como instituto de derecho se define ahora solo a partir del consentimiento registral inicial y de muy pocas notas estrictamente jurídicas, como las obligaciones alimentarias.

Si bien es cierto que los deberes de convivencia, fidelidad y asistencia siguen presentes en la norma, y que, con sus limitaciones, son imperativos, la actual ausencia de consecuencias

(6) La tasa de nupcialidad en Ciudad de Buenos Aires es descendente desde hace veinte años, pero se ha acentuado en los últimos años. En 2015 hubo 11.715 matrimonios inscriptos, mientras en 2018 la cifra alcanzó a 10.893 matrimonios; la reducción se potencia si consideramos el crecimiento vegetativo de la población. La tasa bruta de nupcialidad (por mil habitantes) se redujo de 7,4 en 1990 a 3,4 en 2018. Matrimonios inscriptos en el Registro Civil por composición de la pareja. Ciudad de Buenos Aires. Años enero 2008/diciembre 2018 - Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Economía y Finanzas GCBA). Febrero 2019.

(7) Fundamentos de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (2011), Ed. Infojus. En este sentido, dicen los fundamentos: “De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea”.

jurídicas concretas por su incumplimiento los configura como un patrón de conducta débil casi inexistente, que quizás la jurisprudencia pueda reconducir en los casos particulares que se planteen.

Y esta comprobación del vaciamiento matrimonial surge evidente de la comparación con el nuevo instituto de la *unión convivencial*, que, en muchos aspectos, tiene contornos más definidos que el propio matrimonio.

En este punto, cabe mencionar que el deber de convivencia conyugal se mantuvo en el Código, luego de un anteproyecto que lo había suprimido. Y ello así, entre otras razones, porque la obligación de convivir era un elemento imperativo para la unión convivencial, y hubiera sido poco coherente que en el matrimonio no lo fuera, aun cuando en el ámbito conyugal su incumplimiento no tiene sanción alguna.

El mayor problema de la libre determinación del contenido del proyecto de vida en común conyugal, por cada pareja y en cada caso, estará dado por la relación que ese matrimonio vaya a tener con otras instituciones que sí han mantenido en el nuevo Código estatutos legales de orden público, como ocurre con el régimen de la responsabilidad parental.

A pesar de esta omnipresencia del concepto de proyecto de vida en común englobante (8) de todo lo matrimonial, los deberes conyugales aun debilitados existen y provocan algunos efectos jurídicos directos e indirectos.

Además, el estatuto matrimonial persiste en tanto se relaciona con otros institutos familiares como la filiación, la responsabilidad parental, la adopción; en ellos encontraremos a los cónyuges actuando en proyectos de vida conyugal, determinados y legislados, que serán el nuevo refugio de la unión conyugal mientras subsista y aun después de la ruptura.

Sin perjuicio de la cuestión de los fines del matrimonio, no se puede soslayar que, en mu-

(8) BASSET, Úrsula, "El proyecto de vida en común como deber matrimonial englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación", RDFyP, año VI, n° 10, noviembre de 2014, ps. 86 y ss.

chos de los proyectos de vida en común que se puedan establecer, uno de los objetivos será el de tener hijos, y, en este caso, el proyecto de vida en común *a priori indeterminado* del matrimonio se vinculará con una filiación y con una responsabilidad parental que aún aparece regulada de modo determinado e imperativo.

Las instituciones jurídicas ya no pueden estudiarse como compartimientos estancos y en forma totalmente estática, sino que deben ser analizadas en su dinamismo vital y relacional, y, en ese sentido, el matrimonio, en el curso de su propio desarrollo, en muchos casos se vinculará con la filiación, con la responsabilidad parental y con la adopción.

Y, precisamente, esa relación de diversidad y de tensión entre matrimonio y responsabilidad parental se pondrá a prueba en el cumplimiento del proyecto de vida, de los deberes conyugales, y aun en el mismo proceso de divorcio.

Y esto así porque, para el proceso judicial del art. 438, los cónyuges que se divorcian parecen no tener ni hijos ni familia, y resuelven la disolución del vínculo sin la obligación de atender a los derechos de los vulnerables en ese mismo proceso, al punto tal que, en dicha norma, la regulación de los efectos del divorcio respecto de los hijos se podrá derivar a juicios futuros postdivorcio, si los integrantes de la pareja no se ponen de acuerdo (9).

Por ello, a partir del advenimiento de los hijos, el indeterminado proyecto de vida en común del matrimonio va a modificarse con la inserción de un bloque de derecho filiatorio y parental imperativo y protectorio que alterará el idílico escenario de libre autonomía de la voluntad de los cónyuges del art. 431; será ese, quizás, el momento en que comiencen a existir los verdaderos derechos y deberes jurídicos matrimoniales y en que se ponga a prueba la existencia misma de la institución conyugal.

Y, luego, esos mismos hijos, durante la etapa del matrimonio disuelto, impondrán obligaciones que harán persistir a la familia como grupo de personas con intereses comunes, resignificando aquel proyecto de vida conyugal aca-

(9) PITRAU, Osvaldo, "El divorcio protectorio...", ob. cit.

bado, por otro de alcance puramente familiar mucho más amplio y duradero.

1.4. Los derechos y deberes matrimoniales en el Código Civil y Comercial

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 431 del Cód. Civ. y Com., “los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

El *proyecto de vida en común* matrimonial es un compromiso que acuerdan los cónyuges y, como hemos visto, resulta ser de un alcance amplio y omnicomprendivo (10). De acuerdo con la norma, ese proyecto se basa en la *cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad*, y se completa con el deber de la *asistencia entre los cónyuges*.

Por ello, en el Código Civil y Comercial, ese proyecto de vida se encuentra basado en los efectos personales que se derivan del matrimonio: el derecho deber de convivencia, el derecho deber moral de fidelidad, el derecho deber de asistencia, cooperación y solidaridad conyugal y el derecho deber alimentario (11) (arts. 431 y 432).

En orden a ello, para comprender cuál es el estatuto jurídico que la norma plantea como base del proyecto de vida en común matrimonial, debemos analizar esos deberes conyugales a partir de sus caracteres, y luego cada uno de ellos en forma particular.

1.5. Caracteres de los deberes y derechos del matrimonio

1.5.a. Estándar mínimo de obligación jurídica

Los derechos y deberes que se establecen en el Código son el contenido mínimo o básico que

(10) BASSET, Úrsula C., “El proyecto de vida...”, ob. cit.

(11) En este trabajo hemos incorporado el deber de solidaridad conjuntamente con los deberes de asistencia y cooperación. Pensamos que esta inclusión completa la obligación asistencial. El derecho deber alimentario aparece en este listado por su regulación separada, pero en realidad es una especificación en lo material del deber de asistencia, cooperación y solidaridad.

debe regir la comunidad de vida entre los cónyuges, ya que son la esencia de la institución y constituyen la base del mencionado proyecto de vida en común del art. 431.

En ese sentido, el Código Civil y Comercial regula solamente algunos pocos aspectos que se han considerado imprescindibles para la existencia del matrimonio, luego, en orden al diseño del proyecto de vida en común, serán los cónyuges quienes determinarán las obligaciones que consideren apropiadas.

Esto ha llevado a la doctrina a admitir que, en este contexto, podrían existir tantas configuraciones matrimoniales concretas en cuanto a su contenido y a su ejercicio como matrimonios existan (12).

Y esto es así porque el nuevo Código no ofrece un modelo único y completo de estatuto matrimonial, sino que se limita a establecer algunas escasas normas básicas para regular la relación conyugal, dejando librado a la autonomía de las partes la fijación de las obligaciones jurídicas a las que quieran sujetar la pareja.

En este marco de libre autonomía, los modelos matrimoniales de las diversas religiones proponen estatutos jurídicos más determinados que debieran estar reconocidos por la ley con efectos civiles, para proporcionar alternativas de unión conyugal más representativas y con un mayor contenido.

Esta configuración particular que realiza cada pareja de sus obligaciones, al trazar su proyecto de vida en común, con pocos contenidos imperativos, nos acerca a un *modelo contractualista* de matrimonio.

Sin embargo, la falta absoluta de previsiones legales de instrumentación de *pactos de proyecto de vida matrimonial*, lejos de introducirnos en sistemas contractualistas, hace presagiar uniones conyugales con fragilidad jurídica y alta vulnerabilidad personal, tal como puede observarse en algunos casos de divorcio vinculados a situaciones de violencia, o de gran desigualdad económica entre cónyuges.

(12) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, “Derecho de Familia”, Ed. LA LEY, 2017.

En esa etapa del camino, entonces, los nuevos institutos de *resguardo*, como *la atribución de vivienda familiar* y *la propia compensación económica*, son instrumentos protectorios de mucho valor que ha incorporado el nuevo Código, ya que tienen directa vinculación con la vida matrimonial, con los derechos y deberes matrimoniales, con la asignación de roles familiares y con el análisis dinámico del proyecto de vida en desarrollo y en crisis.

La falta de instrumentación jurídica de los proyectos de vida en común conyugal se opone a la posibilidad que tienen los integrantes de una unión convivencial de establecer pactos de convivencia regulatorios de acuerdo con el art. 513 y ss. del Código.

1.5.b. Imperatividad relativa

En principio, estos deberes son imperativos y no son modificables por la voluntad de las partes. En tal sentido, sería nulo un pacto que antes de la celebración del matrimonio o durante su vigencia estableciera que los cónyuges no se encuentran obligados a cumplir con los deberes enunciados en el art. 431.

En orden a ello, un proyecto de vida pactado excluyendo expresamente el deber de fidelidad en su actual configuración sería contrario a la moral y, por ende, resultaría ser nulo. Un pacto con este contenido no se podría hacer valer ni entre los esposos ni frente a terceros.

Sin perjuicio de ello, la imperatividad de estos deberes se torna en un punto relativa, ya que, si bien el pacto que los excluya sería nulo, el acto o la omisión que constituyan el incumplimiento de los deberes de fidelidad, asistencia no material, cooperación o convivencia no tienen consecuencias jurídicas sancionatorias para quien faltó a su obligación.

1.5.c. Reciprocidad

Ambos cónyuges tienen derecho de exigirle al otro el cumplimiento de estas obligaciones, es por ello por lo que ambos son acreedores y deudores de esos derechos deberes.

1.5.d. Permanencia

Los derechos y deberes conyugales se mantienen presentes durante toda la existencia del vínculo matrimonial; incluso durante la separación hecho, persisten los deberes de asistencia, cooperación, solidaridad familiar, alimentos y fidelidad.

1.5.e. No coercibilidad

La coercibilidad es la posibilidad de exigir una conducta y aplicar una sanción si el obligado se niega a cumplir con su deber. Los deberes derechos que conforman el proyecto de vida en común, de acuerdo con la norma, no son coercibles. Solo el deber de asistencia alimentaria puede reclamarse judicialmente de acuerdo con el art. 455; las otras obligaciones conyugales del art. 431 no pueden exigirse.

En el Código Civil, la falta de cumplimiento de los deberes conyugales se convertía en causales de divorcio culpable, pero ahora en el Código Civil y Comercial ya no existen esas causales o culpas en el proceso de extinción del vínculo, de modo que, aunque esas faltan sean las verdaderas razones del divorcio, ya no hay consecuencias jurídicas para el incumplidor en el marco de la disolución del vínculo.

En el actual régimen, no se puede reclamar el cumplimiento del deber matrimonial, y la falta no provocará ninguna consecuencia jurídica, a excepción de lo dispuesto específicamente para el deber alimentario.

De allí que, finalmente, esos deberes conyugales se han convertido en verdaderas obligaciones morales que mantienen alguna significación, en la medida en que se encuentran incorporadas a un proyecto de vida en común, pero aun la ruptura de este plan de vida o su falta de cumplimiento tampoco tienen prevista en la ley una sanción directa o explícita alguna.

A pesar de ello, el jurista Sambrizzi rescata la presencia y significación de estas obligaciones maritales, ya que sostiene que, “si dichos deberes y derechos realmente carecieran de relevancia jurídica, habría sido inútil e innecesaria su

incorporación al Código, conclusión que no resistiría ninguna interpretación coherente” (13).

En este escenario, sin posibilidad de exigir su cumplimiento y sin sanciones por su violación, solo quedará, por fuera del régimen matrimonial, la posibilidad de un resarcimiento, en el caso de configurarse un daño a partir de esas faltas conyugales, pero esta alternativa nada tiene que ver con la coercibilidad de las obligaciones.

Desde la perspectiva del derecho de resarcimiento, se ha elaborado una importante doctrina de la reparación del daño al proyecto de vida, encabezada por las mencionadas ideas del profesor Fernández Sessarego y acompañada por una importante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (14).

Finalmente, en tanto, de acuerdo al art. 431, los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad, y deben prestarse asistencia mutua, nos toca entonces estudiar esos deberes conyugales para comprender el contenido y alcance de ese plan de vida en nuestro derecho.

1.6. El deber de fidelidad

1.6.a. Concepto. Exclusividad en el amor

El Código Civil y Comercial en su art. 431 dispone que: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en (...) el deber moral de fidelidad”.

Fidelidad significa lealtad, firmeza y constancia en los afectos, ideas y obligaciones, y en el cumplimiento de los compromisos establecidos. Es el carácter principal que posee aquel que *guarda fe a otra persona*.

En el marco de un proyecto de vida matrimonial, la fidelidad es la lealtad entre los esposos,

(13) SAMBRIZZI, Eduardo, “Matrimonio y divorcio”, Ed. LA LEY, 2017, tomo II, Cap. XIV.

(14) SALADO OSUNA, Ana, “Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Ed. Normas Legales, Trujillo (Perú), 2004, p. 438.

la exclusividad en la integración del proyecto de vida matrimonial.

La fidelidad se ha asociado históricamente con la exclusividad sexual, resultando este un concepto muy limitativo que plantea la abstención de mantener relaciones sexuales con terceras personas.

De una forma más amplia y adecuada, puede definirse la fidelidad entre esposos como *la exclusividad en el amor matrimonial* que se brindan los cónyuges.

En el art. 431, la fidelidad ha sido legislada como un deber moral vinculado con el proyecto de vida en común de los cónyuges. En consecuencia de ello, su presencia como una obligación aun moral en la norma impide la posibilidad ética de un plan matrimonial que pueda superponerse con otro proyecto de vida de igual contenido, por ello la dación conyugal que se brindan los esposos es exclusiva y a la vez excluyente.

En ese sentido, sin perjuicio de la clásica fidelidad sexual, existe el concepto más amplio de *fidelidad moral* (15), que incluye muchos aspectos derivados de ese amor conyugal que existe en un matrimonio, y que tiene relación con los términos afectivos, espirituales y con el respeto profundo que se deben los esposos.

Como enseñaba Fanzolato, la fidelidad es “la especial lealtad de que se deben los cónyuges por causa del matrimonio, en todos los aspectos de la vida y no sólo en orden al ejercicio de la sexualidad” (16).

Actualmente, el caso más común de *infidelidad moral* se plantea a partir de los intercambios y contactos realizados a través de las *redes sociales y de las aplicaciones de mensajes* (17). Esta *infidelidad virtual* tiene una amplitud y un

(15) ZANNONI, Eduardo, “Derecho de familia”, Ed. Astrea, 2016.

(16) FANZOLATO, Eduardo I. en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Hammurabi, 1995, T. 1, p. 901.

(17) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, “Derecho de familia”, ob. cit.

alcance casi imposibles de medir, al punto que, en términos prácticos, puede quebrar en forma cotidiana cualquier tipo de exclusividad moral y afectiva que los esposos quieran brindarse.

I.6.b. Deber jurídico y deber moral

En el Código Civil, la fidelidad era un “deber jurídico”, pero esto cambió con la vigencia del Código Civil y Comercial, que considera la fidelidad como un “deber moral”.

No obstante la relevancia del deber de fidelidad en el matrimonio, el art. 431 del Código lo enumera entre los deberes de los esposos únicamente como un deber moral.

Esta idea de deber moral surge de vincular la naturaleza de este deber con las causales de divorcio. Por ello, se afirma en los fundamentos del anteproyecto de Código que ese carácter moral no jurídico de la fidelidad se justifica porque, “al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas” (18).

Para Mazzinghi, debiera haberse mantenido el carácter jurídico de la obligación de fidelidad, pues, “si la fidelidad no tuviera trascendencia jurídica, sería difícil entender el alcance del deber de asistencia recíproca y de la cooperación entre los cónyuges. Porque la infidelidad es la máxima expresión de la falta de respeto y de la desconsideración. Un cónyuge que engaña al otro, que miente, es obvio que está incumpliendo el deber de cooperar en un proyecto común basado en la asistencia y el cuidado por el otro” (19).

En el Código de Vélez originario, el deber de fidelidad era sancionado con la causal de adulterio, prevista en el originario art. 204, que en el inciso 1º se refería al “Adulterio de la mujer o del marido”; debiendo destacarse en este punto que el codificador no estableció ninguna diferencia entre los esposos, como sí lo hacían la legislación europea y la americana de la época

(18) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012), Ed. Infojus.

(19) MAZZINGHI, Jorge (h.), “El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto del Código Civil y Comercial)”, ob. cit., ED, 248-755, III.

y como aquí sí lo materializó nuestro Código Penal.

El Código Penal argentino legisló sobre el delito de adulterio en el art. 118 y este no se imponía del mismo modo para el varón y para la mujer, mientras el hombre solo cometía el delito si mantenía manceba fuera del hogar o dentro de él; para que la mujer cometiera adulterio, bastaba con que tuviera una relación sexual fuera del matrimonio.

En el año 1995, la ley 24.453, suprimió el delito de adulterio del Código Penal argentino, y se mantuvo como causal de separación personal y divorcio hasta el año 2015.

Desde que rige el Código Civil y Comercial, el incumplimiento del deber de fidelidad ya no tiene como sanción la declaración de culpabilidad en el divorcio porque desaparece el divorcio por causas y, además, porque deja de ser un “deber jurídico” para ser ahora solo un “deber moral”.

I.6.c. La ausencia de un patrón de conducta jurídico de fidelidad conyugal

La principal consecuencia de la regulación de la fidelidad solo como deber moral consiste en la ausencia de sanciones o consecuencias jurídicas por el incumplimiento. El acto de infidelidad ya no recibe ninguna sanción legal directa y específica.

Este cambio de naturaleza que sufre la fidelidad le hace perder entidad como patrón de conducta jurídico e incluso la debilita hasta como deber moral.

Las personas usualmente guían sus conductas tomando como referencia para actuar lo que establecen las leyes, y, en general, utilizan como parámetro indicativo de su accionar lo que dicen ciertas normas específicas aplicables a la vida cotidiana, como lo son las normas del derecho familiar que contiene el Código.

Desde otra perspectiva, las personas también tienen en cuenta cuáles son las consecuencias de un determinado incumplimiento, para evitarlo. Ahora bien, si de ese acto supuestamente disvalioso no se deriva ninguna consecuencia jurídica de tipo sancionatorio, es probable que se lo termine considerando aceptable. Cuando

un acto moralmente disvalioso como la infidelidad no es considerado ilegal y se convierte en culturalmente aceptable, entonces aquel deber moral que se plantea en la norma puede quedar “derogado” por la costumbre social.

En conclusión, la ausencia de un patrón de conducta jurídico de fidelidad conyugal sustenta la tendencia de considerar culturalmente aceptable la infidelidad, modificando uno de los paradigmas clásicos del matrimonio que es la exclusividad en el amor conyugal y planteando un camino hacia la superación de la monogamia (20).

1.6.d. Caracteres del deber de fidelidad

a) Reciprocidad. El deber de fidelidad es recíproco; cada uno de los esposos se encuentran obligados moralmente a brindarle lealtad al otro.

En nuestro país, esta reciprocidad es reciente, ya que, en materia penal, no existía un enfoque igualitario en esta cuestión. Mientras en materia civil no se hacían diferencias entre varón y mujer, en el derecho penal, la configuración del delito de adulterio presentaba importantes diferencias.

(20) Universidad de Palermo. Observatorio de Consumo Joven. Informe *Las relaciones de los jóvenes en la era de las redes sociales* (22/11/2018). El informe analizó las relaciones de los jóvenes en la era de las redes sociales. “La encuesta presencial a jóvenes de 18 a 30 años fue realizada por la Universidad de Palermo, Ibarómetro, y Opinaia, y reveló que un 25% de ellos cree en las relaciones amorosas con más de una persona a la vez”, en www.palermo.edu/dyc/consumo_joven/informe-2.html. Nota diario *Infobae* sobre la encuesta; la Lic. Gabriela Rougier, psicóloga especialista en terapia de parejas, sostuvo que las personas encuentran en este tipo de relaciones “múltiples experiencias afectivas y amorosas con diferentes estilos de personas y consienten la libertad de poder hacerlo sin tener la sensación de que están violando algún código de fidelidad”. Mirta Goldstein, psicoanalista y vicepresidente de la Asociación Psicoanalítica Argentina, sostiene que el poliamor siempre existió: “En realidad hay un intento por dejar atrás códigos y costumbres y la ilusión de armar nuevas formas de relación, pero a la hora de tener hijos o de enamorarse plenamente empiezan los celos y los deseos de posesión. Nadie se evade de las emociones.” (Nota “Según una nueva encuesta, uno de cada cuatro jóvenes cree en el poliamor”, publicada en *Infobae* del 22/11/2018).

En efecto, como ya se ha mencionado, de acuerdo con el art. 118 del Cód. Penal, para que la mujer se hallara incurso en adulterio, bastaba que tuviera relaciones sexuales en una sola ocasión, mientras que, con respecto al hombre, este debía tener una relación estable con otra mujer. De lo que resultaba que, para que se considerase punible penalmente al marido, no bastaba con un acto aislado, sino que resultaba necesario que “tuviera manceba”, lo que implicaba la realización de un delito de los denominados permanentes. Pero en el año 1995 se dictó la ley 24.453, que eliminó el delito de adulterio de dicho Código, equiparándose entonces la situación de ambos cónyuges.

b) Irrenunciable y no dispensable. Los esposos no podrían pactar la renuncia o la dispensa al deber de fidelidad, ya que se trata de una obligación moral que integra el orden público. En el caso de producirse ese pacto o acuerdo, sería contrario a la moral y, por tanto, resultaría inválido.

c) Permanencia. El deber de fidelidad se mantiene inalterable a lo largo de todo el matrimonio e incluso durante la separación de hecho, pues su fuente es el vínculo matrimonial, de modo que, mientras este exista, habrá deber de fidelidad, aunque sea en los términos de un deber moral.

Esta permanencia ha sido motivo de debate durante la vigencia del Código Civil, especialmente en relación con la subsistencia de este deber durante la separación de hecho.

En algunos fallos, la jurisprudencia sostuvo que el deber de fidelidad no se extinguía durante la separación de hecho de los esposos (21). Sin embargo, en otros casos, se afirmó la no subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho de los esposos, aunque en muchas de estas decisiones judiciales se exigía el cumplimiento de un plazo de tres años de separación (22).

A nuestro entender, aun cuando la fidelidad se trate solo de un deber moral, este debe sub-

(21) CNCiv., Sala C, ED, 201-223.

(22) CNCiv., Sala A, LA LEY, 2008-E; 329; CNCiv., sala B, ED, 186-526; CNCiv., Sala M, LA LEY, 1993-E, 15.

sistir en forma íntegra durante la separación de hecho porque se origina en un vínculo que permanece vigente a pesar de la falta de convivencia.

Aun cuando la infidelidad o la separación de hecho puedan ser indicios del quiebre del proyecto de vida en común y, por ende, del posible fin del matrimonio, el Código Civil y Comercial ha regulado para ello un procedimiento de divorcio que requiere de la expresión de voluntad específica, de al menos uno de los esposos, de querer extinguir esa relación matrimonial y el conjunto de deberes y derechos que en ella se originan, de modo que, si esa petición de divorcio no se encuentra presente, debemos presumir que el matrimonio y todos sus efectos personales y patrimoniales siguen vigentes.

I.6.e. Los efectos del deber de fidelidad

I.6.e.i. La presunción de filiación matrimonial

La fidelidad entendida como exclusividad en las relaciones amorosas de los cónyuges tiene como consecuencia que los hijos nacidos dentro del matrimonio se presuman como matrimoniales.

Esto se ve reflejado en el art. 566 del Cód. Civ. y Com., que dispone que, excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o de la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos (300) días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

Por ello, la presunción de filiación matrimonial en la filiación natural tiene como fuente y fundamento el deber de fidelidad entre los cónyuges.

I.7. El deber de convivencia

I.7.a. Concepto

Los cónyuges se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la convivencia, tal como surge del art. 431.

El término “convivencia”, que proviene del latín *convivere* (vivir con), se refiere a “compartir una vida”, “participar de vivencias comunes”,

conformar “una comunidad de vida”, decidir llevar a cabo “una vida en común”.

Esta idea de convivencia trasciende, pero incluye, el concepto de cohabitación (del latín *cum habitare*), que se refiere a la residencia conjunta en una misma casa.

La convivencia se vincula a la *voluntad de compartir vivencias*, mientras que la cohabitación alude a la intención de vivir bajo un mismo techo físico.

El cumplimiento del deber de convivencia no consiste solo en cohabitar bajo un mismo techo, alcanza otras obligaciones más amplias como aquellas vinculadas a desarrollar un proyecto matrimonial, compartiendo una vida.

Sin perjuicio de ello, el deber de convivencia significa, en principio, que ambos deben vivir en el mismo lugar, por constituir ese matrimonio una vida en común.

Para Sambrizzi, sin la convivencia, la comunidad de vida y amor no puede realizarse plenamente, porque esta es el medio natural para conservar y cultivar la unidad espiritual de los esposos, para adquirir cada día mayor conciencia de su unidad y, por sobre todo, para la realización de la finalidad del matrimonio (23).

Por otra parte, para Ugarte, la convivencia es uno de los efectos que da esencia al matrimonio y a la consecuente protección de la vivienda familiar, y es la pauta legal para la fijación de la competencia judicial por el lugar donde se ubica la vivienda, o para la determinación del derecho aplicable en el ámbito del derecho internacional privado (24).

Convivencia y cohabitación son dos conceptos jurídicos que pueden implicarse, pero que también pueden presentarse separados. Así, pueden existir dos personas que cohabiten en una misma casa, pero que no tengan una volun-

(23) SAMBRIZZI, Eduardo, “Matrimonio y divorcio”. Ed. La Ley, 2017, Tomo II, Cap. XIV, pto. 11.

(24) UGARTE, Luis, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, LA LEY, 8/06/2015, y RDFyP, año VII, n° 7, agosto de 2015, p. 3.

tad de formar una comunidad de vida o de compartir vivencias matrimoniales; en este caso, no habrá convivencia marital. Del mismo modo, dos personas pueden conformar un proyecto de vida en común basado en la convivencia matrimonial, pero, por diversas circunstancias, verse obligados a habitar en inmuebles diferentes.

Ya durante la vigencia del Código Civil, la jurisprudencia había sostenido la posibilidad de que existiera una separación de hecho de los cónyuges, aun cuando por diversas razones ellos convivieran en la misma vivienda (25).

Sin perjuicio de ello, la convivencia y la cohabitación aparecerán juntas en la mayoría de los proyectos de vida matrimonial, ya que ambos conceptos están estrechamente vinculados, pues vivir en un mismo hogar es la forma material más común de expresión de una comunidad de vida conyugal.

Por otra parte, el deber de convivencia, si bien no tiene ahora una exigencia legal específica o una sanción por su incumplimiento, aparece como una obligación requerida primariamente en relación con otros institutos como el de la responsabilidad parental.

En este sentido, en el caso de existir hijos, ambos progenitores cónyuges deben ejercer, como regla (arts. 651 y 656), el cuidado personal de los hijos menores en forma compartida con una modalidad indistinta, por lo que de allí se derivará una convivencia cotidiana con los hijos y con el otro cónyuge progenitor aunque residan o habiten en casas distintas.

I.7.b. Las consecuencias jurídicas por la falta de convivencia

La coerción para exigir la convivencia bajo pena de la pérdida del derecho alimentario era una norma destinada a imponer al cónyuge una convivencia que quizás no deseaba, a partir de una sanción de efectos asistenciales.

Esa exigencia se instrumentaba a través del pedido de reintegro al hogar conyugal del cónyuge incumplidor que se negaba a la convivencia.

El cónyuge incumplidor, sin perjuicio de las causales que se le aplicarían en el divorcio, recibía una sanción más grave que la del propio divorciado culpable, ya que este mantenía un derecho alimentario de toda necesidad (art. 209), mientras que el que se negaba a la convivencia perdía todo derecho alimentario (art. 199) (26).

La convivencia era uno de los deberes más importantes y se la consideraba una de las bases del matrimonio mismo, inclusive parte de la doctrina la consideraba como el presupuesto del débito conyugal. En orden a ello, el incumplimiento de este deber tan relevante configuraba varias de las causales de divorcio culpable del art. 202: abandono voluntario y malicioso e injurias graves.

Sin embargo, ahora, en el nuevo Código, este deber ya no puede reclamarse exigiendo el reintegro a la convivencia, y no se ha previsto que por su incumplimiento haya alguna sanción directa.

Las consecuencias por el incumplimiento de la convivencia ahora son indirectas y aparecen en otras áreas no matrimoniales del derecho civil. Así, vemos efectos de la falta de convivencia en el régimen de capacidad civil (arts. 33, inc.b y 139), en el régimen de la filiación (arts. 566 y 567), en la adopción (art. 603 inciso b), en el régimen patrimonial (arts. 477 inciso c y 480) y en el derecho sucesorio (art. 2437).

I.7.c. Medida cautelar de atribución unilateral de vivienda

De acuerdo con el art. 721 inc. a) del Cód. Civ. y Com., deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes, en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y en relación con los hijos.

En este sentido, el juez puede determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar. Por ello, podría ocurrir que, aun antes del divorcio, o sea en vigencia del vínculo

(25) CNCiv., Sala E, 11/11/2008, LA LEY, 20/08/2009, 7.

(26) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, "Derecho de familia", ob. cit.

lo conyugal, el juez disponga cautelarmente *la atribución unilateral de la vivienda conyugal* a uno de los cónyuges, provocando el quiebre de la cohabitación. En este caso, debe tratarse de una *situación de urgencia* que no admita la continuidad de la cohabitación, como puede ocurrir en casos de violencia familiar o de adicciones graves.

Esta facultad del juez de dictar medidas cautelares en casos de urgencia ya existía en el Código Civil, en el art. 231, primera parte.

I.8. La separación de hecho: efectos legales

I.8.a. Concepto

La separación de hecho es el estado fáctico de cese del deber de convivencia matrimonial de parte de uno o de ambos cónyuges, sin voluntad de continuar con el proyecto de vida en común.

I.8.b. Caracteres

a. Situación fáctica. Continuidad del vínculo matrimonial. El cese de la convivencia se produce en los hechos, de modo que el estado de familia continúa siendo matrimonial, pues el vínculo se mantiene vigente.

b. Decisión unilateral o bilateral. La ruptura convivencial puede originarse en la voluntad de uno o de ambos cónyuges. En el régimen anterior, el abandono voluntario y malicioso de la convivencia de modo unilateral era una causal de divorcio culpable; actualmente, esa sanción ha desaparecido.

Por su parte, el cese bilateral o de común acuerdo de la convivencia significa que ambos cónyuges acuerdan no continuar con el proyecto de vida en común, pero no disuelven el vínculo matrimonial.

c. Voluntad de no continuar con el proyecto de vida en común. La separación de hecho es un estado de cese convivencial voluntario y con la intención de no continuar con convivencia matrimonial y, de esa forma, abandonar el proyecto de vida en común.

Por ello, la separación de hecho se diferencia de algunos casos de cese de la convivencia o de la cohabitación por cuestiones especiales de

fuerza mayor o de decisión matrimonial, pero que no se encuentran acompañadas por la falta de voluntad de continuar con el proyecto de vida en común.

d. Permanencia de los deberes matrimoniales. Al constituir un estado fáctico y no jurídico, subsiste el vínculo, y con él se mantienen los derechos matrimoniales, a excepción de la convivencia. En ese sentido, los cónyuges separados de hecho se encuentran obligados a cumplir con los deberes de asistencia, cooperación, solidaridad, fidelidad y alimentos, que permanecen vigentes hasta la disolución del vínculo.

I.8.c. Situaciones convivenciales posibles

En el régimen actual de Código Civil y Comercial, las personas casadas pueden encontrarse en tres situaciones convivenciales posibles (27):

a. Casados con cumplimiento de los efectos personales conyugales: es el *matrimonio en plena comunidad de vida*. En este caso, pueden ocurrir casos de interrupción de la convivencia, de tipo transitorio, vinculado con alguna causa laboral, de salud o legal de detención, o de peligro para los cónyuges e hijos, que imposibilita la continuidad convivencial. En otros casos, se puede pactar la no cohabitación. En ambos supuestos, los cónyuges mantienen la voluntad de continuar con el proyecto de vida en común.

b. Casados, pero con cese voluntario del proyecto de vida común: es el *matrimonio separado de hecho*. En el supuesto que estamos analizando, los cónyuges han cesado la convivencia y el proyecto de vida en común, pero aún no tienen la voluntad de disolver el vínculo matrimonial.

c. Casados en trámite de divorcio. En este caso, los cónyuges posiblemente hayan interrumpido la convivencia y no solo tienen la voluntad de no continuar con el proyecto de vida en común, sino que además tienen la decisión de peticionar judicialmente la disolución del vínculo.

(27) KRASNOW, Adriana, "Los efectos personales y patrimoniales entre cónyuges separados de hecho. Un abordaje desde el derecho vigente y proyectado". SJA 10/09/2014, 7, JA 2014-III.

I.8.d. Los efectos de la separación de hecho

I.8.d.i. Código Civil

Pérdida del derecho alimentario. El régimen jurídico anterior sancionaba fuertemente al cónyuge que no cumplía con el deber de convivencia. Por un lado, el incumplidor recibía como sanción la pérdida del derecho alimentario. Y esta sanción era más grave que la que recibía el propio cónyuge culpable del divorcio, ya que, mientras este mantenía un derecho alimentario de toda necesidad (art. 209), el cónyuge que se negaba a la convivencia perdía todo derecho alimentario (art. 199).

Causales de divorcio. Por otra parte, el incumplimiento de la convivencia configuraba dos posibles causales de divorcio culpable: el abandono voluntario y malicioso y las injurias graves.

I.8.d.ii. Código Civil y Comercial

El nuevo Código no contiene un efecto directo de la falta de cumplimiento del deber de convivencia del art. 431, pero posee efectos indirectos que se encuentran en diversos pasajes del texto codificado.

1. *Desaparece la presunción de paternidad.* En el art. 566 del Código, la separación de hecho tiene como efecto que, luego de transcurridos trescientos días desde la separación, hace caer la presunción de filiación establecida en dicha norma.

2. *Pérdida de legitimación.* Asimismo, se pierde la legitimación para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida, conforme resulta del inc. b) del art. 33.

3. *Pérdida de posibilidad de ser curador.* Se pierde la posibilidad de ser designado curador de su cónyuge (art. 139, última parte).

4. *Pérdida del derecho hereditario del cónyuge.* Igualmente, queda excluido el derecho hereditario entre los cónyuges (art. 2437).

5. *Adopción unipersonal.* Se habilita la adopción por uno solo de los esposos (art. 603, inc. b).

6. *Separación judicial de bienes.* Puede solicitarse la separación judicial de bienes en el régimen de comunidad (art. 477, inc. c).

7. *Separación de hecho previa al divorcio.* Cuando la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al momento de esa separación con respecto a la extinción de la comunidad conyugal, aunque el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo con fundamento en la existencia de fraude o abuso del derecho (480, 2ª y 3ª parte).

I.9. El deber de asistencia, cooperación y solidaridad conyugal

I.9.a. Concepto

El deber de *asistencia, cooperación y solidaridad conyugal* consiste en el servicio y la ayuda que se deben los esposos que comparten una comunidad de vida matrimonial. Esta obligación comprende tanto la ayuda y el servicio material como la espiritual y moral.

Se trata de tres conceptos muy cercanos y amplios; si el deber de asistencia consiste en ayudar y servir al otro, el de cooperación será el de actuar conjuntamente y contribuir al sostén del hogar, y el de solidaridad será el deber de prodigarse todo lo anterior, teniendo a la vista el interés común por encima del interés particular, y ello en el marco del amor, el respeto y el afecto.

I.9.a.i. El deber de cooperación

En relación con el *deber de cooperar*, se puede inferir que, entre otras aplicaciones, alude a la obligación de *contribución a las cargas para el sostenimiento del hogar* (art. 455: “Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes en proporción a sus recursos (...) El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”) (28).

(28) CALLEGARI, Mariana G. - CÓRDOBA, Lucila -SIDERIO, Alejandro J., “Alimentos en especial el Cap. IV sobre Alimentos derivados del matrimonio”, a cargo

I.9.a.ii. El deber de solidaridad conyugal

El art. 431 menciona como bases del proyecto de vida en común solo el *deber de cooperación y el de asistencia*; sin embargo, el *deber de solidaridad conyugal* se encuentra directamente vinculado a ellos, por lo que es conveniente incorporarlo como integrante de estos efectos personales, como un deber no escrito en dicha norma, pero que surge implícito en el texto y aparece también en otros pasajes del propio Código bajo esta y otras configuraciones.

El *deber de solidaridad* incluye la asistencia y la cooperación desde la perspectiva del bien común, priorizando el interés particular del otro cónyuge por encima del propio.

En ese sentido, *solidaridad* implica adhesión a la causa, situación o necesidad de otro (29).

La solidaridad conyugal es más que un mero deber, se trata además de un principio jurídico que supera la esfera conyugal para alcanzar el interés familiar (30). En este punto, la *solidaridad conyugal* es un elemento integrante de la *solidaridad familiar*.

Marcos Córdoba (31) enseña que “la solidaridad es un género constituido por dos especies, una la solidaridad espontánea, es decir, aquella

de Pons, Maite, Landolfi, Lorena, Marelli, Sandra. Ed. LA LEY, 2018.

(29) CÓRDOBA, Marcos, “La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el derecho argentino”. SJA 01/06/2016, 1; JA 2016-II.

(30) CÓRDOBA, Marcos, “La solidaridad es un principio”, ob. cit.

(31) LAJE, Alejandro, “El principio general de solidaridad en el derecho argentino”, en Diario ED del 1º de abril de 2016. Este autor explica que: La Escuela de la Solidaridad en el Derecho fundada e impulsada por el profesor doctor Marcos M. Córdoba argumenta que el principio de solidaridad constituye un estándar moral de la sociedad argentina, resultante de su evolución social y jurídica y de sus modos de vida, costumbres y conocimientos. Como un estándar moral producido por el conjunto de la sociedad, se sostiene que el principio de solidaridad debe constituirse como principio general del derecho positivo argentino. Dicha elevación positiva del principio de solidaridad no se ha producido aún, ya que, si bien el principio de solidaridad está presente en numerosas normas particulares, no ha sido positivizado aún como un principio general del derecho argentino

que se ejerce sin causa aparente; otra es la jurídica. Esta última es aquella en la que el beneficiario posee acción para exigirla. Si bien en la primera la estructura jurídica no provee acción al beneficiario, no deja en muchos casos de regularla e incluso en muchos casos de motivarla. Encontramos, por tanto, el principio de solidaridad presente en variadas soluciones previstas en el sistema jurídico. Ya sea como impulso y calificación de la solidaridad espontánea o como la regulación de la solidaridad legal. Esta última, también, en diversos supuestos. El más mencionado es la obligación solidaria que regula el cumplimiento de los deberes de otro, diverso, del de asistir a otro. Ejemplo paradigmático de este principio es la *solidaridad familiar*” (32).

En un reciente fallo del año 2016, donde se determinan alimentos durante la separación de hecho de los cónyuges, se alude a la *solidaridad* como un deber. En este sentido, se dice que la *solidaridad* “se erige como responsabilidad con aquellos con quienes se ha compartido un proyecto común. La solidaridad importa el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás, por eso actúa como un mecanismo de articulación que permite concretar la igualdad real y verdadera entre los miembros de la comunidad a pesar de sus naturales diferencias individuales, y los deberes de solidaridad tienen fundamentos en el sistema de los derechos humanos...” (33).

La solidaridad es un principio general del derecho aún no positivizado en forma directa, pero aparece como un elemento integrante en una gran variedad de normas particulares (34).

Mostrando infinidad de rostros, la *solidaridad* es, entonces, un principio jurídico general y un deber conyugal autónomo, pero también opera como fundamento de otras obligaciones conyugales, como la de prestar alimentos, y aparece fi-

(32) CÓRDOBA, Marcos, “La solidaridad es un principio”, ob. cit.

(33) CCiv. y Com. de Necochea en ED, 23/05/2016, n° 59.115.

(34) CÓRDOBA, Marcos, “La solidaridad es un principio”, ob. cit.

nalmente como elemento central de una buena cantidad de normas particulares.

Esta polimorfia (35) dinámica que posee la *solidaridad jurídica* resulta apasionante y la convierte en uno de los factores centrales del derecho moderno.

En ese mismo sentido se expresaba Llambías en su clásico *Tratado de Derecho Civil*, cuando consideraba que “el matrimonio, comunidad de vida plena supone para el logro de sus fines una solícita y afectuosa interdependencia activa entre los cónyuges. La nota de solidaridad, cada vez más subrayada entre las que deben primar en la sociedad moderna alcanza una particular intensidad en el matrimonio, célula básica de aquélla en tanto se ve calificada por el acendrado sentimiento de amor que debe mediar entre los cónyuges. Precisamente el deber de asistencia es la objetivización jurídica de ese sentimiento de alto contenido ético que en su amplia gama de manifestaciones comprende una recíproca disposición de afecto, estimación, respeto, dedicación, auxilio moral y físico y hasta de sacrificio y postergación personales en aras de la relación conyugal” (36).

A partir de la solidaridad familiar, la mutua ayuda y la cooperación provocan la superación de problemas, el logro de objetivos en un matrimonio, consolidando el proyecto de vida en común a través de relaciones familiares saludables (37).

Según ha afirmado la doctrina sobre este aspecto, el derecho deber de asistencia es el que mejor expresa el concepto de *solidaridad fami-*

(35) En química, la polimorfia es el fenómeno consistente en el hecho de que una misma sustancia puede tomar distintas formas cristalinas o distintas estructuras moleculares, según las condiciones eventuales. Pensamos que esta condición es aplicable a algunos conceptos jurídicos, como la solidaridad jurídica.

(36) LLAMBÍAS, “Código Civil anotado”, T. I, p. 493, n° 1.

(37) CÓRDOBA, Lucila - PITRAU, Oswaldo, “Algo sobre los derechos y deberes de los cónyuges”. Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 32 - 26/06/2015 en www.dpicuatico.com.

liar, expresándose, en su faz material, en el deber alimentario (38).

Finalmente, en nuestra idea de un proyecto de vida en común familiar que subsista a la ruptura de los vínculos matrimoniales y convivenciales, la solidaridad es un principio jurídico que articula el plexo de relaciones, conformado por los derechos y obligaciones de los miembros de la familia postconyugal.

Deber de asistencia moral y espiritual. Estos deberes no alcanzan solo a la faz material, que se expresará a través de los alimentos, sino que tienen como contenido lo *espiritual* y lo *moral*, traduciéndose ese deber en el *afecto* y en la *solidaridad* que recíprocamente los esposos se deben prodigar, ayudándose mutuamente en todo lo que requieran, de acuerdo con sus necesidades.

En ese sentido, Belluscio afirma que el aspecto moral del deber de asistencia entre los esposos tiene como contenido principal *la solidaridad personal*, resultante de un trato considerado y decoroso, así como la prestación de los estímulos necesarios para el logro del propio destino, y la participación en todos los avatares de la vida, tanto en las alegrías como en los fracasos; el auxilio moral y espiritual en caso de enfermedad; y la ayuda de un cónyuge al otro en sus negocios particulares, de acuerdo a lo corriente en el medio social en el que actúan (39).

En la 4ª Partida española, se decía que, “si alguno de los que fuesen casados cegase, o se hiciese sordo, o contrahecho, o perdiese sus miembros por dolores o por enfermedad o por otra manera cualquiera, por ninguna de estas cosas, ni aunque se volviera leproso, debe el uno desamparar al otro (...), antes deben vivir en uno y servir el sano al otro, y proveerle de las cosas que menester le fueren según su poder” (40).

(38) SANTI, Ana Carolina, “Derechos y deberes de los cónyuges en el Código Civil y Comercial”, en RDFyP, 2016 (julio), 15.

(39) BELLUSCIO, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, ob. cit., t. 1, 8ª ed., ps. 388 y ss.

(40) Las 7 Partidas de Alfonso X El sabio. Editorial Forgotten Books, 2017. Partida 4ta. Ley 7ma.: Ley 7: “Ligamiento y fortaleza muy grande tiene el casamiento en sí, (...) mas si alguno de los que fuesen casados

La jurisprudencia ha dicho que “el deber de asistencia obliga legalmente a los cónyuges a sufrir y tolerar la situación derivada del mal estado de salud de uno de ellos por penosa que esa situación sea” (41). Y también se ha afirmado que “el matrimonio supone una unión en las buenas y en las malas, en las alegrías y en los dolores, por lo que se ve con repugnancia la actitud del que pretende desligarse de sus obligaciones conyugales justamente cuanto más necesidad de ayuda y de amparo tiene el enfermo, violando así el deber de asistencia e incurriendo en una conducta injuriosa” (42).

Spota explica que el deber de asistencia consiste en la obligación de hacer consistente el auxiliarse mutuamente “en lo físico, intelectual, moral y afectivo y en particular en las enfermedades o infortunios, con el deber de brindar un esposo al otro los cuidados que estos hechos exigen, sin rehuir tal prestación pese a las desventajas o molestias que deriven de su cumplimiento”, y más adelante agrega que “significa un recíproco auxilio moral y físico y la prestación de los cuidados y de la dedicación que en el mundo de lo afectivo y de lo intelectual impone esa plena comunidad de vida que es el matrimonio” (43).

En orden al respeto de este deber de asistir, servir y ser solidario con el otro cónyuge, la doctrina había considerado contradictoria con ello la disposición del art. 203 del Código Civil, que admitía la separación personal de los esposos en caso de enfermedad del otro, de modo que, en el peor momento de la vida del otro cónyuge, la ley lo autorizaba a abandonarlo (44).

cegase, o se hiciese sordo, o contrahecho, o perdiese sus miembros por dolores o por enfermedad o por otra manera cualquiera, por ninguna de estas cosas, ni aunque se volviera leproso, debe el uno desamparar al otro por guardar la fe y la lealtad que se prometieron en el casamiento, antes deben vivir en uno y servir el sano al otro, y proveerle de las cosas que menester le fueren según su poder”.

(41) CNCiv., sala B, ED, 92-330.

(42) CCiv. y Com. Morón, sala I, 19/05/1983 en ED, 106-93.

(43) SPOTA, “Tratado”, T. II, vol. 2 N° 1779

(44) VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Matrimonio civil. Ley 23.515”, ob. cit., p. 254.

Desde el punto de vista personal, esta obligación de asistencia moral y espiritual consiste en el compromiso mutuo de los esposos de acompañar al otro y colaborar con él en las situaciones de éxito como en las de aflicción y preocupación, en aspectos patrimoniales como personales.

En definitiva, el deber de asistencia, cooperación y solidaridad genera la obligación de servir, ayudar y auxiliar al otro en las dificultades cotidianas de la vida.

En el Código Civil y Comercial, el deber de asistencia (art. 431) aparece separado del deber alimentario (art. 432), aun cuando este último se encuentra indudablemente incluido en aquel.

Esta diferenciación no se produce en referencia a las uniones convivenciales, en cuya regulación solo se hace mención del deber de asistencia (art. 519) y no del deber alimentario.

I.9.b. Efectos del deber de asistencia, cooperación y solidaridad

El deber de asistencia, cooperación y solidaridad tiene efectos jurídicos en varias normas del Código, ya sea debido a su existencia o por su incumplimiento.

a. *Obligación de asumir la defensa de los intereses del otro cónyuge.* Esta defensa se traduce, en la práctica, en la legitimación que se confiere al cónyuge para promover la declaración de incapacidad o de capacidad restringida del cónyuge (art. 33), para solicitar la inhabilitación de su consorte (art. 48) o para petitionar la declaración de ausencia (art. 79).

b. La defensa de los intereses del otro cónyuge *obliga también a ejercer su curatela* (art. 139), prestar el consentimiento informado para actos médicos, si el paciente no es competente para expresar su voluntad (art. 59), y recibir los frutos de los bienes del ausente (art. 83 *in fine*). También permite invocar el beneficio de competencia (art. 893, Cód. Civ. y Com.).

c. *Exención entre cónyuges del delito de encubrimiento* del Código Penal (art. 277 inc. 4° Cód. Procesal de la Nación). El deber de asistencia es el fundamento de la exención entre cónyuges

del delito de encubrimiento del Código Penal, ya que se parte de la base de que no se puede obligar a los esposos a traicionar la confianza que existe entre ellos, o a que se retiren el apoyo mutuo al que están obligados.

d. *Deber alimentario entre excónyuges* (art. 434). El deber de asistencia y solidaridad conyugal es el fundamento que justifica que los excónyuges se deban alimentos aun después del divorcio, en los casos de enfermedad grave o de estado de necesidad.

e. *Daños y perjuicios producidos por la falta al deber de asistencia*. El incumplimiento del deber de asistencia puede producir daños que deben ser reparados.

f. *Causal de indignidad hereditaria*. Según el inciso e) del art. 2281, incurrir en una causal de indignidad los “parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo”; de modo que, si el cónyuge ha faltado a su deber de asistencia en esos términos, podrá ser declarado indigno de suceder al causante.

I.10. El deber de alimentos durante la convivencia

I.10.a. Concepto. Contenido. Fundamento

a. *Concepto. Prestación asistencial y cuota alimentaria*. La obligación alimentaria entre cónyuges consiste en la asistencia material que se deben recíprocamente los esposos durante el matrimonio, durante la separación de hecho, e incluso, con carácter excepcional, luego de extinguido el vínculo (45).

Este deber asistencial es permanente durante el matrimonio y no surge necesariamente frente al incumplimiento, como puede ocurrir en

los alimentos entre parientes. En este sentido, es una prestación asistencial *continua* más semejante a la que se deriva de la responsabilidad parental.

Sin embargo, frente al caso de incumplimiento, se puede reclamar judicialmente la prestación asistencial conyugal que corresponda y, en este sentido, las partes podrán acordar una cuota alimentaria, que, en caso de imposibilidad de consenso de los esposos, será fijada por el juez.

Por ello, conceptualmente, la obligación alimentaria entre cónyuges es una prestación asistencial *permanente y continua* durante la convivencia y durante la separación de hecho, que, si se incumple, requiere de un reclamo judicial y de la determinación de una cuota alimentaria.

b. *Naturaleza*. En el marco del proyecto de vida en común, esta obligación es un deber jurídico que puede reclamarse judicialmente y que tiene sanciones específicas por su falta de cumplimiento.

Esta obligación es una especificación del deber de asistencia, cooperación y solidaridad conyugal, y tiene como objetivo asegurar la subsistencia y el sostenimiento material del otro cónyuge.

Este deber tiene fuente legal, pues es la norma la que determina su procedencia y sus pautas; como sostiene Venini, “hay una fuerte presencia del orden público y poco margen de actuación de la autonomía personal de los esposos” (46).

Se trata entonces de una obligación jurídica de orden público que no puede ser renunciada o dispensada por convenio entre los cónyuges.

c. *Régimen legal*. El art. 432 del Cód. Civ. y Com. establece que “los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes”.

(45) PITRAU, Oswaldo, “El derecho alimentario familiar en el proyecto de reforma”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 57-215, Ed. Abeledo Perrot, año 2014. PITRAU, Oswaldo, “Alimentos y Prestaciones Compensatorias”, en la Revista de Derecho Privado y Comunitario Año 2012 - 2. Proyecto de Código Civil y Comercial - I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2013, ps. 539-572.

(46) VENINI, Guillermina, “Alimentos, matrimonio y divorcio. Su reflejo en la obligación alimentaria”. LA LEY 2018-D, 572.

El deber enunciado en dicha norma se complementa con lo dispuesto en el art. 455 del Código, que dispone que “los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos”.

Sin perjuicio de estas normas que regulan específicamente el instituto, el art. 432 del Cód. Civ. y Com. *in fine* establece que la obligación de alimentos entre cónyuges se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes, en tanto sean compatibles.

d. Fundamento. La procedencia del derecho alimentario entre los esposos encuentra su fundamento en el deber de asistencia, cooperación y solidaridad conyugal del mencionado art. 431, siempre en el marco del proyecto de vida en común establecido por los cónyuges.

e. Caracteres. El nuevo Código establece un derecho alimentario conyugal recíproco, *igualitario para ambos cónyuges y de orden público*, de modo que no podría ser objeto de un pacto de renuncia por los esposos.

Por otra parte, por la aplicación supletoria del estatuto alimentario entre parientes que establece el art. 432 *in fine*, la obligación alimentaria conyugal *no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarla o percibirla, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno, no siendo repetible lo pagado en concepto de alimentos.*

Sin perjuicio de ello, conforme a lo dispuesto por el art. 540, Cód. Civ. y Com., las prestaciones alimentarias devengadas y no percibidas sí pueden compensarse, renunciarse o transmitirse a título oneroso o gratuito.

Permanencia. Un carácter que distingue la prestación alimentaria conyugal es la *permanencia*. Los alimentos entre parientes son intermitentes, mientras que los que deben prestarse los esposos entre sí son de carácter *permanente*, ya que se adeudan durante toda la comunidad de vida y, además, aun durante la separación de hecho o incluso luego del divor-

cio en supuestos excepcionales, y hasta pueden prolongarse más allá de los términos legales, en situaciones de necesidad, con fundamento en la solidaridad (47).

f. Contenido y alcance. Este deber no se vincula necesariamente con la necesidad material, sino que surge del vínculo conyugal y se relaciona directamente con el proyecto de vida en común establecido por los cónyuges al casarse.

La provisión de alimentos de un cónyuge respecto del otro tendrá relación con *los roles familiares, con el nivel socioeconómico del matrimonio, con los medios con que cuentan ambos esposos y con el contenido del proyecto de vida en común*, de modo que la necesidad material no será el elemento central de su configuración conceptual, aunque quizás pueda aparecer como un aspecto presente frente al incumplimiento previo del otro cónyuge.

La prestación alimentaria conyugal cotidiana consiste en que ambos cónyuges sostengan materialmente el proyecto de vida en común y, cuando, por cuestión de roles familiares, es uno de ellos quien realiza la prestación económica, esto no se encuentra motivado en la necesidad del otro, sino que forma parte de la contribución al desarrollo de ese proyecto de vida en común que han acordado.

En los alimentos entre parientes, el estado de necesidad para la subsistencia es presupuesto de la acción alimentaria; en la prestación conyugal, entendemos que bastará acreditar el vínculo, el nivel socioeconómico y las necesidades de la familia y el incumplimiento del otro cónyuge.

g. Contenido amplio de la obligación alimentaria conyugal. El contenido de la obligación alimentaria que deben prestarse los esposos excede aquel que surge del art. 541 y que corresponde a los parientes; en el caso de los cónyuges, la asistencia material alcanzará otros aspectos que exceden lo estrictamente necesario para la subsistencia, como las necesidades culturales,

(47) PITRAU, Osvaldo, “El derecho alimentario familiar en el proyecto de reforma”, en Derecho de Familia. Ed. Abeledo Perrot, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 57-215, año 2014.

de recreación, esparcimiento y descanso que se encuentren relacionadas con el proyecto de vida en común y con el nivel socioeconómico y con las necesidades del matrimonio.

Sin perjuicio de la aplicación supletoria del régimen alimentario del parentesco, el deber de asistencia material entre cónyuges que conviven no tiene el mismo alcance que los alimentos entre parientes, sino que los excede en su contenido y se vincula a otros parámetros para su determinación.

La doctrina ha afirmado que “los cónyuges se deben proporcionar todos los recursos que sean necesarios conforme su condición social, cultural, estilo de vida y situación económica, por lo cual el deber no queda cumplido con la entrega de una suma de dinero que satisfaga lo simplemente necesario, primario e imprescindible”(48).

Por ello, el contenido de la prestación debe ser acorde al nivel socioeconómico de los dos integrantes de la pareja, con una finalidad de homogeneidad económica entre ellos.

No sería apropiado a un proyecto de vida en común que uno de los esposos posea un alto nivel de viajes, gastos y lujos, mientras el otro tiene todo lo necesario para la subsistencia, pero vive humildemente. Estas condiciones de desigualdad serían contrarias a los principios de comunidad de vida, cooperación, asistencia y solidaridad.

h. La determinación de las funciones o roles conyugales. Ambos cónyuges se deben recíprocamente alimentos; sin embargo, el alcance de la obligación de cada uno dependerá de la forma en que se hayan asignado los *roles familiares* y en que hayan organizado el régimen económico de la familia.

Para Graciela Medina, en la determinación de la obligación alimentaria, resulta fundamental establecer cuál es la función de cada uno de

los esposos en el proyecto de vida en común que están desarrollando (49).

El hecho de que ambos cónyuges se deban mutuamente alimentos no significa que deban siempre ambos contribuir al mantenimiento del hogar, o que deban hacerlo en la misma medida, sino que únicamente se hallan obligados a ello de acuerdo a sus posibilidades y a la forma en que hayan organizado sus actividades y el régimen económico de la familia; por lo que, si la mujer se ocupa únicamente del cuidado de la casa y de los hijos, o si obtiene menores ingresos que su esposo, no deberá contribuir económicamente a las necesidades del hogar, o deberá hacerlo en menor medida que su cónyuge (50).

En este sentido, la Sala B de la Cámara Nacional Civil ha dicho que “las distintas funciones que los cónyuges se hubieran atribuido durante la convivencia deciden el modo de aplicación del art. 198 del Código Civil. Así, si la esposa

(49) MEDINA, Graciela, “La mujer en el Código Civil y Comercial”, en LA LEY 17/02/2016. Esta autora explica que, en el año 2013, el INDEC realizó una Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo, 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 realizada 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. La encuesta englobó, bajo la etiqueta de trabajo doméstico no remunerado, 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, solo 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%).

(50) CNCiv., Sala A, LA LEY, 1989-A, 162 y 716; CNCiv., Sala B, LA LEY, 1989-E, 554 y CNCiv., Sala B, LA LEY, 1995-D, 38; CNCiv., Sala K, LA LEY, 1993-C, 88; Bossert, Gustavo A., “Régimen jurídico de los alimentos”, ob. cit., ps. 19 y ss., parág. 25, SAMBRIZZI, “Matrimonio y divorcio” Ed. LA LEY, 2017;

(48) VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Matrimonio civil. Ley 23.515”, Ed. Astrea, 1991, p. 262.

trabajó en el hogar dedicándose a su cuidado y conservación, en tanto el esposo era el único que efectuaba aportes económicos necesarios para el desenvolvimiento del matrimonio, deberá éste, luego de producida la ruptura, contribuir al mantenimiento de su cónyuge...” (51).

Del mismo modo, la Sala K de ese mismo tribunal ha afirmado que, “si bien actualmente rige el principio de igualdad jurídica de los cónyuges pues ambos deben contribuir a la satisfacción de sus necesidades, ello no significa privar a la mujer de asistencia, pues la ley debe aplicarse en cada caso particular de acuerdo con las circunstancias. A tal efecto, debe tenerse en cuenta en forma primordial que los deberes mencionados están vinculados a la distribución de los roles en cada pareja y a las posibilidades de cada esposo para desarrollar tareas remuneradas” (52).

i. El reconocimiento económico de las tareas domésticas. En orden a definir el concepto y el alcance de la obligación alimentaria conyugal, es esencial la determinación de los roles conyugales, y, en este punto, surge la cuestión del *reconocimiento económico de las tareas domésticas*.

La reforma del Código no incorporó en el mencionado art. 432 el reconocimiento explícito de las tareas domésticas como aporte económico al deber de asistencia material conyugal.

Sin embargo, en otras normas se produce un reconocimiento económico a las tareas del hogar, como ocurre en el art. 455, cuando se habilita la posibilidad de reclamar judicialmente la contribución a las cargas conyugales allí descriptas, se aclara que se debe “considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”.

En igual forma, el art. 433, en el inciso a), incluye como primera pauta interpretativa para cuantificar la obligación alimentaria el “trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades...”

(51) Sala B en LA LEY, 1996-C, 480. CNCiv., Sala C, ED, 171-266, con nota Álvarez, Osvaldo O., “Alimentos provisorios: ¿Prerrogativa automática en beneficio de la cónyuge?”

(52) CNCiv., Sala K, LA LEY, 1996-B, 743, 38.653-S.

Finalmente, en el art. 660, en relación con los deberes de asistencia parental, se reconoce que las tareas cotidianas de cuidado personal del hijo *tienen valor económico y constituyen un aporte alimentario* (53).

i. El requisito de la necesidad para reclamar. Para parte de la doctrina, ante el incumplimiento, los cónyuges no deben probar la necesidad para reclamarse alimentos, no surgiendo de la ley tal demostración, y, entonces, deberá ser el demandado quien podrá demostrar no serle necesaria (54).

Sambrizzi, en cambio, sostiene que el cónyuge que reclama alimentos debe acreditar que le resultan necesarios (55). En tal sentido, en el proyecto que elaboró la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobado por esa Cámara en el mes de noviembre de 1993, se propuso agregar, como art. 198 bis, una norma que establecía: “Si durante la convivencia, uno de los esposos requiriese judicialmente alimentos al otro, deberá probar la falta de medios propios y el incumplimiento por parte de su cónyuge”.

El incumplimiento alimentario. Efectos. La falta de cumplimiento de la obligación alimentaria habilita la acción judicial específica que puede ejercerse durante la convivencia. Aun cuando pueda resultar poco común, durante la convivencia, el derecho a accionar por alimentos existe y se extiende incluso a la situación de separación de hecho.

Incumplimiento alimentario y violencia. La falta de prestación alimentaria durante la vida en común de los cónyuges o incluso durante la separación de hecho constituye un claro ejemplo de *violencia económica*.

Si quien padece el incumplimiento es mujer, y el caso puede encuadrarse en la figura legal, podría solicitar la fijación de la cuota, con fun-

(53) Artículo 660.- Tareas de cuidado personal. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

(54) VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Matrimonio civil. Ley 23.515”, ob. cit.

(55) SAMBRIZZI, “Matrimonio y divorcio”, ob. cit.

damento en lo dispuesto por la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (56).

En ese sentido, el art. 5º, inc. 4º de la ley 26.485 define como violencia económica y patrimonial “la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de [...] c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna...”

Juez competente para la acción alimentaria conyugal. Según el art. 719, en las acciones por alimentos o pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes, es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor.

Si se hubiera celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también intentarse ante el juez del lugar del cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio, si coincide con la residencia del demandado.

I.11. Proyecto de vida y deberes matrimoniales ante el divorcio incausado

I.11.a. El incumplimiento de los deberes conyugales en el Código Civil

En el régimen del Código Civil, los derechos y deberes matrimoniales eran elementos constitutivos del consentimiento y de la relación matrimonial, de modo tal que su ausencia o falta de cumplimiento podía causar la separación personal o el divorcio culpable.

En este sentido, quien había quebrantado un deber conyugal era sancionado, no solo con la separación o la extinción del matrimonio, sino que, además, se le imponían, en la sentencia de divorcio, diversas condiciones que beneficiaban al cónyuge inocente que había sufrido el perjuicio provocado por el culpable de esas inconductas.

(56) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, “Derecho de Familia”, ob. cit.

En ese contexto, a modo de ejemplo, los alimentos regulados a favor del cónyuge inocente tenían una naturaleza verdaderamente resarcitoria del posible daño causado por el incumplimiento de los deberes conyugales, o, a lo sumo, podían significar una sanción que servía como patrón de conducta de tipo correctivo para el culpable.

Esas sanciones por las inconductas conyugales no dejaban de ser consecuencias jurídicas lógicas ante la realización de actos injustos y disvaliosos para el derecho, que la norma quería desalentar, promoviendo, de esa forma, el cumplimiento de los deberes conyugales.

I.11.b. La voluntad matrimonial permanente del Código Civil y Comercial

El concepto que trae el Código Civil y Comercial sobre los derechos y deberes matrimoniales está basado en un matrimonio fundado en el mantenimiento continuo de la voluntad matrimonial entre los cónyuges (57).

Este concepto se especifica en la *permanencia* de la intención de ambos esposos de desarrollar *el proyecto de vida en común* que se estableció con el matrimonio.

En este esquema conceptual, los deberes son un reflejo de esa voluntad matrimonial; en el momento en que se incumplan total o parcialmente, esto será indicativo de una falta de voluntad de sostener el proyecto de vida matrimonial.

Por ello, el incumplimiento de esos deberes será el indicio de una falta de voluntad matrimonial que, por otra parte, podrá ser luego el motivo de la petición de divorcio.

En el sistema del Código Civil y Comercial, la extinción del vínculo ya no depende en forma directa del incumplimiento de los deberes ma-

(57) Fundamentos, op. cit., p. 62. “Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

trimoniales, sino que se vincula con la falta de voluntad de los cónyuges de sostener ese proyecto de comunidad de vida.

En el nuevo Código ha cambiado el proceso de divorcio (58), ya no existen causales, ya no existen culpas ni plazos en la configuración de la desvinculación matrimonial.

Las obligaciones conyugales ya no tienen consecuencias jurídicas procesales relacionadas con el divorcio.

Esto significa que, si bien ahora el incumplimiento de esos deberes matrimoniales ha quedado sin una sanción específica que cause la disolución del vínculo, la falta a las obligaciones conyugales será un indicio de ausencia de voluntad de mantener el proyecto de vida en común y, por ende, ese incumplimiento será, de todos modos, el preámbulo del fin del matrimonio.

Sin perjuicio de ello, en el régimen actual, ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales pueden surgir algunos efectos directos e indirectos en relación con diversos institutos del Código Civil y Comercial.

1.12. Consecuencias por el incumplimiento de los deberes matrimoniales

1.12.a. Consecuencias por el incumplimiento del deber de fidelidad

En el Código Civil y Comercial, la fidelidad es un deber moral no jurídico; sin embargo, la norma contempla algunas consecuencias directas o indirectas que se derivan de su falta de cumplimiento.

a. Indignidad sucesoria. En caso de haberse producido un caso de quebrantamiento del deber moral de fidelidad, podría configurarse el caso del art. 2281, inciso i), que dice: “Son indignos de suceder... i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones”.

Por su parte el art. 1571, inciso b) dispone lo siguiente: “Ingratitud. Las donaciones pueden

ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: (...) b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor”.

En este caso, el acto de infidelidad conyugal constituye una inconducta moral que representa una injuria grave para el otro cónyuge, que no se condice con la gratitud debida al donante de la mencionada norma o al causante de una sucesión.

b. Cesación del derecho alimentario. El art. 433 *in fine* establece que “el derecho alimentario cesa si (...) el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad”.

En este punto, podría configurarse la causa de cesación por infidelidad por dos motivos. En primer lugar, la causa de cesación sería el inicio de una unión convivencial mientras se encuentra el vínculo conyugal vigente.

Este supuesto es discutible, y, de tomarse el texto en sentido estricto, sería de cumplimiento imposible, ya que, para que exista unión convivencial en los términos del art. 510, inciso d), no debe existir ligamen previo vigente. De modo que la norma debe aludir a la simple convivencia, aunque no reúna los requisitos del art. 510, lo que significaría una situación de infidelidad que provocará la cesación alimentaria.

En segundo término, la cesación de los alimentos se producirá si se incurre en alguna de las causales de indignidad, y ya hemos visto que la infidelidad encuadra en el inciso b) del mencionado art. 2281, por lo que por esta vía también la infidelidad tendrá como consecuencia la cesación alimentaria.

c. Daños y perjuicios. En el caso en que la infidelidad provoque un daño y se configuren los presupuestos establecidos en el art. 1716 y ss., quedará expedita la acción de reparación civil.

La posibilidad de reparación del daño provocado por la infidelidad ha generado un extenso debate doctrinario (59).

(59) CÓRDOBA, Marcos M., “Reparación de daños...”, ob. cit. CÓRDOBA, Marcos M., “Daños y deberes matrimoniales”, ob. cit. MEDINA, Graciela, “Daños...”, LA LEY, 2017-B, 262. Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera,

(58) PITRAU, Osvaldo, “El divorcio protectorio y los hijos”, ob. cit.

La función de la responsabilidad civil por daños es la reparación del perjuicio y no la sanción del incumplimiento de un deber como el de fidelidad.

En los fundamentos de la Comisión Redactora, se excluye en forma expresa la posibilidad de relacionar el vínculo matrimonial y el derecho de daños (60).

Como luego veremos, este razonamiento pierde sustento, ya que el matrimonio encuentra sustento y contenido jurídico a partir de la conformación de un proyecto de vida en común (art. 431), y el art. 1738 establece expresamente que la indemnización por daños alcanza “las consecuencias...que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

En ese contexto, un acto de infidelidad naturalmente va a interferir en el proyecto de vida del otro cónyuge que contaba con el compromiso originario de fidelidad, de modo que la conducta seguramente va a configurar un daño, y parece razonable que el cónyuge afectado pueda intentar una demanda de reparación (61).

Marisa - Culaciati, Martín Miguel, “La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños”. LA LEY, 2017-B, 467. Mizrahi, Mauricio Luis, “Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones”. LA LEY, 2017-B, 902. Azar, Aldo Marcel - Ossola, Federico Alejandro, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”. LA LEY, 2016-F, 1097.

(60) Fundamentos, op. cit., p. 63. “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

(61) CCiv., Com., Lab. y de Minería de General Pico, 14/12/2016, T. c. C. s/ divorcio vincular en LA LEY 2017-B, 253. “El daño moral ocasionado por un cónyuge como consecuencia de su infidelidad acreditada en el proceso de divorcio debe repararse, dado que si bien el art. 431 del Cód. Civ. y Com. decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad, también capta un interés relevante, ya que no hay duda de que este interés se despliega en el derecho a la dignidad, la armonía familiar, la integridad psíquica y moral que son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, por lo cual son

I.12.b. Consecuencias por el incumplimiento del deber de convivencia

Contrariamente al Código Civil, el nuevo texto no contiene una norma como la del antiguo art. 199, por ello ya no se puede intimar el reintegro del cónyuge no conviviente, ni tampoco esta falta configura una de las causales de divorcio, porque estas han sido suprimidas.

Sin perjuicio de ello, el incumplimiento del deber de convivencia contenido en el art. 431 de la actual normativa también genera determinadas consecuencias.

a. Efectos en la filiación. Pérdida de la presunción de filiación. De acuerdo con la primera parte del art. 566 del Código, la separación de hecho —que implica falta de convivencia— tiene como efecto, luego de transcurridos trescientos días desde la separación, el hacer caer la presunción de filiación establecida en dicha norma.

Además de ello, se contempla la situación de la falta de convivencia o separación de hecho en el art. 567: “Situación especial en la separación de hecho. Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial”.

b. Pérdida de la legitimación para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida. Conforme resulta del inc. b) del

dignos de amparo legal y deben ser resarcidos”. CCiv. y Com. de Gualaguaychú, Sala I, 28/06/2018, RCCyC 2018 (noviembre), 91 RCyS 2019-I, 101. La reparación autónoma solicitada al excónyuge debe rechazarse, pues la causal de adulterio atendida en la declaración del divorcio resulta ajena a la antijuridicidad como presupuesto del reclamo resarcitorio, mientras que la afectación al honor y a la dignidad, ya no por conducto de la infidelidad, sino por el invocado maltrato y violencia verbal y psicológica propinada a la actora en función de su enfermedad, carece de respaldo probatorio para habilitar la reparación pretendida.

art. 33, se pierde la legitimación para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida.

c. Pérdida de posibilidad de ser designado curador de su cónyuge. El art. 139, última parte dice: “Personas que pueden ser curadores (...) a falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica”.

d. Pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges” (art. 2437).

e. Habilitación de la opción de adopción por uno solo de los esposos. El art. 603, inc. b) dispone: “Adopción unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial. La adopción por personas casadas o en unión convivencial puede ser unipersonal si: (...) b) los cónyuges están separados de hecho”.

f. Solicitud de la separación judicial de bienes en el régimen de comunidad (art. 477, inc. c): “Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: (...) c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse...”

g. Otorga efectos retroactivos de la extinción del régimen de comunidad. Cuando la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al momento de esa separación con respecto a la extinción de la comunidad conyugal, aunque el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo, con fundamento en la existencia de fraude o abuso del derecho (480, 2ª y 3ª parte) (62).

(62) PITRAU, Osvaldo, “La Fecha de extinción de la comunidad de ganancias en caso de separación de hecho previa en el marco del juicio de divorcio” Diario DPI de Familia y Sucesiones Nro 91 — 3/11/2016 en www.dpicanonico.com.

h. Reclamo de reparación civil en caso de daño. En el caso de que el incumplimiento de la convivencia haya producido un daño y se configuren los presupuestos establecidos por la norma para solicitar un resarcimiento, se podrá iniciar una acción de daños y perjuicios. La función de la responsabilidad civil por daños es la reparación del perjuicio y no la sanción del incumplimiento de un deber, como puede ser, en este caso, la falta en el deber de convivencia.

En este sentido, se ha afirmado que, al analizar los deberes de asistencia y de convivencia, “si bien ahora tales deberes serán intrascendentes ante el divorcio incausado, sin duda alguna la violación de cualquiera de ellos, al igual que el adulterio y la infidelidad moral, tienen entidad para afectar la integridad psicofísica de las personas, y desde el momento en que mediante su incumplimiento se cause un perjuicio al cónyuge acreedor, éste tendrá derecho a su reparación en los términos comunes de la responsabilidad civil” (63).

I.12.c. Consecuencias por el incumplimiento del deber de asistencia y alimentos

a. Indignidad sucesoria. En caso de haberse producido un caso de quebrantamiento del deber de asistencia, cooperación, solidaridad y alimentos, podrían configurarse los casos del inciso e) del art. 2281.

El inciso e) dispone que: “Son indignos de suceder (...) e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo...”

La norma es muy clara y se refiere directamente al incumplimiento alimentario y a la figura de un *abandono* del otro cónyuge que no fue atendido debidamente mientras no podía valerse por sí mismo. Se trata de un típico incumplimiento del deber de asistencia que ahora no genera una causal de divorcio, pero que sí provoca la indignidad sucesoria.

(63) MOISÁ, Benjamín, “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, LA LEY, 2/3/2015, IV, b).

b. Daños y perjuicios. En el caso en que la falta de asistencia provoque un daño y se configuren los presupuestos establecidos en el art. 1716 y ss., quedará expedita la acción de reparación civil.

De todos modos, la función de la responsabilidad civil por daños es la reparación del perjuicio y no la sanción por el incumplimiento de un deber, como puede ser, en este caso, la falta de asistencia.

La posibilidad de reparación del daño provocado por el incumplimiento de los deberes conyugales ha generado un extenso debate doctrinario (64).

En los Fundamentos de la Comisión Redactora se excluye en forma expresa la posibilidad de relacionar el vínculo matrimonial y el derecho de daños.

Sin perjuicio de ello, si un acto de falta de asistencia, cooperación o solidaridad interfiere en el proyecto de vida del otro cónyuge y si se configura un daño, parece razonable que el cónyuge afectado pueda intentar una demanda de reparación.

c. Reclamo judicial alimentario en el fuero de familia. Configurado el incumplimiento alimentario, se podrá iniciar acción judicial para exigir su cumplimiento, durante la vigencia del matrimonio y durante la separación de hecho (arts. 432 y 455 Cód. Civ. y Com.), conforme los parámetros proporcionados por el art. 433.

d. Acción penal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, (leyes 13.944, 21.813, 22.461, 22.936, 23.479, 24.029 y 24.286). De acuerdo con el art. 2 inciso d) de la ley 13.944, el incumplimiento alimentario en relación con el otro cónyuge configura un delito penal, de modo que esta falta puede derivar en una condena penal de prisión o de multa.

e. El incumplimiento alimentario es un caso de violencia familiar y de género. La falta de prestación alimentaria durante la vida en común de los cónyuges constituye un claro ejemplo de violencia económica. De modo que el incum-

plimiento alimentario podría habilitar las vías judiciales que están previstas para la violencia familiar y de género.

Si quien sufre la privación de alimentos es la mujer, puede solicitar la fijación de la cuota, con fundamento en lo dispuesto por la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (65).

f. Inscripción en el registro de deudores alimentarios morosos. En todas las jurisdicciones del país se han creado registros de deudores alimentarios morosos (66), a través de las normas que se citan a continuación: ciudad de Buenos Aires (ley 269/1999); provincia de Buenos Aires (ley provincial 13.074 y decreto 340/2004); Córdoba (ley 8892); Santa Fe (ley 11.945); Tucumán (ley 7104); Mendoza (leyes 6879 y 8326); Salta (leyes 7151 y 7319); Neuquén (ley 2333); Entre Ríos (ley 9424); Chaco (ley 4767); Santiago del Estero (ley 6717); Corrientes (ley 5448); Misiones (ley 3615); Tierra del Fuego (ley 531); Catamarca (ley 5062); La Pampa (ley 2201); La Rioja (ley 7295); en Río Negro (leyes 3475 y 4094); San Juan (ley 7072); San Luis (ley IV-0094-2004); Chubut (ley 4616); Jujuy (ley 5273), y Formosa (ley 1365).

g. La revocación de las donaciones por ingratitud. Si un cónyuge incumple su obligación alimentaria respecto del otro, se configura una de las causales de revocación de donaciones por ingratitud, tal como surge del art. 1571, inciso d): "Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: (...) si rehúsa alimentos al donante".

En este supuesto debería darse el caso de una donación efectuada por un cónyuge al otro antes del matrimonio, ya que no sería factible ese

(65) El art. 5º, inc. 4º de la ley 26.485 define: "Violencia económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de [...] c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna..."

(66) PITRAU, Oswaldo - LEMPKIN, Roxana, "El Registro de Deudores Alimentarios Morosos", en la Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia. Ed. Abeledo Perrot, año 2001, RDE, 14-2001.

(64) Ver autores citados en la nota 59.

acto jurídico en vigencia del vínculo conyugal. En este caso, no resultaría aplicable el art. 1572, que dice que “La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos sólo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia”.

1.13. Proyecto de vida en común matrimonial y el régimen patrimonial

El matrimonio proporciona un marco legal para el proyecto de vida en común de los cónyuges. Hemos visto cómo este plan de vida se estructura a partir de deberes matrimoniales, pero, sin perjuicio de ellos, hay un régimen patrimonial que integra obligaciones en torno de ese proyecto de vida.

El régimen patrimonial del matrimonio admite, desde la sanción del Código Civil y Comercial, la posibilidad de celebrar ciertas convenciones que esencialmente se refieren al derecho de los contrayentes de optar por un régimen de separación de bienes, relegando el otro régimen de comunidad de ganancias que se presume seleccionado en caso de silencio.

Esta elección es parte del proyecto de vida matrimonial y conformará un plan completamente distinto, según sea una u otra elección.

En la comunidad de ganancias existe una integración patrimonial entre los cónyuges y en el momento del divorcio puede apreciarse la existencia de una verdadera comunidad que deberá liquidarse, mientras que en la separación de bienes esto no ocurrirá.

Sin embargo, y sin perjuicio de ello, existe en el nuevo Código un importante estatuto patrimonial imperativo que se aplica cualquiera que fuera la elección de los cónyuges: es el régimen común de orden público, que tiene una finalidad protectoria y que regirá aun en caso de elegirse la separación de bienes.

De modo tal que, en la configuración del proyecto de vida matrimonial, este sistema patrimonial imperativo común a ambos regímenes es una parte muy importante del plan conyugal.

Se trata del régimen establecido en los arts. 454 y ss., que ha previsto el deber de contri-

bución al sostenimiento del hogar y de los hijos (art. 455), la protección del hogar familiar (arts. 456, 457 y 458) y la responsabilidad solidaria de los cónyuges frente a las deudas del hogar o de los hijos.

Estas disposiciones del Código determinan obligaciones imperativas para los cónyuges que se convierten en deberes matrimoniales, aun cuando se haya elegido el régimen de separación de bienes, de modo tal que podemos identificarlas como importantes componentes del proyecto de vida en común.

Tal como sostiene la profesora Galli Fiant, el principio de cooperación o solidaridad se hace patente en el conjunto de normas imperativas que incluye deberes, restricciones a los derechos patrimoniales de los convivientes, facultades y responsabilidades frente a terceros. De esta forma, se imponen reglas de cooperación ineludibles, que se han considerado fundamentales para sostener ese proyecto de vida en común, más allá de las decisiones de cada pareja (67).

Y este mismo conjunto de normas imperativas también tendrá su correlato en el régimen jurídico de la unión convivencial.

1.14. El proyecto de vida en común convivencial. Contenido

El Código Civil y Comercial legisla sobre un nuevo instituto familiar que es la unión convivencial; en este caso, el art. 509 establece un concepto amplio que se refiere a “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

En este artículo son muy pocas las condiciones que se exigen para que exista esa unión convivencial, al punto tal que podría alcanzar a una multiplicidad de convivencias afectivas que comparten un proyecto de vida en común,

(67) GALLI FIANT, María Magdalena, “El proyecto de vida en común y los efectos patrimoniales”. Sup. Esp. CP 2019 (noviembre), 29/11/2019, 145. Cita *online*: AR/DOC/3870/2019.

como el caso de dos amigos que conviven y tienen un plan de trabajo conjunto.

De modo que, si el art. 431 incluía una indeterminación muy grande del alcance del proyecto de vida, en este artículo 509, esa indefinición es aún mayor, pudiendo predicarse, entonces, de numerosas relaciones afectivas vinculadas los más diversos proyectos conjuntos artísticos, laborales o científicos.

Esta norma nos descubre una unión convivencial muy amplia y aplicable a muchísimas parejas que conviven y comparten planes de vida.

En este contexto podría comenzar a delimitarse ese concepto tan amplio, indicándose que se trata de proyectos de vida en común y no de proyectos culturales o de trabajo, que se trata de compartir una vida en el sentido más profundo de la palabra, pero esta precisión no dejaría afuera a dos amigas que conviven, se conocen de toda la vida y comparten un proyecto de vida basado en la amistad.

En sentido distinto a ello, el art. 510 nos otorga precisiones muy estrictas sobre el reconocimiento de la unión convivencial con efectos jurídicos, requiriendo para ello que los dos integrantes sean mayores de edad; que no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; que no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; que no tengan impedimento de ligamen; que no esté registrada otra convivencia de manera simultánea, y, finalmente, que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

En el contexto del art. 510, no cualquier convivencia tiene efectos jurídicos, y quedan afuera muchas de las que quedaban incluidas por el amplio alcance del art. 509.

En este punto puede hacerse una observación importante: en primer lugar, esta aparente especificidad del art. 510 nos permite suponer que existen dos clases de unión convivencial: una amplia del art. 509 y otra mucho más estricta y con efectos jurídicos, en el artículo siguiente. O bien podríamos discurrir que es una sola forma

de unión convivencial definida genéricamente en el art. 509 y específicamente en el art. 510.

Sea cual fuere la postura elegida, lo cierto es que el *proyecto de vida en común convivencial* del art. 510 queda mucho más determinado y se acerca a un modelo matrimonial de convivencia, ya que establece requisitos determinantes como el impedimento de ligamen subsistente, que es propio de la unión matrimonial.

No puede constituirse una unión convivencial si existe un vínculo conyugal preexistente, de modo que se supone que el proyecto de vida en común convivencial no es compatible con un proyecto de vida en común matrimonial todavía subsistente.

Esta característica es determinante para acercar la unión convivencial al modelo matrimonial y permite suponer que los proyectos de vida de ambas instituciones guardan grandes semejanzas entre sí.

Los principales deberes que estructuran el plan de vida en esta unión son dos: convivencia y asistencia. En este sentido, si no se convive, ya no hay unión como tal. Y, respecto de la asistencia, si bien no existe una norma alimentaria como el art. 432 del régimen de matrimonio, se entiende que los convivientes se deben alimentos mutuamente, ya que estos son la expresión material de la asistencia.

Por otra parte, el Código ha previsto una serie de normas que son espejo del régimen imperativo común patrimonial del matrimonio, que se aplican a la unión convivencial protegiendo el hogar familiar en los arts. 520, 521 y 522.

Las normas de orden público de la unión convivencial se refieren al deber de convivencia, al deber de asistencia y a los deberes patrimoniales de contribución al sostenimiento del hogar y de los hijos, de responsabilidad solidaria entre convivientes por dicha contribución familiar y de protección del hogar convivencial, conformando todos estos un estatuto jurídico esencial para ese proyecto de vida en común.

Hemos dicho entonces que, dentro de ese plan, la característica esencial del proyecto de

vida en común consiste en que los miembros de esta unión vivan juntos.

Así pues, la ruptura de esta convivencia es causa inmediata de la extinción de esta unión, mientras que en el matrimonio ya hemos visto que los cónyuges pueden no vivir juntos, pero el vínculo subsistir y no existiendo en el nuevo plano conyugal una sanción específica por dicha falta al deber de convivir.

Más aún, en las uniones convivenciales pueden suscribirse *pactos de convivencia* que otorguen contenido al proyecto de vida en común convivencial, más allá de las normas de orden público que el Código ha previsto para regularlas.

Esta posibilidad de celebrar estos *pactos de convivencia* es una característica que les otorga a estos proyectos de vida en común una mayor certeza y determinación.

A través de estos pactos de convivencia, no podrían verse afectados los deberes de orden público de los convivientes como el de asistencia, pero, de acuerdo con la amplitud del propio texto codificado de los arts. 513 y 514, queda un campo enorme para la regulación del proyecto de vida en común, y esto es algo que sin dudas se extraña en la normativa del proyecto de vida matrimonial.

Sin perjuicio de las importantes diferencias entre la configuración del proyecto de vida convivencial y el matrimonial, en algo se asemejan: la ruptura del vínculo conyugal y el fin de la convivencia provocan la extinción de ambos proyectos de vida.

De modo tal que, en este caso, una vez rota la convivencia, se termina el proyecto descrito en el art. 509 y aparecen entonces los posibles vulnerables de la familia, que son el efecto más injusto de dicha finalización.

Y es aquí donde la postulación de un proyecto de vida familiar que subsiste a la convivencia se condice con una realidad vulnerable encarnada en los hijos y, quizás, en el miembro vulnerable de esa unión.

Nuevamente, y tal como ocurría en el matrimonio, una vez que se extingue la unión con-

vivencial subsiste la familia con sus miembros que aún tienen un proyecto de vida comunitario para seguir adelante.

1.15. El daño al proyecto de vida. Derechos de resarcimiento

El proyecto de vida puede verse afectado, tal como lo hemos explicado en relación con algunos de los deberes matrimoniales como el de fidelidad. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia latinoamericana ha desarrollado un concepto jurídico de daño al proyecto de vida, que ha logrado una trascendencia universal.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de 1998, reconoce el “daño al proyecto de vida”, por primera vez, en la sentencia de reparaciones del conocido caso María Elena Loayza Tamayo. En el apartado 147 de este fallo se expresa: “...que el denominado proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (68).

Por su parte, el apartado 148 del fallo se refiere al valor de las opciones que “el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Por ello, la cancelación o menoscabo (del “proyecto de vida”) “implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de su valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”. Por último, en el apartado 150 se reafirma este concepto cuando se expresa que “el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso

(68) CIDH, Fallo “Loayza Tamayo c. Perú”. Cumplimiento de Sentencia. 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 60 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_60_esp.pdf; Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. 3 de junio de 1999. Serie C No. 53 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_53_esp.pdf. Interpretación de la Sentencia de Fondo. 8 de marzo de 1998. Serie C No. 47 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_47_esp.pdf. Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Sentencia de Fondo. 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf.

concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, de forma irreparable o difícilmente reparable” (69).

Tal como lo destaca el propio Fernández Sessarego, la Corte Interamericana comprende y valora la importancia y los alcances que tiene para la vida del ser humano el cumplimiento de su “proyecto de vida”, que le otorga sentido a su existencia. Su frustración o menoscabo, para la CIDH, implica una pérdida de oportunidades de desarrollo personal “de forma irreparable o difícilmente reparable” (70).

En este mismo sentido, Galdós sostiene que “el daño al proyecto de vida” es “una mutilación del plan existencial del sujeto, de aquel que conforma su libre, personalísimo, íntimo y auténtico ‘ser y hacer’ y en la medida que ese plan supere el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraigue en la posibilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar el hecho nocivo” (71).

Finalmente, puede existir daño al proyecto de vida individual de uno o varios miembros de la familia, y esto, sin dudas, debiera ser indemnizable, por aplicación del art. 1738 del Cód. Civ. y Com., tal como lo hemos analizado al tratar la cuestión de los deberes conyugales.

II. Capítulo II. El proyecto de vida en común familiar posterior al matrimonio y a la unión convivencial

II.1. Concepto

El proyecto de vida familiar puede iniciarse con la celebración de un matrimonio o con una unión convivencial, pero también puede formarse antes de esos hitos jurídicos.

De esta forma podría iniciarse un proyecto de vida familiar aun antes de la unión conyugal o convivencial. Se trata en este caso de un proyecto de vida familiar prematrimonial o preconvivencial.

(69) Ver fallo citado en nota 68.

(70) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho, libertad”, ob. cit.

(71) GALDÓS, Jorge M., “¿Hay daño al proyecto de vida?”, en LA LEY, 2005- F, 1005, Buenos Aires.

El matrimonio y la unión convivencial serán los ejes de nuevos proyectos de vida que consolidarán aquellos planes previos que poseerán un estatuto jurídico más determinado. Estos proyectos de vida en común matrimonial o convivencial tienen, además, una recepción explícita en la norma codificada en los arts. 431 y 509.

Del mismo modo, esos proyectos familiares pueden sobrevivir al matrimonio o a la unión convivencial, pues, luego de disueltos esos institutos, en la mayoría de los casos subsisten vínculos a partir de un nuevo proyecto de vida postmatrimonial o postconvivencial.

En este punto, podríamos afirmar que, en definitiva, el proyecto de vida familiar es subyacente a todas aquellas etapas particulares y mantiene unidos a los miembros por diversos lazos jurídicos que perduran en el tiempo.

En realidad, *lo que subsiste no es el proyecto de vida, sino la familia misma*, y ese plan postruptura es reflejo de la existencia de un grupo que se unifica por vínculos que persisten a los cambios en las relaciones jurídicas de sus integrantes.

Los miembros de la familia que formaban parte de los proyectos de vida matrimonial o convivencial que se extinguieron siempre fueron a su vez partícipes de una familia con un proyecto de vida subyacente más amplio.

Este proyecto familiar subsistente no se constituye ahora con la finalización del plan de vida conyugal o convivencial; *siempre existió*, solo que ahora surge con una configuración autónoma distinta.

Luego del divorcio o de la ruptura de la convivencia, *lo que queda es una familia subsistente* que tiene una nueva dinámica de progenitores separados, que son ahora excónyuges o exconvivientes.

II.2. Fundamentos

El plan de vida familiar postdivorcio o postruptura de la unión convivencial tiene tres fundamentos básicos: la parentalidad, la solidaridad familiar y la vulnerabilidad. Sobre estos cimientos se tornará necesaria y exigible la existencia de un proyecto de vida subsistente.

a. Parentalidad. En esta etapa, los hijos son los factores de unidad de la familia, el régimen de responsabilidad parental es imperativo y se impondrá a pesar del divorcio o de la separación de los progenitores. Sin perjuicio de la voluntad de los padres, los hijos tienen derecho constitucional a la coparentalidad, de modo que allí se encuentran las bases del nuevo plan de vida familiar.

b. Solidaridad familiar. Aun cuando ya no existan vínculos jurídicos conyugales, las obligaciones jurídicas de solidaridad familiar subsisten en relación con los hijos y, en alguna medida, entre los propios excónyuges o exconvivientes. La solidaridad familiar puede ser la base del nuevo proyecto de vida familiar, en especial en los casos en que no hay hijos menores.

c. Vulnerabilidad. Luego del divorcio o de la ruptura convivencial, suelen quedar miembros de la familia en estado de vulnerabilidad; esto hace necesario definir un plan de vida postdesvinculación que permita asistir a aquellos que compartieron el proyecto de vida en la etapa anterior. La existencia de hijos menores, miembros enfermos en la familia, adultos mayores o personas discapacitadas es un factor de composición de un nuevo plan familiar redefinido sobre las bases de la asistencia solidaria al vulnerable.

II.3. El proyecto de vida en común familiar basado en la parentalidad

El proyecto de vida en común familiar postdivorcio o postconvivencia se especifica, en la mayoría de los casos, a partir de la existencia de hijos, dando lugar a lo que denominamos *proyecto de vida en común familiar parental*.

El derecho de los niños a la coparentalidad y, específicamente, a una parentalidad completa y responsable es fundamental para asegurar la existencia de un proyecto de vida en común familiar luego del divorcio.

Cierto es que, durante el matrimonio o la convivencia, ya existían planes de responsabilidad parental, pero estos aparecían subsumidos en el fuerte contexto de los proyectos de vida conyugal o convivencial; ahora estos terminaron y los roles parentales toman autonomía y le otorgan

contenido a un proyecto familiar que parecía acabado.

Los progenitores se encuentran ahora separados, pero deberán seguir ejerciendo la responsabilidad parental en forma compartida para satisfacer el derecho de coparentalidad o parentalidad completa de sus hijos: el niño tiene derecho a tener a sus dos progenitores, aun divorciados.

En el contexto de un proyecto de vida conyugal o convivencial acabado, *los hijos son los miembros que unifican a la familia*. En esta instancia, sobre la base del régimen jurídico de la responsabilidad parental y de los derechos de los niños, *subsistirá la familia*.

La familia y su plan subsisten encarnados ahora en la parentalidad jurídica, en el ejercicio de la responsabilidad parental y en el cuidado personal compartido de los hijos menores. En este plano, el derecho del niño a la coparentalidad, proveniente de la Convención de los Derechos y con rango constitucional, completa el estatuto jurídico del proyecto familiar.

Por ello, el plan de vida familiar postmatrimonial y postconvivencial será un renovado proyecto de vida familiar relacionado con el vínculo entre padres e hijos, que tiene como contenido de orden público toda la normativa de responsabilidad parental del Código Civil y Comercial.

II.4. Los planes de coparentalidad como instrumentos regulatorios del proyecto de vida familiar postmatrimonial y postconvivencial

El proyecto de vida en común familiar parental podrá instrumentarse a través de convenios regulatorios del divorcio, acuerdos de ruptura convivencial o planes de coparentalidad.

En ese plano, los planes de coparentalidad son los instrumentos jurídicos esenciales para constituir un proyecto de vida familiar postdivorcio y establecer su contenido y alcance.

Un plan de coparentalidad postdivorcio o postconvivencia que se encuentre compuesto por las cláusulas necesarias es el instrumento constitutivo de nuevo *proyecto de vida en común familiar*.

En esos planes parentales, el cuidado personal compartido de modalidad indistinta es el sistema regulatorio más apropiado para definir cotidianamente un proyecto de vida en común familiar completo postmatrimonial o postconvivencial.

Este convenio regulatorio tiene una enorme trascendencia jurídica para los miembros de esa familia, que ya no se encuentra enmarcada en un matrimonio o en una unión convivencial; por lo tanto, el alcance y el contenido del plan no deben limitarse al alcance del escueto texto del artículo 655.

En el art. 655 se establece que: “Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga: a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b) responsabilidades que cada uno asume; c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

“El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación”.

En este punto, debe aclararse que los elementos que incluye la norma como parte del plan pueden ser un contenido mínimo de aspectos básicos, o bien pueden ser una nómina indicativa que puede ampliarse.

En uno u otro caso, pueden incluirse en el plan otras cuestiones que resultan necesarias para la regulación del mencionado *proyecto de vida en común familiar de base parental*.

Cabe destacar que, en su anteúltimo párrafo, el mencionado artículo hace expresa referencia a las “necesidades del grupo familiar”, de modo tal que ello devela la vinculación de estos planes con intereses que superan aquellos meramente parentales y alcanzan al bien de la familia misma.

Los planes de coparentalidad son instrumentos mucho más esenciales para la organización

del proyecto familiar que aquello que parece develar el texto del art. 655.

El plan de coparentalidad es un acto jurídico familiar multilateral integrado con la voluntad de los progenitores, la participación del hijo, la intervención del Ministerio Público y la decisión del juez, donde se determina el contenido y el alcance de la responsabilidad parental y del proyecto de vida en común de esa familia (72).

II.5. Las cláusulas de un plan de parentalidad que permiten constituir un proyecto de vida familiar

Un plan de parentalidad puede ser la base de un proyecto de vida familiar, pues bien, en ese caso debe estar provisto de cláusulas que atiendan a ese fin. Por ello describiremos algunos de los artículos esenciales que, a nuestro entender, deben formar parte de este estatuto jurídico familiar.

Es cierto que el inciso b) de esta norma presenta una fórmula muy amplia y omnicomprendensiva cuando alude a “*las responsabilidades que cada uno asume*”, que podría abarcar todo, pero, si se trata de conformar un plan de vida familiar, debemos explicitar cuáles son los componentes esenciales que necesariamente deben integrar en forma expresa estos acuerdos.

II.5.a. La cláusula histórica

En primer lugar, todo plan parental familiar debe describir y evocar la historia de estos progenitores y de estos hijos, no solo citando fechas de nacimiento o de separación de los padres, sino ilustrando sobre cómo ha sido hasta ahora la vida de esos niños y niñas, con los detalles más importantes de su desarrollo y crecimiento; esto servirá al ministerio público y al juez para comprender la historia familiar y obtener de allí valiosos elementos para dictaminar u homologar este acuerdo.

II.5.b. El centro de vida del niño

El plan deberá incluir una completa descripción del lugar donde vive el niño, pero esta deberá trascender la cuestión del hogar físico, para

(72) PITRAU, Oswaldo, “Las cláusulas necesarias...”, ob. cit.

alcanzar a explicitar todo el conjunto de relaciones familiares y afectivas que el niño tiene a partir de ese centro vital. De esta forma, se dibuja el cuadro completo de la familia, trascendiendo a los propios hijos.

En relación con ese centro de vida, habrá que listar la vinculación del niño y la familia con las instituciones formales educativas, deportivas, culturales, religiosas y de salud que surgen a partir de la vida en ese lugar. Finalmente, deberán incluirse todas las relaciones con instituciones no formales que coexisten con el hijo y que son también decisivas para darle sentido y fundamento al proyecto de vida familiar de base parental.

Gran parte de ese nuevo proyecto de vida familiar postdivorcio y postconvivencia se relaciona con esos componentes del centro de vida del niño, de modo que resulta necesario que se encuentren incluidos en este plan, ya que pueden ser herramientas que nos ayuden a resolver diversos problemas familiares.

II.5.c. La cláusula de comunicación entre progenitores

Debe quedar establecido, en un acápite específico del convenio, un régimen de comunicación entre los progenitores. Si se pretende convertir este acuerdo en la base de un proyecto de vida familiar, debería homologarse un plan de parentalidad en el que quede expresamente acordado un régimen de comunicación entre los progenitores, ya que estos son quienes tienen que llevar adelante personalmente las principales acciones del pacto.

Por ello, esta cláusula es quizás la más importante. La propia comunicación con el hijo o la asistencia material queda subordinada a una comunicación fluida y natural entre los progenitores. No puede asegurarse la subsistencia de una familia y menos aún la concreción de un proyecto familiar postdivorcio si los progenitores no tienen un acuerdo de comunicación responsable. Este presupuesto debiera ser exigido por los funcionarios intervinientes en los procesos de homologación.

Y, finalmente, esta es la base de lo que denominamos parentalidad responsable, pero, ade-

más, es un elemento esencial de un plan de vida familiar postconyugal o postconvivencial.

II.5.d. La cláusula de participación del hijo

Todo plan de parentalidad debe incluir una cláusula donde se acredite que el hijo es escuchado y que su opinión es tenida en cuenta.

El propio art. 655 dice: “Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación”. Sin embargo, usualmente esto no ocurre, ni tiene un correlato explícito en el texto del plan. Es imperativo que el hijo esté presente en el plan; así lo mandan la Convención de los Derechos del Niño en su art. 12 y los arts. 639 inciso c) y 646 del Cód. Civ. y Com.

La participación del hijo es siempre un factor de unidad familiar; por ello, si se pretende fundar un proyecto de vida postconyugal en la parentalidad, los hijos deben participar y ser protagonistas de esos acuerdos.

II.5.e. La cláusula educativa

En esta cláusula, los progenitores establecerán sus decisiones en torno a la formación de sus hijos. Esta determinación es mucho más importante que aquella que regula el régimen de vacaciones o los días festivos; sin embargo, no aparece en el escueto art. 655 y, en general, no es reclamada tampoco por los funcionarios intervinientes.

En esta cláusula deberá intervenir específicamente el hijo, de acuerdo a lo que dispone el art. 646 inciso c) cuando dice: “son deberes de los progenitores: (...) c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo...”

II.5.f. La cláusula de solidaridad familiar, de cooperación o colaboración

En reiteradas oportunidades, el Código Civil y Comercial requiere que uno de los progenitores colabore con el otro en el ejercicio de la responsabilidad parental y en el cuidado personal. Así lo refleja claramente el art. 653. Esta cláusula es clave para la relación con los hijos, pero, fundamentalmente, en el vínculo entre los progenitores.

Es el correlato postconyugal o postconvivencial de la obligación de cooperación del art. 431, que antes hemos comentado extensamente. Los progenitores excónyuges o exconvivientes ahora deben vincularse solidariamente, como progenitores que forman aún una familia, cooperando y colaborando uno con el otro. Esta es una obligación jurídica impuesta por la parentalidad, pero que era propia de los estatutos matrimoniales o convivenciales que ahora ya han cesado.

La solidaridad jurídica extendida en el tiempo acredita la subsistencia de la familia luego del divorcio o de la ruptura convivencial, y no se trata de deberes morales, ya que la falta de colaboración entre los padres o la obstaculización de la función parental del otro progenitor tiene efectos jurídicos reconocidos y aplicados por la jurisprudencia, tales como astreintes, multas, suspensión del régimen de comunicación, cambios en la titularidad del cuidado personal y reparación de daños por obstaculización de la comunicación o por la falta de colaboración con el otro progenitor (73).

II.5.g. La cláusula de atribución de la vivienda familiar

Si la pareja se divorcia o si se rompe la unión convivencial, cualquiera de las partes puede pedir el uso de la vivienda familiar. Si no hay acuerdo, el juez decidirá la atribución del uso a uno de los excónyuges o exconvivientes, teniendo en cuenta diversas pautas: quién tiene a su cargo el cuidado de los hijos, quién tiene menos

posibilidades económicas de proveerse de una vivienda, el estado de salud y edad de los excónyuges y los intereses de otros miembros del grupo familiar.

Sobre estos parámetros, estos planes de parentalidad pueden definir quién se quedará en el hogar familiar y en qué condiciones, y la residencia de los hijos será fundamental para determinar esta preferencia. Este también es un punto esencial del proyecto de vida familiar postconyugal o convivencial. (arts. 443 y 526 del Cód. Civ. y Com.)

II.5.h. Cláusulas de incorporación de nuevos integrantes de la familia

En estos convenios familiares, debe contemplarse la integración de progenitores afines, referentes afectivos, abuelos y otros parientes que desempeñarán nuevos roles en la vida de los niños, pero fundamentalmente se incorporarán a su cuidado personal y a la asistencia de ellos.

Por ello, en la definición de los roles parentales, deben estar integradas en forma explícita, de modo tal que compartan con los progenitores, las diversas funciones familiares.

II.5.i. La cláusula de garantía de cumplimiento

El plan debe contener garantías para su cumplimiento. La mayoría de los convenios parentales de cuidado personal o asistencia material homologados no se cumplen; sin embargo, quienes los redactan o los funcionarios que intervienen o deciden no incluyen garantías de cumplimiento.

Durante más de veinte años hemos reclamado estas cláusulas que, quizás, no impedirán la defección del obligado, pero que le darán al hijo una mayor salvaguarda de sus derechos. Y estas garantías no siempre deben ser reales; muchas veces podrán ser personales y así podrán ser otros los familiares cercanos quienes servirán de custodios y aseguradores del cumplimiento efectivo.

En este plano, las cláusulas de un proyecto de vida familiar deben tener garantías de cumplimiento y sanciones por su violación, ya que las conductas que frustren esos planes familiares afectan a todos los integrantes de esa familia.

(73) SCJ de la Provincia de Mendoza, Sala I, 05/06/2020, "B. L. c. T. G., D. A. s/ cuidado personal". Recurso extraordinario provincial AR/JUR/24462/2020; CCiv., Sala J, 28/10/2020, "O., M. A. y otros c. P., K. C. s/ Régimen de comunicación"; La Ley Online, AR/JUR/52250/2020; CNCiv., Sala H, 21/11/2016, "M., P. M. y otro c. Z. F., A. R. s/ art. 250 CPC - incidente de familia" LA LEY, 02/02/2017, 9, LA LEY, 2017-A, 221; CApel. en Familia y Sucesiones de Tucumán, Sala I, 31/07/2020, "R., H. F. c. O., D. A. B. s/ ejercicio de la responsabilidad parental". La Ley Online, AR/JUR/32621/2020; CFamilia de Mendoza, 06/02/2019, "S., M. P. c. T., J. A. s/ incidente régimen de visitas". La Ley Online, AR/JUR/7652/2019; Juz. Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 76, 24/08/2018, "G. P. A. c. M. M. E. s/ régimen de comunicación". La Ley Online, AR/JUR/43973/2018; CNCiv., Sala B, 11/09/2015, "D. R. D., P. c. G. Z., P. s/ régimen de visitas". RCCyC, 2015 (diciembre), 135; DJ 30/03/2016, 66, AR/JUR/36050/2015.

III. Capítulo III. Conclusiones

1. El Código Civil y Comercial ha previsto en el art. 431 que el estatuto jurídico matrimonial se encuentre determinado ahora por la conformación de un *proyecto de vida en común*, que estará basado en deberes de fidelidad, cooperación, convivencia y asistencia.

2. Los deberes conyugales del art. 431 del Código Civil y Comercial ya no poseen el contenido jurídico, la coercibilidad y los efectos que tenían en el Código Civil.

3. El proyecto de vida en común matrimonial es un tipo de plan de vida familiar que aparece en la norma en forma indeterminada en su contenido y alcance jurídico.

4. La unión convivencial también se constituye sobre la base de un proyecto de vida en común de acuerdo con el art.509 del Código Civil y Comercial.

5. Los proyectos de vida matrimonial y convivencial encuentran en el régimen patrimonial imperativo matrimonial de los arts.454 a 462, y convivencial de los arts. 520 a 522, un estatuto jurídico protectorio de la familia.

6. El divorcio significa la conclusión del proyecto de vida matrimonial, pero, en muchos casos, la familia subsiste con su propio proyecto autónomo.

7. La ruptura de la convivencia significa la extinción del plan de vida convivencial, pero, del mismo modo que en el caso del matrimonio, la familia sobrevive con otro proyecto vital.

8. Luego del divorcio o la ruptura convivencial, el proyecto de vida familiar se basa en la parentalidad: los hijos son factor de unidad y de planificación futura para esos progenitores separados.

9. El nuevo proyecto de vida familiar postdivorcio o postconvivencia se fundamenta en la solidaridad, en la vulnerabilidad de sus miembros y en la parentalidad subsistente.

10. La instrumentación del proyecto de vida familiar postruptura se llevará a cabo a través de los planes de coparentalidad.

11. Los planes de coparentalidad constituirán verdaderos proyectos de vida familiar, pero para ello deberán contar con las cláusulas necesarias que contemplen la nueva realidad de los integrantes de la familia.

La eugenesia: un análisis crítico

Eduardo A. Sambrizzi

Sumario: I. Concepto de eugenesia y distintas modalidades.— II. La eugenesia en la antigüedad y Francis Galton como precursor.— III. Las nuevas caras de la eugenesia.— IV. Análisis crítico de la eugenesia.— V. La intervención del Estado en cuestiones relacionadas con la eugenesia.— VI. Bibliografía complementaria.

I. Concepto de eugenesia y distintas modalidades

I.1. Concepto de eugenesia

En un libro publicado en el año 1883 (*Inquiries into Human Faculty and its Development*), Francis Galton acuñó el término *eugenesia*, que deriva del griego *eu* (bien, bondad, perfección, normalidad) y *genesis* (engendramiento o nacimiento), habiendo definido ese término como “la ciencia que trata de todos los factores que mejoran las cualidades propias de la raza, incluidas las que la desarrollan de forma óptima” (1).

Romeo Casabona ha dicho que por eugenesia se entienden los procedimientos capaces de mejorar la especie humana (2); mientras que Díaz de Guijarro entiende que consiste en la “aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana” (3).

(1) Cit. por ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”, en *La eugenesia Hoy*, Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999, ps. 5 y 6.

(2) ROMEO CASABONA, Carlos María, ob. cit., p. 4. Ver también, del mismo autor, “Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano”, Bilbao-Granada, 2000, p. 136.

(3) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “El impedimento matrimonial de enfermedad. Matrimonio y eugenesia”, nº 8, ob. cit. por ZANNONI en “Derecho Civil. Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., t. 1, p. 281, parágr. 200. En la nota “Matrimonio y Eugenesia”, JA, 1942-II, sec. doctr., p. 23, DÍAZ DE GUIJARRO dice que “la eugenesia es disciplina que persigue el mejoramiento de la raza humana y que el matrimonio es la vía esencial para lograr ese fin; sólo el matrimonio de personas sanas dará descendencia sana”.

A juicio de la genetista María Isabel Tejada Mínguez, la eugenesia es “la disciplina que intenta mejorar el patrimonio genético humano” (4). A su vez, en el Diccionario de la Real Academia Española se dice que eugenesia es la “aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana”.

Un concepto distinto y más amplio de la eugenesia ha sido expuesto por Jacques Roger, al definir el eugenismo como “un movimiento político, social y científico, que se desarrolló en el mundo occidental a finales del siglo XIX como reacción a la situación del mundo tal como era percibido en la época, y que corresponde a una voluntad fundamental de aplicar la biología a los asuntos humanos” (5).

I.2. Distintas modalidades de la eugenesia

I.2.a. Eugenesia positiva y negativa

Por lo general, se hace un enfoque de la eugenesia desde dos ángulos distintos: por un lado, se habla de lo que se conoce como *eugenesia positiva*, que persigue la propagación o proliferación de las características genéticas consideradas como más deseables mediante su transmisión a la descendencia, lo cual podría ocurrir por medio del fomento del casamiento de parejas seleccionadas a esos efectos, o mediante la utilización —en la procreación asistida— de gametos de personas sanas y con caracteres admitidos como óptimos, así como

(4) “Genética médica y eugenesia”, en *La Eugenesia Hoy*, cit., p. 155.

(5) Cit. por ÁLVAREZ PELÁEZ, Raquel, “La eugenesia española a lo largo del siglo XX”, en *La Eugenesia hoy*, cit., p. 87.

también de otras diversas maneras, como podría ser, por ejemplo, por el desarrollo de acciones sanitarias para la prevención de enfermedades o para evitar su transmisión, o por acciones terapéuticas para tratar de lograr su curación.

Desde otro ángulo, está la que ha sido denominada *eugenesia negativa*, entendiéndose por tal aquella mediante la cual se pretende evitar la transmisión a la descendencia de genes considerados como defectuosos por parte de las personas que se hallan afectadas por ellos, lo cual se ha tratado de lograr por distintos medios: la prohibición de la celebración del matrimonio o la esterilización, ya sea voluntaria o coercitiva, de personas que tienen algún defecto genético, la contracepción o el aborto, o hasta inclusive la eliminación de la persona que ha nacido con graves enfermedades o con malformaciones. Resumiendo: “la eugenesia positiva fomenta la reproducción de quienes disponen de una mejor materia hereditaria; la eugenesia negativa procura impedir la reproducción de aquéllos cuyo componente hereditario se considera *deficiente* o de *calidad inferior*” (6).

Como se advierte, ambos enfoques o modalidades de la eugenesia se manifiestan, por lo general, mediante una selección de las personas, lo cual puede sin duda afirmarse que constituye una circunstancia, por principio, negativa. Los dos enfoques persiguen igual finalidad, consistente en tratar de lograr el mejoramiento de la raza humana, de manera de lograr seres más sanos o inteligentes, o mejor dotados, consistiendo la diferencia entre ellos, fundamentalmente, en los métodos puestos en práctica para lograr el fin al cual tienden.

Naturalmente que también podrían darse procedimientos que comprendan las dos modalidades de eugenesia, como ocurriría en el supuesto de que se fertilizaran gametos de personas con caracteres que se consideren como deseables, para luego hacer una selección de los embriones logrados de esa manera, eliminando a los menos dotados.

Daniel Soutullo afirma que la división que se hace en eugenesia positiva y negativa es un

tanto artificial, pues el resultado final tiende a coincidir, no obstante lo cual, señala que la distinción puede resultar útil cuando se pone el acento en las acciones a tomar o en las técnicas para llevarlas a cabo, que pueden ser diferentes en ambos supuestos. Agrega Soutullo que, desde el punto de vista de la eugenesia clásica, en razón de haber sido asociada a medidas represivas para evitar la perpetuación de la estirpe de personas consideradas un peligro para la sociedad, la eugenesia negativa ha sido considerada mucho más problemática que la positiva, pues, si bien esta última era considerada elitista o clasista, no tenía por qué acarrear coerción sobre las personas; pero que, en la actualidad, esas diferencias en la apreciación ética de las distintas modalidades de la eugenesia prácticamente han desaparecido. Dice dicho autor que la eugenesia negativa goza de no pocos defensores, al centrarse en la posible eliminación de las enfermedades hereditarias, ya que algunos de sus métodos serían aparentemente inocuos, como el diagnóstico prenatal y el consejo genético, aunque otros son bastante más problemáticos, como la utilización de la terapia médica germinal para la eliminación de los genes de enfermedades hereditarias; y que, por lo que se refiere a la eugenesia positiva, el desarrollo de la biología ha puesto de relieve ciertos peligros que antes no eran considerados, como la posibilidad de actuar sobre las células reproductoras o directamente sobre los embriones para alterar su constitución genética (7).

Nosotros creemos que en la mayor parte de sus manifestaciones ambos tipos de eugenesia son criticables por atentar contra la libertad y la dignidad del ser humano, a pesar de lo cual cierto tipo de procedimientos, tales como, por ejemplo, los exámenes preimplantatorios y prenatales, han tenido una gran aceptación. Lo que ha sido así, no obstante que de la forma y con la finalidad con las que por lo general se los suele utilizar, más que un progreso para la humanidad, significan un verdadero retroceso, fundamentalmente desde un punto de vista moral.

(6) IBARRA, Andoni, “Conocer e intervenir: el bucle eugenesico”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., ps. 225 y 226.

(7) SOUTULLO, Daniel, “La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, Talasa Ediciones S.L., Madrid, 1997, ps. 73 y ss.

I.2.b. Eugenesia selectiva y transformadora

John Maynard Smith ha distinguido dos tipos de eugenesia, una de las cuales denomina eugenesia *selectiva*, que consiste en la aplicación a la especie humana de parecidas técnicas que desde tiempos antiguos se han venido aplicando en la cría de animales y en el cultivo de plantas domésticas. Formaría parte de este tipo de eugenesia la selección de embriones y de células germinales.

La que dicho autor llama, en cambio, eugenesia *transformadora* sería aquella que se ocupa de la eliminación o introducción de genes a ser heredados por los descendientes; de este tipo de eugenesia formaría parte la terapia en la línea germinal (8).

II. La eugenesia en la antigüedad y Francis Galton como precursor

II.1. El desarrollo del pensamiento eugenésico en la antigüedad

Hubo un tiempo en que se creía que las malformaciones físicas de los individuos provenían de transgresiones de tipo religioso o moral, frutos del pecado, lo que llevaba muchas veces a la exclusión social de aquellos que las sufrían, habiéndose llegado inclusive al infanticidio, como ocurrió en una época, en Esparta, con los niños que nacían malformados, a los que se consideraba que constituían una carga para el Estado, lo que hacía que fueran sacrificados en el Monte Taigeto. Luis Jiménez de Asúa recuerda, asimismo, que los brahmanes tenían la costumbre de matar o de abandonar en la selva a los niños que, luego de transcurridos dos meses desde el nacimiento, les parecían de mala índole; también informa dicho autor que los celtas eliminaban a los niños deformes o monstruosos (9).

Lo cierto es que, desde la antigüedad, el hombre ha pensado en la mejora de la calidad física del ser humano, partiendo, fundamentalmente, de los mecanismos de la herencia, pues no

(8) "Eugenesia y utopía," cit. por LUJÁN, José Luis, "Eugenesia: de la ética a la política," en *La Eugenesia Hoy*, cit., ps. 249 y 250.

(9) Libertad de amar y derecho a morir, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, 7ª ed., ps. 5 y 6.

se dejó de advertir la cuestión de los parecidos entre padres e hijos, e inclusive entre parientes, todo lo cual llevó a investigar y a pensar en las causas de las cuales resultaban esas semejanzas.

En un primer momento, la mejora que se quería lograr estaba dirigida exclusivamente a las características biológicas, para luego, mucho más adelante, contemplar también otros aspectos distintos, tales como el mental o el del carácter de los individuos.

La eugenesia se hallaba presente entre los egipcios, debiendo recordarse al respecto el casamiento que, en el caso de los faraones, se producía entre hermanos, con la finalidad de conservar la pureza de la raza.

Borda señala, asimismo, que ya las leyes de Manú, así como también las hebraicas, establecían impedimentos de tipo eugenésico para casarse. Tan es así que prohibían el matrimonio entre leprosos, tuberculosos y epilépticos, obediendo a idéntico propósito las leyes espartanas. En igual sentido, las leyes de las XII Tablas permitían que el padre matara al hijo que tuviera una grave deformidad física, arrojándolo desde la roca Tarpeya, en el Monte Capitolino, una de las siete colinas de Roma (10).

Ese tipo de actitudes fue seguido también en distintas épocas por diversos pueblos, todo lo cual fue morigerado y hasta hecho desaparecer de la legislación con el advenimiento del cristianismo, que llevó a la aceptación de una moral que repudiaba hechos de esa naturaleza.

Platón pone de relieve en *La república* una propuesta claramente eugenésica, al señalar la conveniencia de "que sean muy numerosas las relaciones de sexo entre los mejores, y muy raras, en cambio, entre los peores. Y si se quiere

(10) "Tratado de Derecho Civil. Familia", 10ª edición, act. por Guillermo Borda (h), Ed. La Ley SAEeI, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 87 y ss., n° 78. Ver también sobre esos antecedentes y otros similares, MOSQUERA, Gerardo Raúl, "El SIDA como impedimento del matrimonio civil", La Ley, Ed. LA LEY SAEeI, 1992-E, 1256 y ss.; YUNGANO, Arturo R., "Eugenesia," en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. II, Ed. Universidad Buenos Aires, 1992, ps. 116 y 117, donde señala la reaparición de la tesis eugenésica en el siglo XVII, entre otros, en TOMÁS MORO, La Utopía, donde se refiere a la necesidad del examen médico de los futuros esposos.

que el rebaño progrese, habrá que atender a los hijos de los primeros y no a los hijos de los segundos; todo ello sin que lo sepan otras personas que los gobernantes, si es que se pretende que el rebaño de los guardianes permanezca lo más tranquilo posible (...) Y a los jóvenes que se distinguen en la guerra o en otra actividad, habrá que concederles entre otros premios una mayor facultad para cohabitar con las mujeres, con lo cual se dará también ocasión a que nazcan de estos hombres el mayor número de hijos (...) deberán tomar a los hijos de los mejores y llevarlos al redil, donde los cuidarán unas ayas que habitarán en un lugar aislado de la ciudad; en cambio, a los hijos de los peores o a cualquiera de los otros que nazca lisiado, los mantendrán ocultos, como es natural, en un lugar secreto y desconocido” (11).

Como se advierte, Platón admitía procedimientos eugenésicos tanto para mejorar la raza humana, por medio de la selección y de la subsiguiente unión de personas destacadas, a fin de lograr de esa manera la transmisión de caracteres considerados como valiosos, como también para evitar que se transmitieran a la descendencia caracteres no deseables.

II.1. Francis Galton fue el precursor de la eugenesia como ciencia

II.2.a. Desarrollos posteriores a la obra de Galton

La eugenesia nace como una ciencia de la mejora del linaje humano, que era considerada por Galton como una necesidad para su época y, específicamente, para la población de Inglaterra, que, a su juicio, estaba en decadencia, la cual, según sostenía, constituía una cuestión hereditaria (12). Pensaba Galton que las principales características de las personas, particularmente las intelectuales y morales (13), se transmitían por herencia —con un alcance prácticamente

determinista—, encontrándose la evolución de la sociedad determinada por la diferente tasa reproductiva de las diferentes razas, clases (14), grupos nacionales, etc., cuyos atributos eran una consecuencia directa de las distintas características hereditarias. De tal manera, dejaba casi totalmente de lado las influencias ambientales, incluyendo la educación (15), a las que daba una relevancia mínima en comparación con la herencia (16); con lo cual, como es fácil advertir, se restan incentivos para luchar con-

eugenesia, la energía era la cualidad más importante a favorecer, por ser la base de la acción vital del individuo.

(14) Según afirmaba Galton, las clases inferiores se reproducen más que las superiores, lo que se debía a distintos factores: a) el mayor número de personas que componen las clases inferiores; b) el hecho de que las clases superiores comienzan a procrear más tarde, debido a que, al ser más prudentes, quieren situarse mejor económicamente antes de tener hijos; c) los índices de esterilidad serían mayores en las clases superiores que en las inferiores (PUIGPELAT, Francesca, “El movimiento eugenésico de principios de siglo: presupuestos y enseñanzas”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., p. 69).

(15) Recuerda Raquel Álvarez Peláez que Galton decía que “el ambiente, la sociedad, podían quizás dificultar el triunfo de un individuo con talento. Pero la educación no conseguiría nunca que un miembro de las clases inferiores, que no tuviera una especial dotación hereditaria, se convirtiera en un hombre eminente” (Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, ob. cit., p. 63).

(16) Esta forma de pensar está hoy en día totalmente desacreditada, ya que en la actualidad se le da tanto a la educación como al medio en el cual se desarrolla el individuo una importancia relevante. Daniel Soutullo ha afirmado que genes y ambiente forman una unidad inseparable, ya que es imposible que los genes se expresen al margen de aquel (ob. cit., p. 100). Se ha dicho asimismo al respecto que, aun cuando se clonara a individuos geniales, como pudieron ser Mozart, Einstein, Gandhi, etc., esa casi identidad genética no aseguraría que también los clones sean geniales, no siendo siquiera posible duplicar los medios en los que aquellos vivieron, ni los contextos históricos en los que vivieron y floreció su grandeza, que depende de una interacción entre lo natural del individuo y el medio en el que se desarrolla (BROCK, Dan W., “La clonación de seres humanos: una valoración de los pros y los contras éticos”, en *Clones y clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana*, AA.VV., Martha C. Nussbaum y Cass R. Sunstein (Eds.), Madrid, 1998, p. 148). Véase sobre lo dicho en el texto, entre muchos otros, lo expresado al respecto por el Prof. Domenico Di Virgilio, presidente de la Asociación Italiana de Médicos Católicos, informado con fecha 13/02/2001 por la Ag. de Noticias Zenit.

(11) 3ª edición, traducido del griego por José Antonio Míguez, Aguilar SA, Madrid, 1968, ps. 337 a 339.

(12) Ver también sobre esto, ÁLVAREZ PELÁEZ, Raquel, Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1985, p. 63 y ss.

(13) También decía que la energía es un atributo de las razas superiores y que, en cualquier esquema de

tra las enfermedades mediante la mejora de las condiciones de vida.

Recuerda Raquel Álvarez Peláez que, en el libro más arriba mencionado de Francis Galton, *Inquiries into Human Faculty and its Development*, dicho autor afirma que su intención es “mencionar varios tópicos más o menos conectados con aquello del cultivo de la raza, o, como podemos llamarlo, con las cuestiones *eugénicas*. Esto es, con problemas relacionados con lo que se llama en griego *eugenes*, es decir, de buen linaje, dotado hereditariamente de nobles cualidades. Esta y las palabras relacionadas, *eugeneia*, etc., son igualmente aplicables a los hombres, a los brutos y a las plantas. Deseamos ardientemente una palabra breve que exprese la ciencia del mejoramiento del linaje, que no está de ninguna manera confinada a cuestiones de apareamiento sensato, sino que, especialmente en el caso del hombre, tome conocimiento de todas las influencias que tienden, en cualquier grado por más remoto que sea, a dar a las razas o linajes sanguíneos más convenientes una mejor posibilidad de prevalecer rápidamente sobre las menos convenientes, que de otra manera no hubieran tenido” (17).

No obstante, Galton ya había desarrollado su teoría eugenésica en su primera obra, *Hereditary talent and character* —dos artículos que publicó en *Macmillan's Magazine* en el año 1865—, en la cual puso el acento en la importancia de la herencia en la transmisión de los caracteres de los individuos, así como en la necesidad de la eugenesia para su mejoramiento. Además de los estudios biológicos en animales y plantas, en esta obra desarrolló Galton el método en el que basó su teoría, consistente fundamentalmente en el estudio estadístico de los parentescos de los seres humanos, los estudios antropométricos, etc., clasificando a aquellos según sus capacidades tanto físicas como intelectuales. Recuerda Álvarez Peláez que los frenólogos habían difundido la idea de que las cualidades mentales se heredaban; en ese sentido, años antes de la obra de Galton, George Combe había afirmado que “la forma, el tamaño y la cualidad del cerebro se pueden transmitir de padres a hijos como cualquier otra de las partes del cuerpo; y de aquí que

disposiciones y talentos sean también transmisibles, como se ha señalado desde hace tiempo, no sólo por autores médicos, sino por observadores atentos en general” (18). No dudamos de la influencia ejercida sobre Galton por el autor recién citado, quien, entre otras ideas, aconsejaba el control de los matrimonios para mejorar la raza, que es, en definitiva, lo único que concibe Galton para actuar sobre la reproducción. Sin perjuicio de lo cual, también existían importantes diferencias entre quienes, como Galton, le daban a la herencia una influencia determinante y casi exclusiva, y los frenólogos, que, además de la herencia, también consideraban relevante la influencia del medio ambiente y la educación en las características de las personas, las cuales no eran rígidas, según sostenían.

En el año 1869, o sea pocos años después de la publicación de *Hereditary talent and character*, Galton continuó desarrollando sus ideas en *Hereditary Genius*, obra en la que, a efectos de tratar de demostrar que el talento se hereda, efectuó un estudio estadístico del parentesco existente entre 177 hombres que descollaron en la vida pública de Gran Bretaña, tanto en política como en ciencia, así como también en otras ramas del saber.

Galton se inspiró en parte en las teorías darwinianas (19), no obstante sostener que la selección *natural* a la que se refería Darwin debía ser

(18) “The Constitution of Man”, editada en el año 1835 (ob. cit. por Álvarez Peláez, Raquel, Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, ob. cit., p. 61).

(19) No puede desconocerse la influencia relevante que en el pensamiento de Galton tuvo la obra de Darwin, habiéndose publicado “El origen de las especies” 24 años antes del desarrollo efectuado por aquel de su tesis eugenista. Como es sabido, es en ese libro donde Darwin desarrolla la denominada teoría de la evolución, de acuerdo a la cual se va produciendo en las distintas especies a lo largo del tiempo una selección natural, en la que solo sobreviven las más fuertes o los que mejor se adaptan al medio en el cual desarrollan su existencia. Jon Mirena Landa Gorostiza afirma que la obra de Galton debe entenderse como una más de las aplicaciones de las ideas darwinianas, aunque, agrega dicho autor, propugnando que la eugenesia debería llevar a purificar los caracteres morales, de igual manera que la lucha por la existencia de Darwin serviría para purificar los caracteres físicos (“Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2° in fine del

(17) Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, cit., p. 11.

reemplazada, con la finalidad de mejorar la raza humana, por la selección *eugenésica*, o sea, en otras palabras, por la selección *artificial*, ya que la actuación de aquella como mejoradora de las poblaciones humanas se hallaba debilitada por el papel de la civilización, que, a su juicio, tenía a la larga como consecuencia una degeneración paulatina de la población de Inglaterra (20).

Carlos Darwin ha dicho al respecto que, cuando un grupo de personas posee una ética solidaria, tiene más posibilidades de supervivencia (21); lo cual llevaría a la no eliminación de las clases o razas de individuos más débiles, o menos aptos para desarrollarse, y, en consecuencia, de acuerdo con el pensamiento de Galton, a que la población no se fuera depurando por la selección, ya sea natural o artificial. Siguiendo esas pautas, María Isabel Tejada Mínguez afirma que cualquier intervención médica dirigida a combatir una enfermedad es *disgenésica*, debido a que “curando, tratando o erradicando enfermedades se consigue que sobrevivan y procreen individuos con un mayor lastre genético” (22).

Galton pensaba que lo que la selección natural hacía en forma lenta y a veces erróneamente, debía ser hecho en forma previsor, rápida y suavemente por la eugenesia, que debía actuar como una forma de selección artificial; y que debía lograrse la evolución de la raza humana por medio del control de la procreación mediante el favorecimiento de los matrimonios eugénicos, y la proscripción de los que se consideraban inconvenientes (23).

Código Penal de 1995”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., p. 321).

(20) Galton afirmaba que “uno de los efectos de la civilización es que disminuye el rigor en la aplicación de la ley de la selección natural. Protege débiles vidas que hubieran perecido en tierras bárbaras”.

(21) Cit. por PUIGPELAT, Francesca, ob. cit., p. 74.

(22) Ob. cit., p. 157. Ver asimismo sobre esto, CECCHETTO, Sergio, “Vasectomía: motivaciones históricas y cuestionamientos morales”, en Internet, www.bioetica.org.

(23) PUIGPELAT, Francesca, ob. cit., p. 69.

Hay un marcado carácter ideológico en el pensamiento de Galton, pues se halla cargado de juicios de valor sobre los diferentes grupos humanos, estando muy desarrollado en sus obras un pensamiento racista, clasista, elitista y sexista, bastante extendido, por otra parte, en la época en la que escribió.

Los seguidores de Galton continuaron desarrollando su obra, habiendo enfocado su accionar fundamentalmente en el estudio de la transmisión de distintas dolencias por medio de la herencia. Se ha hablado, inclusive, de la transmisión del denominado *lastre genético*, el cual resulta de la acumulación de mutaciones debida al incremento de las radiaciones ionizantes producidas por la energía nuclear, que, junto con el avance de la medicina —que permite la adaptación al medio por parte de personas con genes defectuosos que, sin el auxilio de los avances médicos, no hubiera podido lograrlo (24)—, tiene como efecto directo, según lo afirmado, el crecimiento de genes deletéreos que se van transmitiendo a las generaciones siguientes y que, en consecuencia, van acumulándose a través del tiempo (25).

Todo este tipo de cuestiones comenzaron a estudiarse y a desarrollarse en forma más o menos científica, con mucho de empirismo, habiéndose realizado numerosos congresos internacionales donde se analizaron estos temas, así como creado, desde comienzos del siglo XIX, distintas sociedades eugenésicas que se ocupaban de su estudio. Los cuales, como ha dicho Francisco Javier Blázquez Ruiz, no quedaron tan solo en el plano especulativo de las intenciones, o en una fugaz tentación, sino que, lamentablemente, se transformaron en una realidad ignominiosa que fue defendida vehementemente por biólogos de

(24) Romeo Casabona señala que dicha circunstancia ha llevado a afirmar la necesidad de que esa adaptación al medio gracias a la medicina sea compensada con la correspondiente limitación o prohibición de la reproducción por parte de aquellas personas que potencialmente presenten mayores riesgos de transmitir enfermedades hereditarias a su propia descendencia (Del Gen al Derecho, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996, p. 254).

(25) SOUTULLO, Daniel, “El concepto de eugenesia y su evolución”, en *La eugenesia hoy*, cit., ps. 37 y 38.

renombre, y que fue desarrollada y aplicada en centros de investigación institucional (26).

III. Las nuevas caras de la eugenesia

III.1. El enfoque actual de las prácticas eugenésicas

De las prácticas eugenésicas de antaño tales como la prohibición de matrimonios entre determinadas personas, la esterilización y el control migratorio, u otras orientadas a la resolución de ciertos problemas como, por ejemplo, la delincuencia o el alcoholismo, o políticas sociales de carácter racista o clasista, o destinadas a determinados grupos considerados como inferiores, así como del enfoque dirigido a la modificación de las poblaciones en general, que, a partir de la segunda guerra mundial, puede sin duda afirmarse que han quedado absolutamente desacreditadas, se ha pasado a un enfoque distinto, orientado, en cambio, a la modificación o a la mejora genética del ser humano por medio de la acción sobre las células germinales, o sobre el embrión o el feto, o la persona ya nacida, habiéndose afirmado la posibilidad, por medio de la intervención en las células somáticas o germinales, de la prevención y tratamiento de enfermedades, ya sea orgánicas o mentales, por lo general transmitidas genéticamente y cuya curación o erradicación no ha sido lograda hasta la actualidad por los medios utilizados por la medicina tradicional (27).

Si bien estas posibilidades, que se presentan con motivo de los rápidos avances de la biolo-

(26) "Derechos humanos y eugenesia", en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., p. 279.

(27) En una entrevista realizada en San Pablo, Brasil, en el año 2005, el biólogo estadounidense James Watson, descubridor en el año 1953, junto con Francis Crick, de la estructura del ADN, vaticinó que en el término de diez años casi todo será modificado genéticamente (diario *La Nación*, del 04/09/2005). Al comentar en el mismo Diario una semana más tarde (11/09/2005) la entrevista a Watson, Enrique Valiente Noailles afirma, entre otros conceptos, que "la reconversión genética de la especie tendrá la posibilidad de perfeccionar tanto al hombre que, en algún punto, nacerá ya muerto. Nada parece quedar a salvo de esta mirada correctiva y terapéutica: hasta la estupidez podrá ser tratada como una dolencia. Una extraordinaria ironía sería que ésta fuera la última dolencia para tratar y que advirtiéramos, demasiado tarde, que es aquello que llevó adelante todo lo anterior".

gía, y a partir de la aplicación de determinados procedimientos —en general, sobre la persona por nacer—, crean, por un lado, una dosis de esperanza por las expectativas de curación de determinadas enfermedades, por otro, desatan comprensibles inquietudes por los evidentes peligros que traen aparejados, pues muchas veces esas prácticas no son utilizadas en beneficio del embrión o del feto, sino que sirven de presupuesto para perjudicarlo, al disponerse su eliminación en supuestos en los que se detectan enfermedades o malformaciones. Con lo cual se promueve lo que se ha dado en llamar una *cultura de la muerte*, que se halla cada vez más difundida. Esto ha sido criticado en la encíclica *Evangelium vitae*, en donde, por el contrario, se pone el acento en la necesidad de promover o reactivar una cultura de la vida, así como en los contenidos con que hay que proponerla a la sociedad (28). En esa encíclica, en la cual se afirma que no es posible construir el bien común sin reconocer y tutelar el derecho a la vida, así como que solo el respeto a la vida puede fundamentar y garantizar los bienes más preciados y necesarios de la sociedad, como la democracia y la paz, la Iglesia condena una serie de atentados contra la vida, como son la anticoncepción, la esterilización, el aborto, la procreación artificial, la producción de embriones humanos sujetos a manipulación o destrucción y la eutanasia.

El nuevo enfoque al que nos estamos refiriendo ya no se encuentra dirigido en forma directa a las poblaciones, sino solo indirectamente, a través de la mejora genética de los individuos singularmente considerados; las decisiones son, pues, individuales, aunque, a la larga, ellas no pueden sino repercutir en el cuerpo social. Según afirma Landa Gorostiza, al reducirse la cuestión a un problema de salud individual, se dificulta que esa mejora genética pueda convertirse en una pantalla ideológica para justificar o facilitar actuaciones de exclusión o eliminación de grupos étnicos o sociales considerados marginados o indeseables; lo que sería así debido a que ya no contemplaría la mejora de la *raza* o la especie en su conjunto, a la cual ca-

(28) Remitimos, asimismo, al discurso dado por San Juan Pablo II con fecha 3 de marzo de 2001 a los participantes en la VII Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida (Revista *Vida y Ética*, Ed. de la Univ. Católica Argentina, año 2, n° 2, ps. 215 y ss.).

bría supeditar la dignidad humana de quienes pertenecerían a presuntos grupos considerados inferiores (29).

Pero, si bien resulta innegable la diferencia entre los antiguos métodos eugenésicos y los actuales, lo cierto es que, en esencia, no existe entre ambos una diferencia sustancial, y, a pesar de haberse impuesto —aunque, a veces, solo en forma teórica— la necesidad del respeto a la persona en razón de su dignidad, así como los derechos a la autodeterminación del individuo, no han desaparecido en absoluto los peligros que han sido denunciados con respecto a la aplicación de los nuevos métodos eugenésicos, entre ellos, el de la discriminación que puede producirse entre las personas en razón del resultado de su análisis genético, o por las cualidades que les han sido transmitidas artificialmente, no pudiendo negarse el potencial discriminatorio que entraña la eugenesia; y ello es así, con independencia de si las decisiones son tomadas en forma individual o global, como también de si ellas han sido aceptadas libremente o han sido impuestas en forma coercitiva. Sobre lo cual cabe recordar lo expresado en el informe explicativo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, más conocido como *Convenio de Oviedo* (por haber sido suscripto en esta ciudad española en el mes de abril de 1997), donde se sostuvo que no debía ignorarse el riesgo asociado al progresivo dominio en el conocimiento del genoma, habiéndose agregado que “no es ya el individuo o la sociedad la que puede estar en peligro, sino la misma especie humana (n° 14)”.

Como ha sostenido el Profesor Máximo Losito, biólogo y profesor de Bioética en el Pontificio Ateneo *Regina Apostolorum*, de Roma, al hacer un balance de la XX Conferencia Internacional del Consejo Pontificio para la Pastoral de la Salud, celebrada en el Vaticano del 17 al 19 de noviembre de 2005, “los descubrimientos de la genética (a menudo distorsionados por los medios de comunicación) son utilizados para realizar una manipulación antropológica que pretende reducir al ser humano a una serie de

secuencias génicas y somete los comportamientos del hombre a una ciega dictadura del ADN”. Así como también, que “una eugenesia liberal y a escondidas como la actual, pone en las manos de los hombres de hoy un poder nunca visto sobre los hombres futuros, transformados en meros objetos de experimentación, manipulación y decisiones tomadas con anterioridad”(30).

Esta nueva eugenesia, ha dicho Enrique Iáñez Pareja, ya no dependería de programas centralizados impuestos por la autoridad pública, sino que estaría basada en la libre elección de los individuos, en ejercicio de los llamados *derechos reproductivos*, así como de los deberes que hay quienes afirman que existen, de mejorar las condiciones de vida de las generaciones futuras mediante la manipulación genética. Y esas doctrinas sugieren, afirma, que determinados objetivos sociales podrían ser alcanzados con mayor facilidad interviniendo en el sustrato biológico humano, que, con el recurso a medidas sociales y educativas, que fue una de las constantes del movimiento eugenésico. Alerta dicho autor de que, aunque los riesgos físicos y biológicos de esta nueva eugenesia fueran escasos, debemos ser cautos y prudentes ante lo que califica de extraordinarios riesgos simbólicos. Lo hasta aquí expresado le hace afirmar a Iáñez Pareja que la nueva eugenesia se alimentaría de los tres siguientes factores principales: a) la idea de que tanto las cualidades positivas como las negativas de los seres humanos poseen una esencial determinación genética; b) la expectativa de que las tecnologías biológicas podrían moldear la naturaleza humana interviniendo en su sustrato biológico con el objeto de alcanzar ciertos objetivos individuales, familiares y sociales estimados valiosos; y c) la aplicación al campo de la procreación del derecho de los individuos a realizar opciones libres (31).

(30) Agencia de noticias Zenit, del 04/12/2005.

(31) IÁÑEZ PAREJA, Enrique, “Retos éticos ante la nueva eugenesia”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., ps. 189, 199 y 221. Informa dicho autor que, en una de las formulaciones actuales más extremas y explícitas de quienes se pronuncian por el derecho a la reproducción libre, se dice que, dada la existencia de un “mercado libre de técnicas genéticas y reproductivas”, no debe existir un límite a la libertad reproductiva, incluyendo la ingeniería genética perfecta y la clonación, por lo que cada individuo tendría derecho a reproducirse por el modo

(29) Ob. cit., p. 328.

En cuanto a las características sociales de esta nueva eugenesia —que se diferencia de la eugenesia clásica en cuanto esta se caracterizó por limitar los derechos reproductivos individuales en aras de la salud genética de las generaciones futuras—, Daniel Soutullo resalta, según entiende dicho autor, las de *privacidad*, pues se presenta como una cuestión privada de los individuos y de sus familias, como parte de su derecho a la reproducción; *voluntariedad*, pues las personas deben, al menos en teoría, prestar en forma libre y voluntaria su consentimiento a cualquier intervención eugenésica (32); y *no discriminación*, desde el momento que las potenciales prácticas eugenésicas no se dirigen a grupos de poblaciones específicas que pudieran ser discriminadas en sus derechos como consecuencia de aquellas, sobre todo si son aplicadas en forma coactiva, sino a cualquier individuo en particular, o lo que es lo mismo, a la población en general, abandonándose de tal manera las principales connotaciones clasistas y racistas de la eugenesia tradicional; aunque agrega que, en la práctica, pueden aparecer motivos de discriminación por razones económicas, étnicas u otras (33).

IV. Análisis crítico de la eugenesia

IV.1. Con respecto a la justificación del pensamiento eugenésico

Romeo Casaubona ha señalado que las aportaciones de la biología humana y animal sobre los mecanismos de la reproducción y de la herencia biológica han permitido dotar a los propósitos selectivos de un fundamento científico,

que quisiera, pudiendo inclusive elegir la configuración genética de su descendencia, plasmando en ello la visión que cada uno tenga sobre la clase de personas que deberían existir.

(32) Véase, sobre esto, ROMEO CASABONA, Carlos María, “Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano”, ob. cit., p. 137.

(33) “Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal”, conferencia pronunciada en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada con fecha 11/05/2000. Aclara Soutullo que esta categorización es sobre todo teórica, y no se da en todos los casos, como, por ejemplo, en China, donde las prácticas eugenésicas no cumplen en especial los presupuestos de privacidad y voluntariedad, estando en ese país dichas prácticas, añade, más cerca de las prácticas tradicionales.

lo cual ha ido arrojando las ideas eugenésicas de un pretendido soporte de ese tipo y, con ello, de una mayor credibilidad intelectual y de autoridad moral. Pone de relieve dicho autor que la protección o supervivencia de la especie humana y la mejora de las condiciones sociales del ser humano y de la colectividad han sido la justificación del pensamiento eugenésico (34).

El desarrollo exponencial que se ha producido en los últimos tiempos de la biología molecular y de la embriología, que ha llevado a la posibilidad cierta de la curación de enfermedades que antes debían ser sobrellevadas de por vida, o que acortaban la de quienes las padecían, ha dado un nuevo ímpetu a la eugenesia, habiendo afirmado Daniel Soutullo que los procedimientos que se realizan a esos efectos no son designados por su verdadero nombre, el de *eugenesia*, palabra que no tiene buena fama (35), en especial desde la época del nazismo, ideología con la cual se la asocia, lo que ha llevado a la creación de un lenguaje distinto, que pueda ser aceptado por la sociedad. No obstante, se ha dicho que, aunque se la siguiera denominando con la misma palabra, debe hacerse una tajante distinción entre lo que era la eugenesia poblacional de comienzos del siglo XX, que exigía la esterilización coercitiva de determinados individuos afectados de ciertas enfermedades, o que prohibía determinados matrimonios, la cual tenía un tinte racista o clasista, y la eugenesia actual, no coercitiva y de carácter individual, la cual es respetuosa de las decisiones de las personas y, particularmente, de las decisiones reproductivas de las parejas. Arthur Caplan señala al respecto que no hay nada moralmente malo en la eugenesia actual, pues lo que es malo es “la coerción, la coacción o el uso de la fuerza con respecto a las decisiones reproductivas”, lo que lo lleva a afirmar que “no parece en principio haber una razón ética convincente para condenar los objetivos eugenésicos individuales” —y ello con independencia de si se trata de eugenesia positiva o negativa—, siendo lo relevante para llegar a dicha conclusión, agre-

(34) ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”, en *La eugenesia Hoy*, ob. cit., p. 4.

(35) “El concepto de eugenesia y su evolución”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., p. 57.

ga, que en el caso de la eugenesia individual se respetarían principios como la autonomía moral y la libertad de elección (36). Siguiendo esas pautas, también se ha dicho que “el pasado no puede hipotecar permanentemente las posibilidades de futuro que nos abre la ciencia y la tecnología biomédica” (37).

Nosotros creemos, en cambio, que la eugenesia no puede ser éticamente justificada con fundamento en la falta de coerción de los actos enderezados a llevarla a cabo, como tampoco por el hecho del respeto de la autonomía o de la libertad de elección de cada individuo en particular, pues, aun cuando ello efectivamente fuera así, no por eso la acción de que se trate pasa a tener un tinte ético del cual puede en sí misma carecer. Si la acción eugenésica enderezada a la mejora de la raza humana no contradice la moral natural, y procede con respeto a la dignidad y a la libertad de la persona, lo cual, entre otros aspectos, implica el reconocimiento de su existencia desde la concepción y el consiguiente respeto a esa vida y a su desarrollo pleno, tanto físico y psíquico como moral, como también, si dentro del respeto de la persona se incluye el de la inviolabilidad de su patrimonio genético, entonces, y solo entonces, esa acción podrá ser considerada como éticamente correcta. Pero no en caso contrario.

No puede admitirse como ética o moralmente lícito, por ejemplo, el acto de quien, en ejercicio de su libertad personal, y aun cuando exista una disposición legal que se lo permita, decide proceder a la eliminación de un embrión o de un feto por encontrarse afectado por una enfermedad grave o por una malformación congénita (habitualmente denominado aborto *terapéutico* o *eugenésico*). O sea, como dice Basso, cuando se procede a la supresión del enfermo para que desaparezca la enfermedad (38). Y ello, aun cuando no se conociera una terapia efectiva, o cuando el hijo pudiera, luego de nacido, constituir una importante carga para sus padres o su familia.

(36) “What is woefully wrong with eugenics”, cit. por LUJÁN, José Luis, ob. cit., ps. 251 y ss.

(37) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, ob. cit., p. 292.

(38) “Nacer y morir con dignidad. Bioética”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, 3ª ed., p. 402.

Todo lo que se haga, en cambio, para mejorar la especie humana con respeto de los principios antes mencionados, ya sea por medio del desarrollo de acciones sanitarias para la prevención de enfermedades o de su transmisión, o terapéuticas para tratar de lograr su curación, constituyen actos eugenésicos moralmente admisibles. La intervención del hombre con esas finalidades es, por lo tanto, un acto éticamente positivo, lo cual lleva a afirmar que la eugenesia, entendida como los actos o procedimientos enderezados a la mejora de la raza humana, no es algo que lleve en sí mismo a la crítica, pues no son susceptibles de crítica, sino por el contrario, los actos cuya finalidad consistiera en procurar vencer a la enfermedad y al dolor.

Daniel Soutullo afirma al respecto que el bienestar de tan siquiera una pequeña parte de la humanidad no depende en absoluto de una mejora del acervo genético, sino de la transformación de las condiciones sociales y materiales de existencia, no pudiendo ningún programa eugenésico suplir esta necesidad de actuar sobre los factores sociales. La lucha contra la enfermedad, dice Soutullo, no puede consistir en una lucha por mejorar el patrimonio genético, porque la mayoría de las enfermedades que azotan a la humanidad dependen esencialmente de las poco saludables condiciones de vida de las personas, que es lo que más influye para que las enfermedades infecciosas se cobren millones de vida cada año (39).

IV.2. Dejar que a la larga sobrevivan los más aptos no tiene una significación moral positiva

Xabier Etxeberria afirma que para muchos pueblos, y en especial para los que están en el origen de nuestra cultura, la naturaleza tiene un sentido interno —un *logos*— que en último término puede atribuirse a un Dios o a los dioses, que hacen que todo lo que sucede se encuentre encaminado a un fin, que todo tenga una razón, siendo la actitud ética correcta la que armoniza con esa dinámica, estando la procreación regida

(39) “La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, ob. cit., ps. 202 y ss. Señala Soutullo que, en los países industrialmente más desarrollados, el modo de vida es el principal causante de las enfermedades que más muertes provocan, como las enfermedades cardiovasculares o el cáncer.

por unas leyes naturales —las de la herencia— encaminadas a un fin que es la perpetuación de la especie; y que la conducta humana debe acomodarse a ellas sin pretenderse intervenciones transformadoras que rompiendo ese orden traen la degradación, lo antinatural.

Agrega Etxeberria que esta orientación naturalista no está dirigida al bien del individuo, sino al de la especie, y que se tiene que enfrentar con la aparición de seres débiles o malformados que degeneran la especie, lo que en su momento fue atribuido a prácticas sexuales antinaturales o pecaminosas, habiéndose tendido, ya sea a exterminar a esos seres, o a prohibir determinadas uniones y a estimular otras; lo cual, en el fondo, constituía una contradicción entre el imperativo de dejar que la naturaleza siguiera actuando, y la que tendía a desarrollar cierta actividad controladora de mejora. Señala, asimismo, Etxeberria que, en la actualidad, aunque corregida desde sensibilidades como la cristiana y la de los derechos humanos para acoger a todo ser que nace, dicha orientación sigue siendo defendida por todos aquellos que reclaman, desde una cierta sacralización de la naturaleza, desde la convicción de que el seguimiento de las leyes de la naturaleza es la garantía del máximo bien para la humanidad, una negativa a todo tipo de intervención eugenésica, por considerar que rompe con ese orden natural (y divino) (40).

Pero ocurre que dejar que la naturaleza actúe sin que intervenga el hecho del hombre, de manera de que a la larga solo sobrevivan los más aptos, y aceptar que ello es bueno por sí mismo adquiriría, a partir de ese momento, como señala Francisca Puigpelat, una significación moral positiva, y llevaría a que la ley del más fuerte perdiera el disvalor moral con que tradicionalmente ha sido vista (41). Con lo cual se omitiría la aplicación de un principio universalmente aceptado por quienes hacen de la solidaridad un credo, que consiste en el deber moral que todos tenemos de proteger a los más débiles, el cual tiene una base ética indiscutible.

(40) “Referentes éticos y mediaciones de la eugenesia”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., ps. 189 y 190.

(41) Ob. cit., p. 80.

IV.3. El mejoramiento en general de la población no puede ser prioritario a la protección de los derechos individuales

Una de las críticas que se han efectuado con relación al pensamiento eugenésico consiste en el hecho de que se ha puesto el acento en el mejoramiento de la población en general, pero dejándose de lado los derechos y necesidades de las personas en particular; lo que se ha hecho inclusive mediante actos coercitivos, como ha ocurrido, por ejemplo, en la primera mitad del siglo XX por medio de la esterilización masiva de individuos; hoy, en cambio, como hemos visto, la eugenesia se encuentra en buena parte dirigida a la eliminación de ciertos genes o a la inserción de otros, para formar grupos humanos de una mayor calidad.

Pero lo cierto es que los derechos de las personas no pueden ser obviados en aras del mejoramiento de la especie humana, mejoramiento que, por otra parte, no puede ser definido por quien o quienes se hayan creído con derecho a arrogarse esa prerrogativa. Por otra parte, en la inmensa mayoría de los casos, por no decir en todos, el bien de una determinada comunidad ha querido ser presentado —erróneamente, por cierto— como el bien de la especie humana, habiendo muchas veces la ideología utilizado la ciencia para el logro de sus fines.

También se omite que la finalidad de la vida del hombre en la tierra no consiste en imponerse a todos los demás seres, ni él es un fin en sí mismo, sino que la persona humana tiene un fin trascendente, cuya relevancia y prioridad no puede ser desconocida. Se ha criticado al respecto que los eugenistas hacen primar las características biológicas de los organismos por sobre los aspectos sociales y culturales como factores determinantes del proceso evolutivo humano (42).

IV.4. La eugenesia ha llevado por lo general a la discriminación

Otro de los aspectos que merecen una crítica puntual deriva del hecho de que la aceptación del pensamiento eugenésico ha llevado, por lo general, a la admisión de una conducta

(42) PUIGPELAT, Francesca, ob. cit., p. 81.

discriminatoria. Esto ha sido así, en un primer momento, por el hecho de haberse considerado que determinadas clases sociales o razas, o linajes, eran superiores a otras, lo que hacía que, en una forma artificial y de acuerdo al criterio de quien o quienes hacían la selección, se procurara que las clases o razas favorecidas se desarrollaran en mayor medida y con mayor facilidad que las que eran consideradas inferiores. Estas últimas se consideraban como no dignas de reproducirse o, al menos, de hacerlo con quienes se decía que gozaban de un nivel superior. Esto ocurrió, por ejemplo, en la Alemania nazi, en donde se afirmaba que la raza aria era superior a otras razas [si es que se puede hablar de distintas *razas*, pues esto se halla cuestionado (43)]; o con relación a los minusválidos o personas afectadas de distintas enfermedades o afecciones de carácter grave, cuya

(43) Daniel Soutullo afirma que la existencia de distintas razas humanas no es evidente en absoluto, siendo lo único evidente la diversidad humana, ya sea por el color de la piel, la estatura, la forma de la cabeza, los labios, el pelo, y otra serie de rasgos más. Dice Soutullo que “las razas son poblaciones de una especie caracterizadas por poseer un cierto grado de variación genética, reconocibles por sus rasgos morfológicos y que ocupan un área geográfica delimitada dentro de la distribución total de la especie (...) La noción de raza se utiliza para ordenar y clasificar la variación, de forma que permita un más fácil estudio y comprensión de la misma. No existen criterios biológicos objetivos para establecer sin ambigüedad una clasificación racial porque, a diferencia de las especies que tienen una identidad biológica que se puede establecer con precisión y rigor, las razas son categorías de conveniencia cuya delimitación exige siempre la toma de cierto número de decisiones arbitrarias. Las antiguas clasificaciones se establecían sobre la base de la coloración de la piel y de pocos rasgos fenotípicos más. Con el desarrollo de la genética, desde el redescubrimiento de las leyes de Mendel, este criterio clasificatorio carece totalmente de sentido. Es necesario representar no ya la variación observable, sino la variación genética subyacente, que no siempre se corresponde con los rasgos externos más conspicuos (...) En definitiva, la existencia de razas sustentada en la variabilidad genética presente en las poblaciones humanas no es ya una evidencia, ni tan siquiera es una realidad que se pueda establecer en base a los mínimos criterios de objetividad. La variabilidad es real, pero la distribución de esta no constituye agrupaciones raciales tal como éstas son entendidas desde el punto de vista de la moderna genética de poblaciones, correspondiendo la mayor parte de esta variación a los individuos dentro de las poblaciones y no a las poblaciones en sí” (“La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, ob. cit., ps. 76 y ss.).

reproducción era limitada por medios artificiales, como, por ejemplo, por medio de la esterilización. Aunque esa discriminación, es bueno aclararlo, no fue un patrimonio exclusivo del pensamiento nacionalsocialista, ya que también existió en otros países, si bien no con la fuerza o la virulencia con la que se vio en aquel país (44).

Naturalmente que esas actitudes eran sumamente criticables, a lo cual no obstaban las buenas intenciones que pudieran haber exhibido los que propugnaban situaciones de esa naturaleza. Francisco Javier Blázquez Ruiz afirma que atenta contra la dignidad de las personas cualquier tipo de distinción y diferenciación basada en las características fenotípicas propias y específicas de diversas personas o grupos de personas, que comportase determinadas obligaciones que las demás no tendrían que padecer (45).

La discriminación no concluye en una cuestión de razas. Si bien de una forma distinta y quizás menos virulenta, aunque posiblemente más insidiosa, también resulta de la diferenciación que se hace —o, al menos, que se ha pretendido hacer— entre la gente en razón de la información que resulta del análisis de sus genes (46), lo que ha sido considerado inadmi-

(44) Daniel Soutullo afirma que existió una estrecha vinculación entre el movimiento eugenésico norteamericano y la eugenesia nazi. Recuerda dicho autor que quienes redactaron en el año 1933 en Alemania la Ley para Prevenir la Procreación de Hijos con Enfermedades Hereditarias” reconocieron la deuda intelectual que tenían hacia la eugenesia norteamericana, habiendo la ley alemana copiado muchas partes de leyes vigentes en algunos de los estados de Norteamérica. Y que cuando en el año 1936 la Universidad de Heidelberg otorgó el doctorado *honoris causa* a Harry Laughlin, en ese entonces director de la Oficina de Registro Eugenésico en Cold Spring Harbor, Laughlin afirmó que lo aceptaba no solo como un honor personal, sino también como “prueba de la comprensión coincidente de los científicos alemanes y estadounidenses de la naturaleza de la eugenesia” (“La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, ob. cit., p. 139, nota 18).

(45) Ob. cit., p. 278.

(46) Véase al respecto, entre otros, ROMEO CASABONA, Carlos María, “Del Gen al Derecho”, ob. cit., ps. 82 y ss.; BERTERO, Sergio Manuel, “El descubrimiento

ble, habiéndose establecido en el artículo 5° de la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, del 11 de noviembre de 1997, el *principio de la no discriminación basado en las características genéticas*, el cual también ha sido aceptado en el artículo 11 del Convenio de Oviedo .

Existe asimismo discriminación, por ejemplo, y entre otras situaciones, cuando se califica de defecto genético lo que no son sino meras alteraciones genéticas, o cuando se efectúa la selección de sexo mediante el análisis genético de los embriones, procedimiento que nos parece repudiable, con mayor razón cuando esa selección implica la eliminación de los embriones del sexo no deseado. Como acertadamente señala Carlos Mosso, ya no se trata de la discusión —como ciertamente ha ocurrido— sobre la condición humana de individuos de otro color o de costumbres rudimentarias, sino de la aceptación de la posibilidad de que, por razones atribuibles a la genética, *se descubre* que, sin perjuicio de su naturaleza humana, algunos individuos pueden ser eliminados de la sociedad por no ser tan perfectos a la luz de criterios de perfección arbitrarios y dudosos (y aunque no lo fueran) , tales como, por ejemplo, y entre otros, la belleza física o el nivel intelectual (47). Nivel con respecto al cual coincidimos con Daniel Soutullo cuando afirma que, aun cuando su elevación fuera socialmente deseable, “resulta mucho más prometedor proceder actuando sobre las condiciones educacionales y sociales

del genoma humano. Su impacto en el derecho”, en *La Ley Actualidad*, Ed. La Ley SAEel, del 07/07/2005, especialmente el punto VII. Lo cierto es que todos estamos expuestos a la posibilidad de que se realice el análisis de nuestros genes, aun sin nosotros saberlo; recordamos al respecto a Daniel Soutullo, que informa que en un laboratorio se obtuvieron secuencias de ADN de la solapa de un sobre que alguien había lamido antes de cerrarlo. Señala dicho autor que con la técnica de la reacción en cadena de la polimerasa se puede amplificar el ADN a partir de muestras muy pequeñas, y proceder a su análisis y secuenciación, pudiendo estas obtenerse de las pocas células de la mucosa bucal que quedan adheridas en un sobre, en la empuñadura de una puerta, o en un guante luego de un apretón de manos (“La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, ob. cit., ps. 188 y ss.).

(47) “Clonación. Una mirada desde la ética y el derecho”, en *Vida y Ética*, Ed. de la Univ. Católica Argentina, año 2, n° 2, p. 186.

que no realizando un programa basado en las características genéticas de la población, y, lo que es más importante, la actuación ambiental no sólo resultaría más eficaz sino que desde el punto de vista de la justicia social y de una moral solidaria resultaría incomparablemente más recomendable” (48).

Puede haber también una discriminación genética en el campo laboral (49), con respecto a la posibilidad de acceso a un empleo, que se puede ver limitada con motivo de la predicción de las enfermedades que con una cierta posibilidad sufrirá la persona en un futuro más o menos lejano, cuando, en realidad, por otra parte, esa posibilidad que resulta del análisis genético al que se sometió a un determinado individuo, no es más que eso, es decir, una *posibilidad*, que no necesariamente tiene por qué concretarse; como ha señalado el brasileño Joaquim Clotet, en ese caso no existe una garantía absoluta de desarrollar una enfermedad relacionada con un gen alterado del cual se es portador, ya que los factores que intervienen en el proceso de desarrollo de una enfermedad son múltiples (50). O

(48) “La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, ob. cit., ps. 138 y ss.

(49) Naturalmente que no dejamos de advertir la necesidad que puede existir por parte del empleador, de conocer si quien aspira a un determinado trabajo se encuentra afectado de alguna enfermedad que lo inhabilite para desempeñar la tarea de que se trata, lo cual, como bien señala Teodora Zamudio, se encuentra enraizado en el requisito de la idoneidad, siendo por otra parte obligación del empleador resguardar la integridad física de sus empleados por medio de la práctica de una política adecuada de seguridad e higiene, para lo cual podría ser conveniente conocer determinados datos que resultan de un análisis genético (Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones, en Internet, www.bioetica.org). Es que, tal como hemos señalado en otro trabajo (“La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 249), podría llegar a ser contraproducente que, para evitar el peligro de la discriminación, no se requiriera una información con conocimiento de la cual se podría actuar para evitar una enfermedad futura.

(50) “Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina”, en *Bioética y Genética*, AA.VV., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 107. Ver también al respecto, PENCHASZADEH,

también puede discriminarse al individuo mediante la limitación en el acceso a los servicios de salud o en la suscripción de un seguro de vida, ya sea por la imposibilidad de acceder a ellos de acuerdo con el resultado al que se arribe por el análisis de sus genes, o de no poder hacerlo a un precio accesible (51).

Víctor B., "Aspectos éticos en genética médica", en *Bioética y Genética*, cit., ps. 296 y 297. Esa inexistencia de "garantía absoluta de desarrollar una enfermedad" a que nos referimos en el texto ha sido puesta de relieve en uno de los borradores confeccionados por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, con motivo de la reunión celebrada en el mes de noviembre de 2002 en la ciudad de Montreal; se dijo, en tal sentido, que las pruebas genéticas que indican la proclividad a una determinada enfermedad no da ninguna certeza de que el embrión se vea afectado clínicamente por aquella más adelante, sino que "no es más que una estimación de un riesgo" (Ag. de Noticias Zenit, del 14/12/2002).

(51) Debemos sobre ello recordar que, en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas con fecha 11 de noviembre de 1997, se explicitó que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones deben respetar plenamente la dignidad y los derechos de la persona humana, disponiéndose, además, "la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas". Se han denunciado discriminaciones en ambos supuestos; muchos son los casos conocidos, recordando, entre otros, el denunciado en Australia a fines del año 2001, con relación a un joven que, en busca de su primer trabajo, fue obligado a someterse a un test para determinar la presencia del gen de la enfermedad de Huntington, debido a que su madre la padecía. Según una información de *The Times* del 08/02/2001, ya hay compañías de seguros (al menos en Gran Bretaña) que para la contratación de un seguro de vida han utilizado pruebas genéticas no aprobadas (en el caso, pruebas de cáncer y del mal de Alzheimer), con la finalidad de detectar enfermedades potencialmente fatales a la hora de decidir si conceder o no un seguro de vida; ello viola el código de conducta de la Asociación de Compañías de Seguros Británicas, que establece que las únicas pruebas admitidas son las aprobadas por la Comisión. De acuerdo con una información de Associated Press del mes de septiembre de 2002, la legislación en los EE. UU. ya está tomando cartas para evitar amenazas a los datos genéticos: en ese entonces, 31 estados ya tenían leyes contra la discriminación genética en el puesto de trabajo, y 41, leyes contra las aseguradoras que usaran información genética para discriminar (Ag. de noticias Zenit, del 14/12/2002). Dicha agencia informa asimismo que, según las evidencias presentadas en septiembre de 2002 ante el Subcomité de Justicia del Congreso de ese país, el 1% de las más importantes empresas de los EE. UU. hacen pruebas de anemias celulares a los empleados, mientras que el 14% llevan a cabo exámenes médicos

La enfermedad o la minusvalía son otras de las causas que han llevado a discriminar a quienes se encuentran afectados por ellas, lo cual se suele advertir con motivo de los análisis genéticos, ya sean preconceptionales, preimplantatorios o prenatales, que llevan a la limitación de los matrimonios o a la selección de los embriones para implantar en la mujer, desechando aquellos que presentan anomalías genéticas, o inclusive al aborto, en el supuesto de que de los análisis prenatales resulte la existencia de malformaciones o de enfermedades en el feto, sobre todo cuando son de carácter grave y no se conoce una terapia adecuada, o cuando esta sea riesgosa para la madre o para el hijo. Blázquez Ruiz afirma que la defensa de criterios de *normalidad* basados en la constitución genética es no tanto discutible como injustificable, debiendo las diferencias individuales ser el fundamento del principio de igualdad, máxime cuando cada persona es un ser único, distinto, diferente a los demás. Advierte dicho autor que la posibilidad de utilizar la información proveniente del cartografiado humano para *clasificar* a los individuos en diferentes grupos constituye un evidente riesgo (52).

Por otra parte, tampoco parece enteramente claro el concepto de *normalidad* —con el cual se suele calificar o encasillar a las personas—, cuya significación bien puede ser considerada, al menos, *imprecisa*, no obstante su relevancia. El autor recién citado afirma que no se trata tan solo de un concepto, sino también de un principio normativo, y que los conceptos *normales* y *patológico* no se limitan a ser conceptos *descriptivos* que centren su atención en el plano empírico exponiendo una realidad fáctica, ya que también actúan como conceptos *normativos* que prescriben y que, en última instancia, se erigen en referencias de valor (53)⁽⁵³⁾. No puede dejar de prestársele atención al evidente peligro que resultaría de querer encasillar a todas las personas, o a sus contenidos genéticos, en un modelo predeterminado al que se califique como normal, dejando de lado la diversidad genética, el polimorfismo, que caracteriza a los in-

que pueden incluir pruebas genéticas para detectar la proclividad a los riesgos propios del lugar de trabajo.

(52) Ob. cit., p. 281.

(53) Ob. cit., p. 282.

dividuos humanos y que, como señala el autor recién mencionado, es la regla o norma tanto en el hombre como en las demás especies; el cual también afirma, con razón, que lo distinto no se opone necesariamente a lo normal (54). Como, de la misma manera, tampoco puede no reconocerse la evidente diversidad cultural existente fundamentalmente entre los distintos grupos humanos, así como la evolución constante que, al igual que acaece con el contenido de nuestro genoma, también ocurre con relación a aquella.

Se produce asimismo discriminación cuando se seleccionan embriones por considerarse que tienen características más deseables que otros. Puede asimismo ocurrir, y, de hecho, ha ocurrido, que para procrear se utilicen gametos seleccionados de personas que tienen características especiales en comparación con las de otros individuos, ya sea por su mayor inteligencia, fuerza, conocimientos determinados o características destacadas, como podría ser, por ejemplo, por el hecho de ser o haber sido músicos o matemáticos reconocidos, o atletas excepcionales, o mujeres de belleza excepcional, pudiendo de tal manera acentuarse las desigualdades ya existentes entre los individuos. Y ello debido al poder económico que podría hacer que fueran mejorando su desarrollo físico o intelectual únicamente determinados pueblos que hayan podido acceder por su desarrollo económico a esta tecnología, debiendo señalar que para las investigaciones genéticas a ser realizadas se requieren ingentes recursos financieros, de los que esos pueblos carecen (55); se ha llegado a hablar de la eventual existencia de una *injusticia genética*, que puede llegar a traducirse en una *injusticia social* (56). Es conocido que, desde hace años, en un lugar en California —aunque no descartamos, naturalmente, que ello tam-

bién ocurra en otros lugares—, se guarda debidamente conservado esperma de personas que llenan alguno o varios de esos requisitos. De la misma manera, la terapia eugenésica de mejora sobre determinados rasgos de las personas es discriminatorio (57).

No obstante, Arthur Caplan desecha esta crítica de la generación de mayores desigualdades, con la afirmación de que “en un mundo que tolera tanta desigualdad respecto a las circunstancias en que nacen los niños es difícil argumentar que haya algo más ofensivo o moralmente más problemático en las ventajas biológicas que en las ventajas sociales y económicas” (58).

Muchas han sido las reuniones internacionales donde el tema de la discriminación genética ha sido objeto de preocupación, de las cuales nos hemos ocupado en otro lugar (59), por lo que nos remitimos a lo allí dicho, a lo que queremos agregar, por considerarlo de interés, lo expresado al respecto en el Apéndice a la Recomendación N° R (97) 5 del 13 de febrero de 1997 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos, donde, entre aspectos, se dijo que “los datos genéticos recogidos y procesados para el tratamiento preventivo, el diagnóstico o el tratamiento del afectado o para investigación científica sólo deben emplearse con esos fines o para permitir al afectado tomar una decisión libre e informada en estas materias (4.7.); que el procesamiento de datos genéticos con fines judiciales o de investigación criminal deben ser objeto de una ley específica que ofrezca medidas de salvaguarda adecuadas. Los datos sólo deben emplearse para establecer si hay un eslabón genético en el conjunto de pruebas aportadas, para prevenir un peligro real o para prevenir un delito específico. En ningún caso deben emplearse para determinar otras características que pueden ser establecidas genéticamente (4.8.) (60); y que la recogida y pro-

(54) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, ob. cit., ps. 283 y 284.

(55) En su discurso del 24/02/1998 a los integrantes de la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida, San Juan Pablo II afirmó que, para evitar las desigualdades a las que nos referimos en el texto, será de gran ayuda que las organizaciones científicas internacionales contribuyan a que los anhelados beneficios de la investigación genética también se pongan a disposición de los pueblos en desarrollo.

(56) Véase al respecto, BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, ob. cit., p. 280.

(57) Blázquez Ruiz, Francisco Javier, ob. cit., p. 295.

(58) Cit. por LUJÁN, José Luis, ob. cit., p. 251.

(59) Ob. cit., ps. 251 y ss.

(60) Sir Alec Jeffreys, profesor de Genética en la Universidad de Leicester, Inglaterra, propuso la creación de una base de datos nacional para almacenar registros de toda la población del Reino Unido, que debería ser

cesamiento de datos genéticos con cualquier otro fin distinto de los previstos en los Principios 4.7. y 4.8. sólo debe permitirse, en principio, por razones de salud y en particular para evitar un serio perjuicio a la salud del afectado o de terceros. Sin embargo, puede permitirse la recogida y procesamiento de datos genéticos en orden a predecir enfermedades en casos en que exista un interés superior y bajo la sujeción a las medidas de salvaguardia definidas por la ley” (4.9.) También recordamos la prohibición de discriminación por características genéticas, que resulta del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 28 de septiembre de 2000.

IV.5. La utilización de los diagnósticos preimplantatorio y prenatal con una finalidad eugenésica

Si bien no nos oponemos, sino por el contrario, a la realización de procedimientos médicos destinados a la detección de la existencia de eventuales anomalías genéticas en las personas por nacer que, más tarde o más, temprano puedan llegar a tener, como consecuencia, enfermedades o malformaciones más o menos graves, ello es así siempre que aquellos hayan tenido en vista la finalidad de procurar su terapia, y, además, que no tengan como consecuencia —en el supuesto de que no pudiera lograrse su curación— la eliminación del embrión o del feto.

Se trata de dar preeminencia a la vida humana, protegiéndola desde su inicio, esto es, desde su concepción, sea que esta haya ocurrido dentro del seno materno o fuera de él.

También hemos recordado que ha sido la fecundación *in vitro* la que dio comienzo a las nuevas prácticas de detección de anomalías genéticas, así como hemos afirmado que estas tienen un innegable potencial eugenésico, de eugenesia negativa. No podemos admitir la inmoralidad que resulta del hecho de que el diagnóstico prenatal sea seguido del aborto eu-

manejada por un organismo independiente de la Policía, debiéndose permitir —agregó— consultar los nombres de las personas tras haber recogido evidencia biológica en la escena del crimen, y después de obtener una orden judicial, permitiendo el acceso a la identidad de una persona (Ag. de noticias Zenit, del 14/12/2002).

genésico, que en la práctica constituye el método más utilizado para evitar la manifestación de enfermedades genéticas, actitud que ha sido con razón criticada por San Juan Pablo II en la encíclica *Evangelium vitae*.

A su vez, en el discurso del 24 de febrero de 1998 a los miembros de la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida, el papa destacó su preocupación por “la creación de un clima cultural que favorece la orientación del diagnóstico prenatal en una dirección que ya no es la de la terapia, para una mejor acogida de la vida del niño por nacer, sino más bien la de la discriminación de los que no resulten sanos en el examen prenatal”, además de poner de relieve la existente desproporción entre las posibilidades de diagnóstico (que están en fase de expansión progresiva) y las terapéuticas, hecho este que plantea graves problemas éticos a las familias, que necesitan ser sostenidas en la acogida de la vida naciente, incluso cuando esta esté afectada por algún defecto o malformación. Denuncia San Juan Pablo II en ese discurso la aparición y difusión de un nuevo eugenismo selectivo, que suprime embriones y fetos afectados por alguna enfermedad, recurriéndose a ese efecto a teorías infundadas sobre la diferencia antropológica y ética de los diversos grados de desarrollo de la vida prenatal, o a una concepción equivocada de la calidad de la vida, que, según se dice, debería prevalecer por sobre su carácter sagrado (61).

Es por ello por lo que pensamos que deben prohibirse total y absolutamente las prácticas consistentes en los diagnósticos preimplantatorios y prenatales, en los supuestos en que puedan tener como resultado una eventual posterior eliminación del embrión, o que puedan ser utilizadas para una discriminación de la persona, de acuerdo a lo que resulte del análisis. A lo cual no obsta, naturalmente, que esas prácticas constituyan un progreso médico, por cuanto, tal como se ha dicho al referirse a la investigación sobre embriones, “un supuesto progreso genérico de la humanidad no puede lograrse al precio del sacrificio físico o moral, total o parcial, de

(61) “Los descubrimientos en el campo de la genética no deben ir contra la dignidad de la persona humana”, discurso del 24 de febrero de 1998 a los miembros de la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida.

valores individuales indisponibles por terceros. En nombre de un aparente progreso —que sería falaz— no puede lesionarse o destruirse la vida, la dignidad o la fama de las personas. Cuando so pretexto de avance científico se han conculcado bienes esenciales de la persona, no sólo se ha destruido a personas concretas: se ha minado la propia sociedad en cuyo nombre se debía actuar que ha acabado por desmoronarse” (62).

Por otra parte, y como ha puesto de relieve —aunque al referirse a la eutanasia— Jan M. Broekman, la propia medicina está en juego, puesto que, se pregunta: ¿qué es la medicina cuando ya no solo cura enfermedades, postergando así la muerte, sino que ella misma mata? También se interroga dicho autor en el sentido de si no existe una contradicción con la imagen de nuestra medicina moderna, como, asimismo, si no se anula la finalidad propia de la medicina cuando se autoriza al médico a practicar un acto que lleva a la muerte del individuo, en lugar de a su curación (63).

Por último, también queremos recordar lo expresado en la llamada Declaración de Mónaco, dada en el Coloquio Internacional de Bioética y Derechos del Niño realizada en Mónaco en el mes de abril de 2000, donde en el punto I se afirmó que “todo infante es un ser singular y nuevo. El respeto de la dignidad del embrión *in vitro* creado con fines de procreación en casos de infertilidad de la pareja o para evitar la transmisión de una afección de especial gravedad, y luego del feto, debe ser asegurado. La utilización de nociones de la ciencia genética y de la medicina fetal debe respetar el principio de no discriminación y no debe apuntar a la reducción o la eliminación de la diversidad humana o las posibilidades de vida. La vida del infante no deberá ser considerada como un perjuicio, cualquiera que sea el grado de una minusvalía (handicap) física”.

IV.6. Los peligros que resultan del pensamiento eugenésico

De todo lo que hasta aquí hemos visto surgen, a nuestro juicio, con claridad, los graves peligros

(62) BUSTOS PUECHE, José Francisco, “El derecho civil ante el reto de la nueva genética”, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1996, ps. 189 y 190.

(63) Bioética con rasgos jurídicos, Ed. Dilex, S.L., Madrid, 1998, p. 185.

que pueden llegar a resultar del pensamiento eugenésico, que, si bien ha sido desarrollado con la positiva finalidad de mejorar la raza humana, ha solido dejar de lado otras prioridades que, por ser tales, tienen una lógica preeminencia sobre la de la obtención de esa mejora. En ese sentido, la eugenesia ha descuidado en alto grado el necesario y prioritario respeto debido a la dignidad de la persona humana, que se ha visto muchas veces discriminada en el forzado camino de la búsqueda de los fines eugenésicos tenidos en vista por quienes querían lograr a toda costa la aludida mejora, muchas veces de buena fe, pero sin tener en cuenta ni parámetros en los ineludibles límites éticos existentes al respecto, que no pueden ser violados sin mengua de la legitimidad de esos fines.

Pedro Federico Hooft afirma que la visión optimista del siglo XIX —del progreso indefinido— que partía de la creencia según la cual los progresos científicos y tecnológicos serían favorables al progreso humano resultó una ilusión debido a los acontecimientos luego ocurridos, tales como, por ejemplo, y entre otros, las dos guerras mundiales del siglo XX, los peligros derivados de la degradación de la naturaleza, de la experimentación con la vida humana. Todo lo cual ha creado, dice, muy serias dudas en cuanto a la existencia de una alianza inevitable entre el adelanto científico y el progreso humano, y que, si bien la ciencia y la técnica le han aportado a la humanidad beneficios relevantes, también existen serios peligros derivados de aplicaciones que son perjudiciales tanto para la dignidad del hombre como para el progreso del valor “humanidad” (64).

Debemos asimismo recordar lo expresado por Raquel Álvarez Peláez, que, además de negarle a la eugenesia el carácter de *ciencia*, ha dicho que esta fue una idea positiva en la mente de personas sensatas que consideraban que debían utilizarse todos los medios en la profilaxis y tratamiento de los seres humanos, y que tenían en cuenta todos los factores para que la procreación y la infancia fueran los más adecuados posibles; pero que, en cambio, era y es una idea negativa y agresiva cuando quiere ser usada para seleccionar, eliminar y controlar a otros se-

(64) HOOFT, Pedro Federico, “Bioética y derecho”, ED. El Derecho, 132-877 y ss.

res humanos (65). Messina de Estrella Gutiérrez dice, por su parte, que la manipulación de los genes con la finalidad de mejorar la raza humana es absolutamente condenable, no solo desde el punto de vista del bioderecho, sino también de la ética, la filosofía y la religión. “La eugenesia —agrega— es una de las expresiones del racismo basada en el seudo racionalismo científico. ¿Quién es el indicado para determinar el cambio de la especie? (...) A la locura de la pureza de la raza no debe suceder la de la pureza de los genes” (66).

IV.7. Diversos riesgos de las modificaciones genéticas practicadas con la finalidad de mejorar la raza humana

Las modificaciones genéticas practicadas con la finalidad de mejoramiento de la raza humana constituyen eugenesia positiva, siendo evidente el riesgo para el futuro de la especie, pues nunca se sabe cuál es el límite al que deba llegarse, ni qué mutaciones pueden llegar a producirse. Además, ello lleva, en forma casi inevitable, a que los conocimientos adquiridos a esos efectos puedan ser utilizados —alegando un fundamento análogo al de la prevención y tratamiento de enfermedades— con fines raciales o de selección de individuos, pudiendo esto producirse, ya sea con respecto a los gametos, o a los embriones, eligiendo aquellos que se consideren mejores o preferibles por poseer determinadas características, y desechando a los restantes, constituyendo esto último un claro instrumento de eugenesia negativa.

Cabe acotar que esa selección puede producirse con mayor probabilidad en los lugares donde existan limitaciones con relación al número de hijos a procrear, debido a que, en tal caso, es más posible que los padres quieran asegurarse de que el único hijo sea sano o de un determinado sexo, generalmente, varón, ya sea por la posibilidad de poder comenzar a trabajar a una menor edad, o de tener más fuerzas para poder rendir más en un trabajo pesado, o de no tener que entregar los padres una dote cuando el hijo se case, dependiendo todo ello, como es

fácil de advertir, de la cultura y de los usos del grupo social de que se trate.

Las posibilidades que surgen de la aplicación de la tecnología ya disponible, o que pronto lo estará, relativa a la intervención en las células somáticas o germinales, constituyen un claro riesgo —en especial, cuando de células germinales se trata— para el futuro de la especie humana. Peligro que se va acrecentando a medida que el conocimiento del genoma humano se va consiguiendo descifrar con mayor precisión. Por lo cual el tema ya no puede, a nuestro juicio, continuar siendo considerado como una cuestión médica, propia de la relación médico-paciente y, por tanto, como un asunto de salud individual, como se ha dicho (67), ya que excede ese limitado y privado ámbito, para pasar a ser una cuestión social que, por tanto, interesa a toda la comunidad. No obstante, Daniel Soutullo ha señalado que debe hacerse una importante distinción según las prácticas eugenésicas concretas, pues no merece la misma opinión, dice, la eugenesia terapéutica que persigue la erradicación de dolencias transmisibles por herencia, que otras formas distintas, tales como la selección germinal de Muller, claramente elitista y discriminatoria, o las propuestas referentes a la perfección del genotipo por medio de la inclusión de ciertos genes mediante terapia génica germinal (68). Resulta conveniente recordar que, tal como advertía el premio nobel Marshall W. Nirenberg, “...el hombre puede ser capaz de programar sus propias células con información sintética mucho antes de que pueda valorar adecuadamente las consecuencias a largo plazo de tales alteraciones, mucho antes de que sea capaz de formular metas y mucho antes de que pueda resolver los problemas éticos y morales que surgirán” (69).

Por otra parte, y tal como ha advertido el profesor Alex Kahn, genetista y director del Co-

(65) “La eugenesia española a lo largo del siglo XX”, ob. cit., p. 121.

(66) “Bioderecho”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 92 y 93.

(67) Véase lo expresado al respecto por ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”, en *La eugenesia Hoy*, ob. cit., ps. 10 y 11.

(68) SOUTULLO, Daniel, “El concepto de eugenesia y su evolución”, ob. cit., ps. 62 y 63.

(69) Cit. por BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, ob. cit., ps. 292 y 293.

chin Institute de genética molecular de París, además de secretario del European Life Science High Level Group, con sede en Bruselas, es un hecho que la genética ofrece hoy posibilidades que pueden ser generalizadas y que pueden generar nuevas formas de racismo. Pero aclara que afirmar que el racismo es ilegítimo porque, en el plano biológico y en especial genético, las razas no existen significaría lo mismo que decir que, en el supuesto de que existieran ciertas diferencias, estaría justificado; por tanto, dice, es un contrasentido querer fundar el antirracismo en la ciencia, la cual, en consecuencia, no puede ser interpelada para dar una respuesta sobre el racismo.

Señala Kahn que lo que antes se quería demostrar a través de los rasgos somáticos se quiere hoy demostrar mediante los genes; inclusive en revistas científicas conocidas, dice, se publicaron estudios en los cuales se ha anunciado el descubrimiento del gen de la inteligencia, de la agresividad, del amor y cosas similares, creando expectativas infundadas sobre que una intervención en los genes podría cambiar esas características de los individuos. Lo cual, agrega, es erróneo, pues los genes actúan en modo combinatorio, ya que no es un único gen el que determina características psíquicas o físicas de los individuos; además de existir de esa forma el peligro de admitir (erróneamente) el concepto de personas *genéticamente no correctas*, o de establecer la necesidad de una *calidad mínima* para los niños que deben nacer, lo cual, afirma con razón, es monstruoso (70).

El determinismo biológico que resulta del hecho de darle una relevancia decisiva y prácticamente excluyente en la aparición de enfermedades al factor genético constituye una constante en el pensamiento de una parte de los eugenistas actuales, quienes suelen dejar de lado, sin razón, la importancia que tienen al respecto los factores sociales, ambientales y culturales, lo cual trae como consecuencia el hecho de centrar el problema en un solo aspecto, descuidando los restantes. El biólogo Daniel Soutullo sostiene que el determinismo biológico se apoya en una idea falsa, basada en una comprensión errónea del funcionamiento de los genes. Y agrega que, si bien es cierto que algunos

caracteres simples, como son los sanguíneos, no dependen en absoluto del ambiente, sino que se hallan determinados por los genes, la mayoría de los caracteres de un organismo constituyen el fruto de la interacción que existe entre los genes y el ambiente en el cual se desarrolla ese organismo, incluyendo factores aleatorios que, según señala, algunos autores denominan *ruido de desarrollo*. Destaca Soutullo la relevancia de la interacción existente entre los genes y las influencias ambientales de todo tipo con relación a los caracteres complejos de los seres humanos, como son los que determinan la personalidad o el desarrollo mental, como también la que se produce para determinar la mayoría de los caracteres físicos, con respecto a lo cual recuerda un ejemplo de gemelos monocigóticos que presentan un grado muy diferente de desarrollo corporal (en el caso puntual, una diferencia de altura notable), resultante del hecho de haber sufrido uno de ellos a los cinco años una infección que afectó a su hipófisis, lo que determinó una producción menor de la hormona del crecimiento; lo cual demuestra la disparidad de resultados a que se puede arribar no obstante el caso de una identidad genética completa. Concluye dicho autor con la afirmación de que, aunque lo considerásemos deseable —cosa por cierto discutible—, no existe forma posible de determinar qué genes serían los más adecuados para realizar una selección de tipo eugenésico de los caracteres (71).

Ese hecho de darle preeminencia, con relación a la aparición de enfermedades, a los factores genéticos por sobre los ambientales ha sido motivo de preocupación desde hace tiempo, habiendo sido ello explicitado en la Declaración sobre los Principios de Actuación en la Investigación Genética, aprobada por el Consejo de la Organización del Genoma Humano (HUGO) en Heidelberg, Alemania, el 21 de marzo de 1996,

(71) "Actualidad de la eugenesia: la intervención en la línea germinal", ob. cit. Víctor B. Penchaszadeh coincide en la importancia de los factores ambientales en el desarrollo de cualquier desviación de la salud, ya sea congénita o adquirida, y agrega que, si bien hoy en día se admite que toda manifestación de enfermedad tiene algún componente genético, siempre el medio ambiente tiene influencia en las manifestaciones clínicas, aun en las enfermedades clásicamente genéticas (ob. cit., p. 288. Ver, asimismo, MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., ob. cit., p. 90).

(70) Agencia Zenit, 06/09/2001.

donde fueron criticadas “la reducción de los seres humanos a sus secuencias de ADN y la atribución de los problemas sociales y otros problemas humanos a causas genéticas”.

Resulta criticable el hecho de haberse puesto el acento en exceso en lo genético, llegándose a determinar algo así como una constitución genética ideal, a partir de la cual se ha considerado que todo lo que no coincida con aquella debe ser interpretado como una anormalidad. Lo cual, además de discriminatorio, es erróneo, pareciéndose de tal manera olvidar la importancia de la diversidad genética de la especie humana, cuya necesidad hemos puesto de resalto; no es posible dejar de lado la relevancia del valor evolutivo que resulta de la diversidad genética, que, entre otras causas, deriva de la interacción de la persona con el medio en el que se desenvuelve, así como con motivo de las variaciones producidas en él, a todo lo cual se van adaptando los genes.

Otro de los peligros que derivan del pensamiento eugenésico consiste en que este ha dejado muchas veces de lado el necesario respeto de la vida del ser humano, que se inicia, tal como antes hemos recordado, en el momento en que se produce la fecundación del óvulo por el espermatozoide, aun cuando hay quienes, contra todas las evidencias de la ciencia, han sostenido que esta solo existe desde que se produce la anidación del embrión en el útero de la mujer, dando de esta manera lugar a la posibilidad de la realización de manipulaciones y a distintas maniobras sobre el embrión antes de la anidación.

Daniel Soutullo señala que, entre las objeciones a las prácticas eugenésicas actuales, incluso en los casos de prácticas privadas, voluntarias y con finalidad terapéutica, por de pronto, que no siempre está claro lo que debe entenderse por *patología* objeto de una intervención terapéutica, la cual no está en discusión cuando se trata de una enfermedad grave, pero que, en cambio, puede no estar tan clara en el supuesto de las dolencias leves o que se apartan de los valores medios de la población, como podría ser en el caso de la estatura, además de que los conceptos de salud y enfermedad van variando a lo largo del tiempo en función de las circunstancias sociales. Por último, señala dicho autor que los métodos terapéuticos empleados pueden llegar

a presentar consecuencias negativas superiores a las potenciales ventajas, como en el caso de la terapia génica en la línea germinal (72). Y, si bien por nuestra parte consideramos aceptable la realización de terapia en la línea germinal, ello es así solo dentro de ciertos límites y con la exclusiva finalidad de proceder a la curación de una enfermedad o de evitar su transmisión. Debe, por tanto, quedar en claro que rechazamos por inmoral y discriminatoria la intervención genética para el perfeccionamiento de la raza humana, o para lograr, en frase que ha hecho camino, embriones *a la carta*. Penchaszadeh dice que, “cuando los servicios de genética no tienen objetivos eugenésicos, no cabe duda que pueden contribuir a una reducción de la frecuencia de enfermedades genéticas en la población”, y afirma la inexistencia de asidero científico para los postulados de la eugenesia, así como también, manifiesta que “como lo demuestra la historia, la ideología eugenésica sólo se puede implementar avasallando los mejores atributos de la especie humana: la solidaridad, la compasión, el derecho a no ser discriminado por características genéticas o médicas y la autonomía de las decisiones reproductivas”. Califica dicho autor de *absurda* la concepción de genotipo *superior* o *perfecto*, dado que la diversidad genética propia de la especie humana es el tesoro que ha permitido la evolución del hombre, siendo el respeto a la diversidad humana un principio ético fundamental, además de la mejor receta para la preservación de la vida humana en la Tierra (73).

IV.8. La doctrina de la Iglesia ante nuevas formas de racismo con fundamento eugenésico

La posibilidad por parte de la genética de generar nuevas formas de racismo, mencionada por Alex Kahn, ya había sido puesta de relieve por la Iglesia, al afirmar la Pontificia Comisión Iustitia et Pax, en el documento *La Iglesia ante el racismo para una sociedad más fraterna*, del 3 de noviembre de 1988, que “un temor difuso ante la posible aparición de nuevas formas, todavía desconocidas, de racismo, se expresa ocasionalmente a propósito del uso que se podría

(72) “Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal”, ob. cit.

(73) Ob. cit., ps. 303 y 304.

hacer de las técnicas de procreación con la fecundación *in vitro* y las posibilidades de manipulación genética”. En ese documento se agrega que, “si bien tales temores se inspiran en parte todavía de hipótesis (adviértase la fecha del documento), no dejan de llamar la atención de la humanidad sobre una nueva inquietante dimensión del poder del hombre sobre el hombre, y en consecuencia, sobre la urgencia de la ética correspondiente. Es necesario que el derecho determine, cuanto antes, barreras infranqueables a fin de que esas *técnicas* no caigan en manos de poderes abusivos e irresponsables, dedicados a *producir* seres humanos seleccionados según criterios de raza, u otras peculiaridades, cualesquiera sean. Se podría ser testigo así del resurgimiento del funesto mito del racismo eugénico, cuyos efectos desastrosos el mundo ya ha padecido. Un abuso parecido consistiría en evitar que vinieran al mundo seres humanos de tal o cual categoría social o étnica, mediante el recurso al aborto y a campañas de esterilización. Cuando se esfuma el respeto absoluto que se debe a la vida y a su transmisión, conforme a la voluntad del Creador, es de temer que desaparezca a la par todo freno moral al poder de los hombres, incluido el de elaborar una humanidad a la triste imagen de esos aprendices de brujo”.

Muchos otros documentos han elaborado la Iglesia o los obispos, relacionados con este tema, sobre los cuales no queremos extendernos, a pesar de lo cual recordaremos el Comunicado del Cardenal Francois-Xavier Nguyen Van Thuan con motivo de la Conferencia Mundial sobre el Racismo, celebrada del 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica, donde, entre otros conceptos, señaló, entre las grandes fracturas que desde el año 1988 se habían hecho más profundas a nivel mundial, la que afecta al ser humano no nacido, sometido a experimentos y que se ha convertido, dijo, en objeto de la técnica, a través de las técnicas de procreación artificial, la utilización de los denominados embriones *sobrantes*, la clonación terapéutica, etc. Y agregó: “el riesgo de una forma inédita de racismo es sumamente real, pues el desarrollo de estas técnicas podría llevar a la creación de una *subcategoría de seres humanos* destinada esencialmente al confort de algunos. Nueva y terrible forma de esclavitud. Poderosos

intereses comerciales querrían aprovechar esta latente tentación eugenésica...” (74).

La eugenesia también ha sido denunciada por la Santa Sede como una nueva forma de racismo, ante la Comisión para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la sesión anual de esa comisión celebrada en Ginebra del 18 de marzo al 26 de abril de 2002, donde sostuvo que la comunidad científica debería ser especialmente vigilante para asegurar que el progreso de la medicina y de la biotecnología se use para beneficio de toda la familia humana y nunca en desventaja de los vulnerables o con intenciones racistas latentes (75).

V. La intervención del Estado en cuestiones relacionadas con la eugenesia

V.1. La intervención coercitiva de los poderes públicos

A nadie se le escapa el peligro que representa la posibilidad de que los procedimientos que hoy en día se realizan cada vez con mayor habitualidad para detectar anomalías, ya sea en los gametos o en el embrión —generalmente antes de la implantación en la mujer—, lleguen en algún momento a considerarse obligatorios, o se realicen en forma coercitiva, así como a establecerse determinados efectos negativos para los individuos para el supuesto de que aquellos fueran omitidos —tales como, por ejemplo y entre otros, restringirles o impedirles tener descendencia—, lo cual podría sin duda atentar contra la libertad de esas personas y sus derechos individuales.

La obligatoriedad del diagnóstico prenatal constituiría sin duda una clara intromisión en la privacidad del individuo, además del peligro que representaría —cuando el resultado no fuera el deseado— a los efectos de tomar una determinación libre, si la recomendación del médico pretendiera estar orientada a indicar la toma de una determinada decisión, influyendo en esta, en lugar de ser simplemente transmisora de la existencia del problema, a fin de que los interesados decidan sin presiones la conducta a seguir. Parece importante destacar que debe te-

(74) Ag. Zenit, 01/09/2001.

(75) Ag. Zenit, 25/03/2002.

nerse especial cuidado en el hecho de que cualquier tipo de estudios o análisis que se efectúen al respecto no termine por constituir una causa de discriminación, ya sea para el hijo o inclusive para los padres, y particularmente para las madres que se hayan negado a someterse a los análisis prenatales, debiendo en todo caso respetarse el deber de confidencialidad, aspecto este sobre el que, con razón, ha puesto el acento Romeo Casabona (76).

Bustos Pueche afirma que, cuando apenas estamos tomando conciencia de las posibles intromisiones ilegítimas en determinados ámbitos de las personas, por ejemplo, en su intimidad, nos topamos con una nueva intromisión potencial imponente, como lo es la lectura y posterior informatización en el banco de datos del mensaje genético del individuo. Y dice que, por si eran pocos los datos personales disponibles, ahora surge también esta otra posibilidad, y que de la misma manera que ahora se comercia (aunque sea ilegalmente) con ciertos datos informatizados de las personas, tales como listados de clientes, con sus nombres y direcciones, mañana podría también llegar a traficarse con la difusión de los datos genéticos de los individuos en favor de quienes pudieran estar interesados (77).

Como se advierte, todas estas cuestiones pueden llegar a constituir una interferencia ciertamente indebida en el derecho de los padres a reproducirse, no debiendo olvidarse que, además del bien de los cónyuges, una de las finalidades del matrimonio consiste en la generación y educación de la prole, como con acierto se expresa en el canon 1055 del Código de Derecho Canónico.

La cuestión también se encuentra relacionada, como es fácil imaginar, con los costos sanitarios que la sociedad debe asumir con relación a los discapacitados, costos que, según se alega, podrían ser aprovechados con otras finalidades distintas que pueden llegar a ser consideradas más positivas en términos de salud de la población, como las dirigidas a la prevención de en-

fermedades. Aunque lo cierto es que también la realización de pruebas diagnósticas prenatales o preimplantatorias con la finalidad de detectar enfermedades fundamentalmente genéticas tienen un costo elevado.

V.2. Ventajas y desventajas de la intervención del Estado en cuestiones relacionadas con la eugenesia

Recién nos hemos referido a la posibilidad de la intervención del Estado en la privacidad de los individuos mediante la sanción de normas de carácter eugenésico que podrían invadir en forma indebida su intimidad.

Pero también puede darse el proceso inverso, esto es, la omisión injustificada de intervenir, por parte de los poderes públicos. Romeo Casabona informa al respecto críticamente, sobre la no intervención de la autoridad sanitaria en la administración no controlada de la hormona del crecimiento a niños de talla normal, con la exclusiva finalidad de asegurarles una estatura más elevada (78). Sobre lo cual Daniel Soutullo informa que el número de niños que en Inglaterra reciben tratamiento de la hormona del crecimiento ha crecido entre 1985 y 1994 en más de un 300%, y aclara que no se trata de que la deficiencia hormonal haya aumentado en la población inglesa, sino que ha comenzado a generalizarse su uso en niños sanos, debido a que en las sociedades occidentales una elevada estatura supone una pequeña ventaja; con lo cual, concluye, la noción de lo que se considera *normal* puede llegar a cambiar, y un uso masivo de la hormona podría hacer que aquellos individuos que antes eran de estatura *normal* y que no se sometiesen al tratamiento podrían llegar a ser bajos con relación a la media, y, por tanto, *menos normales* (79), si así pudiera decirse.

Más claramente, Diane Paul dice sobre el tema que “el problema no es el que la mayoría de nosotros tememos: un programa de gobierno para criar mejores bebés. El peligro más probable es prácticamente el opuesto; no que el gobierno intervenga en decisiones reproductivas,

(76) “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., p. 16.

(77) Ob. cit., p. 26.

(78) “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”, en *La Eugenesia Hoy*, ob. cit., p. 12, nota 24.

(79) “La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, ob. cit., p. 141.

sino que no lo haga. Cuando todo se deja a la libertad de mercado es cuando más probabilidad hay de que se corrompan los frutos de la investigación del genoma” (80).

Parece inevitable la necesidad de que en algún momento, sea más tarde o más temprano, el Estado intervenga a fin de garantizar que la biotecnología, fundamentalmente la relativa a la reproducción humana, no sea utilizada como un instrumento discriminatorio mediante actos que pueden ser encuadrados como actos de eugenesia positiva, lo que podría ocurrir, por ejemplo, y entre otros muchos supuestos, mediante la selección de embriones para lograr personas más inteligentes, o con mayores capacidades físicas o mentales. Naturalmente que somos conscientes de que el solo dictado de leyes que contemplen aun en forma adecuada la problemática, encauzando la actividad biomédica en el respeto por los valores, no constituye por sí solo la panacea, aunque puede ser una importante limitación para evitar que la ciencia se desboque en su aplicación práctica, habiéndose no obstante afirmado sobre el tema que la fe en el efecto mágico de la ley constituye una ilusión más que una realidad, y que la creciente complejidad de los problemas bioéticos, con sus imprevisibles situaciones particulares, que a menudo se caracterizan por serios conflictos de valores, no podrán ser nunca regulados normativamente en forma detallada y minuciosa (81). Pero, si bien ello es cierto, también creemos que una regulación inteligente que no pretenda contemplar todos y cada uno de los supuestos que podrían producirse, sino únicamente establecer pautas generales con bases éticas indiscutibles, podría ser beneficiosa como una limitación al desarrollo de una ciencia despojada de toda connotación ética, poco respetuosa de valores inderogables.

V.3. La necesidad de regular legislativamente las particularidades de las nuevas tecnologías

Para lograr lo anterior resulta, a nuestro juicio, conveniente el dictado de normas que contemplen en forma específica el tipo de situaciones

(80) Cit. por SOUTULLO, Daniel, “El concepto de eugenesia y su evolución”, ob. cit., p. 57.

(81) HOOFT, Pedro Federico, ob. cit., ED, 132-883.

a las que nos estamos refiriendo, las cuales no siempre pueden llegar a ser resueltas, al menos con la precisión y eficacia deseables, por aplicación de disposiciones legales ya vigentes, pero creadas para otros supuestos marcadamente distintos.

Parece claro que no es precisamente lo ideal aplicar a estos procedimientos médicos, tan especiales y que ofrecen particularidades no imaginadas hasta ahora, derivados de nuevas tecnologías biomédicas, normas jurídicas sancionadas para situaciones totalmente distintas. Como se dijo en la nota de introducción a la actualmente derogada ley española de reproducción asistida n° 35/1988, “los avances científicos (...) cursan generalmente por delante del Derecho que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión”. Y ello, no obstante que la investigación y experimentación científica suele ser por lo general reacia a la reglamentación normativa, lo que es así, como afirma Enrique Carlos Banchio, porque el tema del conocimiento se enmarca en el concepto de la libertad, lo cual, por otra parte, agrega dicho autor, no por ello escapa al imperio del principio que —con fuerza de imperativo moral— señala que “toda vez que el Derecho ilumina la libertad, ésta no deja de proyectar una sombra: la responsabilidad” (82).

Romeo Casabona ha expresado dudas con respecto a la suficiencia de los actuales instrumentos de protección del embrión, habiéndose manifestado sobre la conveniencia de incorporar otros nuevos que contemplen las nuevas prácticas biomédicas, así como de formular un “estatuto jurídico del concebido”, con la finalidad de ofrecer respuestas válidas para las nuevas realidades derivadas fundamentalmente de aspectos relativos a la reproducción y al patrimonio genético. Afirma dicho autor la con-

(82) “Daño al concepturus (A propósito de la manipulación génica)”, en *La Responsabilidad. Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg*, AA.VV., dirigido por Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 183.

veniencia de efectuar una regulación plural y escalonada —especialmente indicada con relación a la biotecnología y a las ciencias biomédicas— con diferentes niveles de intensidad, comenzando por el autocontrol deontológico de la comunidad investigadora, pasando por garantías administrativas de carácter procedimental, hasta llegar a la introducción de tipos civiles de protección (o de fortalecimiento de los instrumentos existentes), e inclusive, y en caso necesario, de prohibiciones penales, a lo cual, agrega, solo debe llegarse en último término y en forma excepcional, cuando se trate de conductas particularmente graves frente a bienes o valores dignos de una protección reforzada, y siempre que resultaran insuficientes otros instrumentos jurídicos no penales (83). Por nuestra parte, creemos que la necesidad de la protección del derecho a la vida desde la concepción, que en esta materia se encuentra especialmente comprometida, hace necesaria una aplicación no tan excepcional de las normas penales, cuya sanción es, a nuestro juicio, indispensable para subsumir en ellas con claridad la punibilidad de ciertos hechos que de otra manera podrían llegar a considerarse ajenos a los tipos penales actualmente existentes.

Desde otro ángulo, Daniel Soutullo pone de relieve la tentación en la que se verían los padres de lograr en los hijos mediante el cambio de genes, de ser ello posible, una estatura mayor, o un determinado color de ojos, o alguna otra característica deseada por aquellos, convirtiéndose de tal manera esos cambios cosméticos en una forma de eugenesia que quedaría al arbitrio y a la capacidad económica de los padres, de no existir leyes que los regulasen (84).

Por otra parte, no debe dejarse de lado que esta especie de cuestiones sobrepasan, de alguna manera, la simple esfera jurídica, correspondiéndole a la autoridad pública “el deber de actuar de manera que la ley civil sea reglamentada según las normas fundamentales de la ley moral en todo lo que concierne a los derechos

(83) “El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1994, ps. 18 y ss.

(84) “La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy”, ob. cit., p. 141.

del hombre, de la vida humana, y de la institución familiar” (85). Es que las situaciones que pueden afectar los valores considerados esenciales de las personas no pueden dejar de contemplarse desde el ángulo de la moral (86).

Martínez Bullé Goyri señala que estas nuevas realidades relacionadas con el campo genético superan el estrecho campo de la reflexión jurídica, aunque, de manera necesaria, han de tener una concreción en el mundo del derecho; para lo cual, agrega, es necesario partir de la cooperación internacional, con la finalidad de alcanzar consensos en torno del uso más adecuado de las aplicaciones de la genética (87).

La bioética, se ha dicho, debe apoyarse en los derechos humanos: la libertad humana, la libertad individual, la igualdad de derechos, la dignidad y la solidaridad, todo lo cual debe ser tenido en cuenta para generar normas jurídicas que respondan a las necesidades de este tiempo (88), debiendo asimismo destacarse la importancia de no confundir los medios con los fines. Naturalmente que esas normas que regulen las cuestiones relacionadas con la vida y la integridad de la persona —como también cualesquiera otras— deben contemplar los valores éticos vigentes en la sociedad con relación a aquellas, debiendo no obstante dejarse en claro al respecto que hay ciertos valores indiscutibles y que tienen su fundamento en el derecho natural, como el recién referido del respeto a la vida humana desde la concepción, que no pueden ser dejados de lado en la normativa que sea sancionada.

(85) Mensaje de San Juan Pablo II del 26/11/2001 a la Semana Social de los católicos en Francia.

(86) En el n° 2294 del Catecismo de la Iglesia Católica se afirma que “la ciencia y la técnica requieren por su significación intrínseca el respeto incondicionado de los criterios fundamentales de la moralidad; deben estar al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables, de su bien verdadero e integral, conforme al designio y la voluntad de Dios”.

(87) “Derechos humanos y genética en el contexto de la cooperación internacional”, en *Bioética y Genética*, ob. cit., ps. 200 y ss. Conf. MARTÍNEZ, Stella Maris, “El derecho penal como instrumento asegurador de los principios bioéticos”, en *Bioética y Genética*, ob. cit., 2000, ps. 214 y ss.

(88) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., ob. cit., p. 93.

Es que, como ha señalado San Juan Pablo II, “cuanto más crecen el conocimiento y el poder de intervención (en el genoma humano), tanto mayor tiene que ser la conciencia de los valores que están en juego” (89). En esa misma línea, ha sostenido — afirmación a la cual también adherimos— que “nunca se debe perder de vista la finalidad del auténtico bien del hombre; nunca se debe ceder a la tentación de una medicina y de un progreso científico sin reglas ni valores, que podría convertirse en una peligrosa forma de *control tecnológico* de la vida” (90).

VI. Bibliografía complementaria

Álvarez Peláez, Raquel, “La eugenesia española a lo largo del siglo XX”, en *La Eugenesia Hoy*, Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

—*Sir Francis Galton, padre de la eugenesia*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1985.

BANCHIO, Enrique C., “Daño al *concepturus* (A propósito de la manipulación génica)”, en *La Responsabilidad*. Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg, AA.VV., dirigido por Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

BASSO, Domingo M., O. P., “Nacer y morir con dignidad. Bioética”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, 3ª ed.

BERTERO, Sergio Manuel, “El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el derecho”, en *La Ley Actualidad*, Ed. LA LEY SAEeI., diario del 07/07/2005.

BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, “Derechos humanos y eugenesia”, en *La Eugenesia Hoy*, Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

(89) Discurso cit. del 24/02/1998 en la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida.

(90) Manifestación efectuada con fecha 25/02/2002, en el marco de un conmocionado llamamiento hecho por el papa para que la medicina no caiga ante la tentación de sustituir los valores éticos por la ciencia y la tecnología (Ag. de noticias Zenit, de la misma fecha).

BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia”, 10ª edición act. Por Guillermo Borda (h.), Ed. LA LEY S.A.E.e I., Buenos Aires, 2008.

BROCK, Dan W., “La clonación de seres humanos: una valoración de los pros y los contras éticos”, en *Clones y clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana*, AA.VV., Martha C. Nussbaum y Cass R. Sunstein (Eds.), Madrid, 1998.

BROEKMAN, Jan M., “Bioética con rasgos jurídicos”, Ed. Dilex, S.L., Madrid, 1998.

BUSTOS PUECHE, José Francisco, “El derecho civil ante el reto de la nueva Genética”, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1996.

CECCHETTO, Sergio, “Vasectomía: motivaciones históricas y cuestionamientos morales”, en Internet, www.bioetica.org.

CLOTET, Joaquim, “Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina”, en *Bioética y Genética*, AA.VV., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “El impedimento matrimonial de enfermedad. Matrimonio y eugenesia”, n° 8, ob. cit, por ZANNONI en *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 5ª ed.

— “Matrimonio y eugenesia”, JA, 1942-II, sec. doctr., p. 23.

ETXEBERRÍA, Xavier, “Referentes éticos y mediaciones de la eugenesia”, en *La Eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

HOOFT, Pedro Federico, “Bioética y derecho”, Ed. Ed. El Derecho, 132-877.

ÍÑEZ PAREJA, Enrique, “Retos éticos ante la nueva eugenesia”, en *La Eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

IBARRA, Andoni, "Conocer e Intervenir: el bucle eugenésico", en *La Eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Libertad de amar y derecho a morir", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, 7ª ed.

JUAN PABLO II, santo, discurso dado con fecha 3 de marzo de 2001 a los participantes en la VII Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida, *Revista Vida y Ética*, Ed. de la Univ. Católica Argentina, año 2, nº 2, Buenos Aires, 2001.

-Discurso del 24 de febrero de 1998 a los miembros de la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, "Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161 -2º *in fine* del Código Penal de 1995", en *La Eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

LUJÁN, José Luis, "Eugenesia: de la ética a la política", en *La Eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

MARTÍNEZ, Stella Maris, "El derecho penal como instrumento asegurador de los principios bioéticos", en *Bioética y Genética*, AA.VV., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., "Derechos humanos y genética en el contexto de la cooperación internacional", en *Bioética y Genética*, AA.VV., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Gracie-la N., "Bioderecho", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

MOSQUERA, Gerardo Raúl, "El SIDA como impedimento del matrimonio civil", *La Ley*, Ed. LA LEY SAEeI, 1992-E, 1256.

MOSSO, Carlos J., "Clonación. Una mirada desde la ética y el derecho", en *Vida y Ética*, Ed. de la Univ. Católica Argentina, Buenos Aires, 2001, año 2, nº 2.

PENCHASZADEH, Víctor B., "Aspectos éticos en genética médica", en *Bioética y Genética*, AA.VV., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

PLATÓN, "La República", traducido del griego por José Antonio Míguez, Aguilar SA, Madrid, 1968, 3ª edición.

PUIGPELAT, Francesca, "El movimiento eugenésico de principios de siglo: presupuestos y enseñanzas", en *La Eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

ROMEO CASABONA, Carlos María, "Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas", en *La Eugenesia Hoy*, Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

-*Del gen al derecho*, Ed. Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Colombia, 1996.

-*Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, 2000.

-*El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1994.

SAMBRIZZI, Eduardo A., "La procreación asistida y la manipulación del embrión Humano", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

SOUTULLO, Daniel, "La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy", Talasa Ediciones S.L., Madrid, 1997.

- "El concepto de eugenesia y su evolución", en *La eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999.

- "Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal", Conferencia pronunciada en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada con fecha 11/05/2000.

TEJADA MÍNGUEZ, María Isabel, “Genética médica y eugenesia”, en *La Eugenesia Hoy*, AA.VV., Carlos María Romero Casabona (Ed.), Bilbao-Granada, 1999,

VALIENTE NOAILLES, Enrique, diario *La Nación*, edición del día 11/09/2005.

YUNGANO, Arturo R., “Eugenesia”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. II, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1992.

ZAMUDIO, Teodora, “Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones”, en Internet, www.bioetica.org.

ZANNONI, “Derecho civil. Derecho de familia”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 5ª ed.

