

ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Jorge H. Alterini

Sección Derecho de Familia y Bioderecho

Director: Eduardo A. Sambrizzi

## ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL

Jorge Osvaldo Azpiri - Julio César Capparelli - Jorge Nicolás Lafferriere - Analía  
G. Pastore - Osvaldo Felipe Pitrau - Eduardo A. Sambrizzi



BUENOS AIRES

2017

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 55.

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 antidotos 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.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA

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

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 — N° 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*.

### INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

#### SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

— *Estudios de Derecho Civi*

#### 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 guerra 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*.

### 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*.

### 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*.

### 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.*

#### 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.*

#### 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. Jorge R. Vanossi*

##### Vicepresidente

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

##### Secretarios

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*  
*Académico Dr. Rafael M. Manóvil*

##### Tesorero

*Académico Dr. Daniel Funes de Rioja*

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

**Director de Publicaciones**  
*Académico Dr. José Domingo Ray*

**Vocales**  
*Académico Dr. Jaime Luis Anaya*

ACADÉMICOS DE NÚMERO  
*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 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
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
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	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 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	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. José O. Casás	Lisandro Segovia	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017

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. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
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. Giorgio Bertí	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 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. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Máns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei 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	Argentina	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017

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 Zavalía	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	2009/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

Dr. Manuel Obarrio  
 Dr. Pedro Olaechea y Alcorta  
 Dr. Francisco J. Oliver  
 Dr. Julio H. G. Olivera  
 Dr. Manuel V. Ordóñez  
 Dr. Alfredo Orgaz  
 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. Juan Carlos Rébora  
 Dr. Roberto Repetto  
 Dr. Manuel Río  
 Dr. Marco Aurelio Risolía  
 Dr. Horacio C. Rivarola  
 Dr. Rodolfo Rivarola  
 Dr. Ambrosio Romero Carranza  
 Dr. José M. Rosa  
 Dr. José María Ruda

Dr. Enrique Ruiz Guñazú  
 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

# SUMARIO

---

## DOCTRINA

---

<b>La compensación económica en el Código Civil y Comercial</b> <b>POR JORGE OSVALDO AZPIRI .....</b>	<b>17</b>
<b>Pactos de convivencia</b> <b>POR JULIO CÉSAR CAPPARELLI .....</b>	<b>39</b>
<b>Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial</b> <b>POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE .....</b>	<b>53</b>
<b>Alcances de la presunción de filiación matrimonial en el Código Civil y Comercial</b> <b>POR ANALÍA G. PASTORE .....</b>	<b>81</b>
<b>Las modalidades de cuidado personal de los hijos</b> <b>POR OSVALDO FELIPE PITRAU .....</b>	<b>135</b>
<b>Medidas provisionales relativas a las personas, a tomar al comienzo del juicio de divorcio, o antes en caso de urgencia</b> <b>POR EDUARDO A. SAMBRIZZI .....</b>	<b>163</b>
<b>La eugenesia, antes y ahora</b> <b>POR EDUARDO A. SAMBRIZZI .....</b>	<b>195</b>

1. Introducción. - 2. Concepto. - 3. Legislación comparada. - 4. Naturaleza jurídica y diferencias con otros institutos. - 5. Fundamento de la compensación económica. - 6. Ámbito de aplicación. - 7. Requisitos para la procedencia. - 8. Determinación de la compensación económica y plazo para su reclamo. - 9. Irrelevancia de las conductas de los cónyuges. - 10. Forma de cumplimiento. - 11. Pautas para la fijación judicial de la compensación económica. - 12. Modificación y cese de la compensación económica. - 13. La compensación económica como causa de pérdida del derecho a reclamar alimentos.

## LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JORGE OSVALDO AZPIRI

Sumario: I. Introducción.- II. Concepto.- III. Legislación comparada.- IV. Naturaleza jurídica y diferencias con otros institutos.- V. Fundamento de la compensación económica.- VI. Ámbito de aplicación.- VII. Requisitos para la procedencia.- VIII. Determinación de la compensación económica y plazo para su reclamo.- IX. Irrelevancia de las conductas de los cónyuges.- X. Forma de cumplimiento.- XI. Pautas para la fijación judicial de la compensación económica.- XII. Modificación y cese de la compensación económica.- XIII. La compensación económica como causa de pérdida del derecho a reclamar alimentos.

### I. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido importantes reformas en materia de derecho de familia, ya sea mediante la modificación de institutos tradicionales como los deberes que emergen de la celebración del matrimonio o la forma de obtener el divorcio, por señalar tan solo algún aspecto sustancial, y al mismo tiempo ha contemplado situaciones que con anterioridad no habían merecido el tratamiento legislativo, tal el caso de la unión convivencial y en la materia que hoy nos ocupa, la compensación económica.

La eliminación de las causas subjetivas que permitían obtener la separación personal o el divorcio vincular en el régimen anterior, con la consiguiente declaración de inocencia de uno de los cónyuges y la regulación de un procedimiento objetivo, provocó la necesidad de atenuar las

consecuencias del divorcio cuando uno de los esposos había quedado en una situación más perjudicial con relación al otro.

La doctrina venía señalando la conveniencia de incorporar este instituto desde hace tiempo y la reforma en cuestión ha receptado esta iniciativa. (Ver, entre otros, "Aproximación a la pensión compensatoria", Jorge Azpiri, RDF N° 19, pág. 65, año 2001; "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", Eduardo Fanzolatto, separata de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-1).

El tratamiento verdaderamente excepcional que se hizo en el nuevo Código de los alimentos posteriores al divorcio corroboró esta necesidad y la solución surgió a partir de la incorporación de la compensación económica.

El proyecto de vida en común que los cónyuges han asumido en forma explícita o implícita al celebrar el matrimonio puede determinar distintos roles dentro de la familia. En el esquema tradicional con la mujer ocupándose del hogar y de los hijos y el hombre trabajando fuera de la casa, luego del divorcio no existirá una igualdad de posibilidades para afrontar la vida futura.

También puede suceder que ambos se hayan mantenido dentro del mercado laboral pero el desarrollo profesional de uno de ellos resultó limitado por el escaso tiempo que tuvo para capacitarse en razón de su dedicación a la familia.

Dentro del espíritu del nuevo Código Civil y Comercial cada cónyuge debe encarar su futuro luego del divorcio con independencia del otro esposo, pero no podía consagrarse una injusticia resultante de la disparidad de posibilidades que se originó con el fin del vínculo matrimonial.

Por ello, la compensación económica es una institución que "garantiza la igualdad real de oportunidades luego de la ruptura matrimonial, postulado indispensable para asegurar a cada uno de los ex esposos la posibilidad de diseñar su propio proyecto de vida, de elegir libremente los medios para concretarlo y de poner en marcha las estrategias adecuadas para su realización" (Molina de Juan, Mariel, "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género"; RDF N° 57, pág. 203, Ed. Abeledo-Perrot).

## II. Concepto

El concepto de la compensación económica surge de la letra del art. 441 que en su primera parte establece: "El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de

su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación..."

## III. Legislación comparada

Si bien la compensación económica es una novedad en nuestra legislación, se encuentra ampliamente difundida en el extranjero.

En Francia, después de la ley del 11 de julio de 1975, el art. 270 del Código Civil establece: "Salvo cuando se pronuncia en razón de la ruptura de la vida en común, el divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el art. 212 del Cód. Civil; pero uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas".

En Italia, según la ley del 1° de diciembre de 1970 se establece que: "En la sentencia que pronuncie la disolución o el cese de los efectos civiles del matrimonio, el tribunal dispondrá, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y las razones de la cesión, la obligación para uno de ellos de suministrar al otro periódicamente una pensión proporcional a sus bienes y a sus rentas. En la determinación de tal pensión, el juez tendrá en cuenta la contribución personal y económica efectuada por cada uno de los cónyuges a la familia y a la formación del patrimonio familiar. Por acuerdo de las partes la contribución podrá hacerse de una sola vez. La obligación de abonar la pensión cesará si el cónyuge que deba recibir la pensión contrajera nuevas nupcias (art. 5°)".

En España, luego de la reforma de la ley 30/1981, el art. 97 del Código Civil dispone: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión. La pensión se fijará en la resolución judicial teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: 1°) Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2°) La edad y estado de salud. 3°) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4°) La dedicación pasada y futura a la familia. 5°) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6°) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7°) La pérdida eventual de un derecho a pensión. 8°) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad".

El Código Civil catalán, en su art. 233-14.1., dispone: "El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia,

resulte más perjudicado tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos que es prioritario. En caso de nulidad de matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe en las mismas circunstancias”.

Fanzolatto analiza además las prestaciones compensatorias y los alimentos entre ex cónyuges en las legislaciones de Dinamarca, Quebec, Gran Bretaña, El Salvador y Nueva Zelanda (op. cit., separata de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-1).

Como se puede apreciar, la norma del art. 441 del CCCN tiene como fuente directa el Código Civil español cuyo antecedente es el Código Civil francés.

#### IV. Naturaleza jurídica y diferencias con otros institutos

No se ha expedido el CCCN acerca de la naturaleza jurídica que tiene la compensación económica y al respecto es posible señalar semejanzas y diferencias con los alimentos, con la indemnización por daños y perjuicios y con el enriquecimiento sin causa.

En los fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial se expresó: “Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas. Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro) su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca...”

Las semejanzas con el deber alimentario consisten en que en ambos supuestos se cumple con una aportación económica y que en la mayoría de los casos es dineraria; además algunas pautas para fijar la cuantía toman en cuenta la situación económica de quien la requiere pero se diferencia con la compensación económica en que los alimentos después del divorcio son excepcionales en caso de enfermedad preexistente o cuando uno de ellos se encontrase en estado de indigencia mientras que la compensación no requiere que se acredite la enfermedad ni la necesidad.

También comparte algún aspecto con la indemnización por daños y perjuicios porque hay un aporte resarcitorio, pero el fundamento de la

compensación económica no es consecuencia de un obrar ilícito sino producto del desequilibrio existente en los cónyuges.

Ugarte señala que en la doctrina del Superior Tribunal español la compensación económica es predominantemente indemnizatoria sin que por ello se acerque a perpetuar un modo de vida previo o a nivelar patrimonios. (Comentario al art. 441 en *Código Civil Comentado* dirigido por Oscar Ameal, pág. 152, ed. Estudio).

Tampoco se presenta similitud con el enriquecimiento sin causa porque éste requiere que una persona sin causa lícita se enriquezca a expensas de otro y en tal caso debe resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido, conforme resulta del art. 1794 del CCCN, mientras que en la compensación económica lo relevante es el desequilibrio entre los cónyuges.

Por ese motivo, no cabe otra alternativa que caracterizar a la compensación económica como una institución *sui generis* propia de los efectos del divorcio.

Además, es preciso diferenciarla de una situación que es contemplada tanto en el Código Civil español como en el catalán y que resulta confusa por tener denominaciones similares.

Se trata de supuestos en que los cónyuges se encuentran sometidos a un régimen de separación de bienes y a fin de morigerar su rigor se permite requerir una compensación cuando uno de ellos trabajó para la casa (art. 1438 CC español) o bien en razón del trabajo para la casa, o para el otro sin retribución, o con una retribución insuficiente (art. 232-5 CC catalán).

Además de la denominación similar hay que tener en cuenta que el trabajo en el hogar, la dedicación a la familia y la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro son algunas de las pautas que deben ser tomadas en cuenta en nuestra legislación para fijar la cuantía de la compensación económica.

Sin embargo, la diferencia es clara: nuestra compensación económica se aplica cualquiera fuera el régimen patrimonial al que se encontraran sometidos los cónyuges y no hay pautas específicas para el régimen de separación de bienes; por el contrario, en los códigos señalados, además de la pensión compensatoria aplicable a todos los regímenes patrimoniales, existen estas normas particulares a considerar en el caso de separación de bienes.

#### V. Fundamento de la compensación económica

Distintos fundamentos se han esgrimido en la doctrina para justificar la procedencia de la compensación económica.

En el Anteproyecto se afirmaba su sustento en un principio de solidaridad familiar al igual que lo hacen Veloso en su comentario al art. 441 del *Código Civil Comentado* dirigido por Rivera, Medina y Molina de Juan (op. cit. en RDF n° 57, p. 194).

Medina sostiene que se trataría de un enriquecimiento sin causa ya que alude al empobrecimiento injusto que sufre el cónyuge que durante el matrimonio se dedicó al cuidado del hogar o de los hijos. ("Compensación económica en el Proyecto de Código", LL del 20/12/2012).

Sambrizzi encuentra el fundamento principal en la equidad ya que "parece equitativo que en el supuesto de la persona que en razón del casamiento ha sacrificado su desarrollo económico en pos del cuidado del hogar y de los hijos y que durante la vigencia del matrimonio vivía con un determinado nivel de vida, colaborando con su cónyuge en las tareas necesarias que resultan del mismo —lo que corresponde presumir— si con motivo de la ruptura sufre un desequilibrio económico relevante que lo ponga en una situación difícil en cuanto a su supervivencia en forma digna, que no pueda superar por sí ya sea en forma pasajera o definitiva, sea compensada de manera tal que de alguna manera supla ese desequilibrio". ("El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial", pág. 458, Ed. La Ley).

Resulta realmente difícil atribuir a una de estas causas el fundamento exclusivo de la compensación económica ya que comparte su justificación tanto con la solidaridad familiar, como con la equidad y también con la injusticia que puede resultar al haber quedado un cónyuge en mejor situación que el otro después del divorcio.

## VI. Ámbito de aplicación

En Código Civil y Comercial ha previsto que la compensación económica resulte procedente en caso de nulidad de matrimonio, divorcio y al fin de la unión convivencial.

Sin embargo, existen diferencias en cuanto a su procedencia y aplicabilidad entre esos supuestos.

En el caso de la nulidad del matrimonio solo podrá requerirse la compensación económica cuando ambos cónyuges hayan sido de buena fe o bien solo a petición del cónyuge de buena fe conforme resulta de los arts. 428 y 429 inc. a).

Cuando la unión convivencial ha llegado a su fin también puede demandarse la compensación económica pero en este supuesto, a diferencia de lo que sucede en los otros casos, no podrá ser fijada por tiempo

indeterminado y cuando sea procedente establecerla por un plazo éste no puede ser superior a la duración de la unión (art. 524).

A su vez, como dicha norma no se encuentra mencionada dentro de los derechos que son inmodificables por voluntad de las partes que enumera el art. 513, sería perfectamente válido un pacto en el que se renunciara en forma anticipada a reclamar la compensación económica.

Un convenio de esta naturaleza no podría ser otorgado por los futuros cónyuges ya que no se encuentra enunciado dentro de los objetos que puede tener una convención matrimonial tal como lo enumera el art. 446 y durante la vigencia del matrimonio solo es factible el acuerdo sobre el cambio de régimen patrimonial según surge del art. 449 CCCN.

En el caso del divorcio, la compensación económica puede ser requerida con total independencia del régimen patrimonial al que se encontraran sometidos los cónyuges ya que resulta irrelevante que exista una comunidad o una separación de bienes.

Es indudable que si se encontraban casados bajo un régimen de separación de bienes es más probable que se puedan dar los desequilibrios entre los cónyuges, sobre todo cuando uno de ellos se ha ocupado del cuidado del hogar, de la crianza de los hijos y el otro ha sido el productor de bienes. Pero aun en el caso de la comunidad también puede presentarse la situación de desequilibrio entre los cónyuges que no resulta paliada necesariamente con la división de los bienes gananciales.

## VII. Requisitos para la procedencia

Dentro del enunciado del art. 441 se encuentran los requisitos para la procedencia de la compensación económica.

El primer requisito es que entre los cónyuges tiene que haberse producido una situación de desequilibrio.

Según el diccionario "desequilibrio" es la falta de equilibrio y éste a su vez, en una de sus acepciones significa "armonía en la distribución de cosas diversas".

Por lo tanto, para que resulte viable el reclamo de la compensación deberá existir entre los cónyuges una falta de armonía, una falta de balance, una situación diferenciada entre uno y otro.

Este desequilibrio debe ser económico porque, aunque la norma no lo enuncia en forma explícita, así surge tanto de la denominación como de las pautas para fijarla y de la forma establecida para su cumplimiento.

A la luz de esta premisa, queda descartado cualquier reclamo que pudiera sustentarse en la existencia de un desequilibrio anímico o moral.

Por ello, no será procedente el reclamo de la compensación por parte del cónyuge que ha quedado alejado de sus hijos por la atribución del cuidado unipersonal al otro y cuyo régimen de comunicación es muy reducido a pesar de encontrarse en una situación de desequilibrio respecto de su cónyuge y aunque estas circunstancias tengan por causa el vínculo matrimonial y su ruptura.

A su vez, no cualquier desequilibrio justifica el reclamo de la compensación sino que el art. 441 exige que se trate de un "manifiesto".

Y nuevamente recurriendo al diccionario, algo manifiesto es algo patente, claro; podría decirse que es un sinónimo de evidente, relevante, notorio u ostensible.

Quedan de ese modo descartadas las situaciones que no alcancen a poner en evidencia una situación diferenciada, que sea apreciable sin mayores dificultades y que además resulte significativa para considerar las consecuencias que con motivo del divorcio ha sufrido uno de los cónyuges.

Ahora bien, este desequilibrio manifiesto tiene que haber producido un empeoramiento de su situación. Nuevamente se ha omitido la referencia a que debe tratarse de una desmejora económica pero surge de la forma de compensar que tiene que encuadrar dentro de este tipo de perjuicio.

De más está remarcar que al procurar restablecer un equilibrio no se requiere que el solicitante demuestre un estado de necesidad o de indigencia, ni siquiera que tiene problemas para cubrir sus gastos ordinarios.

Para determinar si ha habido un empeoramiento de su situación deben efectuarse dos comparaciones.

La primera entre la forma en que se desenvolvía la vida del cónyuge peticionante durante el matrimonio y la manera en que deberá afrontar las consecuencias del divorcio en el futuro. Igual comparación tendrá que llevarse a cabo respecto de la forma de vida del otro cónyuge.

Ello llevará a determinar si ha existido un deterioro de ese nivel de vida con lo que podrá demostrar el empeoramiento de su situación.

La segunda comparación se debe realizar analizando la manera en que ambos ex cónyuges afrontarán el futuro luego del divorcio para verificar si uno de ellos ha quedado en un marco más desfavorable con relación al otro.

Este empeoramiento tiene que haber derivado del vínculo matrimonial y su ruptura por lo que "quedan excluidas aquellas situaciones en que el empobrecimiento tenga origen en malos negocios de aquél o frente al caso fortuito o fuerza mayor, vale decir, en base a situaciones cuya producción es ajena" (Ocampo, Guillermo, "Comentario al art. 441 en Código Civil y Comercial de la Nación", tomo 2, pág. 144, Ed. Hammurabi).

Cuando el perjuicio derivado del divorcio ha sido similar para ambos esposos no se presentará un desequilibrio aunque cada uno de ellos haya empeorado en su nivel de vida.

Ahora bien, determinado el perjuicio sufrido por uno de los cónyuges será necesario establecer si tal situación es permanente o temporaria y ello tendrá incidencia en la forma de establecer la compensación.

La causa de este desequilibrio debe encontrarse en el vínculo matrimonial y su ruptura.

Para analizar este recaudo resultará imprescindible tener en cuenta el proyecto de vida en común que elaboraron los cónyuges al celebrar el matrimonio, ya sea que éste quedó explicitado de forma expresa o pueda ser inferido de la distribución de roles que han efectuado durante la vida familiar.

Esta forma de vida deberá ser cotejada con la que afrontarán luego del divorcio, ya que de esta comparación surgirá el empeoramiento de la situación puesto en evidencia por el desequilibrio que existe entre ambos cónyuges.

Cuando la norma alude a "su vínculo matrimonial y su ruptura" hay que tener en cuenta la situación durante la convivencia y luego del divorcio, ya que es con esta sentencia que termina el matrimonio o para utilizar los términos del art. 441, que se produce su ruptura.

Queda la duda cuando los esposos, antes del divorcio, han mantenido una separación de hecho prolongada porque por una parte, habrá que analizar el alcance de la expresión "ruptura" referida al vínculo matrimonial y por otra parte, será necesario tener en cuenta si durante ese lapso pudo haberse agravado el desequilibrio.

Pellegrini entiende que habrá que tener en cuenta el desequilibrio económico manifiesto debe ser apreciado al momento de la ruptura de la convivencia y cita una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España en ese sentido (Pellegrini María Victoria, en *Tratado de Derecho de Familia* dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, tomo I, pág. 431, Ed. Rubinzal-Culzoni).

En realidad, según mi parecer, ha habido una imprecisión de técnica legislativa al utilizar la palabra ruptura cuando se alude al vínculo matrimonial ya que éste termina con el divorcio.

El cese de hecho de la vida en común que se origina con la separación no será relevante a los efectos de determinar la procedencia de la compensación económica porque el análisis comparativo debe efectuarse al momento del divorcio y no antes, y la situación en la que se encuentren durante la convivencia y la que deberán afrontar después de la sentencia es la que determinará si resulta viable establecer una compensación económica.

Coincide con esta opinión Sambrizzi cuando destaca que resultan necesarios dos requisitos: "que el matrimonio haya restado posibilidades de desarrollo económico al cónyuge en cuestión y que, además, en razón del divorcio haya sufrido el desequilibrio que requiere la disposición en análisis" (op. cit., pág. 460).

#### **VIII. Determinación de la compensación económica y plazo para su reclamo**

La determinación de la compensación económica puede tener lugar por el acuerdo voluntario de los cónyuges o por sentencia judicial.

Es sabido que cuando el divorcio se peticiona en forma conjunta debe estar acompañado por un convenio regulador de los efectos que la sentencia producirá.

Dentro de la temática que debe incluirse en ese convenio regulador, por imperio del art. 439, se encuentran las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges.

En este supuesto, serán los propios cónyuges los que establezcan si resulta procedente que uno de ellos reciba una compensación económica y las condiciones en cuanto a su duración y cumplimiento.

También del convenio regulador puede surgir la voluntad coincidente de los esposos manifestando que ninguno de ellos podrá ser acreedor de la compensación económica porque no se presentan los requisitos exigidos para su procedencia.

Cuando la petición de divorcio es individual, lo más probable es que no haya acuerdo sobre las cuestiones conexas con el divorcio y será imprescindible que el cónyuge demandante acompañe una propuesta de convenio regulador.

Dentro de esta propuesta puede ser incluida la pretensión de reclamar la compensación económica.

En caso de haber concretado esta manifestación, el cónyuge demandado puede aceptar tal pretensión con lo que la cuestión concluirá con un acuerdo de voluntades.

Cuando el otro esposo no se avenga a realizar la compensación, será necesario que el cónyuge que la pretenda plantee una demanda específica y por separado del juicio de divorcio.

En tal caso deberá argumentarse y probarse la existencia de los requisitos mencionados en los apartados precedentes para la procedencia de la compensación económica.

La sentencia a dictarse en ese pleito resolverá al respecto y en caso de hacer lugar a la pretensión determinará la procedencia de la compensación, su cuantía y la forma de cumplimiento.

Otra alternativa es que en la propuesta de convenio regulador nada se haya expuesto respecto de la pretensión de la compensación económica.

Ello no es obstáculo para que pueda plantearse con posterioridad a la sentencia de divorcio una demanda en ese sentido que deberá interponerse ante el juez del último domicilio conyugal que es el mismo que debe entender en el divorcio conforme lo establecen los arts. 719 y 717 del CCCN.

Sólo existe un límite temporal para hacerlo ya que la última parte del art. 442 establece que: "La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio".

No es necesario que la sentencia haya sido notificada y eventualmente que se encuentre firme ya que la norma fija como fecha de inicio del cómputo del plazo el día en que se dictó dicha sentencia.

Resulta cuestionable que no se requiera que la sentencia haya sido notificada porque de ello resultará que el plazo habrá comenzado a correr sin que uno o ambos cónyuges tengan conocimiento de esta situación.

La caducidad es un instituto que sirve para consolidar una situación jurídica determinada, impidiendo que en el futuro pueda ser cuestionada y es razonable que se haya fijado un plazo para interponer la demanda de compensación económica.

Pero la caducidad la sufre un legitimado para actuar que no realiza el acto previsto dentro del plazo establecido y ello sucede cuando se tuvo conocimiento de la posibilidad de obrar, pero no cuando se ignoraba que esta situación podía presentarse.

Hubiera sido más adecuado que el plazo tuviera su inicio al notificarse la sentencia a cada cónyuge.

No será imprescindible que la sentencia se encuentre consentida ya que las posibilidades de apelación son limitadas al no existir ningún requisito en cuanto a la duración del matrimonio y a situaciones de hecho que pudieran ventilarse dentro del proceso. Solo se exige que, cuando la petición es unilateral, se acompañe la propuesta de convenio regulador.

Como todo plazo legal, su determinación es discrecional del legislador y los seis meses de duración podrán ser aceptados o parecer exigüos como se sostuvo en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde se recomendó que el plazo debía ser de un año.

### IX. Irrelevancia de las conductas de los cónyuges

El sistema objetivo que ha implantado el nuevo Código Civil y Comercial como única forma de obtener el divorcio no permite que durante su tramitación se analice y juzgue la conducta de los cónyuges como posibles causantes de la ruptura matrimonial.

Lo mismo sucede cuando se pretende la determinación de la compensación económica en forma judicial ya que dentro de las pautas para su procedencia y para fijar su cuantía no se encuentran mencionadas las posibles conductas de los cónyuges.

Sin embargo, Ocampo opina, al referirse al inc. b) del art. 442 que menciona como pauta la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a los hijos durante la convivencia, "que es el único que introduce un matiz subjetivo en las pautas que se le dan al juez para establecer el monto de la compensación" y agrega más adelante que esto "importa un análisis de conductas" (op. cit., comentario al art. 442, pág. 146).

La demostración de esta dedicación no necesariamente pondrá de manifiesto una conducta conyugal al estilo de las que permitían en el régimen anterior obtener una declaración de culpabilidad.

De esta manera el desequilibrio manifiesto con la consiguiente desventaja en que ha quedado uno de los cónyuges se analizará de manera objetiva sin que resulte relevante la conducta que se han mantenido durante la vida matrimonial.

Tampoco se podrá cuestionar que el propio esposo que pidió el divorcio es quien queda en condiciones de reclamar la compensación por haberse ocasionado de ese modo el desequilibrio entre ellos.

Pero estas premisas no implican que el tratamiento de la compensación deba prescindir totalmente del comportamiento de los cónyuges.

Así, puede suceder que el cónyuge violento, no trabajador, vicioso y, como tal, artífice de la ruptura matrimonial pero que queda en situación más perjudicada con relación al otro cónyuge pretenda una compensación económica.

Si se atiende exclusivamente a la letra de la ley, no habría ninguna posibilidad de argumentar en contra de esa pretensión al tratarse del análisis objetivo del desequilibrio.

Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que uno de los cónyuges, frente a unas circunstancias de hecho como las señaladas, plantee el ejercicio abusivo del derecho porque excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, tal como lo autoriza el art. 10 del CCCN.

Al esgrimir el demandado esta defensa podrá invocar y probar la conducta del cónyuge demandante con el consiguiente juzgamiento del comportamiento asumido por cada cónyuge.

La sentencia, si considera probadas estas cuestiones de hecho, podrá rechazar la demanda por la fijación de la compensación económica en base al ejercicio abusivo del derecho en que incurrió el accionante, pero ello no modifica en modo alguno el carácter objetivo del divorcio.

Esto es así porque las conductas de los cónyuges no serán relevantes en cuanto al pedido de divorcio pero pueden tener incidencia en la atribución del hogar, en el cuidado de los hijos, en el régimen de comunicación con los hijos y también, como queda expresado, en la determinación de la procedencia de la compensación económica.

### X. Forma de cumplimiento

Dentro de este párrafo se han de considerar dos situaciones diferentes: por una parte, el aspecto temporal de la compensación económica y por la otra, la manera de hacer efectivo el pago de esa compensación.

Sobre la primera cuestión el art. 441 establece: "...Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado..."

Tanto en caso de acuerdo entre los cónyuges como cuando se dicta una sentencia haciendo lugar a la demanda de compensación económica se debe establecer la forma en que deberá ser cumplida.

Una de las alternativas es mediante una prestación única que recomponga en forma inmediata el equilibrio entre los ex cónyuges.

Otra de las posibilidades es que se brinde una renta por un tiempo determinado que permita al cónyuge beneficiario restablecer su capacidad laboral en ese lapso para quedar de ese modo equilibrado con el otro cónyuge.

Finalmente, y como situación de excepción, es posible que se acuerde una renta por un plazo indeterminado. Ello podrá tener lugar cuando ya no exista la posibilidad de recuperarse el equilibrio entre los cónyuges.

El esposo que por su edad, su salud o su falta de capacitación no pueda subvenir sus gastos o lo puede hacer de modo insuficiente, mientras que el otro tiene una plena aptitud para seguir generando ingresos, podrá ser beneficiario de una compensación por tiempo indeterminado.

En este último supuesto se diluyen las diferencias con una prestación alimentaria, ya que la compensación periódica e indefinida en el tiempo tendiente a conjurar el desequilibrio se asemeja en su naturaleza jurídica a los alimentos pero no se identifica porque no guarda relación ni con la inocencia ni con la necesidad.

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, la manera de hacer efectiva la compensación, el mismo art. 441 dispone: "...Puede pagarse en dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez".

En realidad, esta ejemplificación resulta ser meramente enunciativa, ya que tanto las partes pueden convenir el modo en que se va a satisfacer la compensación como el juez puede apartarse de lo expuesto en la norma.

Con una cierta imprecisión técnica alude a que puede pagarse en dinero pero nada se dice sobre la posibilidad de que la compensación sea satisfecha mediante la entrega de bienes en propiedad; a pesar de esa omisión nada impide que así lo acuerden los cónyuges o lo resuelva el juez.

En el caso del usufructo hay que tener en cuenta que puede resultar del convenio entre los cónyuges pero nunca puede ser decidido por el juez, por cuanto el art. 2133 del CCCN lo prohíbe en forma expresa.

Cuando en el convenio se establezca la compensación por una prestación única a cumplirse no en forma inmediata sino dentro de un plazo o bien si se trata de una renta por tiempo determinado o indeterminado, el juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales para su aprobación, conforme lo permite el art. 440 CCCN.

Y aunque la norma citada no lo contemple, también el juez, cuando fije la compensación, puede imponer garantías reales o personales para su cumplimiento.

En caso de incumplirse con el pago de la compensación, en cualquiera de las formas en que se haya determinado, dará lugar o bien a la ejecución del convenio homologado o bien a la ejecución de la sentencia dictada.

#### **XI. Pautas para la fijación judicial de la compensación económica**

Cuando no ha sido posible que los cónyuges acordaran en el convenio regulador la compensación económica y ello deriva en un reclamo judicial, las pautas para determinar su procedencia y eventualmente su cuantía se encuentran enumeradas en el art. 442 del CCCN.

Debe tenerse en cuenta que esta enunciación no impide que el juez pueda tomar otras pautas en consideración, como podría ser la duración del matrimonio.

Todas estas circunstancias, de hecho, serán evaluadas en forma conjunta por el juzgador ya que guardan una íntima relación entre ellas, a fin de establecer si en un caso particular existe el desequilibrio manifiesto y cómo se recompone la situación entre los ex cónyuges.

El inciso a) del art. 442 establece: "el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial".

La situación al casarse puede ser un indicio para verificar luego cómo han evolucionado los patrimonios personales. Este estado inicial puede ser acreditado por cualquier medio de prueba pero resultará en forma indubitada de la convención matrimonial cuando en ella se ha hecho constar la designación y el avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y la enunciación de las deudas, conforme lo autoriza el art. 446 incs. a) y b) del CCCN.

El otro punto de comparación no resulta claro porque se alude a la finalización de la vida matrimonial. Esta expresión puede referirse al momento en que cesó la convivencia o al dictado de la sentencia de divorcio y entre estas dos situaciones puede haber transcurrido mucho tiempo con la consiguiente variación económica de cada uno de los esposos.

En los fundamentos que acompañaron el Anteproyecto se alude concretamente al "análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento del divorcio...".

Sin embargo, esa expresión no ha sido mantenida en el texto del inciso que se comenta y puede existir la duda, aunque parece más realista a estos fines tomar en cuenta el momento en que dejaron de vivir juntos,

sobre todo porque de acuerdo al art. 480, segundo párrafo, 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.

También relacionada con la situación patrimonial, si los cónyuges estaban sometidos al régimen legal supletorio de comunidad, entre el momento de la sentencia y la liquidación del régimen puede haber un lapso considerable y recién en esa oportunidad se conocerá con certeza la situación patrimonial, porque hasta entonces cada cónyuge tendrá un derecho indiviso sobre los bienes gananciales y no podrá disponer de ellos con su sola decisión.

La determinación de la compensación económica y la liquidación de la comunidad tramitarán por juicios diferentes y estarán sujetos a distintos tiempos de tramitación, ya que el primero debe interponerse dentro de los seis meses de dictada la sentencia de divorcio mientras el segundo no tiene previsto un plazo de caducidad para su inicio.

Esta diferencia puede provocar que al dictarse la sentencia en la demanda de la compensación todavía no se haya liquidado la comunidad y por ello la situación patrimonial al fin de la vida matrimonial no podrá determinarse con precisión, y aunque ya se conozcan los bienes gananciales no podrá cada cónyuge disponer de ellos hasta que se concrete la partición.

En tal caso, podría fijarse una compensación temporal hasta que se termine el proceso de liquidación de la comunidad, si los bienes que cada cónyuge recibirá permiten mantener el equilibrio entre ellos.

Pero como ésta no es la única pauta a considerar, aunque cada cónyuge reciba bienes equivalentes en la liquidación de la comunidad, igualmente puede darse el desequilibrio que justifique la compensación económica.

Sambrizzi afirma que: "En el supuesto de que el esposo que requiere la compensación económica tuviera bienes improductivos que, por tal razón, no contribuyen a atender sus necesidades, se debe ser muy prudente para resolver sobre la fijación o el rechazo de la compensación. Es que si bien improductivos, esos bienes pueden ser muy valiosos, lo que podría llevar al rechazo del requerimiento. Supongamos, por ejemplo, que el requirente posea una importante colección de cuadros u otros objetos de arte que no le produzcan renta alguna, pero que su producido en caso de venderlos alcanzara con creces a satisfacer sus necesidades; en tal supuesto, creemos que no resultaría lógico que el otro esposo debiera hacerse cargo del pago de una compensación económica" (op. cit. págs. 463/4).

Sin embargo, ese razonamiento merece, según mi parecer, dos objeciones. La primera es que parece sustentarse en una asimilación entre la compensación y los alimentos y ya se ha expresado que el fundamento de ambas es diferente. Y en segundo término porque ésta es una de las pautas a tener en cuenta y no la única y de su comparación con las otras puede surgir el desequilibrio entre los cónyuges que justifique la compensación.

El inciso b) establece: "La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio".

Es indudable que la crianza y educación de los hijos se relaciona con el deber de asistencia y alimentos que pesa sobre los progenitores, situación que en esencia no varía después del divorcio.

No hay dificultades para considerar esta situación cuando se trata de hijos menores de edad, de mayores que no han superado los veintiún años y también los que se encuentren en un período de capacitación hasta sus veinticinco años de edad (arts. 658, 662 y 663 CCCN).

Estas tareas pueden haber sido causa del desequilibrio resultante porque no se pudo dedicar a generar bienes o a la capacitación profesional y la dedicación posterior al divorcio será un elemento a tener en cuenta para la cuantificación de la compensación.

También será tenida en cuenta la dedicación posterior al divorcio y allí resultará relevante la atribución del cuidado de los hijos en forma conjunta en sus variantes de alternada o indistinta, o el cuidado unipersonal y el régimen de comunicación que se establezca para los hijos.

Hasta aquí se ha analizado el caso de los hijos comunes al matrimonio que se divorcia; pero puede suceder que existan hijos del cónyuge petitionante que convivían con ambos y que luego del divorcio sigan bajo su cuidado exclusivo o bien que se trate de hijos del otro cónyuge.

En tal supuesto, hay que tener en cuenta que de acuerdo al art. 455 el deber de contribución alcanza a cubrir las necesidades de los hijos menores, con discapacidad o con capacidad restringida de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

Esta pauta servirá para analizar la dedicación anterior al divorcio pero no la posterior ya que es probable que sobre los hijos del otro cónyuge ya no exista dedicación a su cuidado y educación.

El inc. c) se refiere a la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos.

Estos factores incidirán decisivamente en la determinación de la existencia de un desequilibrio entre los cónyuges y en las posibilidades de desarrollo luego del divorcio.

Un cónyuge que ya ha pasado cierta edad o que tiene la salud quebrantada tendrá menos chances de mejorar su situación frente al otro esposo que todavía se encuentra sano y en la plenitud de sus medios.

Su ponderación dependerá de las circunstancias de cada caso particular y esta pauta, junto con las restantes, hará imprescindible una evaluación integral de las condiciones en que se produjo el desequilibrio y las alternativas para restaurarlo a través de la compensación económica.

El inc. d) alude a la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica.

Una aclaración necesaria respecto de la redacción de este inciso que se refiere a que la mención del "acceso a un empleo" cuando en realidad debió aludir a cualquier actividad por la que se obtenga una retribución. No podría interpretarse de otro modo porque obligaría al absurdo de descartar otras tareas que se hagan en forma independiente ya sea de manera personal o a través de una actividad empresaria.

El análisis de estas circunstancias debe ser realista ya que, por ejemplo, el hecho de que uno de los cónyuges haya obtenido un título profesional no le garantiza que luego de varios años de dedicación al hogar le sea posible acceder fácilmente a un empleo.

Lo que la norma no explicita pero que también debe ser tenido en cuenta es la capacitación laboral y el empleo del cónyuge que debería prestar la compensación ya que también tendrá incidencia en su determinación o bien en su cuantía.

El inc. e) menciona la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

Ya se hizo referencia que este mismo tipo de actividad en el Código Civil español y en el Código Civil catalán, cuando los cónyuges estaban casados bajo un régimen de separación de bienes, daba la posibilidad de pedir una compensación económica independientemente de la pensión compensatoria.

Como nuestro derecho no ha efectuado esa diferenciación y la compensación económica puede ser requerida cualquiera sea el régimen patrimonial al que estuvieron sometidos los cónyuges, esta pauta es de indudable trascendencia a fin de determinar su procedencia y eventualmente su cuantía.

La colaboración tiene que haber sido significativa o mantenerse en el tiempo lo suficiente como para que haya redundado en un beneficio para el otro cónyuge.

Este comportamiento es habitual dentro del proyecto de vida en común y de la ayuda que deben prestarse los esposos durante la vida matrimonial.

Al analizar esa conducta será necesario establecer si el cónyuge ha sido retribuido debidamente, ha percibido una remuneración insuficiente o simplemente nada se le ha pagado.

En el primer supuesto, la colaboración carecerá de importancia porque el cónyuge que la prestó ha recibido la correspondiente contraprestación.

Por el contrario, resulta significativa cuando lo ha hecho sin recibir retribución o con una retribución insuficiente. En estos casos significa que uno de los esposos se ha beneficiado con el aporte en trabajo del otro y esta circunstancia será determinante para establecer la procedencia de la compensación.

Por último, el inc. f) hace alusión a la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un bien arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La atribución de una vivienda constituye una de las cuestiones más problemáticas en caso de divorcio y por ese motivo ha merecido un tratamiento pormenorizado en los arts. 443/445 del CCCN.

Sin perjuicio de ello, si la vivienda ha sido atribuida al cónyuge que reclama la compensación habrá que analizar si todavía se presenta el desequilibrio entre ambos esposos ya que esta circunstancia puede colocar a uno de ellos en una situación ventajosa respecto del otro.

Al hacer mención el inciso a que la vivienda atribuida puede ser ganancial, propia o arrendada está remitiendo al art. 444 y allí se contempla la posibilidad de que quien la ocupa pueda ser obligado a pagar una renta compensatoria al otro cónyuge.

En el caso de que se atribuya un inmueble arrendado, el cónyuge tiene derecho a permanecer hasta el vencimiento del contrato y se mantiene la obligación de pago original, lo que puede motivar que tengan que ser contempladas todas esas circunstancias para establecer si hay o no desequilibrio entre los cónyuges.

Además, tanto en caso de la atribución de la vivienda ganancial o propia, el juez debe fijar un plazo de su duración y lo mismo ocurre al fin del contrato de locación.

Lo que no se ha explicitado es la posibilidad de replantear la cuantía de la compensación luego de haber vencido esos plazos ya que al no gozar el cónyuge de la vivienda, el desequilibrio puede haberse agravado.

También puede suceder que el derecho sobre la vivienda atribuida cese por haber ocurrido alguna de las causas mencionadas en el art. 445 incs. b) y c), con la consiguiente consecuencia mencionada en el párrafo anterior.

Si se interpreta que una vez fijada la compensación no cabe su modificación por las circunstancias sobrevinientes, el cónyuge que tuvo que dejar la vivienda no merecerá amparo legal.

Por el contrario, si resulta admisible el replanteo por haber variado las circunstancias de hecho que se tuvieron en mira al determinar la compensación, será posible requerir una revisión de su cuantía.

Las posibilidades de revisión se analizan en el apartado siguiente.

## **XII. Modificación y cese de la compensación económica**

En el caso de los alimentos posteriores al divorcio se han establecido expresamente las causas por las que termina este derecho conforme resulta del penúltimo párrafo del art. 434. Lo mismo sucede con el cese de la atribución de la vivienda tal como lo establece el art. 445.

Con una diferente técnica legislativa nada se ha resuelto en forma expresa respecto de la posible modificación y cese de la compensación económica.

Esta deficiencia provoca incertidumbre acerca del procedimiento a seguir cuando han variado las circunstancias de hecho que se tuvieron en mira al conceder la compensación o bien cuando ocurre un hecho significativo que pudiera motivar su cese.

Pueden haber sucedido hechos sobrevinientes, cuando la compensación no se abona en un solo acto sino que se prolonga en el tiempo, que modifiquen en forma sustancial las circunstancias que justificaron su aplicación y al no haberse cancelado la prestación o al estar determinados pagos extendidos en el tiempo esos hechos resultarán relevantes.

De estas circunstancias puede resultar un agravamiento del desequilibrio o su disminución y eventualmente la restauración de la paridad entre los ex cónyuges.

La solución a estas cuestiones parece encontrarse en la segunda parte del art. 440 que dispone: "...El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente".

Por ello, tanto si la compensación fue pactada en el convenio regulador o fue determinada por la sentencia dictada en el juicio, será posible plantear su revisión y tanto podrá requerirla el cónyuge beneficiario de la compensación como el obligado a su pago.

En cuanto a las circunstancias que pueden motivar el cese de la compensación es posible aplicar analógicamente los motivos que determinan tanto el fin de los alimentos como de la atribución de la vivienda.

Debido a ello si desaparece la causa que la motivó, si contrae matrimonio o vive en unión convivencial o incurre en alguna de las causales de indignidad, o vence el plazo establecido en el convenio o en la sentencia, se producirá el cese de la compensación económica.

De lo contrario, sería admitir un ejercicio abusivo del derecho por parte del cónyuge beneficiario luego de haber sucedido uno de los hechos mencionados.

La duda que subsiste es la mención que se hace en el art. 434, que cesa el derecho a los alimentos cuando el beneficiario vive en una unión convivencial ya que ésta se configura recién después de dos años de vida en común conforme lo impone el art. 510 inc. e) del CCCN.

Entiendo que esta imprecisión técnica no permite sostener que podrá seguir gozando de la compensación periódica quien mantiene una vida marital de hecho pero que todavía no ha alcanzado los dos años de antigüedad.

Ante estas circunstancias, nuevamente se tendría que acudir al ejercicio abusivo del derecho previsto en el art. 10 del CCCN.

Otra causa de cese que no se encuentra enunciada en el CCCN es la muerte del beneficiario de la compensación que se extiende en el tiempo ya que habrá desaparecido la persona que la recibe.

Por el contrario, la muerte del obligado al pago no extingue la obligación sino que se transmitirá a sus herederos como una deuda que tenía el causante.

## **XIII. La compensación económica como causa de pérdida del derecho a reclamar alimentos**

Los alimentos de toda necesidad que con posterioridad al divorcio puede reclamar un cónyuge no resultan procedentes si se ha recibido una compensación económica conforme lo dispone el art. 434 inc. b) del CCCN.

Resulta evidente que si se ha recibido un bien para restablecer el equilibrio producido entre los cónyuges ya no estará en un estado de indigencia que posibilite el reclamo alimentario.

Es posible que entre el reclamo de la compensación y la sentencia condenatoria medie un lapso prolongado durante el cual un cónyuge se encuentre sin bienes y sin posibilidad de procurárselos.

En tal supuesto, podría fijarse una cuota de alimentos provisoria hasta que se dicte sentencia en el juicio que se reclama la compensación económica y ésta se haga efectiva.

Sin embargo, a poco que se analice con más detalle esta causa de extinción, puede resultar injusta e injustificada la pérdida del derecho a reclamar alimentos estando en indigencia porque se recibió una compensación económica.

Puede haber sucedido que el dinero o el bien entregado se consumió o se perdió, o que la prestación periódica se extinguió por el cumplimiento del plazo fijado y luego el cónyuge que la recibió cae en un estado de indigencia.

Si se aplica literalmente la norma, carecería del derecho a efectuar ese reclamo porque no resulta procedente una acción alimentaria en ese supuesto.

A pesar de ello, el estado actual de imposibilidad de cubrir las necesidades de subsistencia es lo relevante. Si antes tuvo bienes o recibió una compensación económica no guarda relación con la posibilidad de reclamar los alimentos de toda necesidad.

Otro ejemplo bastará para demostrar la irrazonabilidad de la norma. Si un cónyuge casado bajo un régimen de comunidad recibe a su liquidación una cuantiosa fortuna luego del divorcio y por eso no reclama la compensación económica y después pierde esos bienes quedando en un estado de indigencia, conserva el derecho a reclamar los alimentos de toda necesidad.

Ahora bien, si perdió los bienes recibidos en la compensación económica y luego cae en la indigencia, no puede reclamar alimentos.

Este diverso tratamiento de situaciones idénticas de indigencia hacen viable el planteo de inconstitucionalidad respecto de esta disposición ya que implica una desigualdad ante la ley. ♦

## PACTOS DE CONVIVENCIA

POR JULIO CÉSAR CAPPARELLI

Sumario: I. Forma.- II. Pactos anteriores a la unión convivencial.- III. Contenido del pacto de convivencia.- IV. Límites.- V. Modificación, rescisión y extinción.- VI. Oponibilidad a terceros.- VII. Conclusión.

El Código Civil y Comercial de la Nación, luego de legislar sobre el matrimonio, dentro del Libro Segundo dedicado a las relaciones de familia, dedica el Título III a las uniones convivenciales, atendiendo a la familia que no nace del matrimonio sino que tiene su punto de partida en una situación de hecho.

Siempre han existido estas uniones semejantes a las matrimoniales, pero que al no nacer de un acto jurídico familiar no se someten al estatuto del matrimonio en sus aspectos personales, en los patrimoniales ni tienen igual repercusión en el ámbito sucesorio.

Sin embargo, estas parejas estables se construyen a modo de matrimonio, sin llegar a serlo, pero guardando una analogía con el mismo. Es decir, que dentro de los efectos personales, hay algunos que son semejantes al matrimonio, dentro de los patrimoniales encontramos mayores diferencias y con respecto a los sucesorios la distancia es mayor aún.

Lo que caracteriza a estas uniones es que se comportan "como si" fueran matrimonio, pero sin serlo. Se reservan una mayor autonomía de la voluntad que la que se da en el matrimonio, aunque, fuerza es reconocerlo, en el matrimonio diseñado por el nuevo código el orden público matrimonial se ha modificado sensiblemente y la autonomía de la voluntad ha ido ganando terreno.

Estas dos realidades antes tan distantes (antes el matrimonio estaba regulado por la ley y las convivencias no) han ido acercándose sin llegar a confundirse del todo (1).

El legislador ha decidido establecer un cierto marco legal para las uniones convivenciales, quedando fuera de ese encuadre las uniones de pareja que no reúnen los requisitos del art. 510, que en sus cinco incisos excluye a los menores de edad, a los que tienen vínculo de parentesco por consanguinidad y por afinidad en grado prohibido, a los que tienen impedimento de ligamen o bien otra convivencia registrada de manera simultánea y a los que no han mantenido la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Las uniones convivenciales contempladas por la ley tienen determinados efectos durante la convivencia, regulados en los arts. 518 a 522 y están previstos otros efectos para el caso de cese de la convivencia en los arts. 523 a 528.

Podríamos decir que dentro de estas disposiciones se encuentra un núcleo duro legal comprendido en los arts. 519, 520, 521 y 522. El resto podría ser pactado por los convivientes. Así surge de la letra del art. 513. Sin embargo, el art. 515 también se refiere a los límites a la autonomía de la voluntad.

El capítulo 2, referido a los pactos de convivencia, dedica cinco artículos a estos convenios. Es decir que dentro de la libertad que toda unión convivencial tiene, todavía podría ampliarse en cierta medida el campo de la autonomía de la voluntad puesto que los convivientes pueden celebrar estos pactos destinados a regular la convivencia.

Esta primera noción debe ser ampliada porque también cabe la posibilidad, no prevista por la ley, de celebrar pactos anteriores a la iniciación de la convivencia y es menester adelantar que estos pactos quizás se destinen no sólo a regular la convivencia sino a tomar previsiones para el caso de ruptura de la misma.

### I. Forma

El único requisito formal es que sea por escrito. Así lo establece el art. 513. Por lo tanto pueden realizarse por instrumento privado o público. Rige el principio de libertad a este respecto. Sin embargo, si se tomaran previsiones que afecten a bienes registrables, según que se trate de muebles

(1) Hemos realizado este análisis comparativo en nuestra obra "Uniones no matrimoniales", El Derecho, Buenos Aires, 2016.

registrables o de inmuebles, deberá estarse a lo que las normas registrales exigen para su inscripción.

Lo que parece fundamental es que quienes los suscriban tengan el asesoramiento legal que corresponde.

La ley argentina no ha impuesto el requisito de la escritura pública (2). No obstante, resulta fundamental el asesoramiento a la hora de otorgar estos acuerdos. No es necesario que las partes manifiesten ni es exigible el patrocinio letrado, como tampoco ocurre en el caso de muchos contratos, pero no cabe duda de que resulta más que conveniente.

Difícilmente quienes los otorguen gocen de la información necesaria acerca del contenido de los mismos, y de los límites que les son aplicables.

En esta línea de pensamiento, alguien podría sostener que resultaría útil el control judicial, pero a nuestro entender felizmente esto no se ha consagrado en la ley. El derecho de los contratos supone el asesoramiento de un profesional idóneo, lo que no es lo mismo que la intervención del juez. El control del juez se hace necesario en las hipótesis de conflicto, casos en los cuales será una sentencia la que establezca si una cláusula vulnera o no el orden público, respeta la igualdad o afecta derechos fundamentales de los que los suscribieron.

La exigencia de la forma escrita los diferencia de los numerosos acuerdos que se van sucediendo tanto durante el matrimonio cuanto durante la convivencia de pareja. En uno y otro caso hay un primer acuerdo base que es el de casarse o el de vivir juntos de una manera estable. El primero con un contenido más claro. El segundo con un contenido más difícil de establecer, dado que no se asume ningún compromiso.

Luego siguen otros acuerdos acerca de dónde vivir, el asumir determinadas tareas en conjunto o por separado, los tiempos para ambos y los tiempos para cada uno, el tener o no tener hijos, la educación que se les ha de dar. Y la lista sería interminable.

No son estos evidentemente los acuerdos a los cuales se refieren los pactos, tema que abordaremos más adelante.

### II. Pactos anteriores a la unión convivencial

La ley no establece un tiempo para su celebración como lo hace en el caso de las capitulaciones matrimoniales y en los casos de mutación de régimen patrimonial del matrimonio.

(2) Sí lo exige el artículo 231-20-2 del Código Civil de Cataluña.

Se entiende que si regulan a las uniones convivenciales deben estar cumplidos los requisitos de los arts. 509 y 510. Por lo tanto, pueden celebrarse pactos de convivencia no comprendidos en estas disposiciones si se trata de contratos celebrados para organizar la vida común antes de dar inicio a una convivencia.

Estos pactos están destinados a regular la unión de hecho y encuentran la normativa aplicable en la de los contratos en general de la cual también surgen las restricciones.

Cabe preguntarse si rige para ellos la última parte del art. 513, que establece que no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en los arts. 519, 520, 521 y 522.

El art. 519 se refiere a la asistencia recíproca, lo que parece plausible, porque este pacto no podría obligar a asistencia uno sólo y al otro dispensarlo de esta obligación.

El art. 520 establece el deber de contribución a los gastos y remite a la norma del matrimonio respectiva, art. 455, que obliga a contribuir en proporción a los propios recursos. Deben contribuir al sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que vivan con ellos. En este caso, debe leerse de uno de los convivientes. Quedarían comprendidos los que tienen una unión de hecho, aunque el plazo no llegue a los dos años previstos para la unión convivencial. Esto se funda en un principio de solidaridad aplicable al caso.

El art. 521 se refiere a la responsabilidad por las deudas contraídas por uno de ellos con terceros, lo que también remite al art. 461 del matrimonio. Esta apariencia de matrimonio que se da en la unión convivencial se exterioriza también en la unión de hecho, y por lo tanto, hace nacer el derecho del tercero para ir contra el obligado directo y contra el que no se obligó, siempre que se trate de los supuestos del art. 461.

El art. 522 se ocupa de la protección de la vivienda familiar, tanto *ad intra*, al requerir el asentimiento del no titular para la disposición de los derechos sobre la vivienda, cuanto *ad extra*, ya que en el último párrafo ampara la ejecución por deudas contraídas por uno de los convivientes, salvo que cuente con el asentimiento del otro. Pero en ambos casos la norma condiciona su virtualidad a que la unión convivencial haya sido inscrita. En el caso que planteamos, de un contrato previo al inicio de una unión de hecho, no resulta aplicable esta disposición.

En consecuencia, durante la unión de hecho —la que no ha llegado a los dos años de estabilidad en la convivencia— el titular no tiene restricción alguna para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y tampoco puede invocarse la inejecutabilidad de la última parte del artículo citado. No es que el pacto deje sin efecto lo establecido en el artículo 522, sino que la convivencia que aún no se ha iniciado o la unión de hecho inferior a los dos años no configuran el supuesto previsto en dicha norma.

Tampoco les serían aplicables las normas establecidas para el cese de la convivencia, las que procuran un amparo relativo a la compensación económica, la atribución del uso de la vivienda familiar y la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes.

La convivencia no iniciada a la que se refiere este pacto anterior, o la unión de hecho inferior a dos años que regula un pacto celebrado para organizar esa vida en común, pueden establecer sus propias soluciones en previsión del cese de la vida en común. No resultan aplicables las previstas para las uniones convivenciales que gozan de la estabilidad de los dos años que ha previsto la ley para la aplicación de la normativa que rige a las que reúnen los requisitos a los que ya hemos hecho alusión.

De todas maneras, ese pacto anterior, una vez que la unión de hecho pasa a convertirse en unión convivencial por el transcurso del tiempo legal, se verá afectado por las previsiones para dichas uniones y regirán los efectos previstos en el título III.

### III. Contenido del pacto de convivencia

El art. 514 establece posibles contenidos sin agotarlos, por eso enuncia entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

Esta norma apunta a dos fines: a la regulación de los efectos personales y patrimoniales durante la convivencia y las previsiones para el caso del cese de la misma.

#### *Previsiones durante la convivencia*

La celebración del pacto para regular la convivencia misma supone que debe desarrollarse de acuerdo a los parámetros que los propios convivientes fijan en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En esto encontramos una diferenciación sustancial con lo que ocurre en el matrimonio.

Los efectos personales del matrimonio están previstos en la ley. Actualmente, el marco legal se ha empobrecido porque no resulta claro que existan obligaciones en el sentido jurídico, salvo en lo que concierne al aspecto asistencial en su faz material. Los demás parecen ser obligaciones morales, o sea, libremente asumidas pero que no engendran sanción, dada la organización del divorcio sin atribución de culpa.

Los efectos patrimoniales en el matrimonio están perfectamente estructurados, así como los regímenes económicos posibles y su mutación.

En las uniones convivenciales, en cambio, ambos aspectos dependen del arbitrio de quienes integran la unión, con los límites que señalaremos al comentar el art. 515.

No obstante, dado que las parejas estables se constituyen asemejándose al matrimonio, al menos en su noción supra legal, se entiende que actualmente conservan la monogamia, el sentido de cooperación, la búsqueda del bien del otro, la voluntad de compartir la vida y la intención de ser fieles. Por ende, los límites de los pactos no surgen exclusivamente de lo establecido en el art. 515.

Si nos remitimos a la fuente remota, el Pacto Civil de Solidaridad del derecho francés, encontramos que allí las previsiones en cuanto a los efectos personales no son significativas.

Deben procurar mutuamente su ayuda material. La forma concreta de prestar esa ayuda debe ser prevista por las partes. Puede ser en dinero o en especie y también puede consistir en una mayor actividad en el hogar o en una colaboración en la actividad del otro. Lo que no puede hacerse es eximir a uno de esta obligación.

En cuanto a la fidelidad, asistencia moral y cohabitación, no hay obligación. La convivencia es un presupuesto del Pacto Civil de Solidaridad, pero la cohabitación no es exigible. El incumplimiento de los mencionados deberes morales no es pasible de sanción. La vida en común puede ser interrumpida por decisión unilateral.

En los pactos del derecho francés también surge una obligación de solidaridad por las deudas para atender las necesidades de la vida común y de la vivienda común (3).

A estos temas alude el primer ejemplo del art. 514 del nuevo Código, relativo a las cargas del hogar durante la vida en común.

(3) Código Civil francés, 515-4. El texto dice: "...pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun".

No se establece cuáles son las cargas del hogar, pero como rige el principio de libertad pueden precisarlo con mayor o menor amplitud.

Pueden acordar los gastos necesarios para la vida en común y establecer que uno se hace cargo de determinados gastos, ya sea en partes iguales o desiguales.

Si nada establecieran al respecto, el régimen supletorio sería el que corresponde a quienes no celebran pactos, siendo de aplicación el art. 520 que remite al art. 455 aplicable en materia matrimonial. Se incluyen entonces los propios del sostenimiento de los hijos comunes, incluyéndose las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que viven con ellos. Esto se aplica a los convivientes.

Dentro de los efectos personales puede plantearse si pueden acordar el deber de cohabitar y la fidelidad.

Esto no es contrario a la moral y buenas costumbres si la obligación es recíproca. La cuestión es si ante el incumplimiento podría nacer el derecho a una indemnización.

Podría pactarse una sanción como se establece en una cláusula penal en un contrato. Si no se hubiera previsto, para solicitar una indemnización deberían acreditarse los extremos que surgen del derecho de daños.

En realidad, es poco probable que los convivientes suscriban pactos a este sólo efecto, ya que estos temas suelen ser materia de acuerdos no escritos y variables según muden las circunstancias.

Quizás el contenido patrimonial pueda ser más materia de estos pactos.

A falta de pacto rige el art. 528, que establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Es el principio inverso al que se da en el matrimonio, en el que a falta de opción el régimen es el de comunidad.

Es poco probable que estas parejas no casadas celebren pactos para estar regidas por un régimen diseñado a semejanza del de comunidad de ganancias.

Lo que podrían acordar es una comunidad de bienes muebles no registrables y una separación con respecto a los bienes registrables. También podrían precisar la participación con respecto a un determinado bien registrable en partes iguales o desiguales al cese de la convivencia.

Este instituto resulta algo complejo y lo encontramos en el derecho civil catalán. Se trata de una adquisición onerosa a nombre de uno o ambos convivientes, acordando la atribución del dicho bien en cabeza del superstite. Esto teniendo en cuenta que entre convivientes no existe un llamado sucesorio legal.

Supone un pacto de no división durante la convivencia o la disposición con la conformidad del no titular y se extingue por acuerdo de partes o por cesación de la convivencia.

Lógicamente, no debería entender como un pacto de herencia futura, que no la hay, pero tampoco debería colisionar con las disposiciones del instituto de la legítima, salvo que se entienda como pacto de naturaleza familiar y no sucesoria, lo que lo excluiría del ámbito de la prohibición de pacto sobre herencia futura, principio consagrado en el art. 2020 del nuevo Código (4).

Estos temas resultan absolutamente novedosos y habría que analizar si en caso de haberse adquirido el bien en condominio podría pactarse en el derecho argentino la cláusula de adjudicación en caso de supervivencia, análogamente a lo que ocurre en una cláusula de donación con cláusula de reversión por prefallecimiento del donatario. Evidentemente, sólo cabe recurrir a la analogía ya que son mayores las diferencias que las semejanzas.

#### *Previsiones para el caso de cese*

Los incisos b y c del art. 514 se refieren a las previsiones que se pueden tomar para el caso de ruptura de la unión convivencial.

Uno está referido a la atribución del hogar común. Uno de los problemas que frecuentemente se planean en caso de conflicto es el de la atribución del hogar, que no siempre resulta de fácil solución.

Las circunstancias son muy variadas. La previsión de esta situación en un pacto es de gran utilidad. Si la convivencia se inicia en el bien de uno de ellos o de un familiar que le ha cedido el uso personal gratuito, la ruptura supone que el otro se retire, pero puede resultar dificultoso si no tiene medios suficientes o si tienen un hijo común menor de edad, con capacidad restringida o con discapacidad.

(4) Cf. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "Acuerdos suscritos para ordenar la convivencia en pareja de pruruptura y postruptura. Perspectiva desde el derecho español". Ponencia presentada en el VII Congreso Internacional de Derecho de Familia.

En estos casos es conveniente establecer un plazo de ocupación. Si el pacto se celebra y todavía no hay hijos comunes esto puede plantearse por vía de hipótesis, previendo alguna ayuda económica para facilitar la obtención de una vivienda para quien tiene que dejar el hogar convivencial.

El plazo puede relacionarse o no con la duración de la convivencia. También puede fijarse un canon locativo a favor del titular del derecho sobre el bien. A falta de pacto de consideración de este aspecto, rige el art. 526.

Hay otros temas relacionados con la atribución de la vivienda, como por ejemplo la atribución de una vivienda distinta a la familiar con las garantías suficientes en caso de tratarse de una locación a cargo del que no será el inquilino.

También puede plantearse la validez del acuerdo según el cual se condiciona el uso a la exigencia de no convivir con otra persona, caso en que cesaría el derecho a la atribución de la vivienda.

El inciso c se refiere a la división de los bienes obtenido por el esfuerzo común. Esta expresión alude a los bienes adquiridos durante la unión convivencial.

No significa que el no titular haya hecho aportes concretos para la adquisición del bien sino que contempla la colaboración amplia que uno presta al otro durante la vida en común que justifica una cierta compensación al cese de la misma.

Debe estar previsto en el pacto con relación a determinada categoría de bienes o a algún bien determinado, dentro del margen de libertad de contratación.

De todas maneras, este tipo de acuerdos puede acarrear problemas conexos, como por ejemplo el establecer la causa por la que se transfiere el dominio o una parte de él al otro conviviente al cese de la convivencia en virtud de lo pactado. No se trataría de un acto oneroso pero si le atribuyéramos naturaleza gratuita debería entenderse como una donación y tal acto resultaría de alguna manera complicado para el ex conviviente donatario puesto que podría colisionar con normas de protección de la legítima.

Quizás sería más conveniente pensar que se trata de un acto neutro, es decir, ni oneroso ni gratuito, ya que interpretarlo como acto gratuito llevaría a sostener que se trata de una promesa de donación, que no es viable según la ley. La donación puede realizarse sujeta a posterior aceptación, pero no prometerse ya que no sería un acto exigible.

Algunos autores sostienen que los pactos pueden establecer un régimen similar al de comunidad de bienes o pactar un régimen de participación diferenciadas atribuyéndose alcuotas distintas para cada uno de ellos. Esto pactado antes del cese de la convivencia podría ser cuestionado si lesionara la igualdad económica de alguno de ellos.

También podrían convenir, en esa línea de pensamiento, una atribución unilateral de todos o algunos bienes a uno sólo de los convivientes (5).

También puede preverse la atribución de la vivienda en caso de muerte en los términos establecidos en el art. 527, aplicable en ausencia de pacto. Pero si se quisiera establecer un derecho real por un tiempo más prolongado no podría hacerse en un instrumento privado, ya que no resulta idóneo para la constitución de un derecho real. Además, la previsión especial para el caso de muerte debe establecerse en un testamento, como legado de usufructo temporario o vitalicio.

Un tema no previsto en la ejemplificación del art. 514 es el de la determinación de una cuantía de naturaleza indemnizatoria como consecuencia de los deberes personales asumidos voluntariamente o la previsión de una compensación económica establecida en el art. 524 a falta de pacto.

#### IV. Límites

La autonomía de la voluntad no es absoluta y reconoce ciertos límites. El interés particular encuentra su límite en el interés general digno de protección.

Este orden requiere instrumentos de protección, a saber, una ley que señala la conducta a seguir o que prohíbe determinada conducta o una sentencia que así lo entiende y sanciona con la nulidad.

En el art. 515 referido a los límites no se dan pautas concretas, por lo tanto corresponde a los jueces el esclarecer si estamos ante una cuestión de orden público, que concierne no solo a los individuos sino a la sociedad.

Los jueces son los que van a decir si algo está de acuerdo con la moral y las buenas costumbres. Esto no depende de la valoración subjetiva del juez sino de parámetros sociales que son los tomados en consideración. De ahí que el saber si algo afecta o no al orden público va modificándose con el tiempo en las distintas culturas.

(5) LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián, "Uniones Convivenciales", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2015, pág. 176 y s.

En los efectos previstos ante la ausencia de pactos hay algunas normas que deben ser tomadas en consideración, como los arts. 519 sobre el deber de asistencia, 520 sobre el deber de contribución, 521 sobre responsabilidad por las deudas frente a terceros y el 522 de protección de la vivienda familiar para las uniones convivenciales inscriptas.

Estas normas no pueden ser vulneradas en cuanto no pueden negarse estos derechos o no ser considerados recíprocos, pero ello no significa que no puedan regularse de un modo particular o en distinta medida en los pactos de convivencia.

Lo mismo podríamos decir sobre las normas previstas ante el cese de la convivencia, artículos 524 a 528, en amparo de la parte más débil de la relación.

El art. 515 no se refiere sólo al orden público, sino también al principio de igualdad de los convivientes.

Resulta difícil establecer el alcance de este principio ya que la igualdad debe existir en igualdad de circunstancias según la interpretación que suele darse al art. 16 de la Constitución Nacional.

Entre los convivientes puede haber muchas diferencias en cuanto a posibilidades personales y recursos económicos. Por lo tanto, no debería interpretarse que este principio se vulnera si uno de los convivientes toma a cargo el deber de contribución, porque está en mejores condiciones de hacerlo, siempre que no se signifique que el otro no tiene obligación alguna de contribuir. Así, la contribución de uno puede consistir en aportes económicos y la de otro, en el cuidado del hogar y tareas complementarias.

Tampoco sería contrario a la igualdad que uno asuma el sostenimiento del hogar e incluso muchas tareas en interés común para permitir que el otro dedique un tiempo a su formación profesional. Claro está que este reparto debería estar limitado en el tiempo y no podría significar la ausencia de derecho del que asume esas cargas a su propia formación personal o a invertir los roles.

Sería contrario a la igualdad que uno está obligado absolutamente a la asistencia y el otro no, o uno a la fidelidad y el otro no, que los bienes de uno fueran administrados por el otro sin límite alguno, sin obligación de rendir cuentas y de restituir. Sin embargo, uno podrá otorgar poderes de administración a favor del otro, como lo establecen las normas generales de los contratos.

Al tomarse previsiones en los pactos en los cuales pueda establecerse el monto de la compensación económica en caso de ruptura, dicha cláusula podrá mantenerse inobjetable *rebus sic stantibus*.

En tal supuesto los otorgantes deberían informar acabadamente su situación económica o las expectativas futuras. En la medida en que las circunstancias no se modifiquen podría pactarse un monto en carácter de compensación económica, teniendo presente que en caso de cese de la convivencia por decisión de cualquiera de ellos, la parte económicamente fuerte podrá cumplir con la compensación económica entregando el monto o el bien pactado, evitándose así la fijación judicial en los términos del art. 525, lo que implica un ahorro de tiempo y dinero.

También alude el art. 515 a los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Podría tratarse de un pacto que atente contra el derecho a la salud, a recibir determinados tratamientos, a la libertad de vivir en determinado lugar, de mudar domicilio o no dejar el país, o de no iniciar otra relación de pareja.

También podría referirse a la libertad de acceder a un trabajo o a estudiar. Estas limitaciones que pueden provenir de culturas diferentes podrían perfectamente intentarse en un pacto entre convivientes, lo que evidentemente colisionaría con los derechos fundamentales de las personas humanas, sin distinción de género.

Podrían sumarse a este elenco los pactos en los cuales uno renunciase al derecho a relacionarse con los hijos o a acordar un plan de parentalidad que le vendría impuesto.

#### **V. Modificación, rescisión y extinción**

Según el art. 516 "pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes..."

Tanto la modificación cuanto la rescisión dependen de la voluntad conjunta. Por lo tanto no existe un plazo para la modificación. Si los convivientes hubiesen pactado un régimen económico, podrían modificarlo sin que medie el transcurso de un año, como en el caso del matrimonio.

Podrán rescindirlo en cualquier momento y regirse por las normas generales, aun cuando la convivencia continúe.

El art. 516 en su segunda parte establece que "el cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro".

Esto requiere un cierto análisis. En primer lugar, no es lo mismo el "cese de la convivencia" que el "cese de la unión convivencial".

El cese de la convivencia, salvo causa que lo justifique, da lugar al cese de la unión convivencial, según el art. 523, inc. g. En realidad, el cese de la cohabitación de los convivientes es el que da pie al cese de la unión convivencial, como surge de todos los incisos del art. 523, salvo el inciso d referido al matrimonio, supuesto en el que pasan a regirse por las normas propias del matrimonio.

Por lo tanto, pensamos que así como la separación de hecho ha cobrado relevancia jurídica en materia matrimonial, el cese de la cohabitación también es fundamental y los efectos deben ser retroactivos a ese momento, aunque la ley no lo establezca expresamente.

El segundo aspecto, y más importante, es que se extinguen los pactos hacia el futuro.

Esto es cierto con respecto a las obligaciones que rigen la convivencia, pero no resulta aplicable a las disposiciones previstas en el pacto para el caso de cese de la convivencia, porque recién en ese momento esas cláusulas cobran virtualidad.

En síntesis, concluida la convivencia cesan los derechos y obligaciones que tenían los convivientes durante la unión, no así las previsiones con respecto a la ruptura.

#### **VI. Oponibilidad a terceros**

El art. 517 establece: "Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el art. 511 y en los registros que corresponda a los bienes incluidos en estos pactos. Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constata la ruptura".

Los pactos rigen entre las partes desde su celebración pero su oponibilidad a terceros supone la publicidad de los mismos.

Las cláusulas que rigen la vida en común relativa a los derechos y deberes personales de los integrantes de la pareja conviviente no son relevantes para los terceros.

Las cláusulas relativas a los bienes, en cambio, resultan de interés para los terceros porque afectan la contratación.

Si nada establecieran al respecto estarían regidos por las normas generales, pero si hubiese establecido alguna participación y un régimen de gestión que implique el asentimiento para la disposición de un bien por parte del conviviente no titular deberían tener la adecuada publicidad.

El tercero toma conocimiento desde que el pacto se inscribe en el registro relativo a los bienes comprendidos y debe tenerlo en cuenta en los actos de disposición porque tendría importancia con respecto a la validez del acto.

La falta de inscripción torna inoponible lo establecido en el pacto.

El cese de la convivencia tampoco puede afectar a los terceros sino desde el momento en que se inscriban en los registros respectivos los instrumentos que constaten la ruptura...

### VII. Conclusión

Es prematuro elaborar una conclusión sobre una realidad que ha aparecido en la ley pero que todavía no ha ingresado plenamente a la vida.

Cuesta pensar que las parejas que construyen su vida con prescindencia de un marco jurídico, salvo las nuevas previsiones legales, decidan suscribir pactos de convivencia.

De todos modos es más factible que ello ocurra teniendo en cuenta las disposiciones del nuevo Código acerca del cese de la convivencia, que pasan a regir la vida de estas parejas sin que antes lo haya podido imaginar.

En el caso que quieran sustraerse a algunos de esos efectos o que quieran evitar la judicialización de la ruptura puede ser que intenten regular estos aspectos en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En muchos casos quizás puedan establecer renunciaciones a derechos que habrá que ver si no resultan contrarios al orden público familiar.

Por eso es muy importante que se preste particular asesoramiento en una materia a todas luces novedosa pero que no deja de tener más escollos que lo que se pueda sospechar. ♦

## ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA LUEGO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE (\*)

Sumario: I. Introducción.- II. Fichas técnicas de las sentencias de maternidad subrogada.- III. Algunas cuestiones jurídicas implicadas en las sentencias de maternidad subrogada.- IV. Conclusión.

### I. Introducción

Desde la presentación del proyecto de Código Civil y Comercial (en adelante CCC) en 2012, la maternidad subrogada, también llamada "gestación por sustitución", ha sido objeto de un intenso debate en la Argentina. La polémica figura había sido regulada en el art. 562 del proyecto. Sin embargo, luego de recibir importantes críticas, la ley 26.994 de aprobación del CCC finalmente excluyó esta posibilidad y estableció que la maternidad quede determinada por el parto.

Desde la entrada en vigencia del CCC, e incluso con anterioridad, se han sucedido diversos fallos judiciales que han resuelto, de diversas formas, hacer lugar a contratos de maternidad subrogada. En este trabajo nos proponemos comentar esos fallos, procurando una aproximación comparativa que permita advertir las características de la actuación judicial en esta materia.

(\*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Miembro de la Sección de Derecho de Familia y Bioderecho del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Hemos elegido los fallos publicados en revistas jurídicas y que se dictaron desde la aprobación del Código Civil y Comercial en octubre de 2014, incluso en el período de transición entre la publicación en el Boletín Oficial y la efectiva entrada en vigencia del CCC (1° de agosto de 2016) (1). Como veremos, esos fallos del período de transición ya tuvieron en cuenta el nuevo CCC al momento de decidir. La selección de sentencias también se acota a los casos en los que se resuelven problemas filiatorios (2) por maternidad subrogada realizada en Argentina, dejando fuera los casos de personas que viajaron al exterior y pretenden la inscripción en nuestro país de la filiación (3). Los fallos son los siguientes:

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario (TColeg. Familia Rosario) (Nro. 7), "XXX s/ maternidad por sustitución", 02/12/2014, DFyP 2015 (diciembre), 237, AR/JUR/90178/2014 (en adelante Rosario/Diciembre/2014).

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 (JNCiv.) (Nro. 102), "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad", 18/05/2015,

(1) Marisa Herrera y Natalia de la Torre realizan una enumeración de fallos sobre el tema en su artículo: HERRERA, Marisa, de la TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa", *La Ley*, 3 de noviembre de 2016, p. 1-6. Ellas incluyen dos fallos inéditos que aquí no analizaremos (Juzgado Nacional en lo Civil nro. 7, Buenos Aires, 15/6/2016, y Juzgado Nacional en lo Civil nro. 4, Buenos Aires, 30/6/2016).

(2) Hay un fallo que tuvo por objeto una medida cautelar para incorporación al plan médico (Swiss Medical) de tres hijos en gestación concebidos mediante maternidad subrogada. Dado que la sentencia aclara que "no determina la filiación jurídica de los niños" no la consideramos en este estudio (Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamilia Mendoza) (Nro. 1), C. M. E. y J. R. M. c. O.S.D.E. s/ medidas cautelares, 02/09/2015, LLGran Cuyo 2015 (noviembre), 1117, AR/JUR/28442/2015). Esta causa tuvo luego una sentencia por filiación que aquí comentamos (caso Mendoza/Diciembre/2015).

(3) Entre otros, ver BASSET, Úrsula Cristina; SALAVERRI, Milagros, "Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño", DFyP 2014 (julio), 14/07/2014, 97, AR/DOC/1820/2014; MEDINA, Graciela, "Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. la situación en el derecho comparado", DFyP 2012 (septiembre), 01/09/2012, 3, AR/DOC/4369/2012. Entre los estudios generales a favor de la maternidad subrogada: LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", InDret 3/2012, disponible en [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf). Con posiciones más críticas: ALES URÍA, Mercedes, "La maternidad determinada por acuerdo de partes", ED, 245-1054; GALLI FIANT, María M. "Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra", *Microjuris*, 11-mar-2013, MJ-DOC-6195-AR | MJD6195. Por nuestra parte, tenemos una posición crítica general respecto a la maternidad subrogada y en general a la intermediación técnica en la procreación: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, VIAR, Ludmila, "¿Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial", *La Ley DFyP* 2015 (noviembre), 04/11/2015, 220-227, AR/DOC/3193/2015; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas", *LA LEY* 21/12/2015, 21/12/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/4402/2015; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas", *La Ley*, Diario 4/2/2015, p. 1-7.

LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5 - LA LEY 2015-C, 522 - RCCyC 2015 (julio), 91 - DFyP 2015 (noviembre), 208, AR/JUR/12711/2015 (en adelante CABA/Mayo/2015).

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 (JNCiv.) (Nro. 83), "N. N. O. s/ inscripción de nacimiento", 25/06/2015, DFyP 2015 (octubre), 218, AR/JUR/24326/2015 (en adelante CABA/Junio/2015).

Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamilia Mendoza) (Nro. 1), A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva, 29/07/2015, DFyP 2015 (diciembre), 197, AR/JUR/28597/2015 (en adelante Mendoza/Julio/2015).

Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamilia Mendoza) (Nro. 1), "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 04/02/2016, 39, AR/JUR/58729/2015 (en adelante Mendoza/Diciembre/2015).

Juzgado de Familia n° 9, Bariloche (JFlia. Nro. 9) (Bariloche), "Dato reservado", 29/12/2015, AR/JUR/78613/2015 (en adelante Bariloche/Diciembre/2015).

Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora (JFamilia Lomas de Zamora) (Nro. 7), "H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC", 30/12/2015, LA LEY 02/05/2016, 6; RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 147 - DFyP 2016 (junio), 131, AR/JUR/78614/2015 (en adelante Lomas de Zamora/Diciembre/2015).

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario (TColeg. Familia Rosario) (Nro. 5), "S. G. G. y otros s/ filiación", 27/05/2016, LLLitoral 2016 (agosto), 08/08/2016, 2 - DFyP 2016 (octubre), 57, AR/JUR/37971/2016 (en adelante Rosario/Mayo/2016).

Juzgado de Familia N° 2 de Moreno (JFlia. Moreno) (Nro. 2), "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar", 04/07/2016, *La Ley Online*, AR/JUR/42506/2016 (en adelante Moreno/Julio/2016).

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 8, "B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación", 20/09/2016, *Microjuris*, MJ-JU-M-100901-AR (en adelante CABA/Septiembre/2016).

En este trabajo no profundizaremos objeciones de carácter general a las técnicas de procreación artificial, denominadas también "técnicas de reproducción humana asistida" (TRHA), ya sea en sí mismas, o en relación a su afectación del derecho a la vida y el derecho a la identidad. Nos remitimos a anteriores artículos. Al respecto, nos permitimos recordar que la maternidad subrogada agrega problemas complejos, porque supone una

cierta cosificación tanto de la mujer gestante como del niño. A lo largo de este texto esperamos dar algunas mayores precisiones sobre estos problemas jurídicos propios de la maternidad subrogada.

Igualmente, el trabajo tampoco analizará de forma sistemática el CCC en torno a la maternidad subrogada. Al respecto, el nuevo CCyC señala que el hijo nacido por TRHA debe ser inscripto como hijo de quien dio a luz (art. 562). Es decir, el CCyC no introdujo la figura de la gestación por sustitución y expresamente prohibió que haya acciones de filiación en las TRHA. Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la Comisión Redactora en artículo explicativo de los alcances de la reforma, señala: "El Anteproyecto preveía la gestación por sustitución... Lamentablemente, la figura fue eliminada en una de las tantas modificaciones operadas en el camino a las que se hizo mención al comenzar este trabajo" (4). Sin embargo, tal eliminación no significó que no se realicen contratos de maternidad subrogada, incluso con el aval de algunos jueces. Justamente, estas situaciones son las que han dado lugar a las reflexiones que aquí proponemos.

Para nuestra tarea, estructuraremos este escrito en dos partes. Inicialmente presentaremos las fichas técnicas de los distintos fallos, a modo de sistematización de la información. En una segunda parte, nuestro estudio se dirigirá a las cuestiones jurídicas implicadas y formularemos una valoración crítica.

## II. Fichas técnicas de las sentencias de maternidad subrogada

En este apartado nos proponemos sistematizar las circunstancias de hecho y de derecho que configuran las distintas sentencias que estamos analizando, según los siguientes ítems: tribunal, expediente, fecha de la sentencia, objeto de la demanda, fecha de nacimiento, requirentes, gestante, dadores de gametos, intervención de otros familiares y la intermediación técnica en la procreación.

A continuación presentamos las fichas técnicas de los casos.

### 1. Caso: Rosario/Diciembre/2014

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario (TColeg. Familia Rosario) (Nro. 7)

Expediente: "XXX s/ maternidad por sustitución".

Fecha de la sentencia: 02/12/2014.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", La Ley, 8/10/2014, año LXXVIII, N° 190, p. 1.

Objeto: el expediente se caratula "maternidad por sustitución" y tiene por objeto tramitar una "autorización judicial" para realizar la transferencia de embriones a una mujer para que los entregue a los requirentes luego de nacer y se los inscriba como padres.

Fecha de nacimiento: el fallo es previo a la transferencia de embriones.

Requirentes: matrimonio de varón y mujer. La mujer padece endometriosis y pasó por numerosas técnicas de baja y alta complejidad para lograr un embarazo, sin éxito. Finalmente, sufrió una histerectomía total.

Gestante: una mujer que conocieron en la misa del P. Ignacio se ofreció a llevar adelante el embarazo y entregar el bebé al nacer. Manifiesta estar absolutamente informada de lo que va a realizar. Expresa que no recibió retribución económica y que lo hace por un acto de amor al matrimonio. No se ha sometido a otro proceso de maternidad subrogada. Acordaron pagarle la cobertura de la obra social, alimentación y obtención de cremas para el cuidado de la piel.

Dadores de gametos: los gametos provienen de los requirentes de la técnica.

Otros familiares: la gestante tiene una hija.

Intermediación técnica: luego de infructuosos, invasivos y numerosos tratamientos de alta y baja complejidad, la mujer tuvo unas complicaciones que terminaron en una histerectomía. Existen seis embriones congelados y se solicita la subrogación de vientre.

### 2. Caso: CABA/Mayo/2015

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 (JNCiv.) (Nro. 102)

Expediente: "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad".

Fecha de la sentencia: 18/05/2015.

Objeto: acción de impugnación de maternidad y emplazamiento de maternidad.

Fecha de nacimiento: 10 de marzo de 2014.

Requirentes: varón y mujer. La mujer no puede quedar embarazada. Hicieron averiguaciones para maternidad subrogada en EE.UU. e India, pero los costos tan elevados le eran imposibles de afrontar.

**Gestante:** la gestante es la niñera de un sobrino del varón requirente, que mantenía “un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio”. Se allanó a la acción y reconoce haber colaborado en forma libre y espontánea en la gestación de la niña.

**Dadores de gametos:** los requirentes de la técnica.

**Otros familiares:** la gestante tiene hijos que viven en Perú y que fueron consultados.

**Intermediación técnica:** el 26 de junio de 2013 se utilizó FIV y se transfirió el embrión. Intervino Fecunditas, Medicina Reproductiva de Alta Complejidad.

3. Caso: CABA/Junio/2015

**Tribunal:** Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 (JNCiv.) (Nro. 83)

**Expediente:** “N. N. O s/ inscripción de nacimiento”.

**Fecha de la sentencia:** 25/06/2015.

**Objeto:** inscripción del nacimiento de una niña dada a luz por una mujer que actuó como subrogante.

**Fecha de nacimiento:** 7 de agosto de 2014.

**Requirentes:** un varón y una mujer que ha sufrido una histerectomía por parto, lo que significa la “imposibilidad de volver a ser madre”.

**Gestante:** una mujer que prestó consentimiento informado.

**Dadores de gametos:** los requirentes de la técnica.

**Otros familiares:** la mujer requirente tuvo un parto anterior y se afirma que ese hijo estaría de acuerdo con la gestación.

**Intermediación técnica:** nacimiento en el Sanatorio Maternidad Suizo Argentina.

4. Caso: Mendoza/Julio/2015

**Tribunal:** Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamilia Mendoza) (Nro. 1)

**Expediente:** “A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva”.

**Fecha de la sentencia:** 29/07/2015.

**Objeto:** acción declarativa de certeza para determinar la filiación del recién nacido.

**Fecha de nacimiento:** un varón nacido el 9 de enero de 2015.

**Requirentes:** varón y mujer. La mujer sufrió una histerectomía subtotal de útero, pero conserva sus óvulos.

**Gestante:** mujer mayor de edad, con dos hijos propios, que se interesó por “motivos personales en ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos”. Los contactó “investigando en internet y consultando a distintos profesionales”. Señala el fallo que actúa “en forma altruista y gratuita”.

**Dadores de gametos:** los requirentes de la técnica.

**Otros familiares:** -

**Intermediación técnica:** Instituto de Reproducción Asistida “Tersoglio”. Suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014 estableciendo obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

5. Caso: Mendoza/Diciembre/2015

**Tribunal:** Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamilia Mendoza) (Nro. 1)

**Expediente:** “C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento”.

**Fecha de la sentencia:** 15/12/2015.

**Objeto:** acción declarativa de certeza tendiente a determinar la filiación materna y paterna de tres niños nacidos en el marco de una maternidad subrogada.

**Fecha de nacimiento:** tres niños de sexo masculino, nacidos el 9 de marzo de 2015.

**Requirentes:** varón sin problemas de fertilidad. Mujer que sufrió histerectomía de útero, pero conserva sus óvulos.

**Gestante:** madre de la mujer. Interviene en forma altruista y gratuita.

**Dadores de gametos:** los requirentes de la técnica.

**Otros familiares:** -

**Intermediación técnica:** Instituto de Reproducción Asistida “Tersoglio”. Los requirentes se sometieron a FIV con gametos de los requirentes y se implantaron tres embriones.

## 6. Caso: Bariloche/Diciembre/2015

Tribunal: Juzgado de Familia n° 9, Bariloche (JFlia. Nro. 9) (Bariloche)

Expediente: "Dato reservado"

Fecha de la sentencia: 29/12/2015.

Objeto: autorización judicial para que se proceda a la implantación embrionaria de gametos en el vientre de una mujer subrogante.

Fecha de nacimiento: se trata de autorización previa. Se desconoce resultado de la técnica.

Requirentes: varón y mujer. La mujer padece Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser, anomalía que impide que produzca hormonas femeninas, con lo que no puede lograr un embarazo.

Gestante: cuñada de la mujer requirente. Está casada con el hermano de la requirente, tienen tres hijos propios.

Dadores de gametos: los gametos provinieron de los requirentes de la técnica.

Otros familiares: el marido de la gestante y sus tres hijos fueron consultados y "están de acuerdo".

Intermediación técnica: los requirentes han realizado una fecundación in vitro y se formaron tres embriones que estaban criopreservados.

## 7. Caso: Lomas de Zamora/Diciembre/2015

Tribunal: Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora (JFamilia Lomas de Zamora) (Nro. 7)

Expediente: "H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC"

Fecha de la sentencia: 30/12/2015.

Objeto: inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC.

Fecha de nacimiento: el fallo es anterior al parto, previsto para el 19 de enero de 2016.

Requirentes: unión convivencial de varón (34 años) y mujer (36 años), formada en 2010. La mujer tiene problemas de fertilidad (amenorrea primaria por ausencia de útero y vagina con ovarios funcionales).

Gestante: hermana de la mujer requirentes. Casada con tres hijos menores nacidos en 2005, 2007 y 2012. Los requirentes afirman hacerse cargo de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación de la gestante durante la realización de la técnica, el embarazo y con posterioridad al parto.

Dadores de gametos: los gametos son del varón y la mujer requirentes.

Otros familiares: la gestante está casada y tiene tres hijos menores de edad.

Intermediación técnica: Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad informa que se formaron 5 embriones y se transfirieron 2 embriones, aunque sólo uno siguió adelante en la gestación.

## 8. Caso: Rosario/Mayo/2016

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario (TColeg. Familia Rosario) (Nro. 5)

Expediente: "S. G. G. y otros s/ filiación"

Fecha de la sentencia: 27/05/2016.

Objeto: impugnación de la maternidad.

Fecha de nacimiento: 11 de noviembre de 2015.

Requirentes: matrimonio de dos varones. Desde septiembre de 2011 estaban inscriptos en el Registro Único de Adoptantes. Refieren que luego de varios años de espera no fueron convocados.

Gestante: afirma ser amiga de los requirentes. Mujer casada y con hijos, firmó consentimiento el 12 de marzo de 2015. Afirman que la gestación fue "con fines altruistas y no onerosa".

Dadores de gametos: los gametos masculinos son provistos por uno de los requirentes. Los óvulos son donados por una mujer distinta a la gestante, en forma anónima.

Otros familiares: los hijos de la gestante "llaman 'primo' al bebé" y estuvieron al tanto del proceso.

Intermediación técnica: Centro Médico en Buenos Aires.

## 9. Caso: Moreno/Julio/2016

Tribunal: Juzgado de Familia N° 2 de Moreno (JFlia. Moreno) (Nro. 2)

Expediente: "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar"

Fecha de la sentencia: 04/07/2016.

Objeto de la demanda: impugnación de la maternidad por nacimiento de una niña y reconocimiento de la maternidad de la requirente dadora de óvulos.

Fecha de nacimiento: 14 de abril de 2014.

Requirentes de la subrogación: matrimonio de varón y mujer con antecedentes de 9 pérdidas de bebés en gestación, que “no tenían explicación ni justificación alguna”.

Gestante: hermana de la madre. No recibe retribución. No se había sometido previamente a maternidad subrogada. Tiene hijos propios.

Dadores de gametos: los requirentes de la técnica.

Otros familiares: los hijos de la gestante estuvieron informados y asistidos de la situación desde el comienzo del proceso, acompañando y participando de modo voluntario.

Intermediación técnica: especialista en fertilidad. Transferencia de dos embriones.

10. Caso: CABA/Septiembre/2016

Tribunal: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 8

Expediente: “B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación”.

Fecha de la sentencia: 20/09/2016.

Objeto de la demanda: impugnación de la maternidad por nacimiento de un niño y reconocimiento de la maternidad de la requirente dadora de óvulos.

Fecha de nacimiento: 14 de julio de 2014.

Requirentes de la subrogación: matrimonio de varón y mujer. Viven en Córdoba. La mujer no puede quedar embarazada por Síndrome de Rockitasky. Se señala que los gestantes han tenido una infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva en Córdoba.

Gestante: persona amiga de los requirentes. Tiene hijos.

Dadores de gametos: el varón requirente de la técnica aportó el espermatozoides y los óvulos fueron de donante anónima.

Otros familiares: se acompañaron partidas de nacimiento de los hijos de la gestante. En audiencia los hijos de la gestante y la pareja conviviente se anoticiaron y dieron “conformidad”.

Intermediación técnica: Clínica de Fertilidad “Halitus”.

### III. Algunas cuestiones jurídicas implicadas en las sentencias de maternidad subrogada

Luego de hacer una sintética presentación de los datos más relevantes de cada caso, nos proponemos a continuación a abordar algunas cuestiones jurídicas que están implicadas en estas sentencias. Desde ya que no se trata de un comentario exhaustivo que comprenda todos los fallos, sino de formular consideraciones sobre los principales argumentos que se utilizaron para legitimar la maternidad subrogada, ensayando algunas críticas y respuestas.

Todos los fallos que hemos analizado legitiman la maternidad subrogada, ya sea en forma previa o posterior a su realización. Y deben enfrentar la indisponible norma que señala que la maternidad queda determinada por el parto. Esta norma estaba establecida en el artículo 242 del anterior Código Civil y se continúa en el art. 565 para la filiación por naturaleza y art. 562 CCC para la filiación por TRHA. Este artículo 562 fue específicamente modificado durante el debate del nuevo CCC para excluir la maternidad subrogada. En este sentido, encontramos distintas estrategias en las sentencias para sortear este obstáculo legal, a nuestro criterio insalvable óbice a la pretensión de maternidad subrogada: declarar la inconstitucionalidad del art. 562 CCC, impugnar la maternidad por el parto, sostener que la maternidad subrogada no está prohibida, alegar la primacía de la voluntad procreacional, invocar el derecho a formar una familia o el caso “Artavia Murillo”, y sostener que legitimar esta práctica es una exigencia del derecho a la identidad del niño. A su vez, hay distintos tópicos que son particularmente sensibles y que también serán motivo de nuestro análisis, como el referido a la retribución de la gestante, los consentimientos de los participantes, la nulidad de los contratos, la política de hechos consumados y otras cuestiones jurídicas.

#### a) Inconstitucionalidad del art. 562 CCC

En el caso de la sentencia de Lomas de Zamora/Diciembre/2015, la jueza se pronuncia por la inconstitucionalidad e anticonvencionalidad de determinar la maternidad por el parto: “Encuentro que el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante,

constituye en este caso de gestación por sustitución una barrera para el ejercicio —por parte de los justiciables, tanto personas adultas como menores de edad, incluyendo a la niña por nacer inmersa en la incertidumbre jurídica respecto a su identidad— de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica, lo que torna a dicho texto normativo incompatible con las protecciones debidas por la magistratura en el caso a resolver” (Lomas de Zamora/Diciembre/2015).

Úrsula Basset (5), Eduardo Sambrizzi (6) y Mercedes Ales Uría (7) han criticado esta sentencia y habría muchos argumentos para enfatizar esa crítica. Por lo pronto, ninguna norma constitucional o convencional legítima la maternidad subrogada. La maternidad ha sido determinada por el parto desde tiempos inmemoriales y ello configura una válida y necesaria forma de resguardar al niño y sus vínculos más fundantes de su personalidad.

Más allá de los dilemas que se plantean al juez ante el caso concreto y los hechos consumados, creemos que existen firmes razones para sostener que la maternidad subrogada es una práctica contraria a la dignidad de la persona humana y por tanto contraria a los principios de los tratados internacionales, porque priva al niño de manera provocada y evitable de uno de los elementos constitutivos de su identidad como es el vínculo con la mujer que lo gestó y además porque somete a la capacidad gestacional de la mujer al juego de la autonomía de la voluntad, en la cosificación de una función vital y que expresa un dinamismo relacional básico y fundamental.

#### *b) Impugnación de la maternidad por el parto y primacía de la identidad genética*

Algunos de los fallos recurren a la impugnación de la filiación de la madre gestante, atribuyendo la filiación a la mujer requirente de la técnica (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, CABA/Mayo/2015). Las sentencias resuelven impugnar la maternidad determinada por el parto y luego emplazar a la mujer requirente como

(5) BASSET, Úrsula, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?”, La Ley 02/05/2016, 6, AR/DOC/1311/2016.

(6) SAMBRIZZI, Eduardo A., “La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial”, DFyP 2016 (mayo), 09/05/2016, 179, AR/DOC/1135/2016.

(7) ALES URÍA, Mercedes, “Maternidad por acuerdo de partes, ¿legalidad o equidad?”, RCCyC 2016 (junio), 06/06/2016, 59, AR/DOC/1593/2016. Esta jurista tiene varios textos sobre la temática de la “maternidad por acuerdo de partes”.

madre, generalmente con fundamento en la existencia de un vínculo genético. Ello fue posible porque en casi todos los casos los gametos fueron provenientes de los requirentes de la técnica. La única excepción es el caso de los dos varones. Además, en ninguno de los casos la gestante utilizó sus propios óvulos. Todo ello genera las condiciones jurídicas para que se pretenda dar primacía a la verdad “genética” por sobre la determinación de la maternidad por el parto, en contra del texto mismo del art. 242 CC o del art. 562 CCC. En efecto, la “madre gestante” determinada por el parto no es la madre genética que aportó los óvulos. Entonces, se aplica la regla de la “verdad genética” y se pretende impugnar la maternidad de quien no aportó sus óvulos y se concede primacía a la “verdad genética”. Paradójicamente, en el resto de las TRHA no se concede ningún lugar a la “verdad genética” y se absolutiza la voluntad procreacional.

Esta estrategia ya había sido denunciada por el mismo Anteproyecto de CCC en sus fundamentos, donde se afirmaba: “en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado”.

Al respecto, con específica referencia al CCC y desde una mirada sistémica del propio código, en las sentencias se soslaya la categórica afirmación del art. 577: “No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”.

Igualmente, se ha ignorado que la identificación del recién nacido y de la madre es una política pública que refleja no sólo un principio fundamental de la existencia humana y de la procreación, sino que además previene situaciones de entregas directas de niños y otras formas de disposición de la identidad. El hecho de que exista un contrato de procreación artificial no ofrece ninguna razón adicional para levantar la clara prohibición que pesa sobre la entrega directa de bebés.

#### *c) ¿Está prohibida la maternidad subrogada?*

Otro argumento que aparece en varias de las sentencias es que la maternidad subrogada es admisible en tanto no estaría prohibida (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Mendoza/Diciembre/2015, Mendoza/Julio/2015, CABA/Mayo/2015, Rosario/Diciembre/2014). Se afirma que el CCC no prohibió esta figura y que lo no prohibido está

permitido (8). Así, en el fallo de Moreno/Julio/2016 se sostiene que la gestación por sustitución no se encuentra regulada y tampoco ha sido prohibida, lo que significa que la cuestión queda sujeta a la “discrecionalidad judicial”. Al respecto, además de considerar que el CCC efectivamente excluyó la figura, estas posturas omiten considerar que los elementos configurantes de la filiación son de orden público y no pueden ser dispuestos por los particulares, como claramente surge del art. 12 CCC que dispone: *“ARTÍCULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*.

La maternidad subrogada está prohibida porque consiste justamente en un contrato que tiene por objeto que una mujer entregue a su hijo al nacer. Y ello es claramente contrario al derecho a la identidad y a todas las normas de orden público que buscan preservar la relación madre-hijo, la pronta identificación del recién nacido, la protección del derecho a la identidad y la prevención del tráfico de niños. Hay figuras penales específicas sobre los actos de privación o sustracción de elementos configurantes de la identidad de un niño y ello configura una clara prohibición, que no es subsanable por la autonomía de la voluntad. El nuevo CCyC incluso exige que una madre no dé en adopción a su hijo sino luego de que hayan pasado al menos 45 días del nacimiento. En ninguno de los casos siquiera se respetó ese plazo. Asimismo, la ley 24.540 (1995) reguló expresamente el régimen de identificación de los recién nacidos y tal política se configura como una exigencia de orden público en nuestro país. Igualmente, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la ley 1226 crea “el Sistema de Identificación del Recién Nacido y de su Madre, de aplicación obligatoria en todo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el cual tendrá por objeto asegurar a las personas su legítimo derecho a la identidad así como garantizar la indemnidad del vínculo materno filial”. Tampoco la ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción asistida incorporó la figura de la gestación por sustitución.

(8) Entre quienes sostienen que existe una laguna en el punto encontramos a GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 181, AR/DOC/3853/2014. Por su parte, María Victoria Famá considera que hay “necesidad de legislar”: FAMÁ, María Victoria, “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”, DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 197, AR/DOC/3996/2015.

#### d) La voluntad procreacional

El fundamento más mencionado para legitimar la maternidad subrogada en las sentencias es la voluntad procreacional (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Mendoza/Diciembre/2015, Mendoza/Julio/2015, CABA/Mayo/2015, Rosario/Diciembre/2014). Por ejemplo, se cita a Andrés Gil Domínguez para afirmar que “en nuestro ordenamiento constitucional y convencional la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio” (Moreno/Julio/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015).

Ahora bien, paradójicamente, en la regulación del CCC la voluntad procreacional se ha usado para resolver la filiación ante la dación de gametos por terceros y la ausencia de un vínculo genético de la persona que brinda su consentimiento. Podríamos decir que la voluntad procreacional se expresaba en relación a los gametos que son utilizados para concebir a la nueva persona. De hecho, el art. 562 dispone: *“ARTÍCULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”*. En los casos que estamos analizando, el problema no es el “consentimiento” del otro, hombre o mujer que no dio a luz respecto a sus gametos. Es más, aquí se recurre a la vinculación genética para desvirtuar la vinculación que surge por el parto y a la que claramente hace referencia el art. 562.

Además, la gestante “presta” consentimiento aunque es un consentimiento mixto: admite la “gestación”, pero niega toda responsabilidad sobre el niño para luego del parto y se compromete a entregarlo a los requirientes. Es decir, que la “voluntad procreacional” termina también operando en un sentido negativo, para permitir a la gestante desentenderse de los deberes maternos. Se afirma así: “bajo esa mirada corresponde hoy tutelar los derechos emergentes del niño concebido por la voluntad procreacional de quienes hoy peticionan la modificación del acta de nacimiento y consecuentemente la impugnación de la maternidad, por no ser ella la madre del hijo que pasa por suyo” (Rosario/Mayo/2016). La frase que acabamos de transcribir deja a la luz de modo evidente el sentido en que se asume la voluntad procreacional: crea los vínculos y se escinde completamente de la realidad biológica, al punto de sostenerse que

la gestante no es madre y que el hijo “pasa por suyo”, como si la biología fuera una mera ficción. Estamos ante un voluntarismo extremo que niega toda realidad biológica e impone al niño una identidad construida. Como dice Basset, “la voluntad procreacional es el derecho de los fuertes, no de los débiles. Cuando la voluntad de los adultos determina la identidad de los niños, recortada de las legítimas cortapisas que le impone el derecho civil, el deseo adulto prima” (9).

#### e) Derecho a formar una familia

Salvo en un caso (Rosario/Mayo/2016) en que los requirentes fueron dos varones, en todos los restantes se explicita —con distinto nivel de detalle— que las parejas requirentes de varón y mujer padecían alguna forma de infertilidad, con causas que impedían llevar adelante un embarazo. Ello permite concluir que se trata de casos extremos y que la maternidad subrogada es vista como último recurso. Ello lleva a que se recurra al fundamento del derecho a formar una familia (Moreno/Julio/2016). El argumento guarda relación con la cita al fallo “Artavia Murillo”.

Entendemos que aquí emergen las problemáticas propias de la intermediación técnica en la procreación humana. Es decir, irrumpen técnicas que no respetan la originalidad de la transmisión de la vida humana y descomponen la procreación humana en sus distintas funciones, considerando cada función como separable e intercambiable y susceptible de ser reemplazada. La forma más extrema es la división de trabajo entre la concepción-fecundación del embrión con gametos de los requirentes y la gestación a cargo de una mujer que participa del proceso, pero luego se desentiende, pretendiendo que ello no tenga relevancia jurídica en razón de su voluntad procreacional negativa.

Además, hay que señalar que el “derecho a formar una familia” en su dimensión de tener descendencia, no es un derecho absoluto. No existe un “derecho al hijo”. Tampoco existe una potestad de disponer sobre la vida del niño, y en cómo será su gestación y entrega por la madre. La procreación necesariamente involucra al niño como un otro con dignidad inherente e indisponible. Ello limita a los intermediarios técnicos y la madre gestante. Existe un interés sustancial para regular y prohibir algunas de las conductas que no respetan la dignidad y originalidad de la procreación humana y de las personas involucradas. Proceder a tal restricción de la maternidad subrogada, como también a otras formas de TRHA, también es una exigencia del bien común.

(9) BASSET, Úrsula, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?”, La Ley 02/05/2016, 6, AR/DOC/1311/2016.

#### f) La referencia al fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

En lo que se considera una tendencia expansiva, varios de los fallos recurrentes en sus fundamentos a la sentencia “Artavia Murillo” de la CIDH del 28 de noviembre de 2012. Así ocurre por ejemplo con el fallo CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Rosario/Diciembre/2014. El fallo CABA/Septiembre/2016 incluso cita la sentencia en “Artavia Murillo y otro s/Supervisión de sentencia” del 26 de febrero de 2016 (conocido como Artavia Murillo II).

Por esta sentencia se condenó a Costa Rica por violación de los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 11.2 (protección de la honra y de la dignidad) y 17.2 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La causa tuvo origen en los reclamos efectuados por un grupo de nueve matrimonios de varón y mujer que presentaron problemas de infertilidad y se consideraron afectados por la decisión de Costa Rica de limitar el acceso a la FIV, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país declarando inconstitucional el decreto ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud sobre FIV. La Corte cuestionó la interpretación efectuada por el tribunal de Costa Rica en el sentido que el embrión humano desde su fecundación es persona por entender que había restringido esos derechos de los demandantes. Para la Corte no había que reconocerle el estatuto de persona al embrión, alegando una interpretación según el sentido corriente de los términos, sistemática e histórica, evolutiva, y según el objeto y el fin del Tratado (10).

Existen varios artículos que señalan los graves problemas y los límites de la sentencia “Artavia Murillo” y a ellos nos remitimos para la valoración general de este fallo (11). Ahora bien, resulta abusivo extender su aplicación

(10) Entre muchos otros, ver DE JESÚS, Ligia M., OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge Andrés, TOZZI, Piero A., “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”, *Prudentia Iuris*, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164.

(11) Para mayor información al respecto, véase: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, TELLO ALONSO, Juan, “El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de ‘Artavia Murillo’”, *La Ley, Sup. Const.* 2014 (noviembre), 27/11/2014, p. 71 - LA LEY 2014-F, 404; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Los límites de ‘Artavia Murillo’ en un interesante fallo en protección del embrión humano”, *Doctrina judicial*, *La Ley*, Año XXX, Número 06, 5 de febrero de 2014, p. 21-38; HERRERA, Daniel y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”, *La Ley Suplemento Constitucional*, 9 de

a un supuesto de maternidad subrogada (12). En efecto, “Artavia Murillo” tiene una plataforma fáctica muy acotada, como hemos reseñado: matrimonios infértiles de varones y mujeres que con sus propios gametos pretenden una FIV en la que la mujer requirente sea la madre gestante. Es decir, no hay ninguna cuestión filiatoria involucrada. Todos los elementos de la identidad del niño están alineados, para usar una expresión de Úrsula Basset. Lo que se discutía en “Artavia” era la forma de interpretar el término concepción en estos casos específicos. Es, pues, abusivo extrapolar sus conclusiones a una situación de maternidad subrogada.

En este sentido, la CIDH deliberadamente expresó que no consideró en el caso “Artavia” los problemas más complejos de la FIV y otros temas (considerandos 134 y 135). Finalmente, cabe señalar que el contexto en el que la CIDH condena a Costa Rica es el de un país que prohíbe la fecundación in vitro.

Como hemos dicho en otras ocasiones, “Artavia Murillo” no es un cheque en blanco para legitimar todas las pretensiones de las biotecnologías. Se trata de una sentencia que debe ser interpretada en forma contextualizada y no es legítimo sacar consecuencias que no están siquiera consideradas por la sentencia misma.

abril de 2013, 16 - La Ley 2013-B; QUINTANA, Eduardo Martín, “Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)”. Comentario al fallo “Caso A. M. Y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica” - CIDH - 28/11/2012”, Eldial.com, DC19E9, 14-2-2013; FRANCK, María Inés, “La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados”, EDCrim, 22/05/2013, Nro. 13.243; 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”, EDCrim, 23/05/2013, nro. 13.244; DE JESÚS, Ligia M., OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge Andrés, TOZZI, Piero A., “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”, Prudentia Iuris, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164. En el plano jurisprudencial, en lo relacionado con la postura sostenida en este texto, podemos mencionar las siguientes sentencias: a) Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sentencia del 30 de julio de 2014 en la causa n° 110.803, caratulada: “L., E.H. C/ O.S.E.P. p/ acción de amparo p/ apelación s/ INC.”; b) Cámara Federal de Salta, Sentencia en autos “L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/ Amparo”, 8 de julio de 2013; c) Cámara Federal de Salta, “M., I. N. c/ OSDE s/ AMPARO LEY 16.986”, Sentencia del 19/07/2014, Expediente N°: FSA 000135/2014.; d) Voto en disidencia del Dr. Hugo O.H. Llobera, en expte. “C.K.J. y o c/ M.S.A.s/amparo”, Sala 1ra. de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, 12/11/2013.

(12) Entre los autores que recurren a “Artavia Murillo” para el caso de maternidad subrogada puede citarse a LAMM, Eleonora, “Gestión por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia”, La Ley 21/12/2015, 1, AR/DOC/4185/2015.

g) *El derecho a la identidad y el deber de informar el modo de gestación*

Varias de las sentencias consideran parcialmente lo relativo al derecho a la identidad de los niños nacidos por maternidad subrogada. Por ejemplo, en un caso se sostiene que el interés superior del niño y el derecho a la identidad son “argumentos de peso fundamentales a favor del reconocimiento del vínculo filial con los o las comitentes” (Moreno/Julio/2016). En otra sentencia se afirma: “la identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional” (Rosario/Mayo/2016). En otra sentencia se reconoce el problema y se afirma: “ante el hecho consumado, el nacimiento de... y la falta de legislación vigente, considero que es un ‘deber’ del juzgador —en pos de un adecuado y ajustado ejercicio de la magistratura— permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes” (CABA/Junio/2015). También la sentencia CABA/Mayo/2015 da lugar a la maternidad subrogada en razón de la realidad biológica y “su derecho supremo a la identidad”.

Como límite positivo, en todas las sentencias sobre filiación se establece una obligación de comunicar a los niños el modo en que fueron concebidos y gestados (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Mendoza/Diciembre/2015, Mendoza/Julio/2015, CABA/Junio/2015, CABA/Mayo/2015, Rosario/Diciembre/2014). En la sentencia de Rosario/Mayo/2016 se aclara que tal comunicación debe hacerse con “ayuda psicológica”. En otra sentencia se ordena “dar intervención al Ministerio de Salud a fin que por la vía y forma que considere corresponda, disponga las medidas necesarias a fin de garantizar la disponibilidad en el tiempo de los datos de la donante” (CABA/Septiembre/2016). Estas previsiones son un cierto límite a la afectación del derecho a la identidad, pero no se asumen los problemas que plantean estas situaciones y la indisponibilidad de las normas sobre filiación.

En efecto, hay una doble forma de considerar la problemática del derecho a la identidad ante la maternidad subrogada: privilegiando los deseos de los adultos o privilegiando el interés superior del niño. En las sentencias, se privilegia el deseo de los adultos de tener descendencia, y una vez que el mismo ha sido considerado prioritario, se tratan de mitigar los impactos que tiene tal decisión sobre la identidad a través de paliativos como el deber de comunicar los orígenes y la forma en que la persona fue concebida y gestada. En realidad, se soslaya que tal decisión configura un

quiebre a la unidad de los elementos de la identidad de un niño, que es un principio liminar del ordenamiento jurídico en estos tiempos en que irrumpen biotecnologías que disocian la procreación de la sexualidad (13).

¿Cómo se puede sostener que no afecta la identidad de un niño el hecho de que su madre deliberadamente lo gestó, dé a luz y lo entregue a unos requirentes, con la intermediación técnica y económica de una empresa o profesional de la salud? Ciertamente habrá casos en que ello no afectará al niño, y ojalá así sea. Pero lo presumible es que esa conducta, evitable, generará algún tipo de problema o daño. Y ese daño era evitable y prevenible. Ciertamente, la conducta de los que autorizan las técnicas de maternidad subrogada es pasible de reproche por los eventuales daños futuros que sufran los niños que vieron alterados los componentes de su identidad.

*h) El problema de la retribución a la gestante y la explotación de la mujer*

Respecto a la gestante, en todos los casos se afirma que se trata de una persona que no recibió ninguna retribución. Sin embargo, varias sentencias contemplan prestaciones de índole económica, especialmente en lo que concierne a la “obra social” y la alimentación de la gestante. Igualmente, debe recordarse que la aludida “gratuidad” del procedimiento sólo se refiere a la madre gestante, pues siempre intervienen clínicas o profesionales que cobran por esta intermediación técnica en la procreación.

Sobre este punto, son interesantes los interrogantes que plantea Sabrina Berger, en el sentido de si se paga un servicio o un precio por el niño. Esta jurista distingue según la mujer gestante aporte o no su propio óvulo y afirma: “En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso claramente se está retribuyendo financieramente un servicio, el servicio de gestación” (14). Berger se pronuncia en favor de la maternidad subrogada, incluso si hay remuneración del servicio, y, como surge de este escrito, me permito discrepar con el fondo

(13) Ver BASSET, Úrsula C., “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, *La Ley*, 2011-1005. ALVARÉ, Helen M., “The case for Regulating Collaborative Reproduction: A Children’s Rights Perspective”, *Havard Journal of Legislation*, Vol. 40, No. 1, p. 1-63.

(14) BERGER, Sabrina M., “Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución”, *DFyP* 2015 (noviembre), 04/11/2015, 208, AR/DOC/3169/2015.

de su opinión. En todo caso, en ninguno de los fallos que analizamos se presentó una situación expresa de remuneración de la gestante.

Retomando el análisis de los fallos, resulta importante la relación de los requirentes con la gestante para evaluar si la gratuidad del procedimiento es creíble. Los casos estudiados pueden dividirse en tres en este aspecto: en algunos, la gestante tiene parentesco con alguno de los requirentes; en otros, se afirma que se trata de una persona “amiga”; en otros, se trata de personas que se ofrecieron aunque sin conocer mucho a los requirentes.

En las sentencias, la relación de parentesco es asumida como garantía de altruismo y gratuidad. En una de las sentencias se trata “la cuestión de la explotación y cosificación de la persona gestante” aunque se aclara que “en la especie a resolver no se verifica ya que se trata de un caso de acuerdo entre dos hermanas y sus parejas para ayudar a una de ellas —sin capacidad gestacional— a tener un hijo” (Lomas de Zamora/Diciembre/2015). Sin embargo, se soslayan los problemas derivados de los impedimentos matrimoniales y la dramática confusión de los vínculos filiatorios básicos de la persona. El caso más dramático es el de Mendoza, donde la abuela actúa como madre gestante y da a luz a su nieto (Mendoza/Diciembre/2015).

En los casos de amigos de los requirentes, la situación es más confusa y de difícil comprobación. Los fallos no indagan demasiado en torno a cómo se conocieron las partes y tampoco advierten cómo evitar casos fabricados.

En los casos donde no interviene un familiar, los fallos se muestran sencillamente crédulos de las manifestaciones de las partes, resultando casi imposible comprobar si hubo o no una contraprestación económica. Además, en algunos casos no se considera suficientemente la vulnerabilidad de la mujer que se ofrece a gestar por otra. El caso más delicado es el que resuelve el juzgado civil 102 (CABA/Mayo/2015) en el que la gestante es la niñera de un sobrino de uno de los requirentes, que tiene hijos que viven en Perú y que planea regresar allí. Si bien se afirma en el fallo que no hubo retribución y que la madre gestante se allanó a la acción, no se consideró si hubo algún tipo de contrato o convenio, escrito o verbal, y cuáles eran sus cláusulas y si las mismas respetaban la persona y autonomía de la madre gestante. ¿Qué hubiera pasado si la niñera da a luz sin intermediación técnica, entrega en forma directa los hijos a los requirentes y estos se presentan como adoptantes? Seguramente hubiera habido un manifiesto rechazo de la pretensión. Esta hipótesis casi no presenta diferencias con lo acontecido en ese expediente: la única diferencia es que hubo una intermediación técnica y rentada por parte de una clínica en forma previa al embarazo.

En algunos casos, como el de Mendoza/Julio/2015, se hacen consideraciones sobre la explotación de la mujer gestante ante el problema de la “falta de regulación” o ante la prohibición. Ello excede las situaciones que corresponde resolver judicialmente y revela que los jueces están actuando como si fueran legisladores. Más bien cabría objetar a los jueces que sus fallos legitimando la maternidad subrogada abren camino para que esta práctica de objeto ilícito se instale en Argentina, con las consecuencias de explotación de mujeres. Aquí se conectan el argumento relativo a la no prohibición de la maternidad subrogada con la idea de que la regulación es la mejor respuesta ante los “hechos consumados” de que ocurran estas gestaciones. Creemos que la prohibición es la única respuesta que soluciona todos los problemas que acarrea este contrato.

*i) Los consentimientos y la información brindada*

Como queda en evidencia luego de la lectura de las sentencias, en la maternidad subrogada hay distintos tipos de consentimientos: el de los requirentes, el de la gestante, el de los dadores de gametos. Incluso se menciona que se consultó a los familiares de la gestante, aunque no se utiliza la expresión “consentimiento” para expresar su acuerdo.

En cuanto al consentimiento de los intervinientes entendemos que los magistrados actuantes han soslayado algunas preguntas: ¿qué informaron las clínicas o profesionales respecto a la regulación legal de la filiación que surgiría de la realización de estos actos? ¿Se les informó a los requirentes lo que disponen las normas sobre maternidad, ya sea en el anterior Código Civil o el CCC? ¿Cuál camino judicial se aconsejó para lograr la filiación? ¿Se avisó sobre el riesgo de que no resulten las acciones judiciales sugeridas? ¿Se comprometió un resultado en materia de filiación en sede judicial? Con todas estas dudas, ¿existió un consentimiento realmente informado de las partes?

En el mismo sentido, cuando se habla de que la gestante prestó “consentimiento informado” nos preguntamos: ¿cuál era el contenido de la información que se le brindó respecto a la filiación del futuro hijo? ¿Se le aseguró que no sería la madre? ¿Se le prometió un resultado jurídico? ¿Se le explicaron las disposiciones del CCC en materia de determinación de la maternidad?

En una de las sentencias se solicita “a los involucrados en las presentes actuaciones, es decir a los actores y a la Sra...., una nueva mirada a las hijas de esta última, y en su caso, de que puedan contar con apoyo profesional, dado que no sabemos cómo han repercutido las circunstancias de ver a su madre embarazada y no tener luego a un hermanito, ni qué información

le fue suministrada a ...., sucesos estos, que dejan en el ánimo del suscripto una considerable inquietud” (CABA/Junio/2015).

Creemos que las sentencias no profundizan en el contenido del consentimiento otorgado por los requirentes o la gestante. Ese contenido condiciona la validez del acto voluntario de consentimiento.

*j) La nulidad de los contratos*

Uno de los argumentos más fuertes en contra de la validez de la maternidad subrogada es que se trata de contratos afectados por nulidad absoluta (art. 386 CCC), en razón del objeto contrario a la moral y las buenas costumbres, contrario a las disposiciones de orden público sobre filiación y lesivo de la dignidad de las personas del niño y de la gestante (art. 279 CCC).

Sin embargo, el tema aparece tratado en uno solo de los fallos (Mendoza/Julio/2015). La nulidad fue solicitada por la Asesora de Menores e Incapaces con fundamento en los arts. 953 y 1047 del Código Civil (ley 340). La sentencia considera que en el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes lo que la mujer gestante ofrece es su “capacidad gestacional” y considera que no hay disposición del propio cuerpo, “sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano” (Mendoza/Julio/2015). Sin embargo, se declara una nulidad parcial de las cláusulas por las cuales la mujer gestante se obliga a realizar o a asumir determinadas conductas con fundamento en los artículos 953 y 531 del CC —ley 340—. También se declara la nulidad de las cláusulas sobre la “filiación del niño” y el apartado referido a los derechos sucesorios de la gestante. Igualmente, la cláusula que impone a la mujer gestante la obligación de no interrumpir el embarazo (Mendoza/Julio/2015). A estas cláusulas se las declara nulas, de nulidad absoluta. Discrepamos con la solución parcial del juzgado y entendemos que todo el contrato tendría que haber sido declarado nulo.

El hecho de que sólo una sentencia haya considerado el problema de la nulidad del contrato es de particular gravedad y revela las omisiones de los jueces al momento de indagar sobre los contratos que tenían delante (15). Recordemos que la nulidad absoluta puede ser declarada por los jueces de oficio (art. 387 CCC).

(15) Sobre el tema de los contratos de procreación asistida, ver el trabajo de BORDA, Alejandro, “Los contratos en la procreación asistida”, en A.A.V.V., “Derecho moderno. Librería Amicorum Marcos M. Córdoba”, Buenos Aires, Editorial RubinzalCulzoni, 2013.

Las preguntas que subyacen al planteo de la nulidad son muy elementales: ¿cuál es el objeto de estos contratos? ¿Gestar o entregar el niño? ¿Había posibilidad de arrepentimiento de la gestante? ¿Se disponen normas sobre filiación y derechos sucesorios? ¿Hubo alguna previsión para el caso de muerte de la gestante, de los requirentes o de la niña? ¿Hubo algún compromiso de revisión periódica o ecografías u otros exámenes por parte de la madre gestante? ¿Hubo alguna limitación a la libertad ambulatoria de la madre gestante? Nuevamente, interrogantes que las sentencias no responden.

*k) La política de "hechos consumados"*

Otra de las características más notables de los casos estudiados es que los jueces enfrentan situaciones de "hechos consumados". En efecto, en 7 de los 10 casos, los contratos de maternidad subrogada, la concepción de los embriones, su transferencia y su nacimiento ya se habían producido. En un caso (Lomas de Zamora/Diciembre/2015), el fallo es anterior al parto, pero se dicta durante la gestación, de modo que el nacimiento era inminente. Esa anticipación evitó el problema de tener que determinar la maternidad por el parto. Sólo en dos casos (Bariloche/Diciembre/2015 y Rosario/Diciembre/2014) se trató de acciones ordenadas a obtener una autorización judicial previa a la transferencia de los embriones a la gestante. Sin embargo, en ambos casos la acción judicial aparece condicionada por el hecho de ya existir embriones congelados propios de los requirentes de las técnicas. Ello resulta una cierta forma de presión sobre los jueces, en tanto a la pretensión de los requirentes para lograr el nacimiento de un hijo, se suma la problemática del destino de los embriones congelados y los dilemas que surgen por ese hecho, máxime sabiendo que son personas y que también tienen derecho a la vida.

Como hemos visto al analizar el problema del "consentimiento", los centros de fertilidad y profesionales intervinientes involucran a personas concretas en un tratamiento que no fue incluido en el CCC y para el que específicamente se dispone que la maternidad quedará determinada por el parto (art. 562 CCC). Es decir, comprometen "resultados" en materia de filiación que son inciertos y en los que la legislación dispone otra cosa. Ello es reconocido en la misma sentencia de Lomas de Zamora/Diciembre/2015 en tanto se quiere evitar la "incertidumbre" de la niña por nacer respecto a su identidad. O en el fallo donde se sostiene: "sin dudas que en temas como el que nos ocupa, existen numerosos interrogantes que sólo podrán ser respondidos con el transcurso del tiempo, así como imponderables que, como tales, no pueden ser sopesados en esta sentencia" (Bariloche/Diciembre/2015). En realidad, las incertidumbres e imponderables sí pueden ser previstas y deberían tratar de

ser evitadas cuando se trata de algo tan delicado y vital como los vínculos filiatorios de una persona.

Comprendemos los dilemas que supone para un juez enfrentar el hecho consumado de un niño nacido de una mujer que ya lo entregó a los requirentes y que no quiere ser madre (16). Es una situación excepcional en la que, en violación a las normas y principios jurídicos, se rompe la continuidad entre los elementos de la identidad de un niño (Basset). Buscar lo mejor para el niño, resguardar su interés superior puede ser muy complejo y hay que tener en cuenta muchas circunstancias ante los hechos consumados.

Pero nos permitimos formular dos fuertes discrepancias con el camino elegido en las sentencias que comentamos.

Por un lado, se deben buscar respuestas jurídicas que queden acotadas al caso concreto y con enfoques que no desdibujen los contornos de la filiación y en los que se disponga una pronta solución a problemas de registro y nacionalidad, y se arbitren medidas de control jurisdiccional en forma análoga a la adopción. Como afirma Basset: "la dinámica del derecho filiatorio consiste en que en todos los casos la función del derecho es comprobar una filiación, no tiene potestad de crearla. Porque la filiación no es algo del legislador o del juez, es algo de los hijos y de los padres, una relación recíproca preexistente que el derecho declara" (17).

En segundo lugar, entendemos que los jueces, por el principio de oficiosidad (art. 709 CCC) y por su deber de intervenir cuando están en riesgos los derechos de los niños (ley 26.061), debieron haber indagado más en estas formas de proceder de los centros de fertilidad y los profesionales, para evitar que se siga obran con temeridad y hechos consumados. Es decir, al tomar conocimiento del hecho, se debería haber llamado la atención a los intermediarios técnicos para que, en lo futuro, se abstengan de obrar de esta manera. Y en este punto vale traer a colación la opinión de Ales Uría, quien llama la atención sobre los casos resueltos por la jurisprudencia en Argentina en que el interés del menor

(16) Creemos que, como principio, sigue teniendo validez la opinión de Jorge Perrino, quien siguiendo a Mazzinghi, sostenía: "Frente al hecho consumado, la solución ha de ser la de reconocer la maternidad de quien lo ha portado en su seno durante todo el tiempo de la gestación, toda vez que su relación, además de fisiológica u orgánica, también comprende la de carácter espiritual". PERRINO, Jorge Oscar, "Derecho de Familia". Tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 2ª. edición, p. 2515.

(17) BASSET, Úrsula, "Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?", La Ley 02/05/2016, 6, AR/DOC/1311/2016.

no es considerado previamente ni sus potenciales derechos son objeto de salvaguarda (18).

#### 1) Otras cuestiones

Habría muchas cuestiones jurídicas para analizar en las sentencias que estamos comentando. En este último apartado queremos referirnos a algunas de ellas y que no han tenido una mención aislada.

En el caso de Lomas de Zamora/Diciembre/2015, la jueza interviniente ordena conceder licencia por maternidad a la madre que tuvo la voluntad procreacional para el cuidado de su hija.

En dos de las sentencias se resuelve fijar que el ejercicio de la patria potestad sea retroactivo a la fecha de la concepción (Mendoza/Julio/2015, CABA/Junio/2015).

En general, las sentencias soslayan el problema del derecho a la vida de los embriones "sobrantes". En varios casos se menciona que se conciben más embriones de los que son transferidos. En las sentencias no existe información respecto al destino de los otros embriones concebidos por las técnicas en el marco de la maternidad subrogada y no se dispusieron medidas de protección de la vida de esos embriones.

#### IV. Conclusión

Recapitulando el análisis nos encontramos con algunas características de las sentencias en materia de maternidad subrogada:

En casi todos los casos se trata de situaciones en las que se presentan problemas de fertilidad que imposibilitan el embarazo.

En 8 de los 10 casos la mujer requirente utiliza sus propios óvulos. En todos los casos, los gametos masculinos son provistos por el varón requirente (uno de los casos es una unión de dos varones y uno de ellos provee los gametos).

En ninguno de los casos la gestante utiliza sus propios óvulos para la concepción de los embriones que luego le son transferidos. En ninguno de los casos la gestante percibe retribución, al menos como una remuneración por pago de servicios. Sin embargo, en varios de los casos se contemplan compensaciones económicas vinculadas con la obra social y alimentos para la gestante. En tres casos la gestante es familiar de los

(18) ALES URÍA, Mercedes, "Maternidad por acuerdo de partes, ¿legalidad o equidad?" RCCyC 2016 (junio), 06/06/2016, 59, AR/DOC/1593/2016.

requirentes (madre, hermana, cuñada). Los hijos de la gestante, en caso que existan, suelen ser consultados, al igual que el marido o pareja.

En todos los casos los jueces enfrentan hechos consumados, ya sea porque los niños ya han nacido o la gestante ya cursa el embarazo, o bien existen embriones congelados de los requirentes que aguardan su transferencia a la gestante.

En todos los casos se legitiman las prácticas de maternidad subrogada, sin ninguna valoración crítica de lo sucedido o indagación de mayores elementos para ejercer un control jurisdiccional que vele por los derechos de los niños y las personas implicadas.

En todos los casos se dispone que los requirentes informen al niño su origen en cuanto a la concepción y gestación.

El fundamento más usual para legitimar la maternidad subrogada es la voluntad procreacional, en un uso extensivo del concepto más allá de las claras disposiciones del art. 562 CCC.

Encontramos distintas estrategias jurídicas para legitimar lo ocurrido: varios casos consisten en autorizaciones previas al nacimiento, disponiendo cómo se hará la inscripción. En estos casos los jueces "crean" una regla de filiación que se aparta de la norma legal aprobada por el Congreso (arts. 242 CC y 562 CCC). En otros casos, hay una inscripción de la persona nacida siguiendo la regla de que la maternidad sigue al parto y la acción se ordena a impugnar la maternidad y emplazar como madre a la requirente, con fundamento tanto en la verdad genética (en los casos que ella aportó los óvulos), como en su voluntad procreacional.

En un solo caso se declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC y ello ha recibido importantes críticas por carecer de una base normativa sólida.

En la mayoría de los casos se afirma que la maternidad subrogada no está prohibida, y se soslayan los argumentos que refieren a la nulidad de estos actos por su objeto contrario a la dignidad de la persona humana (art. 279 CCC), como así también a las normas que sancionan la privación de los elementos de identidad de las personas.

Se ha invocado el derecho a la identidad de los niños para legitimar la maternidad subrogada ya ocurrida, en una consideración *a posteriori* de la situación y soslayando los problemas insalvables que se crean cuando se disocian los elementos que hacen a la identidad de los niños. Se ha omitido esa consideración previa del derecho a la identidad como resguardo y límite a este tipo de aplicaciones biotecnológicas.

Advertimos que se recurre en la mayoría de las sentencias a invocar el caso "Artavia Murillo" de la CIDH en lo que entendemos es una impropia extrapolación de esa sentencia, pues la misma tiene supuestos fácticos muy acotados y la CIDH deliberadamente excluyó las temáticas más complejas de la FIV y definitivamente no tuvo en consideración la cuestión de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada no es inevitable. Ciertamente los jueces enfrentan dilemas al intervenir en el caso concreto y ante los hechos consumados para buscar el mejor interés del niño. Pero tienen un deber de evitar que sus decisiones sean legitimantes de procedimientos que disocian la identidad de los niños y que subordinan ese interés a los deseos de los adultos. También tienen que evitar las decisiones que van abriendo camino a estas prácticas que cosifican a la mujer y al niño. Su deber además es intervenir para impulsar acciones de prevención y sanciones para las clínicas y profesionales que actúan fuera de todo marco regulatorio profesional desplegando una técnica cuestionada, que fue dejada de lado por el legislador y que contraviene normas civiles y penales.

Constatamos que la maternidad subrogada es otro paso más en el proceso de expansión de una mentalidad tecno-científica aplicada a la procreación humana y que disocia los elementos identitarios de una persona, en especial el único e irrepetible vínculo que se produce entre el niño por nacer y su madre en la gestación. Ello no puede hacerse sin graves daños y consecuencias sociales. Esperamos que los jueces reviertan estas sentencias que conforman una situación de injusticia y adopten las medidas más conducentes al bien de los niños y la vulnerabilidad de las mujeres. ♦

## ALCANCES DE LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR ANALÍA G. PASTORE

Sumario: I. Exordio.- II. Cuestiones previas.- III. Antecedentes normativos de la presunción de filiación matrimonial.- IV. La presunción de filiación matrimonial en el Código Civil y Comercial.- V. Cambio de paradigma en el derecho filial.- VI. Epílogo.

### I. Exordio

Este trabajo se propone analizar los alcances de la presunción de filiación matrimonial regulada en la norma del art. 566 del Código Civil y Comercial (1). Resulta pertinente aclarar que este artículo encabeza el Capítulo 4 sobre Determinación de la filiación matrimonial del Título V (Filiación) en el Libro Segundo (Relaciones de Familia).

Para lograr el cometido propuesto en una primera parte se tratarán dos cuestiones que se consideran previas buscando clarificar las nociones de presunción y ficción jurídicas.

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

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

En la segunda parte se hará una revisión de la evolución normativa que ha tenido la presunción de filiación matrimonial desde su regulación en el Código Civil, pasando por las reformas introducidas por las leyes 23.264 y 26.618 y el decreto 1006/2012.

La tercera parte se abocará al estudio de la norma del art. 566 del Código Civil y Comercial, y para ello principiará por contextualizar el marco regulatorio filial en un modelo dualista para luego excluir la aplicación de la norma del ámbito de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y seguidamente delimitar sus alcances en la filiación por naturaleza. Entonces, luego de plantear el cuadro de situación en el terreno de la filiación por naturaleza, se analizará la extensión de la presunción a los matrimonios conformados por personas del mismo sexo de donde se derivará la necesidad de desdoblarse la norma diferenciando la presunción de paternidad matrimonial de la ficción de comaternidad matrimonial, para finalmente confrontar la ficción legal con los principios constitucionales y convencionales que, según se afirma en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, "impactan de manera directa en el derecho filial" (2). Siguiendo la enunciación de los Fundamentos, se considerarán los principios de igualdad de todos los hijos, verdad biológica e identidad, facilidad y celeridad en la determinación de la filiación e interés superior del menor, testeando su operatividad frente a la ficción de comaternidad matrimonial.

El cuarto apartado abordará el cambio de paradigma en el derecho filial apuntando la incidencia decisiva que en el proceso ejercieron las TRHA heterólogas y los matrimonios conformados por personas del mismo sexo, para luego mostrar una breve reseña de la evolución estadounidense en la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial.

Por último, las conclusiones de *lege lata* y de *lege ferenda*.

## II. Cuestiones previas

### A) Presunciones

#### 1) Concepto

La concepción con mayor arraigo en la doctrina jurídica continental sostiene que las presunciones son razonamientos del legislador o del juez en los que se parte de un hecho conocido para determinar la existencia de un hecho ignorado. Esta inferencia es posible gracias a la existencia de un vínculo entre el hecho conocido y el hecho desconocido que los juristas

(2) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 75.

asocian con la noción de "máximas de la experiencia". Un claro antecedente de esta corriente se encuentra en la definición de presunción del Código Civil francés, cuyo artículo 1349 establece que "*Las presunciones son las consecuencias que la ley o el magistrado extrae de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido*" (3).

En esta línea conceptual se han diferenciado tres grupos doctrinarios: a) aquellos que consideran que las presunciones son el resultado de un proceso lógico inductivo que lleva a afirmar la existencia de un hecho desconocido a partir de otro conocido, fundado en el modo normal u ordinario de ocurrir los acontecimientos naturales o del hombre, pero sin denotar su relevancia jurídica (4); b) quienes además de referir al sentido lógico de la presunción, discriminan su calidad en base a la fuente (legislador o juez) (5) y c) aquellos que luego de describirlas por su contenido, destacan la naturaleza de las normas que las contienen e indican como rasgo consustancial la admisión de prueba en contrario (6) (7).

En el ámbito nacional han sido definidas como consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar otro desconocido de conformidad con la experiencia dada por el orden normal de las cosas (8), al tiempo que se las ha calificado como pruebas de razonamiento advirtiendo sobre la cautela y prudencia necesarias en su admisión y valoración (9).

## 2) Clasificación

Las presunciones se clasifican en función del sujeto que establece el enlace entre el hecho base conocido y el hecho presumido desconocido

(3) GAMA LEYVA, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

(4) CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 441, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, "Las Presunciones en el Derecho Civil", *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

(5) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. II, Buenos Aires: Héctor P. de Zarodía Editor, p. 694, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, "Las Presunciones en el Derecho Civil", *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

(6) DIEZ PICAZO, Luis, "Estudios de Derecho Privado", *Revista de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 1962, p. 210, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, "Las Presunciones en el Derecho Civil", *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

(7) ZAVALA TOYA, Salvador, "Las Presunciones en el Derecho Civil", *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

(8) PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Novena edición actualizada, 1992, p. 567.

(9) PAYÁ, Fernando H., "La Prueba en el Proceso Civil", Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 88.

distinguiéndose las legales —cuando es obra del legislador (10)—, de las judiciales o simples —si, en cambio, el juicio lógico es realizado por el juez tomando como base el indicio probado (11)—. Las primeras pueden ser *iuris tantum* o *iuris et de iure*, según que admitan o no prueba en contrario, también conocidas como presunciones relativas o absolutas (12). Las segundas se encuentran libradas al criterio del juez cuyas conclusiones no se hallan sujetas a reglas preestablecidas sino que deben ser fijadas de acuerdo con los principios de la sana crítica (13). Las presunciones legales relativas permiten aniquilar la atribución o inferencia presuntiva demostrando la inexistencia del hecho presumido (14).

También se ha postulado la categorización de las presunciones en legales y judiciales proyectando la distinción a nivel conceptual. En este sentido, se ha sostenido que la idea de razonamiento que infiere a partir de la prueba de un hecho la existencia de otro desconocido sería propia de las presunciones simples pero no de las legales que, en cambio, se constituirían como verdaderas reglas jurídicas que dispensan la necesidad de acreditar un hecho trasladando al oponente la carga de la prueba (15). El meollo de la cuestión radicaría en determinar si en cada supuesto, legal o judicial, el sujeto realiza la misma operación intelectual.

Esta posición ha sido receptada en la doctrina nacional afirmando que las presunciones legales no constituyen medios de prueba sino que son reglas jurídicas sustanciales que gravitan en el proceso sobre la carga de la prueba, sea por inversión o exención de tal actividad (16).

### 3) Elementos constitutivos

Existe coincidencia entre quienes comparten la noción general esbozada en indicar tres elementos constitutivos: a) un hecho antecedente base,

(10) GAMA LEYVA, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

(11) PAYÁ, Fernando H., "La Prueba en el Proceso Civil", Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, pp. 88-89.

(12) COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires: Ediciones Depalma, Tercera edición (póstuma), 1990, p. 226.

(13) PALACIO, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", T. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Novena edición actualizada, 1992, pp. 567-568.

(14) FEDE, Claudio H. y LANZAVECHIA, Gabriel E., "Presunciones de paternidad en el nuevo Código Civil y Comercial argentino", 31/05/2016, Ed. Microjuris.com Argentina, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/05/31/presunciones-de-paternidad-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-argentino/>.

(15) GAMA LEYVA, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

(16) PALACIO, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Novena edición actualizada, 1992, pp. 568-569.

conocido, cierto y probado, que es el punto de partida del razonamiento presuntivo; b) un hecho desconocido, presumido, que representa el punto final de la operación intelectual, y c) un razonamiento lógico, causalidad o enlace que vincula el hecho conocido con el desconocido posibilitando inferir éste de aquél con sustento en máximas de la experiencia (17).

Como puede advertirse, el enlace es un componente fundamental, debe ser cierto y directo, acorde con el orden natural de las cosas (18) y, dado que la realidad humana es contingente en sus realizaciones singulares y concretas, la inferencia presuntiva debe tener un mayor grado de probabilidad que las demás que pudieran derivarse del mismo punto de partida (19).

### B) Ficciones

#### 1) Concepto

Las ficciones legales han sido conceptualizadas como declaraciones propuestas a sabiendas de su falsedad, a las que se les reconoce cierta utilidad en tanto amplían o reducen el ámbito de aplicación de una norma legal preservando la estructura formal de la regla original y el sentido de sus términos. La alteración del rango de aplicación de la norma supone que el hecho antecedente de la norma principal no es equivalente al hecho que motiva la existencia de la ficción (20).

A diferencia de las mentiras, no se constituyen con la intención de engañar (21), si bien fueron también concebidas como "mentiras blancas" (22) (23).

(17) Cfr. COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires: Ediciones Depalma, Tercera edición (póstuma), 1990, pp. 227-228; PAYÁ, Fernando H., *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, pp. 88-89, y GAMA LEYVA, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

(18) CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. III, Madrid: S/Ed., 2da. ed., 1948, p. 260, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, "Las Presunciones en el Derecho Civil", *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

(19) GAMA LEYVA, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

(20) CAMPBELL, Keneth, "Fuller on Legal Fictions", *Law and Philosophy*, 1983, Vol. 2, Nro. 3, pp. 339-370.

(21) FULLER, Lon, "The Morality of Law", Stanford University Press, 1967, citado en CAMPBELL, Keneth, "Fuller on Legal Fictions", *Law and Philosophy*, 1983, Vol. 2, Nro. 3, pp. 339-370.

(22) IHERING, Rudolph v., "Law as a Means to an End." (trad. de I. Husic), Boston: Book Co., 1994, citado en RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, "Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites", *Revista Temática de Filosofía del Derecho*, 2014, Nro. 17, pp. 111-138.

(23) ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial", T. 11, Buenos Aires: Ediar, 2da. ed., 1961, p. 685, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, "Las Presunciones en

Así, se ha dicho que "la ficción jurídica existe siempre que la norma trate algo real ya como distinto siendo igual, ya como inexistente habiendo sucedido, ya como sucedido siendo inexistente, aun con conciencia de que naturalmente no es así" (24).

También se ha definido como "la suposición legal de que algo es verdadero cuando no lo es o podría no serlo" (25), por eso se ha afirmado que mediante la ficción legal "algo que se sabe ser falso o irreal se reputa verdadero" (26).

Con referencia al derecho romano, pero considerando también la ficción del derecho inglés, se ha señalado que su "finalidad consiste en eliminar las dificultades inherentes a la adopción y aplicación de nuevas reglas jurídicas más o menos incisivas", de modo que se "deja intacta la doctrina tradicional en su antigua forma, sin disminuir no obstante en la práctica la plena eficacia de la forma nueva", y desde este ángulo "no es más que la solución científicamente imperfecta a un problema, y merece, como el acto aparente, ser llamada una falsedad técnica consagrada por la necesidad" (27).

Un autor que fue referente y consagrado en la materia ha precisado que la ficción legal es una suposición que oculta, o pretende ocultar, el hecho de que una regla jurídica ha sufrido alteración, agregando que "satisfacen el deseo de mejoramiento, que no falta por completo, al mismo tiempo que no ofenden el supersticioso disgusto por el cambio, que está siempre presente", considerando que en "etapas determinadas del progreso social han sido expedientes valiosos para superar la rigidez del derecho" y que "vilipendiarlas como si constituyeran un mero fraude es exhibir ignorancia acerca de su función peculiar en el desarrollo histórico del derecho" (28).

el Derecho Civil", *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

(24) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1961.

(25) MILLER, Sidney T., "The Reasons for Some Legal Fictions", *Michigan Law Review*, 1910 (June), Vol. 8, Nro. 8, pp. 623-636.

(26) BATIZA, Rodolfo, "Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

(27) IHERING, Rudolph V., "El Espíritu del Derecho Romano", T. I, Madrid: Ed. C. Bailly-Bailliere, 1891, p. 355, citado en BATIZA, Rodolfo, "Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

(28) MAINE, Sir Henry Sumner, *Ancient Law*, Oxford University Press, 1954, pp. 20 y ss., citado en BATIZA, Rodolfo, "Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

Tanto en el derecho romano como en el inglés fueron desapareciendo lentamente, a medida que no se sintió más su necesidad, hasta que Justiniano "se indigna de que la Antigüedad haya recurrido a tales procedimientos, y los extirpa radicalmente" en el primer caso (29).

En el derecho inglés se ha destacado que las ficciones jurídicas pueden entenderse al menos en dos sentidos: a) como ficciones legales y b) como entidades ficticias presentes en la elaboración de la ciencia jurídica. En el primer caso, estuvieron principalmente referidas a las ficciones judiciales declaradas "falsedades intencionadas" que iban en contra de la deseable claridad de la ley, afirmando que la ficción es "un hecho notoriamente falso sobre el cual se razona como si fuera verdadero" (30).

En definitiva, las ficciones son mecanismos de técnica jurídica a través de los cuales el legislador consigue determinados objetivos como situar a una persona, cosa o hecho en una categoría conscientemente inexacta con el propósito de derivar de ello las consecuencias jurídicas atribuibles a esa categoría (31).

## 2) Naturaleza jurídica, clasificación y reglas

Se trata de una norma imperativa de derecho material que se introduce calificando jurídicamente determinados hechos y creando una "realidad" jurídica separada de la fáctica.

Se distinguen tres clases de ficciones: a) positivas, cuando se supone un hecho inexistente, b) negativas, cuando es ignorado un hecho existente, y c) de relación, cuando el acto de una persona es asumido como de otra, o un acto realizado en un lugar y tiempo determinado es tomado como si hubiera ocurrido en otro lugar o momento, o un acto relacionado con una cosa es considerado en relación a otra (32).

Por su parte, se han indicado tres reglas que rigen las ficciones legales: a) lo que es imposible no será fingido, b) ninguna ficción será permitida

(29) IHERING, Rudolph V., "El Espíritu del Derecho Romano", T. I, Madrid: Ed. C. Bailly-Bailliere, 1891, p. 300, citado en BATIZA, Rodolfo, "Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

(30) BENTHAM, Jeremy, "Tratados de Legislación Civil y Penal", Madrid: Ed. Nacional, 1981, p. 83, citado en MORESO MATEOS, José Juan, "Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis", *Doxa*, 1986, Vol. 3, pp. 129-139.

(31) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Carmela, "Las presunciones y ficciones en el Derecho Tributario peruano", *THEMIS: Revista de Derecho*, 1987, Nro. 8, pp. 29-30.

(32) Cfr. MILLER, Sidney T., "The Reasons for Some Legal Fictions", *Michigan Law Review*, 1910 (June), Vol. 8, Nro. 8, pp. 623-636.

para provocar daño y c) no puede extenderse más allá de las razones por las que fue creada (33).

Asimismo, se ha manifestado que se vulneran los derechos humanos fundamentales cuando se consagran ficciones con apariencia de legalidad que consagran un hecho o resultado injusto aunque la norma legal lo autorice (34).

### III. Antecedentes normativos de la presunción de filiación matrimonial

#### A) Código Civil

Originalmente se hallaba regulada por el juego del art. 240 y ss. del Código Civil como presunción de paternidad matrimonial en términos que distaban sustancialmente de la normativa vigente.

Se presumían concebidos durante el matrimonio los hijos nacidos después de los ciento ochenta días de su celebración y hasta los trescientos días posteriores al fallecimiento del marido o la anulación del matrimonio (art. 240), sin admitir prueba en contrario (art. 244).

Concomitantemente, se presumía que los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tenían por padre al marido (art. 245), considerándose legítimos a los hijos nacidos luego de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, salvo que se probase la imposibilidad del marido de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que habían precedido al nacimiento (art. 246).

El marido, a quien mientras viviera se le atribuía legitimación exclusiva para reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio (art. 256), contaba con tan sólo sesenta días desde que había tenido conocimiento del parto (art. 254) para desconocerlo con fundamento excluyente en el adulterio de la mujer si el nacimiento le había sido ocultado, en cuyo caso se encontraba facultado para demostrar los hechos que justificaran el reclamo (art. 252), careciendo de valor probatorio cualquier declaración o confesión de la madre negando la paternidad del marido (art. 255).

(33) Cfr. MILLER, Sidney T., "The Reasons for Some Legal Fictions", *Michigan Law Review*, 1910 (June), Vol. 8, Nro. 8, pp. 623-636.

(34) STJ Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, "Páez, A. E. c/ Cooperativa de Viviendas lro. de Mayo Limitada s/ pedido de quiebra - Incidente de Nulidad", 02/05/2003, *El Derecho*, 2009, T. 232, pp. 352 y ss.

Por su parte, cuando el hijo había nacido pasados trescientos días de la separación de hecho, el marido podía negar su paternidad salvo que se probara que había mediado reconciliación privada de los esposos (art. 250).

La presunción de paternidad matrimonial se hallaba ligada al hecho probabilístico de que el hijo hubiera sido concebido por los cónyuges durante el matrimonio, circunstancia que se determinaba en relación a la presunción *iure et de iure* sobre los términos mínimo y máximo del embarazo (arts. 76 y 77) (35), y se infería de los deberes conyugales de fidelidad y cohabitación (36).

#### B) La reforma introducida por la ley 23.264

La ley 23.264 (37) sustituyó el Título 2 del Código Civil velleciano instaurando, en lo que aquí concierne, un sistema de presunciones *iuris tantum* que alcanzaba a los hijos nacidos desde la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio (38) o separación de hecho de los esposos (arts. 243 y 244), con su correlato en la regulación de acciones filiatorias de desplazamiento de la paternidad matrimonial (arts. 258 a 260), previendo plazos de caducidad ampliados (arts. 258 a 260) además de incorporar la legitimación activa del hijo en todo momento para impugnar la paternidad matrimonial (art. 259).

Asimismo, contempló la posibilidad de inscribir una filiación matrimonial cuando, producido el nacimiento del hijo fuera de los plazos previstos para tornar operativa la presunción legal, concurriera el consentimiento de ambos cónyuges (art. 245), al tiempo que estableció que la presunción sobre los tiempos mínimo (ciento ochenta días) y máximo (trescientos días) del embarazo admitía prueba en contrario (art. 77).

Si bien la presunción se estructuró sobre el hecho del nacimiento ocurrido durante el matrimonio comprendiendo la posibilidad de que el hijo hubiera sido concebido mediante relaciones prematrimoniales entre los futuros esposos, la concepción en el matrimonio se mantuvo relevante

(35) Código Civil en su redacción original, art. 76: "La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo". Art. 77: "El máximo de tiempo de embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario".

(36) Cfr. arts. 184, 185 y 188 del Código Civil en su texto original. Tales normas fueron reproducidas en los arts. 50, 51 y 53 de la ley 2.393 de Matrimonio Civil (1889).

(37) B.O. 23/10/1985.

(38) La reforma de la ley 23.515 (B.O. 12/06/1987) sustituyó el término "divorcio" por "separación personal".

cuando el nacimiento traspasaba los límites de la unión conyugal, aunque dentro de los márgenes marcados por la duración máxima del embarazo.

En este último caso, la cohabitación de los esposos durante la época de la concepción unida a la exclusividad sexual se erigía en el sustrato de la suposición de nexo biológico entre el marido de la madre y el hijo (39). Se advierte entonces que la presunción legal no se halaba fundada en la existencia misma del matrimonio sino en las elevadas probabilidades de que el niño fuera hijo biológico del marido de la madre ya sea porque habían contraído matrimonio luego de concebirlo o porque había sido concebido durante el matrimonio (40).

De tal modo, la atribución del hijo de la mujer casada a su marido no constituía “una ficción sustentada en la existencia del vínculo jurídico matrimonial con independencia de la realidad biológica”, sino que se trataba de una suposición legal razonable en virtud de la cohabitación, la exclusividad del trato sexual de los esposos y la fidelidad, circunstancias que en su conjunto llevaban a considerar que el hijo de la mujer era fruto de la unión sexual entre los esposos. Esto aparecía confirmado por el hecho de que la presunción cesaba transcurridos trescientos días del cese de la cohabitación conyugal, aunque subsistiera el vínculo matrimonial, y se extendía cuando el nacimiento ocurría pasados trescientos días de la disolución o anulación matrimonial —esto es, más allá de la existencia del vínculo conyugal— en virtud del plazo máximo que la ley presumía para la gestación (41).

Y, precisamente, por residir su fundamento en la existencia probable de nexo genético se preveía que la presunción de paternidad matrimonial que violara la verdad biológica podía ser destruida legalmente para abrir cauce al reconocimiento por el verdadero padre (art. 250, último párrafo, C.C.) (42).

(39) BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, “Dos cuestiones relativas al reconocimiento del hijo y la presunción de paternidad”, *La Ley*, 1986-D, p. 1085 y ss.

(40) En contraposición, se ha sostenido que sería el matrimonio y no el vínculo biológico el que confiere el estado de padre asumiendo que la presunción legal de paternidad matrimonial tendría en miras la protección de la unidad familiar matrimonial por encima de los intereses individuales de sus miembros. KOLINSKY, Heather, “The Ties that Bind: Reevaluating the Role of Legal Presumptions of Paternity”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2014 (Fall), Vol. 48, pp. 223-276.

(41) Cfr. GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, p. 20 y ss.

(42) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “De nuevo sobre la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial”, *El Derecho*, 1998, T. 177, p. 71 y ss.

Desde entonces ya se prevenía en la doctrina nacional la necesidad de tener bien claro el hecho que nutría las presunciones legales de paternidad matrimonial para que no cayeran peligrosamente en el terreno de las ficciones (43), destacando que el sustento de la presunción se encontraba en la operatividad de los deberes conyugales de fidelidad y cohabitación (cfr. arts. 198 y 199 C.C.) (44), de los que se infería la probabilidad de nexo biológico que fundaba el emplazamiento filial.

### C) La reforma de la ley 26.618 y el decreto 1006/2012

Con la reforma introducida al Código Civil por la ley 26.618 (45), que excluyó la diversidad sexual de los contrayentes como requisito esencial del matrimonio, la norma del art. 243 fue sometida a una reinterpretación forzada buscando contener a los matrimonios entre dos mujeres bajo el ala de la presunción de paternidad matrimonial.

Ello derivó, por un lado, de la nueva redacción dada al art. 172, que en su segundo párrafo disponía la igualdad de efectos del matrimonio, con independencia de que los contrayentes fueran del mismo o diferente sexo, y por el otro, de la denominada “cláusula complementaria de aplicación” contenida en el art. 42 de la ley (46). Esta norma establecía que todas las referencias a la institución del matrimonio contenidas en nuestro ordenamiento jurídico se entenderían aplicables a los matrimonios constituidos por dos personas de igual o diverso sexo; que los integrantes de las familias originadas en ambos matrimonios tendrían los mismos derechos y obligaciones, y que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podría ser interpretada ni aplicada de modo que limitara, restringiera, excluyera o suprimiera el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones a los matrimonios constituidos por personas de igual o diverso sexo.

Dos años después de la reforma se consideró la situación de los niños nacidos antes de la entrada en vigencia de la ley 26.618, cuyas madres habían contraído matrimonio con otra mujer y no tenían filiación paterna

(43) BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, “Régimen legal de filiación y patria potestad - Ley 23.264”, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 57. Los autores remontan su fundamento al derecho romano con cita de Paulo: “*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*”, p. 39.

(44) PERRINO, Jorge O., “Derecho de familia”, T. 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 1729.

(45) B.O. 22/07/2010.

(46) En correlación con la cláusula complementaria de aplicación del art. 42 de la ley 26.618, los arts. 36 y 37 del mismo plexo normativo modificaron, respectivamente, los arts. 36, inc. c) de la ley 26.413, garantizando que la inscripción de niños de matrimonios entre personas del mismo sexo preserve sus relaciones familiares con ambas cónyuges, y 4 de la ley 18.248, estableciendo la forma en que se inscribiría el apellido de los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo.

establecida, aduciendo que razones de igualdad ante la ley reclamaban un régimen de inscripción en sede administrativa que contemplara su situación facilitando su inscripción como hijos matrimoniales en forma análoga a los nacidos con posterioridad a la ley 26.618 (47). Entonces, el decreto 1006/2012 (48) estableció por el término de un año, prorrogable por igual lapso, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de dieciocho años de edad que no tuvieran filiación paterna establecida y cuya madre hubiera contraído matrimonio con otra mujer (arts. 1 y 5), a cuyos efectos ambas mujeres debían manifestar expresamente su pleno consentimiento (art. 3).

Como apropiadamente fuera valorado, dado que al momento del nacimiento su madre no estaba casada, “los hijos eran jurídicamente extramatrimoniales” (49) con emplazamiento filial materno exclusivamente. Y puesto que el decreto de necesidad y urgencia no preveía distinción alguna, resultaba irrelevante si el hijo había sido concebido naturalmente o por TRHA. En el primer caso, se omitía toda consideración relativa a si se había dado oportuna intervención al Ministerio Público en procura de la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el progenitor biológico (art. 255 C.C.). En el segundo supuesto, no se exigía que la cónyuge de la madre hubiera mantenido con ésta una relación afectiva en la época de la concepción de la que se pudiera derivar la concurrencia de su intención parental en el marco de un proyecto familiar común, situación que tampoco se valoraba necesaria al momento del nacimiento del niño. En realidad, se instauró un sistema temporal que por vía administrativa validó el reconocimiento complaciente atípico para el establecimiento exclusivo de la comaternidad matrimonial con el único requisito del consentimiento concurrente de la madre. De tal forma, el matrimonio entre mujeres resultó tributario de un tratamiento especial vedado a los

(47) Cfr. Considerandos del decreto 1006/2012.

(48) B.O. 03/07/2012, Titulado “Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la ley N° 26.618”. En los Considerandos se fundamenta la medida en “la urgencia de evitar las excesivas demoras que padecen muchísimos niños, niñas y adolescentes para acceder a su completa inscripción, con todos los perjuicios que tal circunstancia les acarrea y la restricción al ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos” y se explicita que “es función del Estado asegurar al niño la protección necesaria para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes que deben asumir sus padres como responsables de él ante la ley y, en consecuencia, tomar todas las medidas administrativas necesarias para que la aplicación de la ley N° 26.618 sea conforme al interés superior del niño y al respeto de sus derechos, de acuerdo con las modificaciones en ella dispuestas, en cuanto obligan a ambas cónyuges a asumir los derechos y obligaciones para con sus hijos”.

(49) LAMM, Eleonora, “Diversidad familiar: la cláusula tercera del Código Civil y Comercial como una ampliación de su recepción legal”, La Ley, 12/07/2016, p. 4 y ss.

matrimonios entre personas de diverso sexo que pudieran hallarse en análoga situación —niños que no tuvieran filiación paterna establecida y su madre hubiera contraído matrimonio luego de su nacimiento— contrariando la norma del art. 42 de la ley 26.618 y la nueva redacción dada al art. 172 C.C.

La mayoría de la doctrina se manifestó en contra de los efectos colaterales de la ley 26.618 en la regulación de la filiación matrimonial como derivación previsible de la ley 26.618 (50). Se hicieron oír voces de preocupación que calificaron de “incongruencia jurídica” la pretensión de interpretar la norma del art. 243 del Código Civil a la luz del matrimonio entre personas del mismo sexo, afirmando que la presunción legal se transformaba en una ficción legal en desmedro de derechos fundamentales del niño, obstaculizando el conocimiento de su identidad biológica paterna. Se destacó el peligro derivado “de pretender a las ficciones jurídicas como reflejos de la realidad” y el riesgo implicado al caer “irremediabilmente en conclusiones absurdas e injustas”, además de considerar abusivo el recurso técnico cuando la ficción jurídica es usada “para el encubrimiento de medidas injustas” (51).

(50) Cfr. Despachos de la Comisión Nro. 6: Familia, “Incidencia de la Ley 26.618 en el Derecho de Familia”, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Universidad Nacional de Tucumán, del 29/09 al 01/10/2011, disponible en <https://es.scribd.com/doc/67539997/Conclusiones-Comision-de-Familia-en-Jornadas-de-Derecho-Civil-2011>. “4) Filiación. a) Cuestiones generales. (...) De *lege ferenda*: Se propone una norma que diga que en caso de matrimonio de dos mujeres, el hijo nacido en él, será hijo matrimonial de ambas si fuere concebido por fecundación asistida y mediare consentimiento de la otra. Por la afirmativa: 11 votos. Por la negativa: 30 votos. De *lege ferenda*: La admisión de matrimonios entre personas del mismo sexo debe estar acompañada de una legislación sobre los tratamientos de reproducción humana asistida. Por la afirmativa: 36 votos. Por la negativa: 20 votos. De *lege lata*: No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. Despacho de MAYORÍA: 50 votos. El Art. 243 CC (presunciones de paternidad matrimonial) debe ser entendido como aplicable tanto a las parejas del mismo sexo como de distinto sexo, sólo en el caso de fecundación asistida. No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. Despacho de MINORÍA: 15 votos. De *lege lata*: A la luz del derecho a la identidad del niño y de las normas civiles vigentes, en caso de que una mujer casada con otra mujer diera a luz un hijo, la filiación debe considerarse extramatrimonial. Por la afirmativa: 29 votos. Por la negativa: 8 votos. De *lege lata*: En materia de filiación por naturaleza, el Código Civil consagra el sistema binario (madre-padre), por lo que en el caso de matrimonio entre dos mujeres o de dos mujeres convivientes, el hijo gestado por uno de ellas no puede tener dos madres. La gestante es la única madre del nacido. Por la afirmativa: 34 votos. Por la negativa: 8 votos”.

(51) BEROCH, Néliida, “Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia. La desprotección legal de los niños y niñas en la determinación de la paternidad matrimonial”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, 2012, Nro. 42, pp. 61-72. La autora agrega que las presunciones de paternidad matrimonial se basan en “presupuestos biológicos que exigen,

#### IV. La presunción de filiación matrimonial en el Código Civil y Comercial

##### A) Marco regulatorio dualista para el sistema filial

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (52), si bien se pretendió “zanjar los debates doctrinales y jurisprudenciales” generados con la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo, introduciendo modificaciones sustanciales a los fines de que el sistema filial estuviera “en plena coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio” (53), las diferencias doctrinarias lejos de cesar se profundizaron. La filiación quedó estructurada en base a tres tipos filiales (por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida —TRHA— y por adopción) reconociéndose en cada caso diversa causalidad eficiente (nexo biológico, voluntad procreacional y jurídico, respectivamente) (54).

En la filiación por naturaleza el vínculo se determina entre el hijo fruto de una relación sexual y aquellos que lo han gestado, en tanto que en la filiación por TRHA la atribución parental depende de la manifestación de la voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre. Dado que cada fuente tiene sus propias reglas para la determinación del emplazamiento filial previéndose, también de modo diferenciado, las condiciones de ejercicio de las acciones filiatorias —vedadas en la filiación por TRHA—, se ha afirmado que la regulación actual responde a un modelo dualista (55).

Sin embargo, sea por confusión o por infiltración, aparecen reglas de determinación (cfr. art. 566), así como cuestiones vinculadas con la regulación de las acciones filiales (cfr. arts. 589 a 592) que denotan el entrecruzamiento de los sistemas de filiación por TRHA y por naturaleza constatándose que éste no ha sido capaz de mantenerse impermeable a los nuevos paradigmas filiatorios que emergieron en el derecho de familia a partir de las TRHA y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan”, destacando que “la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal lo tácticamente verosímil. En caso contrario, la presunción entra en el ámbito de lo absurdo”.

(52) Ley 26.994, B.O. 08/10/14.

(53) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 76.

(54) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 73 y 76.

(55) GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, p. 20 y ss.

##### B) Inaplicabilidad en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

La presunción legal que ahora se denomina de filiación matrimonial (56) no tiene cabida en el terreno de las TRHA (57), en cuyo caso el emplazamiento dependerá exclusivamente de que el o la cónyuge haya exteriorizado su voluntad procreacional a través del consentimiento previo, informado y libre (58). Lo que importa en estos supuestos para la determinación del segundo vínculo filial matrimonial es haber cumplimentado la suscripción y registro del consentimiento informado (59), por ello, la comaternidad atribuida a la cónyuge de la madre “no surge de la presunción de filiación que establece el art. 566, sino de la prestación del consentimiento requerido por la ley” (60).

De otra parte, la utilización de las TRHA tiene virtualidad suficiente para bloquear la operatividad de las presunciones legales, lo que ocurriría si durante el matrimonio la esposa suscribiera un acuerdo con otra persona para tener un hijo por TRHA, en cuyo caso la filiación no le sería atribuida al marido de la madre sino a quien junto con ésta declaró su voluntad procreacional de conformidad con lo normado en los arts. 560 y 561 (61).

Como en la regulación vigente “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos”, una vez “puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal”, el dato genético resulta radicalmente descalificado a los efectos de la “creación” del vínculo jurídico filial (62). Por otro

(56) El Capítulo 4, que inicia con el art. 566, se titula Determinación de la filiación matrimonial. El cambio de denominación ha sido justificado explicando que responde a “los diferentes tipos de familia posibles y la realidad del matrimonio de personas del mismo sexo”. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

(57) Así lo establece el segundo párrafo del art. 566.

(58) Art. 562, de conformidad con los términos de los arts. 560 y 561.

(59) MAZZINGHI, Jorge A. M., “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, *La Ley*, 2015-B, pp. 1077 y ss. En igual sentido, GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

(60) SAMBRIZZI, Eduardo, “Distintos aspectos del régimen de filiación en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-E, pp. 1080 y ss.

(61) MAZZINGHI, Jorge A. M., “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, *La Ley*, 2015-B, pp. 1077 y ss.

(62) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 76.

lado, la filiación por TRHA “se basa en la voluntad procreacional expresada por los progenitores”, independientemente del sexo de los comitentes. Si se trata de una pareja casada, la filiación será por TRHA matrimonial (art. 569, inc. c); en caso contrario, la filiación será por TRHA extramatrimonial (63).

Consecuente con el valor determinante y absoluto que la ley asigna a la declaración procreativa y “por aplicación de la teoría de los actos propios, son inadmisibles las acciones de filiación (impugnación o reclamación) por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida” (64). Sin embargo, una interpretación armoniosa e integradora del ordenamiento jurídico positivo (65) exige concluir que la veda de las acciones filiatorias es inoponible al hijo concebido por TRHA (66).

### C) Delimitación a la filiación por naturaleza

#### 1) Cuadro de situación

Diversa es la situación en la filiación por naturaleza ya que, sea matrimonial o extramatrimonial, la existencia o no de voluntad procreativa es intrascendente y se halla subsumida por el irrefutable nexo genético que conduce la atribución parental valiéndose de los principios de libertad, amplitud y flexibilidad probatoria (arts. 579 y 710), de la valoración de la negativa a aportar material genético como indicio grave contrario al renuente (art. 579) y de la inclusión de la prueba genética *post mortem* (art. 580). Cuando las presunciones legales no logran que el emplazamiento filial refleje

(63) GALLI FIANI, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

(64) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 76.

(65) “Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto”. Cfr. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 13.

(66) Así lo demanda el principio de igualdad y no discriminación basado en el modo en que la persona fue concebida. “La restricción del derecho a la identidad de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, analizado en el marco de total reconocimiento del derecho a la identidad para los hijos concebidos naturalmente, incluso para los que hayan sido luego adoptados simple o plenamente, no supera el test de constitucionalidad. Con la perspectiva constitucional-convencional que nos impone el nuevo Código desde su Título preliminar, la limitación de derechos para algunas personas basada en las circunstancias de su concepción es inadmisibles”. GALLI FIANI, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

la realidad biológica esta circunstancia es subsanable mediante la previsión de acciones filiales en tanto que la falta de reconocimiento voluntario conlleva una cantidad de efectos jurídicos que ubican al padre reticente en situación desventajosa (67).

La dificultad en lograr una interpretación coherente de todo el sistema filial que no puede sino hallarse en correspondencia con los derechos fundamentales de padres e hijos —no necesariamente coincidentes (68)— se torna notoria cuando el eje del análisis se centra en el primer párrafo del art. 566, norma que regula la determinación del segundo vínculo filial en la filiación matrimonial por naturaleza.

#### 2) Extensión a los matrimonios conformados por dos mujeres

Se ha manifestado que la extensión de la presunción de filiación matrimonial a la cónyuge de la mujer que da a luz es “en total consonancia con el derecho de los niños de estar inscriptos inmediatamente después de haber nacido y tener vínculo filial” (69). Ocurre que esta justificación, dado el fundamento de la filiación por naturaleza, adquiere relevancia sólo cuando se trata de un matrimonio entre personas de diverso sexo que permite inferir la probabilidad de existencia de vínculo biológico entre el hijo y el marido de la madre; se desvanece, en cambio, frente a un matrimonio entre dos mujeres del cual sólo es posible derivar la certeza de ausencia de nexo genético entre el hijo y la cónyuge de la madre, inescindible de la necesidad de procurar el emplazamiento paterno en todos “los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad” (cfr. art. 583).

De tal modo, la amplitud dada a la norma del art. 566 se contrapone a la regulación de la determinación de la filiación extramatrimonial por naturaleza —que, en cambio, vivifica la fuente filial—, vulnerándose de tal forma el principio de igualdad (70). Además de que sólo se prevé el reconocimiento de la paternidad (art. 571) (71) —la mujer que ha convivido

(67) Cfr. arts. 582; 587; 641, inc. e); 2281, inc. f).

(68) Supuestos en los que la solución deberá estar guiada por el estándar del interés superior del niño (*favor filii*).

(69) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 79.

(70) Cfr. art. 558, segundo párrafo: “La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

(71) En el Código Civil y Comercial no fue reproducida la norma del art. 248 del C.C. que preveía el reconocimiento materno, en tanto que la determinación del segundo vínculo filial extramatrimonial aparece, no obstante la amplitud del título del Capítulo 5 (Determinación de la Filiación Extramatrimonial), regulada en clave sexuada y por ello circumscripita al reconocimiento paterno (art. 571), sólo en la filiación por naturaleza (cfr. art. 575).

con la madre en la época de la concepción no puede reconocer al hijo de ésta (72)—, se mantiene el procedimiento que ya establecían los arts. 255 C.C. y 12 del decreto 415/2006 (73)—reglamentario de la ley 26.061 (74)—tendiente a procurar la determinación de la paternidad extramatrimonial y el reconocimiento del hijo por el presunto padre, si bien ahora se fortalecen los mecanismos previstos a tales efectos, imponiendo al jefe u oficial del Registro Civil deberes de información y comunicación, instando a la madre a declarar bajo juramento la identidad del presunto padre y atribuyendo al Ministerio Público facultades para promover la acción judicial, aún en contra de la voluntad de la madre (art. 583).

Así, la regulación de la filiación extramatrimonial por naturaleza no admite comaternidades al tiempo que extrema las vías de acceso al conocimiento de la verdad biológica y la consecuente determinación filial, lo cual supone una valoración preferente del nexo genético como causa fuente del emplazamiento (75).

(72) Lo que por analogía surge de la norma del primer párrafo del art. 45 de la ley 26.413: "No podrán inscribirse reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo." De igual modo, de lo normado en los arts. 571 y 585, además de la preeminencia que la norma del art. 584 concede al nexo genético frente a la posesión de estado.

(73) B.O. 18/04/2006. "ARTÍCULO 12: En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad; que, declarar quién es el padre, le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el art. 255 del Código Civil.

Si al momento de efectuarse los controles prenatales o de ingreso al centro de salud se detectare que la madre y/o el padre del niño por nacer carecen de documentos de identidad, el agente que tome conocimiento deberá informar a los organismos competentes a fin de garantizar el acceso a la tramitación y expedición de la documentación requerida de acuerdo a la normativa vigente. Si la indocumentación de los padres continuara al momento del parto, se consignará nombre, apellido, fecha de nacimiento, domicilio, edad, huellas dactilares y nacionalidad de los mismos, en el certificado de Constatación de Parto que expida la unidad sanitaria pertinente.

En relación con la identificación de los niños recién nacidos se estará a lo dispuesto por la ley 24.540 y su modificatoria ley 24.884.

Se propiciará la localización de oficinas del Registro Civil en todas las maternidades y establecimientos que atienden nacimientos".

(74) B.O. 26/10/2005.

(75) Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, "¿Es el derecho al emplazamiento filiatorio con fundamento en la relación genética un derecho absoluto?", *El Derecho*, 2004, T. 206, pp. 827 y ss. El autor afirma que "como principio general, toda persona tiene derecho a que el emplazamiento jurídico que tiene en una familia, y dentro de ella, en la relación con sus padres, concuerde

Sin embargo, los niños concebidos naturalmente no resultarán beneficiarios del circuito previsto, en procura del emplazamiento filial acorde con la verdad biológica, cuando su madre se encuentre casada con otra mujer y el momento del nacimiento torne operativa la presunción de filiación matrimonial transformada, entonces, en una ficción jurídica de la que se derivará una notoria falsedad eficaz para obstruir el camino en procura de la determinación y el reconocimiento paterno.

La desigualdad sobreviniente queda expuesta cuando proyectamos la regulación al terreno fáctico. Piénsese en una mujer que concibe naturalmente estando soltera y antes del nacimiento contrae matrimonio con su pareja del mismo sexo para lograr la determinación filial presumida por la ley sorteando la veda del reconocimiento. Resulta evidente que el emplazamiento, lejos de hallarse fundado en el nexo genético real o aparente, se habrá determinado por la exclusiva voluntad de la madre y su pareja. Ello supone conceder a la voluntad procreacional entidad suficiente para la determinación de la comaternidad en un ámbito que le es ajeno ya que la opción de un modelo dualista en la regulación de la filiación supone que la normativa tendiente al establecimiento del vínculo jurídico respete las especificidades y sea consecuente con cada fuente filial.

Más aún, en la filiación por naturaleza extramatrimonial se prevé la irrevocabilidad del reconocimiento paterno (art. 573, primer párrafo) de donde se deriva que el reconociente no está comprendido entre "los terceros que invoquen un interés legítimo" y por tanto carece de legitimación activa para impugnarlo (art. 593); sin embargo, en la filiación por naturaleza matrimonial, la cónyuge de la madre puede impugnar su emplazamiento

con la relación genética existente entre ellos". Mas seguidamente aclara que "el criterio de la relación genética para determinar la relación filiatoria no puede ser considerado como de carácter absoluto, ni resulta siquiera conveniente que siempre se le dé preeminencia, existiendo diversos supuestos (en los que) la propia ley establece una solución distinta a la que resulta del principio general, debido a que el legislador lo ha considerado conveniente". Entre los casos, que a tales efectos enuncia, se encuentran algunos que resultan hoy paradigmáticos si los confrontamos con la normativa vigente, ya que fueron sustancialmente modificados expandiendo los alcances del principio general. En este sentido, la norma del art. 327 del C.C. que en el caso de la adopción plena prohibía el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y al adoptado el ejercicio de las acciones filiatorias respecto de aquellos, salvo que tuviera por objeto la prueba del impedimento matrimonial, hoy se encuentra atenuada por lo establecido en los arts. 621 y 624, segundo párrafo del Código Civil y Comercial; la norma del art. 255 del C.C. que condicionaba la promoción de la acción de reclamación de paternidad por parte del Ministerio Público a la conformidad expresa de la madre, fue sustituida por la del art. 583 que prescinde del consentimiento materno; la norma del art. 259 del C.C. que limitaba la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al hijo, al marido de la madre y a los herederos de éste, quedando excluidos la madre y el padre biológico, fue reemplaza por la del art. 590 ampliando la legitimación que ahora revisten la madre y cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

dentro del año posterior a la inscripción del nacimiento (arts. 589 y 590), circunstancia que contraviene la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe, configurando una conducta abusiva (76).

Ocurre que la autonomía de la voluntad colisiona en el ámbito de la filiación por naturaleza con la indisponibilidad del estado filial, inherente a valores y derechos fundamentales del hijo (77). Por ello la ilicitud del “reconocimiento falaz, complaciente o de favor” que se configura cuando se declara la paternidad de un hijo a sabiendas que no es propio. Se trata de “un acto basado en la mentira” que perjudica al hijo pues “vulnera su derecho a la identidad y limita sus posibilidades de acceder al emplazamiento que le corresponde” generando “evidentes daños resarcibles que en modo alguno se verán moderados por las buenas intenciones del reconociente” (78).

El matrimonio entre dos mujeres aparece de tal forma dotado de inmunidad para disponer discrecionalmente sobre el emplazamiento filial del hijo —sin apariencia de verdad que lo sostenga— que encontrará vedada la intervención estatal tendiente a dilucidar su identidad biológica (79), impedido de obtener el pronto reconocimiento de su padre biológico (80) y coartado el acceso a la verdad de origen sin sistema de contención alguno que garantice el resguardo de la información identitaria (81).

Si bien podría pensarse que esta discordancia generada entre vínculo jurídico y biológico es fácil de enderezar por vía judicial, no puede omitirse

(76) Iguales observaciones alcanzan a la madre del niño, quien también se encuentra legitimada para impugnar la comaternidad matrimonial (cfr. art. 590).

(77) RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2005 (julio), Nro. LVIII-3, p. 1054, citado en FABAR CARNERO, Alberto, “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013”, *Revista de Derecho UNED*, 2014, Nro. 15, pp. 173-201.

(78) GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss., Nota Nro. 22. Ver también SANTI, Ana Carolina, “Reconocimiento complaciente y adulterio”, *El Derecho Familia*, 2014, Nro. 49, pp. 17 y ss. En este último se comenta el fallo de la Cámara de Apelaciones de Azul, Sala I, “G., E. D. c/ C., L. B. s/divorcio”, 13/03/2014. La autora afirma que “al margen de las loables intenciones alegadas por el reconociente para efectuar el reconocimiento de la entonces menor” “no cabe duda de que su conducta ha configurado un delito” “que engendra responsabilidad civil y penal”.

(79) Destacamos que si bien la norma del art. 583 regula el procedimiento de reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad, y no obstante que el hijo carecería de emplazamiento paterno, la vía se encuentra de todos modos impedida en virtud de la regla del doble vínculo (art. 558).

(80) Cfr. arts. 558 y 578 Código Civil y Comercial.

(81) Por contraposición a la regulación que se prevé —aunque con desiguales alcances y efectos— para la filiación por TRHA (arts. 563 y 564) y la filiación adoptiva (arts. 595, incs. b y e, y 596).

considerar la posibilidad que “el juez pueda rechazar la acción de impugnación planteada” “priorizando el vínculo afectivo —identidad dinámica o posesión de estado— que ese niño haya forjado con la cónyuge de quien da a luz” (82). Extremo fácilmente configurable si la madre jamás le comunicó al padre biológico la existencia de su hijo y recién se enteró transcurrido un lapso de tiempo suficiente para que el niño entablara lazos afectivos con la cónyuge de la madre.

La extensión de la norma del art. 566 a los matrimonios entre dos mujeres se halla ligada al principio de igualdad de efectos de los matrimonios que surge del art. 402 del Código Civil y Comercial (83). No obstante, se ha señalado que este principio se aplica por imperativo legal “siempre en la medida de lo posible”, pues las diferencias lógicas existentes entre los matrimonios constituidos por dos personas de igual o diverso sexo subsisten, como ocurre “en orden a la filiación por la imposibilidad de procrear en forma conjunta que tienen las personas de igual sexo”, dado que “las desigualdades de la naturaleza no pueden ser borradas por la voluntad del legislador” (84).

En igual sentido se ha señalado que “la diversidad de sexos en la pareja humana con aptitud reproductiva es un dato de la naturaleza incuestionable” y que “por ello no deberían preverse soluciones legales que contradigan el enunciado anterior”, agregando que “las normas del nuevo código no respetan esta premisa” (85).

En materia similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la situación de dos mujeres que formaban una pareja registrada no era comparable a un matrimonio de diferente sexo porque razones

(82) HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss. La autora considera la situación de “un matrimonio conformado por dos mujeres en las cuales una de ellas queda embarazada por haber tenido relaciones con un tercero o haber apelado a la mencionada técnica ‘casera’”.

(83) “Art. 402: Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.” Cfr. LLOVERAS, Nora, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, *Jurisprudencia Argentina*, 2012-II, Número Especial: *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, pp. 11 y ss., quien afirma que esta norma “reconoce su fuente en el art. 42 de la ley 26.618”. Puede verse también SAMBRIZZI, Eduardo, “Distintos aspectos del régimen de filiación en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-E, pp. 1080 y ss., quien explicita que la finalidad de la norma ha sido “tratar de equiparar los matrimonios de personas de distinto y del mismo sexo”.

(84) MEDINA, Graciela, “Principios del derecho de familia”, *La Ley*, 2016-B, pp. 1114 y ss., y *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2016 (mayo), 09/05/2016, pp. 3 y ss.

(85) GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

biológicas impedían que la presunción de paternidad que se daba en el matrimonio se extendiera a las parejas del mismo sexo (86).

### 3) Presunción de paternidad y ficción de comaternidad matrimonial

De lo dicho se sigue que la norma del art. 566 debe desdoblarse en su análisis ya que establece una presunción legal *iuris tantum* de paternidad matrimonial atribuyendo la paternidad al esposo de la madre, a la vez que construye una ficción jurídica de la que pretende derivar la determinación de la comaternidad matrimonial, consagrando una “falsedad legal” (87). Dado que “existe total certeza de que el nacido no ha sido concebido como fruto de la relación sexual” (88) entre las dos mujeres que conforman el matrimonio, y de haber recurrido a las TRHA las reglas aplicables serían otras (cfr. art. 566, segundo párrafo), no se puede más que concluir que se trata de un claro y evidente supuesto de filiación no matrimonial en cuyo caso deberían aplicarse las normas que regulan la atribución de la paternidad extramatrimonial (arts. 570 a 575). En este asunto adquiere soberano peso la indisponibilidad del estado filial.

El problema que se plantea es que, en virtud de la regla del doble vínculo filial (arts. 558, tercer párrafo, y 578), la operatividad de la ficción legal será un obstáculo que se deberá correr para habilitar el camino hacia el emplazamiento paterno en correspondencia con el nexo biológico. En el caso parece absurda y hasta un injustificado dispendio judicial la tramitación de un juicio tendiente a demostrar lo que resulta una obviedad, esto es, que la mujer casada con la madre no puede ser progenitor del hijo, que la filiación no puede ser razonablemente mantenida porque las pruebas la contradicen —dado que se trata de un hecho público y notorio no habría siquiera necesidad de producir prueba alguna tendiente a demostrar la inexistencia de nexo biológico— o que así lo demanda el interés superior del niño (art. 589).

En la filiación por naturaleza, la coincidencia entre el vínculo jurídico y el biológico es un fin primigenio querido por el legislador conforme surge

(86) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Boeckel y Gessner-Boeckel c/ Alemania”, Decisión del 07/05/2013, citado en GILBAJA CABRERO, Estela, “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político UNED*, 2014 (septiembre-diciembre), Nro. 91, pp. 303-340. El recurso había sido interpuesto por dos mujeres que formaban una pareja registrada. Cuando una de ellas dio a luz, en el certificado de nacimiento se la inscribió como madre quedando en blanco la referencia al padre. Más tarde, la otra mujer adoptó al niño. Tiempo después, ambas solicitaron la modificación del certificado de nacimiento para que la adoptante fuera inscripta como segunda progenitora. Frente a la negativa, recurrieron al TEDH invocando la vulneración de los arts. 14 y 8 de la CEDH.

(87) BELLUSCIO, Augusto C., “La filiación en el Código Civil y Comercial”, *Jurisprudencia Argentina*, 27/05/2015.

(88) GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

del conjunto de acciones filiales de impugnación y reclamación (arts. 576 a 593) tendientes a enderezar las inconsistencias derivadas de la falta de correspondencia del vínculo formal con la verdad biológica y suplir las omisiones frente a la eventualidad de padres renuentes. Esta apreciación resulta también confirmada por la norma del art. 585 que infiere el vínculo filial a favor del conviviente de la madre a partir del establecimiento de la convivencia durante la época de la concepción (89). Lo propio cabe decir de la apertura de la legitimación activa en la acción de impugnación de la filiación matrimonial a la madre y a toda persona con “interés legítimo” entre quienes se reconoce al padre biológico (90).

### 4) Perspectiva constitucional-convencional

A igual conclusión se arriba si el enfoque se orienta a partir de los “principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial”, principalmente el “principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales” (91), el “acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica” (92), el “derecho a la identidad” (93), la “mayor facilidad y celeridad en la

(89) Cfr. art. 20. “Artículo 20. Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento”.

(90) Cfr. art. 590. Si bien se ha advertido que “abrir la legitimación al interesado que invoca un interés legítimo (entre los cuales se incluye al presunto progenitor biológico) no significa que el juez, en definitiva, al dictar sentencia, haga lugar a la demanda de desplazamiento sobre la base exclusiva del dato genético”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

(91) Cfr. art. 558, segundo párrafo.

(92) Cfr. arts. 579, 580 y 710.

(93) Arts. 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño y 11 de la Ley 26.061. Convención sobre los derechos del niño: “Artículo 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Artículo 8. 1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” Ley 26.061: “Artículo 11: Derecho a la Identidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen

determinación legal de la filiación" (94) y el "principio del interés superior del niño" (95) (96).

a) El principio de igualdad de todos los hijos

En torno al principio de igualdad de todos los hijos la amplitud de su previsión normativa (97) traspasa las categorías matrimonial o extramatrimonial

y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contrarie el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley".

(94) Cfr. arts. 583 del Código Civil y Comercial y 12 del decreto reglamentario 415/2006.

(95) Arts. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley 26.061. Convención sobre los derechos del niño: "Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada". Ley 26.061: "Artículo 3: Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

(96) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 75.

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

acogiendo los tres modos filiales (por naturaleza, por TRHA y por adopción).

Sin embargo, no puede omitirse que se trata de una pauta limitada y que por ello admite, sin contrariar al principio, "que exista sólo la menor diferencia posible, reservada para los supuestos fácticos que sean necesarios fundados en razones objetivas" (98). Entre éstas, la imposibilidad de que un niño concebido de modo natural se halle genéticamente vinculado a dos madres y de ello pueda derivarse un doble emplazamiento materno por naturaleza.

Por otro lado, no obstante haberse intentado justificar que "en el campo de la filiación por naturaleza también se introducen varias modificaciones auspiciadas por la obligada perspectiva constitucional-convenicional, básicamente el principio de igualdad y no discriminación" (99), aparecen notorias dificultades de concreción de estos principios en el régimen de filiación instaurado (100). La desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (101) que el nuevo Código prometía superar con "un sistema cuya igualdad sea el principio rector" (102) se ve frustrada por la ficción legal del art. 566 que obstruye el procedimiento previsto por la ley en procura de la determinación y el reconocimiento paterno (cfr. art. 578) (103).

filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

(98) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 80.

(99) HERRERA, Marisa, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

(100) Cfr. ALES URÍA, Mercedes, "Reproducción heteróloga y determinación de la filiación", *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2013 (julio), Año V, Nro. 6, pp. 207 y ss.

(101) Diferencias que en vigencia del Código Civil eran atribuibles a las legitimaciones activas (arts. 259 y 263) y a los plazos de caducidad de las acciones de impugnación (arts. 259 y 263). Cfr. HERRERA, Marisa, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

(102) HERRERA, Marisa, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

(103) No obstante la vigencia de la regla del doble vínculo filial en nuestro derecho (hoy explicitada en la norma de los arts. 558, tercer párrafo, y 578 del Código Civil y Comercial), el 22 de abril de 2015 la Dirección del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar a la solicitud de reconocimiento paterno planteada por un hombre que había aportado sus gametos para que una de las mujeres que conformaba un matrimonio del mismo sexo pudiera lograr un embarazo mediante las TRHA. El niño se encontraba inscripto desde su nacimiento como hijo matrimonial de la madre y su esposa y éstas estaban

También se ha advertido una notable e injustificada diferencia entre los hijos concebidos naturalmente y los adoptados (104) frente a aquellos concebidos por TRHA dado que “los primeros tienen derecho a conocer sus orígenes en forma ilimitada y los segundos no tienen igual amplitud de derecho” (105), advirtiéndose que los niños concebidos naturalmente pero con doble emplazamiento materno derivado de la ficción de comaternidad matrimonial resultan alcanzados por similares limitaciones que los concebidos por TRHA.

De tal modo, se observa que la novel normativa “no logra unificar el respeto a los derechos fundamentales de todos los hijos con independencia de las circunstancias de su concepción” (106), lo cual se debe, en buena medida, a que frente a la tensión de principios generados en el terreno filial entre autonomía de la voluntad de los adultos y mejor interés de los niños, el legislador optó por priorizar el primero adoptando una posición claramente utilitaria aunque de espaldas a la propugnada perspectiva constitucional-convencional.

#### b) El principio de verdad biológica y el derecho a la identidad

##### i) Derecho humano fundamental

Los principios de igualdad de derechos de los hijos y de verdad biológica han sido reconocidos como los dos ejes sobre los que fueron construidas las reformas al modelo tradicional de regulación de la filiación proveniente de la codificación decimonónica (107).

de acuerdo con la solicitud del progenitor biológico. Para un análisis exhaustivo del caso se puede ver SAMBRIZZI, Eduardo, “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución *contra legem*”, *La Ley*, 2015-C, pp. 881 y ss.

(104) “El anteproyecto mejora y amplía la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, noción más amplia que la de realidad biológica a la que alude el Código Civil vigente; en este sentido, se menciona el acceso no sólo al proceso de adopción, sino a todo expediente o cualquier fuente de información relativos al origen, biografía o historia del adoptado. No se establece una edad determinada a partir de la cual se puede ejercer de manera personal este derecho; se deja abierto para que todo adoptado, con madurez suficiente, si tiene inquietud acerca de sus orígenes, pueda ver satisfecho ese derecho. En atención a que los niños y adolescentes merecen una protección especial, se prevé que cuando el adoptado no ha alcanzado aún la mayoría de edad, el juez puede disponer la intervención de profesionales especializados. Además, se pondera que la familia adoptiva pueda solicitar asesoramiento ante estos mismos profesionales o servicios especializados e interdisciplinarios”. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, pp. 81-82.

(105) GALLI FIANI, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

(106) GALLI FIANI, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

(107) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, 2010, Año 16, Nro. 2, pp. 57-88.

En este sentido se ha destacado como una de las más importantes tendencias del derecho de familia actual la insistencia en lograr la mayor concordancia posible entre la realidad biológica y el estado de familia, agregando que el principio de verdad biológica preside el derecho argentino y conlleva el derecho de los niños a ser reconocidos con su verdadera identidad (108).

Así, a partir de la segunda mitad del siglo XX comienza a perfilarse un nuevo derecho de filiación que centra el establecimiento de los lazos jurídicos filiales en la verdad biológica dejando atrás el principio de la verdad formal. El principio de verdad biológica se desarrolla como un estándar normativo valorado no sólo como expresión del principio del interés superior del niño (*favor filii*), sino como pauta reguladora de todo el sistema filiatorio en tanto elemento favorecedor de una “mejor organización y desarrollo de los lazos familiares” generados en la filiación. Prontamente es entendido como el derecho del hijo a construir su propia identidad y caracterizado como un derecho humano, fundamental o de la personalidad, tutelado por normas de rango supremo, que contiene el derecho “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (109) (110).

Se ha indicado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana” (111), en tanto que ha sido conceptualizado,

(108) Cfr. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Contencioso Administrativo, de Familia y Menores de la Ciudad de Curuzú Cuatiá, Expte. Nro. CXP 8.014/16, caratulado “Asesora de Menores c/S., M. P. y otro (Impugnación de la paternidad) y P., A. L. (Filiación) s/ordinario”, Sentencia Nro. 159 del 28/06/2016.

(109) Cfr. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, art. 7.1. La frase “en la medida de lo posible” que contiene el precepto se predica conjuntamente del derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos con un matiz eminentemente fáctico ya que no siempre será posible en los hechos —si los padres han fallecido, por ejemplo— que el Estado garantice su ejercicio. Muy diferente sería el caso si fuera el propio Estado el que obstruyera legal o administrativamente su ejercicio tornando imposible lo que en la realidad no lo es. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, 2010, Año 16, Nro. 2, pp. 57-88.

(110) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, 2010, Año 16, Nro. 2, pp. 57-88.

(111) Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, 10/08/2007, párr. 12, citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras y otros c/ “El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 112.

“en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprenden de varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (112).

Ahora bien, “[e]l reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”, de modo tal que “la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica” (113), de donde se sigue que el “derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace” (114).

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana (115), ha sostenido que como el artículo 29.c de este instrumento establece que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención Americana constituye una fuente de referencia importante la Convención sobre los Derechos del Niño que en su art. 8.1 reconoce expresamente el derecho a la identidad (116).

(112) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 122; “Contreras y otros c/El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 113.

(113) Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala Tercera, autos caratulados “C., O. O. s/ infracción artículos 139 inciso 2° y 293 del Código Penal”, Causa Nro. 08.787, 09/12/1988, voto minoritario del juez Leopoldo Schiffrin, citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 124.

(114) Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 6 de la Capital Federal, autos caratulados “Zaffaroni Islas, Mariana s/av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana”, Causa Nro. 403, 05/08/1994, voto del Juez Mansur en la posición mayoritaria, citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 124.

(115) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 122.

(116) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 112. Ver también Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “C., E. M. y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud s/ amparo Ley 16.986”, Sentencia del 29/04/2014, comentada en LAFFERRIERE,

A pesar de que tampoco existe una disposición que explícitamente reconozca el derecho a la identidad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recogido en abundancia el derecho a la identidad. Una parte significativa se refiere al derecho a la información sobre la verdad biológica, indicando que de una amplia interpretación del alcance de la noción de vida privada (art. 8 CEDH) también se deriva el derecho de toda persona a “conocer sus orígenes” (117), el derecho al acceso al expediente confidencial de un niño colocado en la asistencia pública desde su temprana infancia (118), el derecho a obtener información necesaria para el descubrimiento de la verdad concerniente a la identidad de sus progenitores (119) y el derecho a “recibir la información necesaria para saber y comprender su niñez y desarrollo temprano” (120).

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social (121).

Desde la psicología “la identidad responde a una pregunta básica que es ¿quién soy yo?, la necesidad de conocer la identidad es una necesidad

Jorge Nicolás y ZABALETA, Daniela B., “Un fallo judicial sobre el derecho a la identidad de una niña concebida por ovodonación”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2014 (agosto), 01/08/2014, pp. 245 y ss. La Cámara fundó la decisión en el derecho a la identidad biológica afirmando que el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño había sido interpretado de modo concordante con el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos comprendiendo el derecho del niño a la identidad tanto en el sentido legal como en el verdadero o genuino de conocer su identidad biológica.

(117) Tribunal europeo de derechos humanos, “Pretty c/ The United Kingdom”, Aplicación Nro. 2346/02, Sentencia del 29/04/2002, párr. 61; “Bensaid c/ The United Kingdom”, Aplicación Nro. 44599/98, Sentencia del 06/02/2001, párr. 47, citados en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota 164.

(118) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Gaskin c/ The United Kingdom”, 07/07/1989, serie A, Nro. 160.

(119) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Mikuli c/ Croatia”, Aplicación Nro. 53176/99, Sentencia del 07/02/2002, párrs. 57 y 64, citado en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota 164.

(120) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Odièvre c/ France”, Aplicación Nro. 42326/98, Sentencia del 13/02/2003, párrs. 42 y 44; “Mikuli c/ Croatia”, Aplicación Nro. 53176/99, Sentencia del 07/02/2002, párrs. 57 y 64, citados en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota 164.

(121) Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 113.

básica del ser humano, es el centro de gravedad en torno al que la persona se desarrolla y es como un ser en el mundo, es tu lugar o tu lugar, tu ser en el mundo a partir de la identidad, pero también la identidad tiene una perspectiva dialéctica entre el yo individual y entre el yo social, el ser humano se desarrolla en la sociedad, uno cobra su identidad primero en los marcos de referencia primaria que es la familia, la mamá, el papá, pero se desarrolla en los marcos sociales en los que se inserta esto es comunidad, esto es lugar, esto es otras familias. Y no hay un yo por tanto que no sea un yo social, no está separado, somos seres sociales" (122).

Si bien "[e]l derecho a un nombre y a una nacionalidad es universal, al mismo tiempo la identidad conlleva el conocimiento de la familia y a mantener vínculos cercanos, el legado de costumbres y tradiciones del entorno y de los antepasados" (123).

La alteración del estado civil de los niños resultante de la atribución de datos filiatorios que les impidan conocer su verdadera identidad, eliminando cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia, afecta el derecho a la identidad (124). Cuando la identidad familiar ha sido distorsionada ilegalmente, es necesario que la verdad sobre su identidad sea revelada y se le garanticen las posibilidades jurídicas y fácticas para recuperar su verdadera identidad y el vínculo familiar, con todas sus consecuencias (125).

En general, se admite que el fundamento del derecho personalísimo a la identidad se halla en el derecho a la dignidad de la persona humana (126), comprendido entre los derechos implícitos referidos en el art. 33 de la Constitución Nacional y de modo expreso en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (127).

(122) YÁÑEZ DE LA CRUZ, María Sol, "Peritaje rendido ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17/05/2011", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Contreras y otros c/ El Salvador", Sentencia del 31/08/2011, Nota Nro. 170.

(123) RAMOS DE VILLALTA, Ana Georgina, Peritaje rendido ante fedatario público (affidávit) el 05/05/2011 (expediente de prueba, tomo XI, affidávits, folio 7534) en Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Contreras y otros c/ El Salvador", Sentencia del 31/08/2011, Nota Nro. 170.

(124) Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 6 de la Capital Federal, autos caratulados "Rei, Víctor Enrique s/sustracción de menor de diez años", Causa Nro. 1.278, citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Gelman c/ Uruguay", Sentencia del 24/02/2011, párr. 124.

(125) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Gelman c/ Uruguay", Sentencia del 24/02/2011, párr. 131.

(126) CSJN, Sentencia del 13/11/90, *La Ley*, 1991-B, pp. 470 y ss. La Corte declaró que el derecho del niño a conocer su identidad biológica afectaba su dignidad.

(127) Cfr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 16; Convención Internacional sobre Eliminación

Ahora bien, en la elaboración conceptual del derecho a la identidad han surgido posiciones que propusieron su vinculación excluyente con la denominada identidad dinámica, histórica o social de la persona relegando la identidad estática o biológica al rol de elemento de identificación próximo a los atributos relacionados con el nombre y el estado de familia, entre otros (128).

Si bien es cierto que el concepto de identidad es de mayor y más compleja comprensión que la sola identidad biológica —en tanto "vínculo biológico que une al hijo con sus progenitores" — "básicamente lo abarca" (129).

Por tal razón, dado que la identidad personal se presenta como un preponderante interés existencial merecedor de tutela jurídica en razón del derecho subjetivo a ser representado fielmente en su proyección social, la persona tiene derecho a que se le conozca sin alteraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás. Y como la identidad es la proyección social de una verdad personal, esta verdad configura el interés existencial digno de tutela jurídica (130).

Las normas que regulan la determinación de la filiación por TRHA se estructuran en base a un sistema que fuera descrito como "proporcional en un presente en donde la existencia de la heterobiología hace necesario un mecanismo en principio anónimo para poder mantener un universo de donantes lo suficientemente amplio para que la voluntad procreacional sea posible" agregando que "en un futuro signado por la progresividad de los derechos, y una vez deconstruida la heterobiología, quizás sea el momento de un sistema integral de acceso pleno a la información identificatoria sin intervención judicial y al solo efecto de garantizar la autodeterminación reflejada en una verdad esencial para la constitución subjetiva de la persona" (131).

de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2.2; Convención sobre los derechos del niño, arts. 7 y 8; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 5.1, 11.1, 11.3 y 14. Ver también SCJ Santa Fe, Sentencia del 19/09/91, *La Ley*, 1992-D, pp. 536 y ss., donde se relacionó el derecho a la identidad biológica con derechos esenciales de raigambre constitucional.

(128) SAUX, Edgardo I. y RODRÍGUEZ OCAMPO, Mariel A., "El derecho a la identidad biológica o filiatoria en un supuesto singular", *La Ley*, 2016-D, pp. 625 y ss.

(129) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "De nuevo sobre la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial", *El Derecho*, 1998, T. 177, pp. 71 y ss.

(130) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 114-115.

(131) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss.

En la misma línea, se ha enfatizado la relevancia de la voluntad procreacional en la filiación por TRHA postulando que en los supuestos de discordancia entre los elementos genético, biológico y volitivo deba otorgarse preponderancia a este último en pos de la desbiologización y/o desgenetización de la filiación implicadas por las nuevas realidades (132).

La proyección de estas apreciaciones al ámbito de la filiación por naturaleza resulta procedente en torno a la comaternidad matrimonial dado el entrecruzamiento de fuentes operado por virtud de la ficción legal.

Ahora bien, si en estos casos la voluntad procreacional define la identidad del niño, éste deja de ser persona para convertirse en un objeto a merced de la decisión voluntaria de sus padres formales en la definición de los elementos más determinantes de su identidad, privándolo no sólo del derecho a conocer su origen (133), sino de desarrollar su identidad dinámica en correlación con aquella heterobiologización que posibilitó su existencia y que, por tal razón, lo vincula inescindiblemente con sus antepasados y su historia personal dentro de un determinado entramado genealógico.

Por ello, se ha destacado la imperiosa necesidad de reconocer que el sistema normativo actual “contraviene la efectividad de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”, esto es, “su operatividad en correlación con normas del derecho interno”, de donde se deriva la obligación de los órganos legislativos de tomar las medidas necesarias para adecuar la legislación interna a lo dispuesto por la norma internacional (cfr. arts. 3 y 4 CDN) (134).

Al atribuirse la filiación respecto de dos personas que no pueden ostentar simultáneamente vínculo genético alguno con el nacido, “el precepto convierte la voluntad en el origen de la maternidad” y consolida la ficción jurídica inherente a la admisión de la doble maternidad legal (135)

(132) LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista Bioética y Derecho*, 2012 (enero), Nro. 24, pp. 81 y ss.

(133) SAMBRIZZI, Eduardo, “Distintos aspectos del régimen de filiación en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-E, pp. 1080 y ss.

(134) BEROCH, Nélica, “Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia. La desprotección legal de los niños y niñas en la determinación de la paternidad matrimonial”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, 2012, Nro. 42, pp. 61-72.

(135) La posibilidad de establecer una doble filiación materna a partir del consentimiento en las TRHA se contempla, entre otros ordenamientos, en la *Human Fertilisation and Embriology Act* (2008) del Reino Unido, arts. 43 y 44, y en el *Children and Parents Code* (SFS 1949:381) de Suecia. En España, el 30/06/2017 está previsto que entre en vigencia de modo completo la ley 20/2011 del Registro Civil que en su art. 44.5 establece:

configurando el caso más evidente de disociación entre filiación jurídica y biológica (136).

#### ii) Disociación entre identidad biológica y vínculo jurídico filial

Si bien se defiende la exigencia de que biología y filiación formal coincidan, dado que se entiende como la mejor manera de salvaguardar el derecho a la identidad del nacido (137), y se reconoce que normalmente existe concordancia entre el dato genético y el vínculo jurídico de filiación, se ha afirmado que “una cosa es tener el derecho a conocer la propia historia biológica y otra la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ella concretada a través de una acción de filiación” (138).

En este sentido, se ha aclarado que “el criterio por el cual la relación genética determina la relación filiatoria no tiene carácter absoluto” pues “darle preeminencia no siempre es justo ni conveniente” (139).

“También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. La ley del Registro Civil español del 08/06/1957 ya había sido alcanzada por la reforma al Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio introducida por la ley 13/2005 que modificó el art. 48. Además, la Ley 3/2007 adicionó un apartado 3 al art. 7 de la ley 14/2006 sobre TRHA estableciendo entonces en su art. 7.3 que: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.” Como en la Exposición de Motivos de la ley 13/2005 se señalaba que no se hacía ninguna modificación respecto a las presunciones de paternidad establecidas en el Código Civil español, dejando inalterada “la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los arts. 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”, las cuestiones sobre filiación común de parejas de hecho o matrimoniales de personas del mismo sexo quedan limitadas al ámbito de la filiación adoptiva o derivada de las TRHA.

(136) FARNÓS AMORÓS, Esther, “Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones”, *Atelier*, Barcelona, 2011, pp. 106-107.

(137) Cfr. ALES URÍA, Mercedes, “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2013 (marzo), Año V, Nro. 2, pp. 121 y ss.

(138) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

(139) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss. La autora ejemplifica un caso de inconveniencia o injusticia frente a la posibilidad de que una persona concebida por TRHA con utilización de gametos de un tercero ejerza su derecho a tener vínculos jurídicos con el “donante anónimo”.

La denominada “postura biológica” ha sido criticada señalando “que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato” (140). Por tal motivo, se justifica la razonabilidad del rechazo de una pretensión —si no fue planteada por el hijo— de obtener un emplazamiento filial que coincida con la verdad biológica cuando no hay posesión de estado (141) con el presunto padre biológico y la identidad dinámica se encuentra configurada en relación al padre jurídico, dado que se atribuye a la posesión de estado un peso tal “que impacta en la admisión o rechazo de las acciones de desplazamiento de la paternidad”, lo que se ha interpretado como la confirmación de “la falta de correspondencia directa entre el derecho a saber y el derecho al vínculo filial” (142), fruto de desligar la identidad de la persona de su origen biológico (143).

La regulación de las acciones de filiación del Código Civil alemán fue sometida en el año 2008 a una doble reforma (144) que, por un lado, concedió a la Administración facultades para impugnar la paternidad resultante de un reconocimiento sin base biológica ni sociofamiliar (posesión de estado) y, por el otro, estableció, entre padre, madre e hijo, respectivamente, una pretensión dirigida a clarificar la paternidad mediante la realización de pruebas biológicas pero con independencia de su impugnación, lo

(140) MIZRAHI, Mauricio Luis, “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, *La Ley*, 2004-E, pp. 1197 y ss.

(141) La posesión de estado es el goce de hecho de un determinado estado de familia que se exterioriza en ciertas acciones o conductas que evidencian la asunción de las obligaciones y derechos derivados del estado familiar (*tractatus*). Para algunos autores resulta indiferente la presencia o no de título (Belluscio, Zannoni, Fanzolato), en cambio, otros condicionan su operatividad jurídica a la inexistencia de título (Azipiri, Rivera, Famá). Cfr. FAMÁ, María Victoria, *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, pp. 383-384.

(142) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

(143) Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, *La Ley*, 2004-E, pp. 1197 y ss.

(144) Se trata de la ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad (18/03/2008), tendiente a frenar los usos fraudulentos de la filiación para obtener derechos de residencia y ciudadanía alemanes y el consecuente aumento de paternidades aparentes, y la ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación (31/03/2008), que busca adecuarse a los avances técnicos y científicos en materia de pruebas genéticas para determinar la paternidad. Ambas “siguen la estela de la reforma de 2004 en materia de filiación, que introdujo la posibilidad de impugnación de la paternidad matrimonial por parte del padre biológico, en caso de no existir ni haber existido relación socio-familiar entre el padre legal y el hijo”. Cfr. LAMARCA I MARQUÈS, Albert, “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”, *InDret*, Barcelona, 2008, Nro. 3, pp. 1-14.

cual importa asumir que el derecho a conocer los orígenes biológicos no necesariamente supeditará el estatus legal de las relaciones filiales (145).

Si bien en el ámbito de la filiación por naturaleza se admite la posibilidad de establecimientos filiales desarraigados del vínculo genético en virtud de la presunción de paternidad matrimonial y el reconocimiento paterno, se trata de un margen de error mínimo y aceptable atendiendo a los fines que persiguen los mecanismos previstos legalmente para la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, aunque subsanable mediante las acciones filiatorias tendientes a develar la verdad biológica para que sobre ella se reconstruya el vínculo formal.

El problema se suscita cuando en estos casos se confronta la posesión de estado al nexo biológico, atribuyendo a la primera un revitalizado peso capaz de disociar verdad biológica de filiación formal (146).

En vigencia del Código Civil derogado, en torno a las discrepancias doctrinarias sobre la constitucionalidad de la norma del art. 259 C.C. —en cuanto no incluía entre los legitimados activos al padre biológico— se conformó una posición intermedia que enfocaba la solución en la situación familiar de cada caso en concreto, distinguiendo según existiera posesión de estado respecto del padre biológico o del padre legal o presunto, interpretando que en el primer caso su legitimación para actuar redundaba en el esclarecimiento de la paternidad y el interés superior del niño, en tanto que en el segundo, si el niño se encontraba integrado a la familia y tenía vínculo paterno filial con el marido de la madre, esa legitimación supondría la posibilidad de un desplazamiento que implicaría una intromisión inaceptable a la intimidad familiar (147).

En este sentido se ha señalado que la valoración preeminente de la identidad dinámica sobre la biológica es consecuencia del impacto que la noción de socioafectividad ha tenido en el campo del derecho filial, incluso en el ámbito de la filiación por naturaleza (148).

(145) LAMARCA I MARQUÈS, Albert, “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”, *InDret*, Barcelona, 2008, Nro. 3, pp. 1-14.

(146) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

(147) Cfr. FAMÁ, María Victoria, *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 482; SCJ Mendoza, Sala Ira., “L., C. F. por la menor A., M. G. c/ A. C. A. G. P. A. C.”, Sentencia del 12/05/2005, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2005, Nro. III, pp. 165 y ss.

(148) HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss. La autora ejemplifica su afirmación citando las sentencias de la SCBA en autos “M., J. F. c/ M., E. J. s/ filiación - impugnación de paternidad”, de fecha

Se perfila así la promoción de un sistema filial que si bien valora al dato genético como elemento central y constitutivo de una identidad basada en la verdad, no necesariamente le atribuye la generación de efectos jurídicos filiatorios. En este contexto, su eficacia queda reducida al deber de colectar y resguardar la información genética identificatoria (149). Se trata “de acceder a la verdad biológica, es decir, construir la identidad sobre la base de la certeza acerca de los lazos biológicos o de sangre, más allá de que ello implique o conlleve a una modificación en el vínculo jurídico de filiación” (150), pues “el concepto de identidad filiatoria no siempre (tendría) como correlato necesario el dato puramente biológico determinado por la procreación” (151).

A ello se contraponen quienes resaltando la naturaleza constitucional del derecho a la identidad del niño lo reconocen como eje principal a considerar cuando deben dirimirse acciones filiales postulando, entre otras medidas, la supresión de los plazos de caducidad pues se entiende que “cualquiera fuesen las motivaciones que provocaron la inacción del marido, es preferible, por mucho que haya transcurrido, el esclarecimiento de la realidad biológica, por encima del reproche que se le pueda hacer ante tal dilación” (152).

Por otra parte, la única referencia explícita que el legislador ha considerado necesaria en torno a la posesión de estado filial ha sido a efectos de

05/04/2013, y en autos “L., J. A. c/ J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad, de fecha 28/05/2014.

(149) HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss. También se puede ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, en autos “C., E. M. y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud s/ amparo Ley 16.986”, Sentencia del 29/04/2014. Se trata de un caso originado en la acción de amparo interpuesta por una pareja que, actuando por sí y en representación de sus dos hijas menores, solicitaba la creación de un registro en el que constara toda la información que poseían los centros de reproducción humana asistida y los bancos de gametos legalmente habilitados sobre la identidad de los donantes de material genético para que, tanto sus hijas nacidas por TRHA heterólogas (ovodonación) como todas las personas que se encontraran en igual situación, pudieran acceder, alcanzada la mayoría de edad, a esa información ejerciendo el derecho a conocer su identidad biológica. Para un análisis pormenorizado de la sentencia ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y ZABALETA, Daniela B., “Un fallo judicial sobre el derecho a la identidad de una niña concebida por ovodonación”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2014 (agosto), 01/08/2014, pp. 245 y ss.

(150) HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

(151) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

(152) SOLARI, Néstor, “Los plazos de caducidad en las acciones de filiación”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (marzo), 09/03/2015, pp. 3 y ss.

concederle el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no fuera desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético (cfr. art. 584). Y dado que se trata de la reproducción casi textual —cambia “nexo biológico” por “nexo genético”— de la norma ya contenida en el art. 256 del Código Civil (reformada por la ley 23.264), es claro que no ha mediado intención alguna de reconocerle una supuesta fuerza predominante frente a la realidad biológica.

Ello no implica desconocer que en determinadas situaciones particulares y extraordinarias, cuando se han consolidado relaciones afectivas sobre vínculos formales originados en circunstancias de licitud y justicia, sea más conveniente para el menor la preservación de un emplazamiento formal que carece de sostén biológico.

En cuanto al objeto del presente concierne, no cabe duda que la ficción legal de comaternidad matrimonial se contrapone al derecho a la identidad y con ello deviene en un resultado injusto. No es lo mismo la discordancia posible entre nexo biológico y filiación formal derivada de la presunción de paternidad matrimonial, dado que se sustenta en la apariencia de verdad y ésta tiene potencialidad suficiente para generar posesión de estado filial capaz de repeler un desplazamiento fundado en la realidad biológica cuando resulte más conveniente y beneficioso para el menor, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal resultantes de un emplazamiento probadamente complaciente. Diametralmente diferente es el escenario de la ficción de comaternidad matrimonial pues ante la certeza de ausencia de vínculo genético de la cual no puede seguirse apariencia alguna que justifique el vínculo jurídico formal, la evidente falsedad que guía el emplazamiento violenta las bases del régimen filial por naturaleza vulnerando derechos fundamentales, sin que sea posible oponer una posesión de estado filial basada en un emplazamiento injusto.

### iii) Derecho a la información

La disociación entre identidad biológica y vínculo jurídico filial ha tenido un efecto reduccionista que se advierte en el repliegue del derecho a la identidad al campo del acceso a la información identificatoria reveladora de la verdad biológica.

En el ámbito de la filiación por TRHA heteróloga el Código Civil y Comercial asumió una posición intermedia frente a los diversos sistemas existentes en el derecho comparado (153), regulando el derecho a la información

(153) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss. El autor lo esquematiza en cinco grupos de países aunque no expone

identificatoria, cuyo acceso aparece más restringido y requiere intervención judicial, y la no identificatoria, provista por el centro de reproducción humana asistida que intervino (art. 564). Se trata de un registro pasivo (154) cuya información sólo será brindada ante el requerimiento del legitimado de acuerdo al procedimiento indicado para cada caso (155), cuya eficacia depende de que la persona concebida por TRHA haya sido previamente informada sobre las circunstancias de su concepción.

Ahora bien, no obstante la judicialización del acceso a los datos que identifican al donante de gametos, la mera invocación del derecho a la identidad genética será razón suficientemente fundada para su habilitación (156).

No obstante que el legislador instauró la ficción de comaternidad matrimonial a sabiendas de que se contrapone a la verdad biológica, en este supuesto no previó mecanismo legal alguno tendiente a resguardar, al menos, el derecho a la información identificatoria como resabio del respeto a la identidad.

Y ello no sólo se contrapone a lo normado por los arts. 563 y 564 que en el marco de la filiación por TRHA, aunque de modo harto cuestionable, regulan el derecho a la información, sino también a las normas que garantizan al adoptado el respeto por el derecho a la identidad (art. 595, inc. b) y el derecho a conocer los orígenes (arts. 595, inc. e, y 596).

ejemplos al respecto: a) los que mantienen y conservan la figura del anonimato; b) los que no permiten acceder a la identidad pero sí a los datos médicos; c) los que permiten a los donantes de gametos de ambos sexos optar entre efectuar una donación anónima o no, y a la pareja beneficiaria, la opción entre gametos anónimos o identificables; d) los que prevén el anonimato como regla pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias conformando un sistema de anonimato relativo, y e) los que eliminaron el anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el origen genético.

(154) Se diferencia de los registros denominados activos que cuando los niños alcanzan la mayoría de edad les informan que fueron concebidos mediante TRHA con gametos de un donante habilitando el acceso a la información. Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss.

(155) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss.

(156) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss. El autor afirma que "el peso específico de este derecho en un ámbito de determinación o de colisión es tan fuerte que difícilmente puedan existir presupuestos de hecho y argumentos que puedan fundar proporcionalmente la negativa de su pleno ejercicio. Si la autodeterminación se presenta como un refugio social de la persona y es fiel a la lógica que la marca desde sus orígenes, la identidad genética como parte de la construcción biográfica de la mismidad particular no puede ser negada o eliminada".

Se advierte, una vez más, la situación desigual y desventajosa en que se encuentran los niños que al nacer han sido alcanzados por la ficción de comaternidad matrimonial a efectos del emplazamiento filial, violentándose el principio de igualdad de todos los hijos.

#### iv) Afectación del derecho a la identidad

En los casos de filiación por TRHA heteróloga la voluntad procreacional condiciona doblemente el ejercicio del derecho a la identidad. En un primer momento, se erige en fundamento del vínculo filial desplazando la verdad biológica del sustrato de la filiación formal, mas luego, transformada en voluntad de informar, supedita el conocimiento de las circunstancias de la concepción y con ello, la realización del derecho a la información. Se ha señalado que el desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano ha implicado la consolidación y autonomía del derecho a conocer los orígenes que de aquél deriva (157), sin embargo, de algún modo esto ha conllevado que la eficacia de aquél se viera reducida a los alcances atribuidos a éste.

El derecho a la identidad aparece aún más desvanecido en el ámbito delimitado por la ficción de filiación por naturaleza matrimonial en matrimonios conformados por dos mujeres, porque entonces no hay red alguna de contención capaz de resguardar la información relativa al padre biológico. En la filiación por naturaleza extramatrimonial, apenas detectada la ausencia de emplazamiento paterno, "en consonancia con el derecho a la identidad y a tener doble vínculo filial inmediatamente o lo antes posible, se regula la obligación del registro civil de comunicar al Ministerio Público esta situación para que éste procure el reconocimiento de manera extrajudicial" (art. 583) previéndose que "antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el oficial o jefe del registro civil debe citar a la madre e informarle sobre el derecho del niño a contar con vínculo paterno en respeto por el derecho a la identidad" (158), y aún si nada de ello funcionara, el Ministerio Público es dotado de legitimación suficiente para promover la respectiva acción filial.

Sin embargo, por virtud de la ficción legal instaurada en la norma del art. 566, los hijos de madres casadas con otra mujer que nazcan en ocasión de hallarse operativo aquél recurso legal quedan arbitrariamente privados y excluidos del circuito normativo tendiente a procurar la determinación y reconocimiento de la paternidad conforme la verdad biológica. Por otra parte, quedan también en desventaja frente a los niños adoptados en

(157) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, pp. 81-82.

(158) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 80.

cuanto al derecho a conocer los orígenes que la norma del art. 596 prevé en los casos de adopción.

La regulación de las TRHA heterólogas y la incorporación de los matrimonios conformados por personas del mismo sexo impactaron en la estructuración de los sistemas filiatorios, desplazando la primacía de la verdad biológica de la mano del proceso que se ha denominado de “deconstrucción de la heterobiología”. De ello resultó que se privilegiara el *favor genitoris* (protección del deseo de tener un hijo) por encima del *favor filii*, favoreciendo “el ejercicio individual de la potestad de reproducirse aislada de la consideración sobre la conveniencia para el futuro ser. El legislador (...) atiende al deseo actual e inmediato de la persona adulta que solicita una infraestructura legal y científica para alcanzar su deseo de maternidad(/paternidad)” (159).

Aun reconociendo que el concepto de identidad filiatoria no siempre tiene como correlato necesario el dato puramente biológico determinado por la procreación (160), la legislación debe procurar su concordancia y sólo ceder cuando en situaciones extraordinarias así lo exija la consideración del mejor interés del niño, independientemente de la situación personal e individual de los adultos involucrados, lo que en general dependerá de la existencia de una situación socioafectiva recíproca y consolidada sin sesgo alguno de ilicitud. (posesión de estado), cuyo mantenimiento resulte más beneficioso para el menor que el desplazamiento.

Ocurre que el derecho a la identidad “no sólo abarca la exclusión de la injerencia estatal como aspecto negativo, sino también una serie de exigencias positivas entre las que se incluye la facultad de demandar que los poderes públicos adopten medidas necesarias para conocer efectivamente aspectos fundamentales de la propia vida personal y familiar”, especialmente, cuando es el Estado quien facilita su violación contrariando normas que integran el bloque constitucional-conven- cional (161).

(159) ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes, “El derecho a la identidad en la filiación”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 163-164, citado en MARRAMA, Silvia, “Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas”, *El Derecho*, 2014, T. 258, pp. 248 y ss.

(160) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

(161) MARRAMA, Silvia, “Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas”, *El Derecho*, 2014, T. 258, pp. 248 y ss.

c) Mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación

La búsqueda de mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación (162) no debe ser entronada como un fin en sí mismo escindido de la verdad biológica, pues ello acabaría por aniquilar la causa eficiente del vínculo filial además de la enorme incertidumbre e inseguridad jurídica que generaría el establecimiento de filiaciones guiadas exclusivamente por aquellos parámetros.

Si el acceso a la prueba genética es considerado un medio preferente para alcanzar la verdad biológica de donde se derivan su importancia así como los efectos atribuidos a su negativa injustificada (163), es precisamente porque resulta significativamente más valioso al interés superior del menor que el vínculo jurídico coincida con el biológico aunque ello implique, en algunas situaciones, un período de tiempo no deseable, si bien en ocasiones necesario, para dilucidar la verdad.

Por otra parte, es dable destacar la realidad acuciante en la que se encuentran en nuestro país una enorme cantidad de niños cuyos nacimientos no han sido inscriptos. Por tal razón, “a fin de asegurar el pleno goce y ejercicio del derecho a la identidad y la identificación de las personas” se consideró “impostergable establecer una línea de acción, con carácter excepcional”, tendiente a facilitar y remover los obstáculos para la procedencia de la inscripción de nacimientos. Así, se estableció (164) por el término de un año, prorrogable por otro más, un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños de uno a doce años de edad cuyos nacimientos no hubiesen sido inscriptos a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.413 (165). La excepcionalidad del procedimiento se vio fácticamente contrastada por la gravedad de la situación dado que desde 2009 fue prorrogado ocho veces (166) ampliándose a niños recién nacidos, y personas mayores de doce años que acreditaran pertenencia a pueblos aborígenes.

Entonces, es allí donde deben estar destinadas y fortalecidas las acciones del Estado tendientes a cumplir con la normativa convencional para que todo niño que nazca en el territorio nacional sea inmediatamente

(162) Cfr. Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, art. 24.2: “todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

(163) Cfr. arts. 579, 580 y 710.

(164) Decreto 90/2009, B.O. 10/02/2009.

(165) Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, B.O. 06/10/2008.

(166) Decretos 92/10, B.O. 26/01/10; 278/11, B.O. 09/03/11; 294/12, B.O. 07/03/12; 339/13, B.O. 04/04/13; 297/14, B.O. 17/03/14; 406/15, B.O. 06/04/15; 459/16, B.O. 10/03/16; 160/17, B.O. 10/03/17.

inscripto en los registros. Es que somos parte de un Estado en el que no sólo se han omitido delimitar con claridad los parámetros que guían la determinación filial al tiempo que se ha eludido explicitar los intereses que se privilegian en la selección y predominio de tales pautas determinantes (167), sino que además ha evidenciado su ineficiencia en asegurar la inscripción de todos los nacimientos con las consecuencias negativas que de ello derivan para el ejercicio de los derechos fundamentales.

d) El principio del interés superior del niño

Según la norma del art. 706 inc. c), la decisión judicial que se dicte en un proceso en que están involucrados los niños debe tener en cuenta su interés superior.

Cuando se trata de conflictos de intereses entre padres o ascendientes y un menor que es hijo, este principio se especifica como *favor filii* y tiene “el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. (...) el principio jurídico suprallegal (...) marca la independencia conceptual del interés superior del niño respecto de toda otra persona. Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su padre y madre, sino solamente que, desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores” (168).

Al tiempo que se ha manifestado con firmeza que este interés está inescindiblemente unido a la determinación de la filiación conforme a su realidad biológica, se ha calificado con desconcierto la referencia que la norma del art. 589 hace al interés del niño como uno de los motivos pasibles de ser esgrimidos por el o la cónyuge para impugnar la filiación presumida por la ley (169).

Al respecto, se ha afirmado que la incorporación del interés superior del niño “como otra variable de peso” “para hacer o no lugar a la acción de

(167) A diferencia de la enunciación de principios que rigen la adopción (cfr. art. 595) y de los propios que regulan la responsabilidad parental (cfr. art. 639), el legislador omitió referirse a los principios rectores de la filiación.

(168) CSJN, “S., C. s/adopción”, Sentencia del 02/08/2005, Fallos: 328: 2870.

(169) GALLI FIANTI, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

impugnación” estuvo orientada a brindar espacio para “sopesar en cada conflicto cuál es la vertiente” entre la identidad estática y la dinámica que debe primar (170), explicando que podría rechazarse una acción de impugnación de la filiación si se demostrara la existencia de una posesión de estado filial forjada durante un tiempo prolongado con el padre jurídico (171).

Sin embargo, no pareciera que fuera esa la interpretación que se deriva del texto legal. La norma incluye al interés superior del niño con autonomía suficiente para que el o la cónyuge de la madre fundamente la impugnación de la filiación matrimonial y no para repelerla, sin que medie razón alguna para entender que también se comprende. En consecuencia, la operatividad del principio como criterio rector del desplazamiento estaría limitada a los casos en los que exista nexo biológico entre el progenitor presunto y el hijo, pues si el emplazamiento no se sustentara en la verdad material bastaría con invocar la ausencia de vínculo genético. Siendo así, los supuestos se reducirían a la impugnación de la paternidad matrimonial lo cual nos enfrentaría a la absurda posibilidad de que el interés superior del niño fuera esgrimido por el progenitor biológico —marido de la madre— aduciendo la ausencia de relación socio-afectiva con su propio hijo.

Por otro lado, si la realidad biológica no resulta de mayor jerarquía que la socio-afectiva que rodea al niño, y una identidad filiatoria consolidada con el tiempo (identidad dinámica) sin sustento genético (identidad estática) puede ser atendida en el mejor interés del niño, el estado filial queda revestido de notable fragilidad y se torna en fácilmente disponible mediante la construcción de vínculos afectivos.

Ello adquiere inusitada gravedad cuando la ley coopera en el trastocamiento del sistema filial creando ficciones jurídicas que a largo plazo contribuyen a generar relaciones de afecto de espaldas a la verdad.

La primacía del interés del menor así como la protección jurídica del derecho a la identidad deben ser integrales, atendidos prioritariamente desde el inicio del establecimiento filial, guiando las reglas determinantes del emplazamiento. No puede ser otra la conclusión que se derive de las normas contenidas en los tratados internacionales que resultan obligatorios ya que

(170) HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), 17/11/2014, pp. 39 y ss.

(171) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

“es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo” (172).

## V. Cambio de paradigma en el derecho filial

### A) Incidencia de las TRHA heterólogas y los matrimonios conformados por personas de mismo sexo

Una revisión de casos judiciales y reformas legislativas de las últimas décadas muestra de qué modo la irrupción de las TRHA heterólogas primero y el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo más tarde, han impactado en el derecho de familia transformando las reglas tradicionales del sistema filial (173).

Ambos factores fueron condicionantes en la desestabilización de la unificación histórica de sexo, reproducción y matrimonio generando tal incertidumbre en torno a la definición de parentalidad que la determinación de vínculos filiales se ha convertido en uno de los temas más conflictivos del derecho de familia (174).

Se fue estructurando así un nuevo modelo filial que minimizó progresivamente marcadores tradicionales como la biología, el estado matrimonial y la dualidad sexual parental. Incluso se ha fundamentado que como el biologismo había animado históricamente la regulación de la adopción basada en la idea de que lo natural en el contexto de una familia unida por vínculos biológicos era lo normal y deseable en el contexto de la adopción, el cambio de paradigma filiatorio había alcanzado también la regulación adoptiva (175).

Las diversas formas de TRHA heterólogas, incluida la maternidad subrogada, movieron a reforzar el criterio de intencionalidad expandiendo la lógica aplicable al donante anónimo de gametos a otros escenarios. Así,

(172) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 13.

(173) Cfr. NEJAIME, Douglas, “Marriage equality and the new parenthood”, *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

(174) Cfr. DEPRINCE, Michael S., “Same-Sex Marriage and Disestablishing Parentage: Reconceptualizing Legal Parenthood Through Surrogacy”, *Minnesota Law Review*, Vol. 100, pp. 797-837.

(175) Cfr. BARTHOLET, Elizabeth, “Family Bonds”, 1993, 220-21, citado en NEJAIME, Douglas, “Marriage equality and the new parenthood”, *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

del estado matrimonial se infirió una voluntad procreacional fundante del emplazamiento filial porque se consideró que la pareja casada había deliberadamente puesto el proceso procreativo en movimiento y por ello debían resultar los padres del niño.

Este enfoque influyó, como resulta lógico, en la configuración del hecho base de la presunción de paternidad matrimonial comenzando a abrirse paso la idea de que el estado de padre no surge de la probabilidad de vínculo biológico sino del vínculo matrimonial y la necesidad de proteger la unidad familiar matrimonial, de modo que no obstante haber perdido su funcionalidad originaria conservaría vigor por su utilidad para facilitar y acelerar el emplazamiento filial (176).

El reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo y los reclamos impulsados por la igualdad de efectos atribuidos al matrimonio heterosexual devinieron en comparaciones que también contribuyeron a la reformulación de las nociones de matrimonio y filiación (177). Este proceso conllevó de igual modo efectos irradiantes que traspasaron las fronteras de las familias homoparentales, facilitando la expansión de la filiación basada en la voluntad procreacional y la posesión de estado que no se limitó a las filiaciones por TRHA heterólogas, sino que abarcó a la procreación natural (178) en sistemas regulatorios que sobrevaloraron las familias por elección, atravesando estructuralmente al derecho de familia (179).

Ni siquiera en sistemas dualistas como el adoptado por el Código Civil y Comercial se ha logrado que las reglas de determinación de la filiación por naturaleza permanezcan inertes a los cambios introducidos por el uso de las TRHA heterólogas y el reconocimiento de los matrimonios entre

(176) 2013 Cal. Legis. Serv. S.B. 274, Ch. 564 (West); GROSSMAN, Joanna L., “California Allows Children to Have More Than Two Legal Parents”, *Justia*, 2013 (Oct. 15), <http://verdict.justia.com/2013/10/15/california-allows-children-two-legal-parents>, citado en KOLINSKY, Heather, “The Ties that Bind: Reevaluating the Role of Legal Presumptions of Paternity”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2014 (Fall), Vol. 48, pp. 223-276.

(177) DEPRINCE, Michael S., “Same-Sex Marriage and Disestablishing Parentage: Reconceptualizing Legal Parenthood Through Surrogacy”, *Minnesota Law Review*, Vol. 100, pp. 797-837.

(178) BALA, Nicholas y ASHBOURNE, Christine, “The Widening Concept of “Parent” in Canada: StepParents, Same-Sex Partners, & Parents by ART”, *Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L.*, 2012, Vol. 20, pp. 525-542. Se explica que en el régimen legal de Québec un hombre puede contribuir a un proyecto parental para una pareja que desea tener un hijo aportando su semen mediante inseminación artificial o procreación natural (Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c 64, art. 538.2).

(179) NEJAIME, Douglas, “Marriage equality and the new parenthood”, *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

personas del mismo sexo. Por la igualdad de efectos de los matrimonios, los conformados por personas del mismo sexo se encontrarían habilitados para exportar la fuente de la filiación por TRHA en sostenimiento del emplazamiento y así construir una identidad dinámica desligada de la verdad biológica pero que, con el tiempo, consolidada la posesión de estado filial, sería capaz de repeler la realidad genética que podría oponerse en busca del desplazamiento.

La posibilidad de reproducción sin intimidad sexual fue el puntapié para que se iniciara el proceso de desbiologización de la filiación perpetuado en las TRHA heterólogas. Desde allí se construyó la intencionalidad parental como causa fuente de la relación filial y con ella la homoparentalidad, que no fue ni más ni menos que una consecuencia lógica devenida a partir de la deconstrucción de la tradicional filiación heterobiologizada. Con ello, los cambios inducidos por la ficción de comaternidad matrimonial bajo la apariencia de extensión de la presunción de filiación matrimonial a los matrimonios conformados por personas del mismo sexo impactaron sobre los principios rectores que tradicionalmente habían estructurado el sistema filial a partir del nexo genético y la dualidad sexual parental (180). El vigor de tales cambios fue de tal magnitud que alcanzaron a la determinación de la filiación extramatrimonial y sus efectos se proyectaron más allá de las familias homoparentales. Y en el porvenir, el abandono de la regla del doble vínculo, incipientemente relativizada en el Código Civil y Comercial (181). Ya se ha advertido que el reconocimiento de la multiparentalidad será una derivación lógica de la homoparentalidad (182).

*B) Breve reseña de la experiencia estadounidense sobre los alcances de la presunción de paternidad matrimonial*

Cuando los datos científicos confrontaron la presunción legal de paternidad matrimonial los tribunales estadounidenses respondieron con tres modelos diferentes: a) el de Pensilvania (183), que entiende la paternidad como una construcción socio-legal priorizando la protección de instituciones socialmente valiosas como el matrimonio y la familia en desmedro de la realidad biológica; b) el de Massachusetts (184), que comprende la

paternidad como una cuestión estrictamente biológica atribuyéndole al dato biológico relevancia en la determinación de la paternidad y carácter dispositivo, y c) el de New York (185), que pretende reconciliar la presunción legal de paternidad matrimonial con la presunción psicológica de que es en el mejor interés del niño conocer la identidad de su padre biológico y de este modo, la prevalencia de la presunción legal o de la prueba genética que se le opone dependerá de lo que en cada caso resulte mejor al interés del menor (186).

A finales de la década del 60 tanto el estado matrimonial como el nexo biológico comenzaron a verse relegados como elementos determinantes de la atribución filial. Ocurrió que al mismo tiempo que se reivindicaba la filiación extramatrimonial sustentada en vínculos biológicos, la ley reconocía derechos parentales intramatrimoniales en ausencia de nexo biológico. Estos cambios acontecieron al ritmo impuesto por el incremento de familias ensambladas y el recurso a las TRHA heterólogas, priorizándose la posesión de estado filial por sobre la relación genética.

A comienzos de los 80 las parejas del mismo sexo que reclamaban el reconocimiento parental sostenían que, en analogía con la familia matrimonial, si la pareja actuaba como matrimonio merecían el mismo trato en igualdad de términos. Si bien la estrategia inicial fue encuadrar las uniones de personas del mismo sexo como aparentes matrimonios, luego emergió una doctrina parental que no requería del vínculo conyugal para el emplazamiento filial.

Tradicionalmente, el hijo de una mujer casada fue considerado matrimonial y el esposo de la madre presunto padre biológico, sin perjuicio de la posibilidad de que entre el esposo de la madre y el hijo no existiera nexo genético (187). En este contexto, la maternidad representaba la relación primaria parento-filial y la paternidad era conceptualizada como una derivación de la relación matrimonial de la madre. Sin embargo, la aparición en escena de la maternidad subrogada frustró este escenario obstaculizando la aplicación de la presunción matrimonial.

niño nacido de su esposa durante el matrimonio que fue concebido por otro hombre, del mismo modo que una mujer no debería estar obligada a sostener a un niño concebido por su esposo y nacido durante el matrimonio pero de otra mujer.

(185) "Vito L. v. Filomena L.", 172 A.D.2d. 648, 651 (N.Y. App. Div. 1991).

(186) KAPLAN, Diane S., "Why Truth is not a Defense in Paternity Actions", *Texas Journal of Women and the Law*, 2000, Vol. 10, pp.69-81.

(187) Las investigaciones muestran que para los hombres con niveles elevados de confianza en su paternidad —que en los estudios relevados incluyen exclusiva o principalmente casados— las tasas de inexistencia de vínculo genético con el hijo van del 1.7% al 3.3%. Cfr. ANDERSON, Kermyt G., "How Well Does Paternity Confidence Match Actual Paternity? Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates", *Current Anthropology*, 2006, Vol. 47, pp. 513-516.

(180) "Gartner v. Iowa Dep't of Pub. Health", 830 N.W.2d 335 (Iowa, 2013).

(181) Cfr. arts. 621, 2do. párr.; 624, 2do. párr., y 628.

(182) NEJAIME, Douglas, "Marriage equality and the new parenthood", *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

(183) Representado por el caso "Miscovich v. Miscovich", 688 A.2d 726 (Pa. Super. Ct., 1997), citado en KAPLAN, Diane S., "Why Truth is not a Defense in Paternity Actions", *Texas Journal of Women and the Law*, 2000, Vol. 10, pp.69-81.

(184) "K.B. v. D.B. and another", 639 N.E.2d. 725, 730 (Mass. App. Ct., 1994). El tribunal entendió que un hombre no debería tener la obligación de sostener económicamente a un

Aún en el marco de las TRHA heterólogas el matrimonio tuvo un rol importante en la determinación filial, pues como el esposo recibía el estatus legal de padre presunto por el hecho de su matrimonio con la madre del niño, aun cuando la paternidad presumida pudiera ser impugnada, el esposo no debía demostrar su fertilidad ni las relaciones sexuales con su esposa para acreditar la posibilidad de conexión biológica con el niño, bastando la prueba del matrimonio (188).

La corte de apelaciones de California (189) determinó en el caso "Buzzanca" (1998) que un esposo divorciado y su esposa eran los padres de un niño nacido por TRHA al que ninguno de los dos estaba vinculado biológica ni genéticamente. La pareja había usado donantes anónimos de gametos y una gestante subrogada, ninguno de los cuales había reclamado filiación, y se habían divorciado luego de la concepción del niño pero antes de su nacimiento. El esposo, John Buzzanca, había rechazado su responsabilidad parental fundado en que no era el padre del niño. En este caso el matrimonio sirvió para entender y reconocer legalmente la voluntad procreacional, dado que se estableció que si como esposo hubiera sido el padre legal del niño con el que no estaba vinculado biológica cuando su esposa lo hubiera dado a luz luego de una inseminación artificial, por iguales razones, los esposos debían ser los padres legales del niño al que no estaban ligados biológica y que había sido dado a luz por una madre subrogada.

Por su parte, la suprema corte de California (190) en el caso "Nicholas H." (2002) validó la parentalidad presunta de Thomas afirmando que el conocimiento de que no era el padre biológico no implicaba automáticamente refutar la presunción de filiación, dado que mediaba una fuerte relación entre Nicholas y su padre formal en tanto que no había reclamo alguno por parte del padre biológico.

Del otro lado, la presunción de paternidad matrimonial fue criticada atribuyéndole un efecto disvalioso para el padre biológico cuyos derechos constitucionales resultaban *ab initio* vulnerados por el emplazamiento filial derivado del matrimonio (191).

(188) Cfr. PALMER, Tiffany L., "The Winding Road to the Two-Dad Family: Issues Arising in Interstate Surrogacy for Gay Couples", *Rutgers J. L. & Publ. Pol.*, 2011, Vol. 8, pp. 895-916.

(189) "Marriage of Buzzanca" (72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App., 1998).

(190) Petition for Review of Decision of the Court of Appeal First Appellate District at 17, "Nicholas H.", 46 P.3d 937-938 (No. S100490).

(191) KOLINSKY, Heather, "The Ties that Bind: Reevaluating the Role of Legal Presumptions of Paternity", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2014 (Fall), Vol. 48, pp. 223-276.

La aplicación de la presunción finalmente se extendió para determinar la comaternidad de la esposa de la madre pero no porque se asumiera que estaba biológica ligada al niño, lo que en la mayoría de los casos no ocurría (192), sino por su intención de ser madre y asumir el rol materno. De tal modo, la presunción se erigió en base a un supuesto acuerdo parental deducido del matrimonio que cobraba sentido sólo como indicador de la voluntad procreacional ya que no había margen de error para la inexistencia de vínculo biológico (193).

Entonces, se cuestionó el fundamento mismo de la presunción de filiación matrimonial sustentada en un probable nexo biológico proponiendo, en cambio, la doctrina de la posesión de estado filial con la finalidad de separar el vínculo matrimonial del emplazamiento filiatorio y trasladar así el centro de la discusión de la relación entre los adultos hacia la relación padre-hijo (194). En este sentido, se sostuvo que la aplicación de la presunción de filiación matrimonial a los niños nacidos en el seno de un matrimonio entre personas del mismo sexo los beneficiaba con el establecimiento del doble vínculo filial (195).

La corte de apelaciones de California da cuenta de la adopción de la doctrina de la posesión de estado filial y la consecuente parentalidad presunta. En el caso "Karen C." (2002) sostuvo que la decisión del caso "Nicholas H." resultaba aplicable con la misma fuerza para considerar a una mujer como madre presunta (196). Se trataba de una niña que había sido entregada por sus padres recién nacida a una mujer que la había criado y pretendía que se la reconociera como madre (197). Un año más tarde, en el caso "Salvador M." (2003) reafirmó que la presunción de filiación podía extenderse a la madre no biológica (198). Se trataba de una mujer que

(192) Sin perjuicio de señalar la posibilidad de que la pareja de mujeres separara la gestación del vínculo genético de modo que una llevara adelante el embarazo del niño concebido con el óvulo aportado por la otra; o eligiera un donante relacionado genéticamente con la madre no vinculada biológica con el niño.

(193) Cfr. APPLETON, Susan Frelich, "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era", *B. U. L. Rev.*, 2006, Vol. 86, p. 227. La autora explica que cuando la presunción se extiende a las parejas del mismo sexo difiere del establecimiento filial fundado en el nexo genético produciéndose lo que podría considerarse una construcción ficticia o social.

(194) GROSSMAN, Joanna L., "The New Illegitimacy: Tying Parentage to Marital Status for Lesbian Co-Parents", *20 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.*, 2012, pp. 671-701.

(195) POLIKOFF, Nancy D., "A Mother Should Not Have To Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century", *Stan. J. C. R. & C. L.*, 2009, Vol. 5, pp. 201-247.

(196) "Karen C.", 124 Cal. Rptr. 2d 677 (Ct. App., 2002).

(197) CAL. FAM. CODE § 7611(d) (West 2014): "The presumed parent receives the child into his or her home and openly holds out the child as his or her natural child".

(198) "Salvador M.", (4 Cal. Rptr. 3d 705 (Ct. App., 2003).

había criado a su medio hermano menor como hijo después del fallecimiento de la madre.

La operatividad de la presunción de paternidad matrimonial cuando se había recurrido a las TRHA heterólogas facilitó su extensión a los matrimonios conformados por personas del mismo sexo, pues se entendió que el fundamento de la presunción ya no era el nexa biológico inexistente en ambos casos sino la voluntad procreacional y la consecuente posesión de estado filial. Sin embargo, también se destacó que las situaciones no eran idénticas ya que en un matrimonio heterosexual el certificado de nacimiento reflejaba al cónyuge varón como padre del niño sin evidenciarse la realidad biológica, situación que en cambio ocurría en las parejas de personas del mismo sexo.

Por ello, basados en que la presunción contemplaba la filiación biológica o podía ser rebatida por evidencia genética en ciertas circunstancias, algunos Estados la consideraron inaplicable al cónyuge del mismo sexo quien claramente carecía de vínculo biológico con el niño, incluso en los casos en que no había contraparte que impugnara la filiación presumida (199). Así, se afirmó que como las parejas del mismo sexo no podían concebir sus propios hijos biológicos sin la contribución de una tercera parte que aportara la célula reproductiva faltante, la equiparación con las parejas heterosexuales era imposible (200). La imposibilidad intrínseca de relación genética de al menos uno de los miembros de la pareja contravenía el propósito de la presunción matrimonial tornando su aplicación en estos supuestos en una falacia biológica.

En algunos casos, el elemento biológico también fue considerado prominente en el contexto de matrimonios heterosexuales cuando el esposo buscaba desplazar la paternidad aun cuando había mediado posesión de estado filial por un período de tiempo sustancial, permitiéndose la introducción de evidencia genética para extinguir las obligaciones parentales. No obstante, el desplazamiento de la paternidad basado en la ausencia de vínculo genético fue considerado problemático desde la perspectiva

(199) Maryland y New York. "Q.M. v. B.C.", 995 N.Y.S.2d 470, 474 (Fam. Ct., 2014). Se sostuvo que si bien la igualdad de efectos de los matrimonios suponía que los conformados por personas del mismo sexo recibieran igual trato que los de personas de diverso sexo, ello no impedía la diferenciación basada esencialmente en la biología; "Jann P. v. Jamie P.", N.Y.L.J. 1202664390754, at \*3-4 (Fam. Ct., June 30, 2014) Como no había discusión alguna sobre la circunstancia de que el peticionante no era el progenitor biológico del niño, se resolvió que la presunción no tenía aplicación.

(200) PARNESSE Jeffrey A. & TOWNSEND Zachary, "Procreative Sex and Same Sex Parents", *Geo. J. Gender & L.*, 2012, Vol. 13, pp. 591-592.

de un modelo filial que valoraba la posesión de estado filial y el superior interés del niño (201).

Desde que la Suprema Corte resolvió en *Obergefell* (202) la cuestión sobre el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio se generalizó la apertura de nuevos interrogantes acerca de su impacto en el derecho de familia y pronto proliferaron los juicios sobre presunción matrimonial, muchos de los cuales se referían a los datos consignados en los certificados de nacimiento, constitutivos de prueba filial (203).

En Arkansas las parejas del mismo sexo lograron cambiar la posición negatoria a aplicar la presunción de filiación a la cónyuge de la madre, así como la inclusión de ambos cónyuges en el certificado de nacimiento del niño concebido a través de las TRHA heterólogas (204).

En Florida, en cambio, si bien cuando la madre está casada al momento del parto, el nombre de su esposo se incluirá en el certificado de nacimiento como padre del niño concebido por TRHA heterólogas, se denegó su extensión a los matrimonios de mujeres (205).

En Iowa, los oficiales de los registros se valieron de la presunción matrimonial como fundamento para rechazar la inscripción de la madre no biológica —cónyuge de la madre biológica— en el certificado de nacimiento del niño concebido por TRHA heteróloga (206). La regulación del certificado de nacimiento incluía la presunción de filiación matrimonial

(201) BARTHOLET, Elizabeth, "Guiding Principles for Picking Parents", *Harv. Women's L. J.*, 2004, Vol. 27, p. 323. Propugna que una vez que la relación padre-hijo fue creada no debiera permitirse que fuera destruida simplemente por incompatibilidad genética.

(202) "Obergefell v. Hodges", 135 S. Ct. 2584 (2015).

(203) Muchos estados incluyen la presunción matrimonial en los estatutos filiatorios, los reportes vitales y la regulación de la inscripción de los nacimientos, mientras que otros sólo en los estatutos que regulan la parentalidad. En este sentido se pueden comparar GA. CODE ANN. § 19-7-20 (2015) (filiación), y GA. CODE ANN. § 31-10-9 (2012) (registro de nacimientos), con IND. CODE § 31-14-7-1(1)(a) (1998) (filiación).

(204) Complaint for Declaratory & Injunctive Relief at 9, "Pavan v. Smith", No. 60CV-15-3153 (Ark. Cir. Ct., July 13, 2015). Las parejas reclamaban que la negativa del estado a aplicar la presunción matrimonial solamente basada en su estatus de matrimonio entre personas del mismo sexo era en clara violación del derecho a una igual protección bajo la ley federal y la constitución estatal. La corte del circuito ordenó al estado que en los certificados de nacimiento se identificaran a ambos cónyuges como padres.

(205) Complaint & Jury Demand for Declaratory & Injunctive Relief, "Chin v. Armstrong", No. 4:15-cv-00399 (N.D. Fla., Aug. 13, 2015); Verified Petition for Dissolution of Marriage with Minor Children, In re "Marriage of Karen Lynskey-Lake & Deborah Lynskey-Lake", No. FMCE1100065 (Fla. Cir. Ct., Sept. 4, 2015).

(206) "Gartner v. Iowa Department of Public Health", 830 N.W.2d 335 (Iowa, 2013). El caso surgió después que la Suprema Corte requirió al estado que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo.

con referencia al esposo de la madre. El Estado defendió su tratamiento diferencial respecto de los matrimonios de personas del mismo sexo argumentando que el sistema de registración de nacimientos reconocía los roles biológicos y de género de la madre y el padre, fundado en el hecho biológico que el niño tiene una madre y un padre biológicos (207). De tal modo, aun cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo había sido reconocido, biología y dualidad sexual continuaron estructurando la visión estatal de la filiación.

La evolución jurisprudencial registrada en torno a los alcances de la presunción de filiación matrimonial puede resumirse en las palabras del juez Posner, quien afirmara que la función propia de la familia es criar niños y no sólo engendrarlos (208), denotando la frase una tendencia favorable al predominio de la identidad dinámica sobre la biológica a efectos de la determinación filial.

## VI. Epílogo

La receptividad normativa y jurisprudencial de un nuevo paradigma filial que postula la deconstrucción de la heterobiología no deja de sorprender cuando viene acompañada en su fundamentación de la enunciación de derechos humanos fundamentales de raigambre constitucional y convencional. Ocurre que, en general, son difíciles de compatibilizar con la mayoría de las soluciones que, en esta línea, son propugnadas legal y judicialmente.

Un claro ejemplo de ello es la norma del art. 566 del Código y Civil Comercial que recurre a una ficción legal para determinar la comaternidad matrimonial en la filiación por naturaleza. Aunque pueda resultar una obviedad, es necesario destacar que la posesión de estado filial, en el caso, surgirá con posterioridad al emplazamiento filial. Por tal razón, en el momento del nacimiento el camino se bifurca: por un lado, la voluntad procreacional de la cónyuge de la madre y, por el otro, el derecho a la identidad del niño. La ficción de comaternidad matrimonial prioriza, contradictoriamente, la voluntad procreativa en un subsistema filial regido por la verdad biológica.

Se trata de una ficción que conlleva un resultado injusto y dañoso. Se contraponen abiertamente a la regulación de la determinación de la filiación por naturaleza extramatrimonial (cfr. art. 583) vulnerando el principio

(207) "Gartner", 830 N.W.2d at 342 (second omission in original) (quoting Appellant's Final Brief & Request for Oral Argument at 35, Gartner, 830 N.W.2d 335 (June 25, 2012) (No. 12-0243)).

(208) "Baskin v. Bogan", 766 F.3d 648, 663 (7th Cir., 2014).

de igualdad de los hijos, e impide el reconocimiento paterno en violación a los derechos a la identidad y a la verdad biológica.

Fácticamente, podrían darse situaciones cuasi idénticas sólo diferenciadas por la circunstancia de que la madre se haya casado con otra mujer antes del nacimiento.

Sin matrimonio, la filiación por naturaleza será extramatrimonial y el Estado se abocará a lograr el reconocimiento paterno, incluso en contra de la voluntad de la madre. El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable (art. 587). El padre tiene el deber de reconocer y si no lo hace voluntariamente deberá afrontar determinadas consecuencias jurídicas (cfr. arts. 641, inc. e; 2281, inc. f). Se prioriza el interés del menor, coincide o no con la voluntad de los adultos. El estado filial es indisponible.

Con matrimonio, la ficción legal desplaza la filiación extramatrimonial obstruyendo la función estatal en miras a procurar un emplazamiento filial completo fundado en la verdad biológica. La previsión de la norma del art. 587 no excluye la posibilidad de reclamar otros daños causados al hijo. El reconocimiento paterno deberá primero sortear el obstáculo de la comaternidad matrimonial. Se prioriza la voluntad de los adultos, vulnerando el derecho a la identidad y a la verdad biológica del menor. El estado filial es disponible.

La norma del art. 566 en cuanto instaura una ficción legal de comaternidad matrimonial resulta inconstitucional (*de lege lata*) pues vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad y a la verdad biológica sometiendo el interés del menor al de los adultos. Se propugna su pronta derogación (*de lege ferenda*), preservando la presunción de paternidad matrimonial. ♦

# LAS MODALIDADES DE CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

POR OSVALDO FELIPE PITRAU

Sumario: I. La responsabilidad parental en el nuevo Código.- II. El cuidado personal de los hijos y sus modalidades.- III. Conclusiones.

## I. La responsabilidad parental en el nuevo Código

La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (art. 638 Código Civil y Comercial).

### 1. Cambio de denominación

El nuevo Código Civil y Comercial ha reemplazado el concepto de *autoridad paterna* o *patria potestad*, por el de *responsabilidad parental*, y éste no parece ser un simple cambio terminológico, sino que la nueva denominación se encuentra más direccionada al principio jurídico de consideración del niño como un sujeto de derecho, ya que claramente utiliza el vocablo "*responsabilidad*" en lugar de "*autoridad*" o "*potestad*" (1). Así, la nueva norma, sobre la base de la noción del niño sujeto, parece poner el acento en los deberes parentales, más que en los derechos paternos (2).

(1) PITRAU, Osvaldo F., "Alimentos para los Hijos: El Camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, autores Dras. Herrera y Graham. Ed. INFOJUS, 1° edición, pág. 389, Año 2014, hay una 2° edición actualizada del año 2015.

(2) MIZRAHI, Mauricio Luis, "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código" en Revista DFyP 2013 (abril), 01/04/2013, 21.

Esta consideración del niño como titular de derechos, a partir de la recepción de diversas normas internacionales como la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), no significa necesariamente un cambio de roles o de estructura familiar. Por el contrario, la familia necesita reforzar los lazos de solidaridad y responsabilidad desde la norma positiva, para que todos sus miembros se puedan desarrollar a partir de sus diversos roles y jerarquías. En ese sentido la doctrina ha sostenido que la supresión de la autoridad paterna o la igualdad en las relaciones familiares no son conceptos que se vinculen específicamente con el reconocimiento del niño como sujeto de derechos (3).

Si perjuicio de estas cuestiones conceptuales en relación al hijo como sujeto de derechos, ésta es solo una señal nominativa, ya que el texto del art. 638 se refiere por igual a "los deberes y derechos" de los progenitores, del mismo que lo hacía el art. 264 del Código Civil.

## 2. Los fines y principios generales de la responsabilidad parental (4)

El mencionado art. 638 enuncia los fines de la responsabilidad parental, y solo adiciona el "desarrollo" a las finalidades de "protección y formación integral" ya existentes en el Código Civil (5).

Pero quizás lo más novedoso del nuevo Código se encuentra en el art. 639 que enuncia los principios generales que rigen la responsabilidad parental: *el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.*

Estos tres principios provienen de la Convención de los Derechos del Niño, ampliamente receptada en nuestro derecho, tanto en la Constitución Nacional como en la ley 26.061.

### a) El interés superior del niño

La responsabilidad parental está destinada a satisfacer las necesidades del hijo (6), debiendo entenderse como una función que se ejerce en beneficio

(3) BORDA Guillermo J., "La Responsabilidad Parental en el proyecto de Unificación" en la Revista de Derecho Privado y Comunitario Año 2012 - 2. Proyecto de Código Civil y Comercial - I. pág. 388 Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2013.

(4) PITRAU, Osvaldo - CORDOBA, Lucila, "Lineamientos sobre los principios generales de la Responsabilidad Parental en el nuevo Código Civil y Comercial" en el Diario Familia y Sucesiones Nro. 2 del 17/10/2014. Artículo publicado en la sección doctrina en [www.dpicuatico.com](http://www.dpicuatico.com).

(5) WAGMAISTER, Adriana, "Proyecto de Código Civil Unificado. Parentesco-Alimentos-Responsabilidad Parental" en la Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, N° 6, Julio 2012, pág. 203, Ed. LA LEY.

(6) BISCARO, Beatriz, "Algunas reflexiones sobre la reforma del Código civil con relación a la patria potestad en Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el Campo del Derecho de Familia y Sucesiones" en la Revista Derecho de Familia N°52, pág. 134.

de los hijos (7) y de la familia. En este marco aparece el interés superior del niño como un principio general de la responsabilidad parental.

En ese marco, la consideración normativa del hijo como sujeto de derechos con un interés superior no significa un cambio en la estructura jerárquica de la familia que se asienta en los roles bien diferenciados de progenitores e hijos. La nueva norma sigue consagrando la autoridad de los progenitores, solo que ésta deberá ejercerse teniendo en cuenta el interés superior de los hijos y de la familia en su totalidad (8).

La ley 26.061 cuando refiere al interés superior del niño, señala en su artículo 3° que éste debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley. La doctrina también ha definido al interés superior del niño como "la plena satisfacción de sus derechos" (9).

Este principio normativo de la ley 26.061 ha sido reflejado por la Corte en algunos de sus fallos (10).

Siguiendo la línea conceptual del art. 3° de la Convención, el interés superior del niño aparece como una norma obligatoria para las instituciones públicas, las entidades privadas de bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos.

Desde nuestro punto de vista, el interés superior del niño alude a la totalidad de los derechos del niño, pero el vocablo "superior" hace referencia a una prioridad, supremacía, prevalencia, preeminencia, privilegio, que no puede soslayarse y que pone en relación jerárquica esos intereses del niño respecto de otros intereses, los de los mayores, que en el caso de confrontación resultarán "inferiores".

En este punto resulta interesante el debate sobre si esa prevalencia hace referencia a un "interés superior" vinculado a un concepto absoluto o a un "interés mejor", más relacionado a una comparación (11).

(7) KRASNOW, Adriana, "La Responsabilidad parental en el Anteproyecto de Código Civil" en El derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil en JA 2012-II-99.

(8) PITRAU, Osvaldo F., "La Responsabilidad Parental y el Régimen de Comunicación de los progenitores en el extranjero" en el DERECHO Cuaderno Jurídico Familia (EDEA), año 2014, publicado por la Editorial El Derecho, Bs. As.

(9) CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", pp. 70 y 71. en Infancia, ley y democracia en América Latina, Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), Temis Depalma, Santa Fe de Bogotá, Bs. As., 1998.

(10) SOLARI, Néstor E., "Aplicación del interés superior del niño" en fallos de la Corte Suprema en DFyP 2010 (septiembre), p. 24.

(11) MENDEZ COSTA, María Josefa, "Los Principios jurídicos en las relaciones de Familia", p. 318, Ed. Rubinzal Culzoni, 2006.

alimentos, en cuyos procedimientos usualmente no se da participación a los hijos (22). En este tipo de juicios los hijos injustamente no son parte, aun cuando pueden ver gravemente afectados sus derechos (23).

La idea de un interés superior del niño plenamente aplicable no significa degradar la autoridad familiar de los progenitores, ni sus potestades y jerarquías propias, sino que se trata de una herramienta de defensa del niño ante la posible afectación de sus derechos por parte de sus progenitores, que al separarse pueden ser injustos y tener intereses contrapuestos con sus hijos (24).

Finalmente, el moderno principio del interés superior del niño, naturalmente participa del concepto clásico de bien común familiar (25), ya que lo que es un bien para los hijos seguramente será un bien para la familia. Sin embargo, ambos bienes, del hijo y de la familia, pueden encontrarse en contradicción con intereses particulares de algunos miembros del grupo familiar que no se corresponden precisamente con el interés común, como puede ocurrir en el caso de conductas abusivas o de tipo individualista de parte de los progenitores que afectan al niño, en el marco de los juicios de divorcio, alimentos o cuidado parental.

#### b) La autonomía progresiva del hijo

La incorporación del término “desarrollo” en la definición de la responsabilidad parental del art. 638 es la recepción de una noción central de la Convención (26), pero más aún es la confirmación de un principio de

(22) CSJN 10/8/2010 en Revista Derecho de Familia 2011-III, p. 1 y ss. Con nota de ALVAREZ FERRARI, María Silvina, “Conflicto de derechos y otra vez la aplicación concreta del Interés Superior del Niño, como eje salvador”, Ed. Abeledo Perrot, 2011, pág. 7 y ss.

(23) PITRAU, Osvaldo y MASCARO, Adriana, Ponencias sobre “El derecho del niño a ser oído y la consideración del interés superior del niño en los procesos de divorcio” presentadas en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1997 organizadas en la UCA, en Buenos Aires, septiembre de 1997 y en el Congreso Mundial de Familia organizado en la Ciudad de Mendoza en el mes de octubre de 1998. Ambas ponencias resultaron aprobadas en las comisiones respectivas.

(24) UGARTE, Luis A., “Apuntes preliminares sobre la responsabilidad parental en el proyecto” en la Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, N° 6, Julio 2012, págs. 227-228, Ed. LA LEY.

(25) Sobre la concepción filosófica del Aquinate sobre el Bien Común, ver MARTINEZ BARRERA, Jorge, “El Bien Común Político según Santo Tomás de Aquino”, en la Revista de Filosofía Thémata, N° 11, año 1993, págs. 71-99. Ed. Universidad de Sevilla.

(26) Artículo 5 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

dinamismo fundamental en este particular sujeto de derechos que es el niño (27).

La máxima responsabilidad de los progenitores consiste en asegurar el desarrollo del niño, y este aspecto comprende a los otros deberes: protección y formación integral. Si un niño se desarrolla, en el sentido más amplio del concepto, todos sus derechos estarán garantizados (28).

El concepto de desarrollo del niño se encuentra explícitamente enunciado en el artículo 6° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como en nuestra ley 26.061 (29).

Y esta noción de desarrollo se encuentra especialmente asociada a la mencionada autonomía progresiva del niño, ya que a medida que el niño evolucione en sus facultades, en forma progresiva le corresponderán mayores capacidades.

De este modo, la autonomía progresiva como principio general de la responsabilidad parental significará que, a mayor desarrollo del niño, le corresponderá mayor autonomía, mayor capacidad jurídica y esto será inversamente proporcional a las facultades de representación legal que poseen los progenitores en relación con ese niño, que irán disminuyendo.

Para Cillero Bruñol, “*ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida... la infancia se concibe como “una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”* (30).

Medina destaca la importancia de introducir el concepto de capacidad progresiva en la legislación familiar (31).

En ese mismo sentido, la jurisprudencia posterior a la sanción del nuevo Código ha dicho que “*la noción de autonomía progresiva no se encuentra*

(27) DEL MAZO, Carlos Gabriel, “La Responsabilidad parental en el Proyecto en la Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Año IV, N° 6 Julio, 2012, pág. 209, Ed. LA LEY.

(28) MEDINA, Graciela, “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación” en Revista DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 15.

(29) Convención Internacional de los Derechos del Niño art 6. “*Supervivencia y desarrollo. Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo; ley 26.061, art. 7° “...El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”*.

(30) CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, Autonomía y derechos: una cuestión de principios en UNICEF- IIN, derecho a tener derechos”, Tomo IV, Montevideo, 1999. En www.iin.oea.org.

(31) MEDINA, Graciela, “Las Grandes Reformas al derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, pto. 6, publicado en www.gracielamedina.com.ar, en el año 2012.

*sujeta al estricto cumplimiento de una determinada edad cronológica, sino que, atendiendo al caso concreto, y la calidad de acto de que se trate, habrá de ameritarse el grado de madurez tanto psíquica-anímica como intelectual alcanzada por el niño, a fin de verificar, si cuenta con la cabal comprensión de la situación planteada y, en tal caso, pueda ejercer por sí los derechos que le asistan. De esta forma, el art. 639 recepta los principios por los que se rige la responsabilidad parental, a saber, el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez” (32).*

c) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta

El art. 12 de la Convención hace expresa alusión al principio de “participación”, por medio del cual se garantiza al niño, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten.

El reconocimiento del niño como sujeto de derecho significa necesariamente otorgarle la debida participación integrándolo en los procesos que conciernen a su vida y su persona.

El derecho del niño a ser escuchado significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma, a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral.

La valoración de la propia opinión del niño tiene una consideración importante en la proyección protectora de su persona. El niño o adolescente no es estrictamente una persona a la que se le imponen determinadas decisiones, hay que tomar en consideración su punto de vista.

En este punto debe destacarse que “oír al niño” no significa que él vaya a hacer un discurso adulto y comprensible para los padres o el juez, muchas veces, oír al niño significa conocer cómo se siente, si está sufriendo, si se siente solo, y esta información sobre un niño pequeño deberá obtenerse a través de un abordaje interdisciplinario que tiene el mismo valor de participación que el relato racional que pudiera articular un adolescente (33).

En este sentido, el Comité en la Observación N° 12 de 2009 ha dicho que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por

(32) CNCiv., Sala I, 08/10/2015 en RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016, 110.

(33) Comité de Derechos del Niño (ONU) *Observación General N°12* año 2009, párrafos 20-21, en [www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm](http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm).

ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

*“La plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”.*

La expresión de sentimientos puede ser considerada un juicio propio en niños muy pequeños. El niño tiene derecho constitucional a que escuchen su voz cuando esto sea posible, pero que también escuchen su corazón cuando es muy pequeño y no puede exponer su sentir a través de un discurso maduro (34).

La actitud de los progenitores, resulta muy importante en el aseguramiento de este derecho del hijo, que por su parte podrá apoyarse en el asesoramiento jurídico que le proporcione un abogado del niño.

Resulta muy importante destacar que sin perjuicio de la participación del hijo en los procesos judiciales que afecten sus derechos, el Código Civil y Comercial ha previsto la participación del hijo en forma expresa en varias de las nuevas normas.

En este sentido, podemos destacar que se señala en el art. 646 inc. c) que es un deber de los progenitores respetar el derecho del niño a ser oído y a participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos.

Del mismo modo, en el último párrafo del art. 655 se plantea la obligación de los progenitores de procurar la participación del hijo en los planes de parentalidad y en su modificación.

### 3. El derecho del niño a una familia

Todo hijo tiene derecho a una familia, y a crecer, desarrollarse y ser protegido en ella. Este es un derecho natural del niño como persona humana. Y es esencial porque va a posibilitar la concreción del resto de derechos que posee como sujeto jurídico.

De modo tal que el derecho del niño a una familia es de sustancial importancia para sostener los anteriores principios generales del art. 639.

(34) PITRAU, Osvaldo F., “Alimentos para los Hijos: El Camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, autores Dras. M. Herrera y M. Graham. Ed. INFOJUS, 1° ed., pág. 389, Año 2014, hay una 2° edición actualizada del año 2015.

Lamentablemente, el nuevo Código Civil y Comercial no enunció este derecho en forma explícita en el artículo 639, aun cuando puede deducirse de las normas que establecen la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores (arts. 638 y 641) y aquellas referidas al cuidado personal compartido del hijo como regla (arts. 648 y 649).

El nuevo art. 641 inciso b) establece una responsabilidad parental de ejercicio compartido que contribuye a que ninguno de los padres se sienta apartado, ni excluido, pero más aún tiene como finalidad que el hijo no pierda a ninguno de sus progenitores con la separación (35).

En un informe oficial del año 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce expresamente el derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma (36).

Este importante informe de la CIDH enuncia en su punto 57 que “*El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño, debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza. En el período correspondiente a los primeros años de vida del niño, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal, es particularmente importante. Coherente con el rol que la familia desempeña en la vida del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño relaciona el derecho a la familia con la realización del principio del interés superior del niño establecido en el artículo 3*” (37).

Puede decirse que la concreción efectiva de los más importantes derechos del niño depende del derecho del hijo a una familia, y de allí su vinculación con el interés superior del niño.

(35) MEDINA, Graciela, “Titularidad y Ejercicio de la responsabilidad parental. Comentario al art. 641” en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, pág. 493. Directores: RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela. Ed. La Ley, año 2014. El Código unificado cambia la regla del sistema de ejercicio unipersonal de la autoridad paterna del Código Civil en los supuestos de separación (art. 264, inc. 2 CC), que daba lugar según los Fundamentos del proyecto a una situación donde “*uno de los progenitores (por lo general la madre) se queda a cargo del hijo y al otro progenitor le queda un rol secundario y periférico; ambos roles se muestran estereotipados y rígidos (madre cuidadora-padre proveedor), que no es acorde con la compleja realidad familiar*”.

(36) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH-OEA) Informe sobre el “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas” (17/10/2013), Pto. 54.

(37) CIDH-OEA Informe sobre el “Derecho del niño y la niña a la familia...” op. cit., Pto. 57.

Este derecho del hijo forma parte del bien común familiar, por tanto, no puede ser dejado de lado por los intereses particulares de los progenitores o de otros integrantes de la familia.

Desde esta perspectiva, debe reafirmarse la aplicación del principio del interés superior del niño frente a las conductas de los progenitores que pudieran poner en peligro este derecho del hijo.

En este sentido, un *plan de parentalidad* que ha sido mal organizado o mal estructurado, aun cuando cuente con el acuerdo de ambos progenitores podría afectar el derecho del hijo a una familia.

#### 4. El derecho del hijo a una parentalidad completa y responsable

El derecho a la familia que tiene el niño se compone por dos conceptos esenciales: la *parentalidad completa* y la *parentalidad responsable* de los progenitores.

*Parentalidad completa* hace referencia al derecho del niño a tener a sus dos progenitores, mientras que *parentalidad responsable* alude a la obligación que tienen los padres de llevar a cabo dicha parentalidad completa con una comunicación y organización que resguarde los derechos del hijo (38).

En el caso de progenitores que conviven, ese derecho a la familia presenta las condiciones favorables para que se desarrolle en principio, una parentalidad completa y a la vez responsable.

En cambio, cuando los progenitores se separan, ese derecho a una familia y a una parentalidad completa y responsable se ve gravemente alterado, ya que el grupo familiar se ha disgregado o modificado.

En esta instancia de separación, el hijo sigue teniendo derecho a una *parentalidad completa*, o sea a tener a sus dos progenitores, no a uno solo de ellos.

La mejor doctrina nacional ha sostenido este principio, “*las normas legales y la disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño son claras al establecer que en principio el niño tiene derecho a que ambos padres participen en la elaboración de su plan de vida...*” (39).

(38) Nótese que este concepto de parentalidad responsable difiere de la denominada “*paternidad responsable*”, noción clásica que aparece en la Enc. *Humanae Vitae* de Paulo VI (1968) y en numerosos documentos posteriores de la Doctrina Social de la Iglesia y que se encuentra vinculada a la procreación ejercida con responsabilidad. A los efectos de evitar confusiones hemos preferido, para abordar la temática de este trabajo, utilizar la denominación “*parentalidad responsable*”.

(39) DI LELLA, Pedro, “El ejercicio de la patria potestad de padres no convivientes”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), “La familia en el nuevo derecho”. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 261/262.

Este derecho parece derivarse específicamente del artículo 646 cuando establece como deber de los progenitores en relación con el hijo: “*cuidar del hijo, convivir con él...*”

Y este deber se aplica a ambos progenitores en tanto son titulares de la responsabilidad y de su ejercicio (arts. 638 y 641).

La cuestión consistirá entonces en resolver como llevar a cabo esa obligación tan claramente expuesta de cuidar y convivir con él, si ahora los progenitores ya no conviven.

Y es allí donde surge otro derecho más específico del hijo que consiste en el derecho a una *parentalidad responsable*, que consiste en la asunción por parte de ambos padres de todos los roles parentales, distribuidos equitativamente en forma transversal a una residencia preferente o por bloques de residencia alternada, lo que requerirá que ambos se relacionen y se comuniquen debidamente entre sí, ya sea que estén juntos o separados, para asegurar esa *parentalidad completa y responsable* que el niño necesita para lograr ese desarrollo y la formación integral que es fin de la institución.

Una *parentalidad responsable* significa que ninguno de los dos progenitores se va a desentender de sus obligaciones en relación a su hijo, ya sea que convivan o se encuentren separados, se trata de una *parentalidad madura* donde los conflictos entre progenitores ceden frente al interés superior del hijo.

Por ello, hemos propuesto que en los convenios reguladores (art. 439) y en los planes de parentalidad (art. 655), acordados por los progenitores, se prevea una *cláusula específica de comunicación* entre los padres, donde ambos establezcan de qué manera se llevará a cabo la relación entre ellos.

Este derecho o principio de parentalidad completa y responsable ha sido también denominado de “*coparentalidad*”: de esta forma lo mencionan los Fundamentos (40) del Proyecto de Código Civil y Comercial, así como varios autores de la doctrina nacional (41) y algunos fallos (42). Siguiendo esta línea se ha llegado a denominar a los acuerdos entre progenitores como “*planes de coparentalidad*”.

(40) *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Título VII, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación publicado por Ed. LA LEY, año 2012, pág. 107.

(41) CATALDI, Myriam, “La noción de Coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia”, *Diario de Doctrina del 16-6-2015* en [www.nuevocodigocivil.com.ar](http://www.nuevocodigocivil.com.ar).

(42) Juz. Fam. n° 1, Mendoza, 24/02/2014, “B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia”, SJA 23/07/2014, Abeledo Perrot, N°: AR/JUR/4912/2014.

En este punto, no debe descartarse la utilización del término “*coparentalidad*”, ya que trata de resguardar el derecho del niño a tener a sus dos padres, pero pensamos que los vocablos “*parentalidad completa*” y “*parentalidad responsable*” representan de mejor manera estas dos potestades diferenciadas que surgen del derecho del niño a una familia.

Si el hijo ve afectado su derecho a la familia y no encuentra en sus padres una parentalidad completa y responsable, es muy difícil que el resto de los derechos derivados de la responsabilidad parental puedan garantizarse en la práctica.

##### 5. La separación y divorcio de los progenitores: el interés inferior del niño

En la mayoría de los casos de progenitores separados o divorciados se plantea una grave afectación jurídica al niño como sujeto.

Es importante destacar que en algunos casos de padres que conviven, también se verifica la falta de una familia verdadera, de una parentalidad completa y responsable, aun cuando en estos supuestos es muy difícil de defender a ese derecho del niño, por la falta de exteriorización jurídica o judicial.

Pero la separación o divorcio de los progenitores significa una verdadera crisis para el hijo, ya que su derecho a la familia, queda *ab initio* afectado por la no convivencia de los padres, debiendo éstos procurar el resguardo de ese derecho del hijo a partir de esos principios de parentalidad completa y responsable.

Luego de la ruptura de la convivencia de sus progenitores, el niño sigue queriendo a ambos padres de la misma forma y quiere verlos todos los días, como ocurría cuando vivían todos juntos.

El desafío del derecho es, entonces, asegurar ese derecho del niño a una parentalidad completa y responsable, que sus propios padres, enfocados en la disputa conyugal, no siempre van a tener como objetivo primordial.

Antes del nuevo Código se prefería el derecho de los padres a divorciarse por sobre el interés del niño a la máxima coparentalidad posible y a alimentos dignos y garantizados para su desarrollo. El gran número de procesos de ejecución alimentaria o de visitas proveniente de acuerdos de divorcio incumplidos demostraba que en esos procesos de divorcio no se había garantizado el derecho de los hijos (43).

(43) PITRAU, Osvaldo F., “La Responsabilidad Parental y el Regimen de Comunicación de los progenitores en el extranjero” en el *El DERECHO Cuaderno Jurídico Familia (EDFA)*, año 2014, publicado por la Editorial El Derecho, Bs. As.

El Código Civil y Comercial al legislar sobre divorcio no ha colaborado demasiado para cambiar esos antecedentes judiciales y asegurar el derecho de los hijos.

La nueva norma de divorcio no ha tenido en cuenta a los hijos: el breve proceso del art. 438 concluye sin que se hayan asegurado sus derechos y sin participación de los hijos en el juicio.

De este modo, luego de la pronta sentencia de divorcio, todo se deriva a procesos posteriores asincrónicos con la separación y con la nueva vida de los hijos. En adición a ello, incluso la ley ha previsto que hubiere podido existir un perjuicio manifiesto en alguno de los acuerdos de los cónyuges (art. 438 último párrafo), precepto normativo sumamente curioso, que debería haber motivado una norma específica que previniera e impidiera ese posible perjuicio, que significa que uno o ambos progenitores han pretendido perjudicar a sus propios hijos a través de una propuesta de acuerdo o convenio.

La nueva legislación de divorcio parece haber sido escrita sin haber tenido a la vista las mencionadas regulaciones que establecen como principio general del Código, al interés superior del niño.

A la luz de los artículos 438 y 439, y en relación con los derechos de los hijos en dichos procesos, el nuevo Código parece consagrar *el interés inferior del niño*.

Un sistema de separación y divorcio de los progenitores más apropiado al interés superior del niño, hemos propuesto ya hace unos años, estableciendo la participación de los hijos en el proceso de divorcio y tenencia, y proponiendo la suspensión de los entonces vigentes procesos de separación y divorcio, hasta tanto los cónyuges garantizaran los derechos de sus hijos (44).

El propio Comité de aplicación e interpretación de la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), en su observación N° 12, parágrafos 51 y 52, dice al respecto que *“En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por*

(44) PITRAU, Osvaldo y MASCARO, Adriana, Ponencias sobre “El derecho del niño a ser oído y la consideración del interés superior del niño en los procesos de divorcio” presentadas en las XVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL DE 1997 organizadas en la UCA, en Buenos Aires, septiembre de 1997 y en el CONGRESO MUNDIAL DE FAMILIA organizado en la Ciudad de Mendoza en el mes de octubre de 1998. Ambas ponencias resultaron aprobadas en las comisiones respectivas.

*el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al “interés superior del niño”... Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación (45).*

## II. El cuidado personal de los hijos y sus modalidades

El cuidado personal es la nueva expresión jurídica del conjunto de deberes y derechos de los progenitores derivados de la convivencia con los hijos y de su vida cotidiana (art. 648 CCyC).

El cuidado personal del hijo, término que reemplaza al de tenencia (46), consiste en la convivencia con el niño (47). Por ello, la denominación más adecuada hubiera sido la de “convivencia con el hijo” (48).

En este sentido, la convivencia hace a la sustancia misma del cuidado personal (49) y podemos afirmar que lo define y especifica como instituto jurídico.

Aun cuando los progenitores no convivan, dicho cuerpo legal persiste en plantear como regla que ambos compartan ese cuidado personal, siendo la excepción, el cuidado unilateral en cabeza de un solo progenitor (arts. 649-650 CCyC).

En los casos de separación, cada progenitor tendrá su hogar, y el niño por su parte, como ya hemos visto, tiene un derecho básico a una *parentalidad completa y responsable*, es por ello que la norma predica como regla el deber de cuidado personal compartido, aun cuando no exista convivencia de los progenitores.

Esos padres separados o divorciados deberán asumir el cumplimiento del derecho de parentalidad completa del hijo, sosteniendo el cuidado personal entre ambos, aun cuando ya no se encuentren viviendo bajo el mismo techo.

(45) Comité de Derechos del Niño (ONU) *Observación General* N°12 año 2009, parágrafos 51 y 52, en [www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm](http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm).

(46) En los Fundamentos, se señala que *“en caso de ruptura de la pareja (matrimonial o unión convivencial), el cuidado personal (término que reemplaza el de “tenencia”, criticado mayoritariamente por la doctrina) puede ser compartido (regla) o unilateral (excepción)”*.

(47) MIZRAHI, Mauricio Luis, El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código en LA LEY, 2013-C, 925.

(48) PITRAU, Osvaldo Felipe, “La Guarda de Menores” en *Revista de Derecho de Familia* N° 4, pág. 47 y ss. Año 1991. Ed. Abeledo Perrot.

(49) MIZRAHI, Mauricio L., *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Astrea, Buenos Aires, 2015, ps. 365 y 369.

El fracaso de esa responsabilidad de cuidado compartido conducirá inevitablemente al cuidado personal unipersonal, que significará para el niño un menor nivel de cobertura de ese derecho de parentalidad completa.

### 1. El cuidado personal compartido (50)

El cuidado personal de los hijos es por regla general de tipo compartido, o sea que es ejercido por ambos progenitores, aun cuando se encuentren separados como pareja o divorciados como matrimonio.

El cuidado personal compartido trae al presente al tradicional concepto de tenencia compartida, y es el sistema más beneficioso para el niño y así lo ha destacado la doctrina (51) y en particular, la reciente jurisprudencia nacional cuando ha señalado que *"permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres; evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos; el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual"* (52).

El cuidado personal compartido facilita el derecho de una parentalidad completa para el niño y en este sentido ha dicho la Cámara de Mendoza

(50) PITRAU, Osvaldo - CÓRDOBA, Lucila, "El Cuidado Personal Compartido del Hijo" en el Diario de Familia y Sucesiones Nro. 9 - 05/12/2014 en [www.dpicuatico.com](http://www.dpicuatico.com).

(51) GROSMAN, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LA LEY, 1984-B, 806"; MEDINA, Graciela y HOLLWECK, Mariana, Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares, LLBA, 2001-1434; ZALDUENDO, Martín, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY, 2006-E, 512; CHECHILE, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", J.A., 2002-III-1308; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, "Pasos jurisprudenciales (dos firmes, otro no tanto) a favor de la guarda compartida. Una visión comparativa a través del nuevo derecho español e italiano en la materia", JA, 2008- III-986; POLAKIEMICZ, Marta, "El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres", en GROSMAN, Cecilia (dir.), Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Universidad, Buenos Aires, 1998, págs. 192 y ss.

(52) CFamilia Mendoza, 01/10/2015 S., S. L. en S. y M. p/ hom. de convenio c. M., M. s/ incidente de modificación de en AR/JUR/65570/2015.

que *"la conveniencia del cuidado personal compartido debe ser analizada en cada caso concreto, ya que cuando están dadas las condiciones a los fines de su establecimiento, dicho sistema es una forma de promover la coparentalidad, con las siguientes consecuencias: a) equiparación de los padres en cuanto a la organización de su tiempo y vida personal y profesional; b) convivencia con cada uno de los ellos; c) menos problemas de lealtades; d) el hijo se beneficia con la percepción de que sus progenitores continúan siendo responsables frente a él; que existe diálogo entre ellos"* (53).

Este sistema de cuidado compartido, con diversos alcances y modalidades, encuentra su recepción en varios países de nuestro continente como México (54), Brasil (55), El Salvador (56) y Uruguay (57).

En Francia, la residencia del niño puede ser fijada en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres o bien en el domicilio de uno solo de ellos. Ante la solicitud de uno de los progenitores, o en caso de desacuerdo entre ellos sobre el modo de determinar el lugar en que habitará el niño, el juez puede ordenar a título provisorio una residencia alternada (58).

En Inglaterra, la Children Act de 1989, vigente desde 1991, regula el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental aun después del divorcio.

En España la ley 15/2005 que modificó el art. 92 del Código Civil, estableció que *"Aun cuando los padres no lo pidan, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del niño"* (inc. 8°) (59).

(53) CFamilia Mendoza, 01/10/2015 S., S. L. en S. y M. p/ hom. de convenio c. M., M. s/ incidente de modificación de en AR/JUR/65570/2015.

(54) Código Civil Mexicano, "deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres" (art. 283).

(55) La ley brasileña 11.698 del 13/06/2008, instituyó la "guarda compartida" en el Código Civil brasileiro y modificó el art. 1584 de dicho ordenamiento, que ahora dispone que *"... Cuando no haya acuerdo entre la madre y el padre, la guarda del hijo será aplicada, siempre que sea posible, la guarda compartida"*.

(56) Código de Familia del Salvador, "el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, serán de responsabilidad de ambos cónyuges" y que éstos deben prestarse cooperación y ayuda, para el desempeño de actividades lícitas, emprender estudios o perfeccionar conocimientos (art. 39).

(57) Código Civil uruguayo "Las convenciones que celebren los cónyuges y las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos anteriores, sólo podrán recaer válidamente sobre la tenencia de los hijos, que podrán ser confiados a uno, a ambos cónyuges o a un tercero o repartida entre ellos..." (art. 177).

(58) Code Civil art. 373-2-9.

(59) Las legislaciones locales españolas son mucho más determinantes a la hora de establecer que el cuidado compartido del hijo es la regla tras la separación de los padres. Ley de Aragón 2/2010; la Ley 25/2010 que reforma el libro segundo del Código Civil de Cataluña

También en Italia luego de la sanción de la ley n° 54 del 8/02/2006 sobre *“Disposiciones en materia de separación de los padres y cuidado compartido del hijo”*, que reformó el art. 155 del Código Civil, se establece que: *“Aún en caso de separación personal de los progenitores... La potestad paterna es ejercitada por ambos progenitores...”*.

## 2. Las modalidades del cuidado personal compartido

La norma propone dos posibilidades de cuidado personal compartido: la modalidad *alternada* y la modalidad *indistinta*.

### a. El cuidado personal compartido alternado

Esta opción supone que el hijo convive un tiempo con cada uno de los progenitores.

Si bien la norma no profundiza demasiado sobre esta modalidad, podemos presumir que se trata de una convivencia de cada progenitor con su hijo durante períodos temporales equivalentes, aun cuando no sean exactamente similares, esos segmentos temporales deben guardar un equilibrio razonable.

El cuidado personal compartido alternado parece una modalidad adecuada ya que resguarda el derecho del niño a tener a los dos progenitores de una forma muy directa y equitativa, ya que ambos tienen la posibilidad de convivir con el niño en todo el rango de posibilidades cotidianas.

La convivencia del hijo con cada uno de sus progenitores, por ejemplo, una semana entera o una quincena completa, evita las diferencias típicas que se producen entre el progenitor periférico de días festivos y el otro más central que convive con el niño solo los días de estudio y trabajo.

En el esquema clásico, el progenitor de fines de semana tiene tiempo completo para estar con el niño y éste no debe ir al jardín o a la escuela durante esos dos días, por tanto, ambos vivirán plenamente momentos de gran libertad y pocas responsabilidades. El propio progenitor de fin de semana, conector del tiempo acotado que le corresponde para estar con su hijo, dotará de la mayor intensidad posible esas horas de encuentro.

En cambio, el progenitor que convive con el niño los días de trabajo y de estudio será aquel que deba poner límites y recordar obligaciones al hijo,

(ver art. 233-8), por la Ley Foral 3/2011 de Navarra sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (art. 3), y por la Ley 5/2011 de Valencia de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (art. 3).

y a su vez, como en esos días, el progenitor además trabaja y el niño estudia, el tiempo efectivo para compartir será también muy limitado.

La repetición reiterada de este esquema de relación tradicional entre hijo y padres separados ha derivado en lo que se ha denominado *Síndrome Disney*, en referencia al mundo que vive el niño los fines de semana con su padre y que lo coloca en un mundo de fantasía y desconexión con la realidad cotidiana que deberá enfrentar el día lunes usualmente con su madre.

La modalidad alternada es la mejor modalidad para superar esas limitaciones del régimen tradicional que planteaba esa dialéctica entre progenitor que ostentaba la tenencia y aquel que tenía un régimen de visitas.

Esta modalidad mereció la recepción en numerosos fallos previos al Código Civil y Comercial (60) y en particular en un reciente fallo muy interesante, que utiliza esta figura, a partir de los denominados “bloques de residencia” en el caso de progenitores que se encuentran en distintos países (61).

La jurisprudencia ha notado que esta modalidad compartida alternada es semejante a la denominada tenencia compartida del régimen anterior: *“El cuidado personal compartido alternado es el equivalente a lo que se conocía bajo el imperio del antiguo código tradicionalmente como “tenencia compartida” Y el “cuidado personal compartido alternado” se comprueba —cualquiera sea la designación— si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso (p. ej., los fines de semana), sino también la atención del niño en sus actividades diarias. No cabe duda de que los casos típicos de esta clase de cuidado se presentan cuando los padres se atribuyen la custodia personal del hijo, por ejemplo, dividiendo por mitades cada semana, o si se asigna el total de ésta (o un mes completo), alternativamente a cada uno”* (62).

(60) CNCiv., sala G, 29/09/2014, “R. L. N. G. C/ N. W. A. C. s/ Tenencia de hijos”, eDial.com - AA8B4F.

(61) Juzgado Nacional Civil N° 92 - 03/06/2016 Sentencia firme “G. C. F. c/ F. C. R. s/ incidente familia”. *“Del resultado de las dos entrevistas personales mantenidas con C. se desprende el afecto y cercanía que siente por ambos progenitores. Ello, sumado a la circunstancia de que sus dos referentes afectivos residen en distintos países, me permite afirmar —en coincidencia con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces— que la solución que mejor se ajusta al interés de la niña es el otorgamiento del cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada”* “El interés superior de C. queda satisfecho con la atribución del cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada, debiendo alternarse la residencia de la niña entre la Argentina y el Reino Unido, con cada uno de sus progenitores y según el ciclo lectivo”.

(62) CFamilia Mendoza, 01/10/2015, “S., S. L. en S. y M. p/ hom. de convenio c. M., M. s/ incidente de modificación de” en AR/JUR/65570/2015.

En el mismo sentido se ha dicho que “*el cuidado personal alternado se asemeja claramente a la tradicional “tenencia compartida” en cuanto distribuye entre los progenitores el tiempo de permanencia del hijo/a sin requerir la norma de cuánto tiempo se trate, ni que sea de la misma cantidad de días, pero se distingue del indistinto en que no reside de manera “principal” en uno de los hogares*” (63).

El art. 650 no exige, para que exista cuidado personal compartido alternado, que el hijo pase períodos iguales con cada progenitor, pues el tiempo (en que el niño estará con uno u otro) será “*según la organización y posibilidades de la familia*”, como reza la disposición. Sin perjuicio de ello, alguna equivalencia se deberá requerir pues, si claramente el hijo se halla el tiempo principal con un progenitor y, consecuentemente, un “*tiempo secundario*” con el otro, la figura no sería ya la referida sino lo que el Proyecto denomina cuidado personal compartido indistinto (64) o según pensamos podría derivar directamente en alguna forma de cuidado unipersonal.

Tal como lo hemos visto, la doctrina se había expresado mayoritariamente a favor de la denominada tenencia compartida (65), y del mismo existían numerosos fallos que la receptaban (66), por lo que esta modalidad seguramente también contará con esos apoyos.

El principal aspecto negativo que ya poseía la tenencia compartida y ahora puede presentar esta modalidad alternada está relacionado con la duplicación de hogares que tendrá el niño, que lo llevará a organizar *dos centros de vida* distintos y a veces muy diferentes en sus características materiales y afectivas.

Estas cuestiones habían llevado a parte de la doctrina a expresarse en contra de la tenencia compartida en el anterior régimen, al afirmar que

(63) PELLEGRINI, María Victoria, su comentario al art. 651 en “Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, t. II, pág. 499, Infojus, Bs. As., 2015.

(64) MIZRAHI, Mauricio Luis, “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”, publicado en: LA LEY 20/05/2013, LA LEY 2013-C, 925.

(65) GROSMAN, Cecilia, “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, L.L., Tº 1984-B, p. 806; MEDINA, Graciela y HOLLWECK, Mariana, Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares, LLBA, 2001-1434; FAMÁ, Victoria Nuevamente en tela de juicio los acuerdos sobre tenencia compartida, Derecho de Familia, nº 25, p. 190; ALLES MONASTERO, Ana M., “Patria Potestad. El superior interés del niño y la tenencia compartida”, ED 185-103.

(66) CNCiv., sala F, 23/10/1987, LL 1989-A-95, con nota de BARBERO, Omar, “Padres que dejan de convivir pero acuerdan seguir coejerciendo la patria potestad: lesión al orden público”; CN Civ., sala D, 21/11/1995, LL 1996-D-678; CNCiv., sala J, 24/11/1998, JA 1999-IV-603, LL 1999-D-477, con nota de BÍSCARO, Beatriz, “Tenencia compartida. Una decisión acertada”.

priva a los hijos de la necesaria estabilidad personal ya que tienen un hogar en dos sitios distintos, y que estimula, además, una suerte de competencia entre los padres para complacerlos durante el período que pasan con ellos; que la educación y formación del carácter, para ser exitosa, requieren unidad de criterio en la dirección y ello se desvirtúa cuando los niños pasan de mano en mano, cambiando hábitos de vida, de relaciones; que constituye un factor disociante, de dispersión del proceso de formación del niño, pudiendo afectar la seguridad indispensable en la cual se deben desenvolver los menores en una etapa de la vida que es fundamental para lograr una sana personalidad (67).

Una posición intermedia acepta excepcionalmente la tenencia compartida cuando las partes están de acuerdo y no resulte perjudicial al interés de los niños; o cuando los mismos han adquirido la madurez suficiente teniendo en cuenta la edad y las especiales circunstancias del caso (68).

Una cuestión interesante a resolver en el marco de esta modalidad consiste en determinar cuál es el tipo de comunicación que debe tener el niño durante el lapso de convivencia con uno de los progenitores, en relación con el otro.

Pensamos en este punto, que la comunicación con el progenitor temporalmente no conviviente debe existir y de ser posible, debiera ser fluida y cotidiana, siempre sin quebrar el esquema convivencial alternado planteado, que le permita al padre o madre conviviente desarrollar el cuidado personal en forma completa, mientras se encuentra el hijo en su casa y allí es donde deberá plantearse en forma efectiva la existencia de una parentalidad responsable.

#### b. El cuidado personal compartido indistinto

En este caso, ambos progenitores comparten decisiones y se distribuyen las labores parentales de modo equitativo, aun cuando en esta modalidad el hijo vive con uno de sus padres en forma principal.

La principal diferencia que ostenta este régimen con el anterior consiste en que el hijo convive principalmente con uno de sus padres y allí es donde conforma su *centro de vida* primario.

Desde el plano conceptual, parece una modalidad también muy adecuada donde los progenitores transversalmente se distribuyen tareas y funciones relacionadas con sus hijos.

(67) MAZZINGHI, Jorge Adolfo, “Derecho de Familia”, t. III, p. 294, Ed. Abaco, Bs. As. 1996; VIDAL TAQUINI, Carlos, “Matrimonio Civil”, p. 466, Ed. Astrea, Bs. As., 1991.

(68) MIZRAHI, Mauricio, “Familia, matrimonio y divorcio”, p. 418, Ed. Astrea, Bs. As. 1998.

Por ello en los Fundamentos al Proyecto de Código Civil y Comercial se destacaba este modelo como aquel “*que respeta mejor el derecho constitucional del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño), reafirmandose el principio de coparentalidad*” (69).

En el Código Civil y Comercial esta modalidad indistinta es la preferida, sin perjuicio de los beneficios de la modalidad alternada que antes expresamos.

Así, en diversos artículos se plantea una preferencia por el sistema indistinto que es casi mandatoria para el juez: “...*el juez, a pedido de uno o de ambos progenitores, o de oficio debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido indistinto...*” (art. 651); “*Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar un régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta...*” (art. 656).

Desde la perspectiva del interés superior del niño, esa preferencia legal aparece demasiado determinante en un marco cultural donde aún no es costumbre la asignación explícita de roles parentales, y cuando además existe una práctica jurídica que conduce a establecer esa dualidad tradicional de “*residencia-tenencia*” por un lado y “*comunicación-visitas*” por otro.

Por ello quizás hubiera sido más conveniente que el juez o los progenitores decidan cuál es la modalidad más beneficiosa para el interés del hijo, sin ninguna indicación legal prevaleciente.

Pero lo que en realidad causa mayor preocupación es que la modalidad indistinta, tan loable y adecuada, pero que se configura con la residencia del niño con uno de sus padres, termine convirtiéndose en la práctica de los planes de parentalidad, en un *régimen de cuidado personal unilateral con un régimen de comunicación con el progenitor no conviviente*, sin que nunca se expliciten en esos planes una asignación de labores parentales o se expresen decisiones a tomar en forma compartida (70).

(69) *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* Título VII, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación publicado por Ed. LA LEY año 2012 pag.107. Ver también MIGUEZ de BRUNO, María Soledad, “Deberes y Derechos sobre el cuidado de los Hijos comentarios a los arts.650-652 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, t. II, págs. 518-526. Directores: RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, Ed. La Ley; Año 2014.

(70) PITRAU, Osvaldo F., “Necesidad de asignación de labores y roles parentales en la modalidad indistinta de cuidado personal compartido de los hijos en el Diario Familia y Sucesiones”, Nro. 85 - 23.09.2015 en el sitio de DERECHO PÚBLICO INTEGRAL [www.dpicu-antico.com](http://www.dpicu-antico.com) en la sección Doctrina. Año 2015.

De este modo, la *excepción legal (cuidado personal unilateral)* resultaría en los hechos, muy semejante a la *regla o modalidad preferida (cuidado personal compartido indistinto)*.

En el caso de no establecer roles y labores parentales distribuidos en forma equilibrada entre ambos padres no se cumpliría con lo que establece la norma para esta modalidad y estaríamos entonces frente a un esquema de “*tenencia y visitas*” típico que no reflejará la existencia un cuidado personal compartido.

El texto legal de la modalidad indistinta dice: “...*ambos progenitores comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado*” (art. 650 CCyC) por lo que podemos concluir que primero *resulta necesario definir y asignar esas labores parentales*.

c. La necesidad de definir y asignar labores parentales en la modalidad indistinta

Para que el derecho de parentalidad del hijo se haga efectivo en este tipo de modalidad indistinta es necesario que en los *planes de parentalidad* se establezca formal y expresamente la distribución de labores entre los progenitores y que existan decisiones compartidas, para no caer en el esquema tradicional de nuestra cultura jurídica de “*un progenitor que ejerce la tenencia y el otro progenitor que visita al hijo*”.

La mayoría de los planes de parentalidad que se observan en los tribunales contienen un error de inicio en la denominación de la modalidad elegida, ya que se autotitulan como modalidad de “*cuidado personal compartido indistinto*” y en ninguna de las cláusulas incorporan los roles, tareas a asignar, ni las decisiones compartidas a llevar a cabo.

Por esta razón, es necesario que los planes de parentalidad se adecuen al art. 650 mencionado y superen el esquema clásico de determinación de horarios y días de visita o de comunicación, distribución de días festivos, vacaciones y cumpleaños, para centrarse en cambio en el inciso b) del art. 655 que, dentro de la enumeración de los contenidos del plan, refiere a “*responsabilidades que cada uno asume*”.

Si en los planes de parentalidad homologados en los casos de modalidad indistinta no se refleja la distribución de labores o roles parentales en forma expresa, no se va a concretar el objetivo de esta norma y la preferencia legal por esta modalidad, no tendrá sentido y será contraria al interés del niño, ya que no se podrá asegurar su derecho a la parentalidad completa y responsable, y finalmente este modelo terminará convirtiéndose en un sistema de cuidado unilateral con régimen de comunicación, modalidad que plantea una parentalidad parcial, mucho más atenuada, a veces casi inexistente de parte del progenitor no conviviente.

La necesidad de establecer una asignación de roles parentales para la modalidad indistinta será la única manera de diferenciarla del sistema unilateral y de asegurar la parentalidad completa y responsable en el marco de este modelo.

Otro yerro muy común en los planes de parentalidad denominados de cuidado personal compartido indistinto es la inclusión de un régimen de comunicación o visitas del estilo tradicional de dos días y medio por semana.

Quizás la confusión provenga de la propia norma, cuando en el inciso d) de ese mismo artículo 655 se requiere que el plan contenga un "*régimen de relación y comunicación con el hijo cuándo éste reside con el otro progenitor*". En este punto pensamos que este acápite se refiere especialmente a planes del modelo unilateral o quizás del modelo compartido alternado, pues pensamos que el régimen de comunicación no es necesario en la modalidad compartida indistinta, sino que la comunicación se define con la asignación de labores parentales y la toma de decisión en común en forma transversal a la residencia principal o a la visita.

Es por ello que el art. 652 dice que "*en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo*". Resulta claro que este texto se refiere al supuesto del cuidado unilateral, no al cuidado compartido que se encuentra en cabeza de ambos progenitores. En el supuesto de cuidado compartido indistinto, la comunicación se encuentra garantizada a través de la toma de decisiones conjunta y de la mencionada asignación equitativa de roles parentales.

Por ello, si bien en la modalidad indistinta el niño reside principalmente con uno de los progenitores, con el otro progenitor *no tendrá stricto sensu un régimen de comunicación tradicional como la visita*, sino que los padres se habrán distribuido en forma equitativa labores y roles parentales en forma transversal, superando cualitativamente al clásico sistema dual de "*residencia con un progenitor + régimen de comunicación o visita del progenitor que no convive*".

En esta modalidad indistinta la comunicación con el hijo no surge necesariamente de un régimen de visitas, que no será central al esquema y hasta podrá no existir en forma explícita, sino del propio desempeño de los roles parentales asignados de parte del progenitor no conviviente.

En la modalidad compartida alternada, en cambio, la norma se focaliza en la residencia del hijo con cada uno de los dos padres y no existe una expresa asignación de labores, porque el hijo convive un tiempo con cada progenitor y se supone que en ese período éste asume todos los roles parentales.

En conclusión, en el régimen compartido indistinto la norma menciona expresamente la toma de decisiones y la asignación de tareas por parte de ambos progenitores y esta condición es fundamental y definitiva para poder diferenciar esta modalidad de cuidado compartido del régimen de cuidado unilateral a cargo de un solo progenitor con un régimen de comunicación para el no conviviente.

d. La modalidad de cuidado personal compartido indistinto y los planes de parentalidad

En el marco de esta modalidad compartida indistinta, en la redacción de los planes de parentalidad se deberán enumerar en forma expresa las labores asignadas a cada uno de los padres.

La asignación expresa de las labores y roles que cada uno de los progenitores asume en los planes de parentalidad requerirá, en principio, de un *trabajo de identificación, enumeración y definición conceptual de esas funciones*, para luego pasar a la tarea de adjudicación de esos roles a cada progenitor.

Esto significará un cambio en nuestra cultura jurídica de redacción de convenios parentales. Sólo pensemos en la identificación e inclusión en el plan de medio centenar de labores parentales básicas, como para comenzar a darle forma a este modelo.

A la elaboración de ese listado de tareas le seguirá la etapa de *distribución de esas labores parentales en cabeza de cada uno de los progenitores o de ambos*.

Luego, en una tercera etapa habrá que definir qué decisiones tomará cada progenitor en relación con el niño, y cómo se tomarán esas decisiones.

En esta modalidad tenemos *dos progenitores activos siempre actuando y tomando decisiones en cada momento*, no existen períodos de desconexión con el hijo, como puede ocurrir en la modalidad alternada o en el cuidado unilateral.

Pero estas importantes características deben quedar plasmadas en el plan de parentalidad.

Un aspecto novedoso, que pensamos es esencial, y la reforma del Código no ha incluido es la *clausula de comunicación entre los progenitores*.

En esta disposición convencional los padres deben expresar que esquema de comunicación entre ellos van a implementar. El abordaje de esta cuestión en el convenio debiera ser obligatoria para su homologación

judicial, ya que si los progenitores no pueden establecer un régimen de comunicación entre ellos sería ilusorio pensar que van a cumplir sus obligaciones en relación con sus hijos.

En este punto es importante destacar, que como ya lo hemos mencionado, los progenitores deben procurar la participación de los hijos en la confección del plan de parentalidad (art. 655).

Finalmente, en una última etapa de preparación del plan, luego de definir y asignar los roles, la tarea y las decisiones, habrá que verificar si ambos progenitores pueden *asumir conjuntamente varias de esas labores y decisiones parentales*, pues entonces esto significará que el hijo verá todavía más fortalecido su derecho a tener una parentalidad completa y responsable, aun cuando sus progenitores ya no vivan juntos y él resida con uno solo de ellos.

### 3. El cuidado personal unilateral

El cuidado personal unilateral o unipersonal es la excepción a la regla del cuidado compartido. La norma reserva esta figura a supuestos muy especiales, donde deben presentarse los presupuestos que plantea el art. 653.

En este sentido, para configurar esta figura, el juez deberá ponderar la prioridad para el progenitor que facilita el derecho del niño a mantener trato regular con el otro, la edad y opinión del hijo, el mantenimiento de la situación preexistente y respeto del centro de vida del hijo.

En el cuidado personal unilateral el niño vive con uno de sus progenitores, mientras que el no conviviente mantiene una comunicación adecuada y fluida con el hijo.

La jurisprudencia se ha pronunciado en los casos de cuidado unipersonal, sosteniendo que la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional, establece en su artículo 9, que los Estados partes deberán respetar el derecho del niño a mantener una comunicación adecuada con su progenitor no conviviente. Los actuales artículos 652 y 555 del Código Civil y Comercial protegen este derecho y ponen a cargo del órgano jurisdiccional establecer —ante la ausencia de acuerdo— el régimen de comunicación que sea más conveniente al interés superior del menor según las circunstancias (71).

(71) CNCiv., Sala H, 21/11/2016. Expte. N° 14673-2014 - “Incidente N° 1 - Actor: M., P. M. y otro Demandado: Z. F., A. R. s/ Art. 250 C.P.C - incidente familia” en el Dial AA9B92.

El artículo 652 del C.C. y C. concretamente dispone que *“en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”*.

La comunicación entre el padre o la madre y su hijo, es decir la posibilidad de relacionarse y mantener trato y relación entre ellos, constituye, desde la perspectiva de los primeros, un deber paternal o maternal de interés y atención, y respecto del hijo un deber filiar de ver y comunicarse con sus padres. Cumplir con ese deber, en definitiva, comporta el ejercicio de una función familiar. Consiste en mantener el contacto personal entre unos y otros, de la manera más fecunda posible, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. El objeto es que el lazo biológico y lo formal del emplazamiento que significa el vínculo se traduzca en la vida real, es decir, que sea efectivo y eficaz, para lo cual debe procurarse el mayor acercamiento entre ambos (72).

Esta figura excepcional no presenta las mejores condiciones para que el hijo pueda asegurar su derecho a una parentalidad completa y responsable, por lo que su otorgamiento judicial deberá estar limitado a aquellos supuestos en los que resulta imposible establecer alguna de las modalidades de cuidado personal compartido.

### III. Conclusiones

1. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que tienen los progenitores en relación con sus hijos, que son sujetos jurídicos que poseen un interés superior, un derecho al desarrollo y a ser oídos y participar en los procesos que afectan sus intereses.

2. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a una familia, donde desarrollarse y asegurar sus derechos, de allí se deriva su derecho a una parentalidad completa y responsable.

3. La parentalidad completa y responsable es el derecho del hijo a tener a sus dos progenitores y a que ellos lleven a cabo su función conjuntamente y de forma beneficiosa para el niño.

4. El principio general del interés superior del niño plantea actualmente un problema de falta de aplicación concreta en los casos en que se presenta una controversia de intereses con los progenitores, como puede ocurrir en algunos de los juicios más comunes como los de divorcio, alimentos y cuidado personal.

(72) MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos”, Ed. Astrea, 2015, pág. 528.

5. En los nuevos procesos de divorcio y sus convenios reguladores parecen plantear el interés inferior del niño, frente a los derechos de los progenitores a resolver su situación conyugal.

6. El cuidado personal del hijo consiste básicamente en la convivencia y comunicación con él. El nuevo código establece la regla del cuidado personal compartido, con lo que se pretende sustentar una *parentalidad completa*, ya que ambos progenitores deben hacerse cargo del cuidado personal de su hijo.

7. El cuidado personal compartido se presenta con dos modalidades: alternada e indistinta, que pondrán a prueba la comunicación y organización de los progenitores entre sí para asegurar a los hijos su derecho a una *parentalidad responsable*.

8. El cuidado personal compartido alternado presenta grandes similitudes con la tradicional tenencia compartida y resulta un sistema adecuado para que el hijo asegure su derecho a una parentalidad completa, ya que el hijo convive con ambos progenitores por períodos de tiempo equivalentes.

9. El cuidado personal compartido indistinto es la regla preferida por la norma y plantea una modalidad innovadora con un sistema de convivencia principal con uno de los progenitores, toma de decisiones en cabeza de ambos y asignación de labores, tareas y roles para ambos progenitores.

10. En el sistema de cuidado personal indistinto *no necesariamente deberá existir un régimen de comunicación basado en las visitas tradicionales*, ya que la comunicación adecuada y fluida con el hijo se producirá al desempeñar el progenitor no conviviente, los roles y labores parentales asignadas y al tomar las decisiones conjuntamente con el progenitor conviviente.

11. Los planes de parentalidad que planteen el cuidado personal con modalidad compartida indistinta deberán incorporar *un listado de roles y labores parentales*, así como su adjudicación a cada uno de los progenitores.

12. Para garantizar una parentalidad responsable, en cualquiera de las modalidades que se decida adoptar, los planes de parentalidad deberán incluir *cláusulas con un régimen de comunicación entre ambos progenitores*.

13. El cuidado personal unilateral es excepcional y plantea un esquema básico de *parentalidad parcial* para el hijo, que podrá suplirse con un adecuado *régimen de comunicación* con el progenitor que no tiene el cuidado personal de su hijo. ♦

## MEDIDAS PROVISIONALES RELATIVAS A LAS PERSONAS, A TOMAR AL COMIENZO DEL JUICIO DE DIVORCIO, O ANTES EN CASO DE URGENCIA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

Sumario: I. Las normas vigentes.- II. Antecedentes de las medidas provisionales.- III. Dichas medidas se enumeran en cinco incisos.- IV. Continuación en el uso o reintegro a la vivienda familiar.- V. Fundamento y relevancia de la atribución del hogar a uno de los esposos.- VI. Para atribuir el hogar a uno de los cónyuges, debe tratarse de una situación de gravedad.- VII. Vía procesal para decidir la atribución a uno de los cónyuges. Necesidad de oír a ambos esposos.- VIII. Criterios aplicables para decidir sobre la atribución del hogar a uno de los esposos, y la consiguiente exclusión del otro.- IX. Con respecto a la caducidad de la medida en determinado supuesto.- X. Provisoriedad de la medida.- XI. Exclusión en el supuesto de violencia familiar.- XII. Debe practicarse inventario de los bienes muebles, y determinarse los bienes que retira el cónyuge excluido.- XIII. La fijación de una renta es facultad del juez.- XIV. La disposición debió haber sido más amplia.- XV. Con respecto a la fijación de alimentos.- XVI. En cuanto al cuidado de los hijos.- XVII. Alimentos a favor del cónyuge, decretados como medida provisional.- XVIII. Pautas para la fijación de los alimentos provisorios.- XIX. Improcedencia de la previa discusión de la validez del vínculo.- XX. Fecha desde la cual deben ser liquidados los alimentos.- XXI. Incremento o disminución y cesación de los alimentos provisionales.

### I. Las normas vigentes

Siguiendo en parte las pautas establecidas en el artículo 231 del Código Civil, en el artículos 721 del nuevo Código, ubicados en el Título VIII, Capítulo 4 (medidas provisionales) del Libro Segundo, se enumeran en una forma no taxativa las medidas provisionales (que también se aplican a las acciones de nulidad de matrimonio) que el juez puede tomar luego de deducida la acción de divorcio o antes en caso de urgencia para regular las relaciones personales entre los cónyuges como con los hijos.

Seguidamente analizaremos dichas normas, sin perjuicio de lo cual debemos señalar que en el supuesto de que en el juicio de divorcio se hiciera lugar a alguna de esas medidas, y luego de iniciada la acción, ésta se desistiera, la o las medidas que se hubieran decretado deben quedar sin efecto, pues su razón de ser consiste, precisamente, en la tramitación entre los cónyuges de una acción como la referida (1). Por el mismo motivo, igual solución debe aplicarse cuando la demanda de divorcio es rechazada (2).

### II. Antecedentes de las medidas provisionales

Como inmediato antecedente de las medidas provisionales a tomar en los juicios de divorcio o de nulidad de matrimonio, el artículo 231 del Código Civil, con la reforma de la ley 23.515, establecía que “deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quién corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge o a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio. En el ejercicio de la acción de alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca”.

Antes de ello, el artículo 68 de la ley 2393 —modificado por la ley 17.711 (3)— disponía que “deducida la acción de divorcio o antes de ella en caso de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, determinar a quién corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien le correspondiere recibirlos y a los hijos,

(1) CNCiv., Sala C, L.L., 1984-B-98.

(2) Conf. VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Matrimonio Civil. Ley 23.515”, Buenos Aires, 1991, págs. 773 y 774.

(3) De la modificación resultó la posibilidad de que (además de a los hijos) no sólo se fijen alimentos a favor de la mujer, sino también del marido.

como también las expensas necesarias para el juicio de divorcio” (4). La fuente de dicho artículo 68 fue el artículo 205 de la primitiva redacción del Código Civil —tomado del art. 1388 del Esboço de Freitas—, el cual establecía que “puesta la acción de divorcio, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez, a instancia de parte, decretar la separación personal de los casados y depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción (5); determinar el cuidado de los hijos, con arreglo a las disposiciones de este Código, y los alimentos que han de prestarse a la mujer y a los hijos que no quedaren en poder del padre, como también las expensas necesarias a la mujer para el juicio de divorcio” (6).

El artículo 205 del Código de Vélez fue interpretado —ciertamente en forma forzada, pero con el objeto de lograr una solución de mayor equidad— en el sentido de que también permitía la permanencia de la mujer en el hogar conyugal y el retiro del esposo (7). Ello, no obstante que de dicha norma resultaba claramente que la que debía retirarse del hogar —y ser depositada en “casa honesta”— era únicamente la mujer. Aunque, claro está, la expresión *depósito* que utiliza la norma, debía ser entendida en un sentido distinto al meramente jurídico o gramatical, como resulta de los diversos fallos que hicieron aplicación de la norma (8), admitiéndose

(4) En los 80 años que transcurrieron entre las leyes 2393 y 17.711 hubo varios intentos de reforma del art. 68, debiendo recordar al respecto el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto del año 1936, y el Anteproyecto de 1954, en todos los cuales se establecía la facultad del juez de ordenar que fuera el marido el que abandonara el hogar, permitiendo, de tal manera, la permanencia en el mismo de la esposa.

(5) El depósito de la mujer en casa honesta constituía un procedimiento que no se encontraba limitado a los supuestos de acciones de divorcio, sino que también era antiguamente utilizado en nuestro país para algún otro caso, como cuando el padre de la novia se oponía al matrimonio que quería contraer la hija; si ello ocurría, ya sea esta última o el novio solicitaban a la autoridad eclesiástica —encargada en ese entonces de dirimir este tipo de cuestiones—, que se la depositara en casa honesta, generalmente el domicilio de un pariente de la novia, para poder ésta expresar su consentimiento matrimonial con entera libertad, evitando de tal forma las presiones a que se prestaba el temor reverencial con respecto al padre. Remitimos a lo expresado al respecto por MOLINA, Raúl A., en su libro *La Familia Porteña en los siglos XVII y XVIII. Historia de los Divorcios en el Período Hispánico*, Buenos Aires, 1991, págs. 126 y sigs., donde relata varios casos de esa especie ocurridos en nuestro país en el siglo XVII.

(6) La norma resultaba de la situación de incapacidad relativa de hecho que en ese entonces tenía la mujer casada (art. 55, inc. 2º, Código Civil, derogado por la ley 17.711).

(7) CNCiv., Sala A, LA LEY, 78-187; ídem, Sala B, LA LEY, 78-406; ídem id., E.D., 4-601; ídem, Sala C, LA LEY, 64-10; ídem id., LA LEY, 73-159; ídem id., LA LEY, 75-42; ídem id., L.L., 83-278; ídem, Sala D, LA LEY, 73-698; ídem id., J.A., 1955-IV-423; ídem, Sala F, LA LEY, 101-994. Ver asimismo sobre el tema, entre muchos otros, ZANNONI, Eduardo A., “La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio”, J.A., 1976-III-691 y sigs., III; CORNEJO, Raúl J., “Depósito de la mujer en el propio domicilio conyugal”, LA LEY, 62-770.

(8) Cornejo afirma que, en realidad el término depósito equivale a residencia, pues se trata de una autorización que se concede a la mujer para residir en un lugar distinto al del marido, por lo que la medida no entraña el nombramiento de un depositario para la mujer;

que fuera la mujer —cuando dejaba el hogar— la que, en principio y salvo algún supuesto de excepción, determinaba el lugar en el que residiría, que inclusive podía llegar a ser —de acuerdo con las circunstancias— fuera de los límites de su jurisdicción (9).

#### A) MEDIDAS PARA REGULAR LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES Y LOS HIJOS

##### III. Dichas medidas se enumeran en cinco incisos

En el artículo 721 se enumeran en cinco incisos las medidas provisionales que, como recién señalamos, puede disponer el juez al comienzo del juicio o antes, en caso de urgencia. A nuestro juicio, la enumeración efectuada en dicha norma no es taxativa (10), pudiendo el juez decretar cualquier otra medida que le parezca eficaz en la situación conflictiva existente entre los esposos, como puede ser, por ejemplo y tal como más adelante veremos, el reintegro de uno de los esposos al hogar.

La primera de las medidas enunciadas se refiere a la continuación de uno de los cónyuges en el uso de la vivienda familiar, y los bienes que el otro esposo puede retirar de dicho inmueble.

##### A.1) medida provisional de la atribución del uso de la vivienda

#### IV. Continuación en el uso o reintegro a la vivienda familiar

En el inciso a) de la norma recién citada se dispone que el juez *puede especialmente: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál*

dicho autor recuerda, no obstante, dos antiguos fallos que resolvieron lo contrario (CORNEJO, Raúl J., "Depósito de la mujer en el propio domicilio conyugal", cit., LA LEY, 62-770, II). Julio Chiappini también critica el término depósito, y afirma que el giro más adecuado podría haber sido el de "designación de residencia" ("La demanda de exclusión del hogar", J.A., 1992-IV-717, II). Conf. con la crítica, entre otros, PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, Buenos Aires, 2006, t. II, pág. 1088, n° 800.

(9) Ver sobre esto ZANNONI, Eduardo A., "La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio", cit., J.A., 1976-III, págs. 691 y 692, III. En ese sentido se resolvió que la limitación establecida por el artículo 68 de la ley 2393 respecto de la ubicación territorial del domicilio donde habrá de residir la esposa mientras dure su depósito, no constituye una norma de orden público, absoluta e insalvable, que prohíba acordar un remedio adecuado a situaciones de hecho que de otro modo serían insolubles, habiendo la *ratio legis* de esa limitación perdido actualidad frente a la virtual intermediación que hoy comportan la comunicación y el transporte, y frente a la tendencia —al tiempo del fallo— de equiparar la posición jurídica de los cónyuges (en el caso, ante la carencia de vivienda en la jurisdicción del juzgado, la esposa y su hijo de 5 años fueron a residir a la casa de la madre de aquélla, ubicada en otra jurisdicción): CCiv. y Com. Rosario, Sala I, J.A., 1963-II-281, con nota aprobatoria de GUASTAVINO, Elías P., "Residencia de la esposa desde la separación judicial provisoria".

(10) Conf., FERREYRA de DE LA RUA, Angelina, "El procedimiento de familia en el Proyecto", LA LEY, 2012-D-731, V.

*de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble.* Queda claro que el hecho de disponer cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, significa la exclusión del otro esposo.

Suele ser habitual que cuando uno de los esposos inicia una acción de divorcio, se requiera la exclusión del otro del hogar conyugal (11), como también ocurre el pedido de reintegro del demandante al hogar, circunstancia esta última que si bien en la práctica no es demasiado habitual que se produzca, hay ocasiones en las que ello efectivamente se decide de esa manera, con fundamento en la conveniencia de esa solución en el caso particular (12). El pedido de exclusión puede ser efectuado en cualquier etapa del juicio de divorcio, y aun con anterioridad a su iniciación, como también luego de ser dictada la sentencia, en tanto y en cuanto la acción de divorcio no hubiera sido rechazada (13). No obstante, en contra de esto último se ha decidido que la cuestión no puede ser resuelta luego del dictado de la sentencia (14). Para la procedencia del pedido de exclusión se ha requerido que exista cohabitación entre los cónyuges, pues de lo contrario, se sostuvo, no corresponde resolver al respecto (15).

Por supuesto que no necesariamente debe el juez decretar la exclusión, lo cual es así ya sea porque entiende que ello no es necesario, o porque

(11) La exclusión del hogar constituye una situación distinta al derecho que tiene cualquiera de los esposos a solicitar al juez que lo releve del deber de convivencia al que alude el artículo 431 del Código Civil y Comercial, cuando la misma ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de los esposos, de ambos o de los hijos; aunque lo cierto es que dado la eliminación en el nuevo Código del juzgamiento de la culpa en el divorcio, dicha situación sólo tiene una relevancia secundaria, como podría ocurrir con relación al reclamo de una indemnización con fundamento en el artículo 1738 de dicha normativa.

(12) Entre otros, CNCiv., Sala C, LA LEY, 1997-F-324, donde se resolvió que corresponde el reintegro al hogar cuando el esposo prueba que tuvo razones para dejarlo en vísperas de promover la demanda de separación o de divorcio. No obstante que el artículo 68 de la ley 2393 —con su reforma de la ley 17.711— no contemplaba la posibilidad por parte del juez de poder ordenar el reintegro al hogar de uno de los esposos al hogar —y por lo general, la consiguiente exclusión del otro—, nuestros tribunales interpretaron que tenía la facultad de hacerlo (CNCiv., Sala F, E.D., 54-375, sum. 22). Véase al respecto, GARBINO, Guillermo R., "Exclusión del hogar conyugal", en Enciclopedia de Derecho de Familia, dirigida por Carlos A.R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, T. II, Buenos Aires, 1992, pág. 142, 6; AZPIRI, Jorge O., Derecho de familia, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, pág. 209. Para una reseña de las opiniones doctrinarias y de la evolución jurisprudencial con relación al contenido del art. 68 de la ley 2393, remitimos a lo expresado al respecto por el autor recién citado en la nota "Exclusión del hogar conyugal", E.D., 39-1157; y por DUTTO, Ricardo, Demanda de Exclusión del Hogar, Rosario, 1993, págs. 19 y sigs.

(13) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, pág. 511, nro. 580; CNCiv., Sala C, J.A., 1957-III-502.

(14) CNCiv., Sala D, LA LEY, 83-504.

(15) CNCiv., Sala K, LA LEY, 1997-B-508.

ninguno de los cónyuges lo ha solicitado, aunque lo cierto es que el juez tiene la facultad de decretar dicha medida si lo considera conveniente, no siendo óbice a ello el hecho de que ninguno de los esposos lo haya requerido (16). Muchas veces deberá el juez, al momento de decidir, poner en la balanza, por un lado, la conveniencia de la exclusión —para lo cual deberá darle prioridad, en primer lugar, al interés de los hijos y luego al de los esposos— y, por el otro, la dificultad o hasta la imposibilidad que podría existir de conseguir otra vivienda digna por parte del cónyuge al que se quiere excluir del hogar.

Si bien nada se establece al respecto en el artículo 721, lo cierto es que de la misma manera que el juez puede disponer la *exclusión* de uno de los esposos, también puede ordenar —ciertamente que en forma excepcional— la exclusión de ambos cónyuges del hogar, lo que podría llegar a ocurrir, por ejemplo, cuando ninguno de ellos se encuentra capacitado para hacerse cargo del cuidado de los hijos, que el juez puede otorgar a un tercero —generalmente, un pariente—, que se queda habitando con los menores en el domicilio conyugal (17). Puede, asimismo, resolverse que los dos esposos continúen conviviendo en el hogar, lo que puede ocurrir cuando las circunstancias no son de gravedad, no existen riesgos de agresiones entre ellos y la vivienda tiene la suficiente amplitud como para que ambos esposos puedan vivir en lugares más o menos independientes (18).

Queremos, asimismo, recordar la 2ª parte del inciso 1º del artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone que son deberes de los jueces en la providencia que ordena el traslado de la demanda, fijar *una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de averirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal*. Dicha norma, que ha sido calificada de *atinada* por Eduardo Sirkin (19), y que sin duda constituyó un paso positivo con relación a los acuerdos a los que pueden arribar las partes en los procesos de divorcio, puede afirmarse que de alguna manera ha sido sustituida por la audiencia

(16) Dutto entiende, en cambio, que tanto la exclusión del hogar como el reintegro constituyen medidas que no pueden ser resueltas de oficio sino únicamente a pedido de parte interesada (Demanda de Exclusión del Hogar, cit., págs. 28 y 29).

(17) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", Buenos Aires, 1995, págs. 230 y 231.

(18) CNCiv., Sala A, LA LEY, 127-1135; ídem, Sala D, LA LEY, 1984-C-384. Conf., PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. II, pág. 1090, n° 800.

(19) SIRKIN, H. Eduardo, "Exclusión/atribución del hogar en divorcios y violencia familiar", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, marzo-abril 2008, n° 39, págs. 107 y sig.

a la que deben ser convocados los cónyuges, referida en el artículo 438 del Código Civil y Comercial.

### V. Fundamento y relevancia de la atribución del hogar a uno de los esposos

Con la atribución del hogar a uno de los cónyuges se busca tratar de evitar las consecuencias nefastas que podría traer aparejado el hecho de continuar ambos esposos viviendo en el mismo domicilio durante la tramitación del juicio de divorcio, las cuales podrían afectarlos tanto a ellos mismos, como también a los hijos, debido a las inevitables tensiones de todo tipo que por lo general resultan de un juicio de esa naturaleza (20).

López del Carril se refiere al hablar del fundamento de la exclusión del hogar, entre otras cuestiones, al interés de los hijos y a la conservación de la personalidad moral de la mujer, así como a la necesidad de evitar la producción de hechos irreparables entre los esposos (21). A su vez, Vidal Taquini pone el acento en la violencia moral que podría traer aparejada la convivencia durante el juicio, además de la peligrosidad que podría implicar para alguno de los esposos, generalmente para el más débil (22).

### VI. Para atribuir el hogar a uno de los cónyuges debe tratarse de una situación de gravedad

No obstante lo ya expresado en el sentido de la necesidad de tratar de evitar las consecuencias nefastas a las que podría dar lugar la convivencia de los esposos durante la tramitación del juicio, parece razonable afirmar que para decidir en favor de la atribución a uno de los cónyuges del hogar, y la consiguiente exclusión del otro, debe tratarse de una situación grave (23), pues de no ser así no resulta conveniente desarraigar a uno de los cónyuges del lugar en el que habita, en el que generalmente convive con sus hijos, los cuales, por otra parte, para un mejor desarrollo de su personalidad necesitan de la presencia tanto paterna como materna.

Julio Chiappini dice que la medida de exclusión debe ser decretada por excepción y con criterio restrictivo, y sólo cuando los riesgos físicos o psíquicos

(20) Conf., KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", cit., págs. 227 y 228; DUTTO, Ricardo, "Demanda de Exclusión del Hogar", cit., pág. 35.

(21) Régimen del Matrimonio. Separación Personal y Divorcio. Ley 23.515, Buenos Aires, 1989, págs. 273 y 274, nro. 227.

(22) Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 769.

(23) Conf. GARBINO, Guillermo R., "Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, pág. 147, 10, a); VIDAL TAQUINI, Carlos H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 769.

en el núcleo familiar sean de entidad, no bastando la hostilidad, sino que es necesaria la belicosidad, aunque sea simplemente potencial (24).

Debe existir una situación de tirantez suficientemente marcada como para tornar intolerable la convivencia, con peligro físico o psíquico ya sea para los cónyuges o los hijos, habiéndose resuelto durante la vigencia del Código Civil —decisión que no compartimos— que la sola existencia de un juicio de divorcio contencioso es suficiente para la exclusión, debido a que el hecho de haber los esposos elegido esa vía para dirimir sus conflictos resulta suficientemente demostrativa de la existencia de situaciones agresivas entre ellos (25).

Se ha resuelto, asimismo, que procede la exclusión del marido del hogar si el inmueble de que se trata no presenta características tales que permitan suponer que ambas partes puedan habitarlo con la independencia compatible con la necesidad de evitar, si no la violencia física, al menos la de orden moral, durante el desarrollo del proceso de divorcio, no debiendo agregarse a la discordia familiar, un nuevo factor que acentúe el deterioro de las ya alteradas relaciones del matrimonio (26). Siguiendo esa pauta, se ha decidido que si la amplitud y comodidad del domicilio conyugal permite una razonable separación e independencia, debe evitarse, mientras dure el juicio, la exclusión de cualquiera de los cónyuges (27). En sentido análogo, se ha resuelto que si las pruebas que fundamentan el pedido de exclusión del marido del hogar conyugal son subjetivas, dudosas o insuficientes, y además, el inmueble sede del hogar cuenta con características tales como para permitir la independencia de las partes, no debe decretarse la exclusión, habiéndose asimismo tenido en cuenta en el caso, que la misma repercutía en forma negativa sobre la hija menor (28).

Kemelmajer de Carlucci (29) ha sostenido que, además de la iniciación del juicio de divorcio, la exclusión requiere la existencia de elementos de juicio que, objetivamente considerados, revelen una convivencia conflictiva, no obstante la somera apreciación que la naturaleza provisional de la cuestión impone (30); por ello —agrega— la exclusión debe evitarse cuando no median causas graves y la amplitud y comodidad del domicilio conyugal permite una aceptable separación e independencia.

(24) CHIAPPINI, Julio, "La demanda de exclusión del hogar", cit., J.A., 1992-IV-720.

(25) CNCiv., Sala A., E.D., 52-313; ídem, Sala E., E.D., 92-207.

(26) CNCiv., Sala D, LA LEY, 1985-C-648, 36.888-S.

(27) CNCiv., Sala E, LA LEY, 1984-C-384.

(28) CNCiv., Sala K, LA LEY, 1992-C-313.

(29) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección Jurídica de la Vivienda Familiar, cit., pág. 228.

(30) Conf., CNCiv., Sala G, LA LEY, 1988-B-3; ídem id., LA LEY, 1984-B-222.

En el sentido de la procedencia de la exclusión, se ha resuelto que la promoción de una demanda de divorcio donde se formulan graves imputaciones al demandado respecto de su conducta violenta y agresiva, que diera lugar a una denuncia de la cónyuge en sede policial y posteriormente a la formación del pertinente sumario penal, así como las propias manifestaciones del marido en dicha oportunidad, permiten presumir una situación de tirantez o aun de violencia moral, que hace aconsejable el alejamiento de este último del hogar conyugal (31).

### VII. Vía procesal para decidir la atribución a uno de los cónyuges. Necesidad de oír a ambos esposos

En primer lugar, cabe señalar que salvo casos muy especiales de urgencia —la cual, no obstante, debe ser acreditada en forma irrefutable, aunque sea por vía sumarísima—, no se puede atribuir la vivienda familiar a uno de los esposos, y excluirlo al otro, sin haber oído a este último, pues de otra manera se lesionaría el derecho de la defensa en juicio, de rango constitucional (art. 18, CN) (32). En igual sentido, Perrino afirma que no obstante el carácter provisorio de la medida, no es lo más conveniente excluir a uno de los esposos del hogar *in audita parte*, pues ello constituye, dice dicho autor, "una nueva sumatoria de resentimientos a los conflictos ya existentes" (33).

En un fallo dictado por la Sala D de la Cámara Nacional Civil se resolvió que no podía procederse *in audita parte* para disponer una exclusión del hogar conyugal sin grave riesgo de lesión al derecho de defensa en juicio, habida cuenta de que el juez no debe limitarse a oír a una de las partes en asuntos que conciernen directa y exclusivamente a ambas, pues no es posible en derecho, por puro arbitrio, otorgar crédito a las afirmaciones de uno de los litigantes previas a la inauguración del debate, si no media alguna situación cuya comprobación por dicha vía sea impostergradable (34).

(31) CNCiv., Sala F, LA LEY, 1984-B-222.

(32) CNCiv., Sala A, LA LEY, 78-59; ídem id., E.D., 34-251; ídem, Sala B, LA LEY, 1993-A-36; ídem id., LA LEY, 1988-D-337; ídem, Sala C, LA LEY, 139-794, 24.265-S; ídem id., LA LEY, 1983-D-582; ídem id., E.D., 31-550; ídem, Sala D, E.D., 94-393; ídem id., LA LEY, 108-921, 8371-S; ídem, Sala E, LA LEY, 1985-D-4; ídem, Sala F, LA LEY, 1986-E-596; ídem id., LA LEY, 1978-A-34; ídem id., LA LEY, 118-885; ídem id., E.D., 74-537; ídem id., E.D., 78-388. Conf. BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., cit., t. I, págs. 509 y 510, nro. 578. En el fallo de la CNCiv., Sala B, E.D., 92-207, se dejó a salvo el supuesto de que existiesen circunstancias graves y una prueba irrefutable de las que resultara —en razón de existir un peligro en la demora— la necesidad de decretar la inmediata exclusión del hogar, caso en el cual no se requeriría la intervención del esposo cuya exclusión se demanda.

(33) PERRINO, Jorge Oscar, "Derecho de Familia", cit., t. II, pág. 1095, n° 803.

(34) LA LEY, 1981-D-194.

Como dijimos, sólo se puede decretar la exclusión sin audiencia del otro cónyuge en circunstancias excepcionales, graves y concretas, con pruebas irrefutables, en que el mantenimiento de la convivencia pudiera ocasionar peligro (35). En un caso resuelto por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil, se decidió la exclusión del hogar del marido, contra el cual se habían efectuado imputaciones gravísimas en la demanda del juicio de divorcio, las cuales, según entendió el tribunal, hacían presumir una situación de tirantez, o aun de violencia, que aconsejaba el alejamiento del mismo del hogar (36).

La necesidad de oír al otro cónyuge hace, a nuestro juicio, al más elemental derecho de defensa, por lo que el pedido de exclusión debe, en principio y tal como más arriba señalamos, tramitar como incidente —con la salvedad de que el pedido se hubiera efectuado antes de la iniciación de la demanda, en cuyo caso debe tramitar por el procedimiento sumarísimo—, en el cual se le debe dar intervención al demandado. Mazzinghi afirma que, en principio, no parece aconsejable abrir la cuestión a prueba, debido a que demoraría la sustanciación, debiendo el pedido de exclusión tener una respuesta inmediata; a pesar de lo cual —agrega—, el juez podría fijar plazos especiales y adoptar medidas que eviten la desnaturalización del proceso (37). Naturalmente que el hecho de que en los incidentes las partes tengan el derecho de ofrecer y producir prueba no significa que el juez no pueda resolverlo sin necesidad de producir la prueba, lo cual debe ser así si lo considerara innecesario en razón del contenido de los escritos de las partes, o de la irrelevante prueba ofrecida (38).

Lagomarsino y Uriarte piensan que la vía procesal que corresponde es la de los incidentes, lo que fundamentan en la ausencia de previsiones expresas en la entonces vigente ley 23.515, así como en la disposición del artículo 175 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece que toda cuestión que se relacione con el objeto principal del pleito y no se halle sometida a un procedimiento especial se tramitará en pieza separada, en la forma prevista para los incidentes (39). Mazzinghi,

(35) CNCiv., Sala F, LA LEY, 1978-A-34; idem id., LA LEY, 1986-E-595. Conf., AZPIRI, Jorge O., Derecho de familia, 2ª ed., cit., pág. 209.

(36) E.D., 92-207.

(37) MAZZINGHI, Jorge A., "Tratado de Derecho de Familia", 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 3, págs. 140 y 141, parágr. 545.

(38) Conf. LAGOMARSINO, Carlos A. R. - URIARTE, Jorge A., "Separación Personal y Divorcio", Buenos Aires, 1991, pág. 323, nro. 177; y "Juicio de Divorcio", 2ª ed., Buenos Aires, 1993, pág. 117, nro. 40; CNCiv., Sala C, LA LEY, 139-794; idem id., LA LEY, 1984-B-472, 36.613-S; ídem, Sala E, E.D., 92-207; ídem id., LA LEY, 1988-D-348; ídem, Sala F, LA LEY, 1978-A-34.

(39) LAGOMARSINO, Carlos A. R. - URIARTE, Jorge A., "Juicio de Divorcio", cit., págs. 114 y 115, donde afirman que no corresponde recurrir al procedimiento del juicio sumarísimo,

en cambio, no está de acuerdo en imprimir al pedido de exclusión el procedimiento de los incidentes, debido al prolongado tiempo que —según afirma— es necesario para la sustanciación, agregando, no obstante, que el juez debe oír a ambas partes, lo que puede hacer en la audiencia que ordena el artículo 34, inciso 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (40).

Se ha dicho, por otra parte, que no pueden formularse reglas absolutas con relación al procedimiento, siendo las circunstancias de hecho las que decidirán la cuestión; aunque —se ha afirmado— existe coincidencia en que debe armonizarse la celeridad procesal con el derecho de defensa en juicio, lo que ha llevado, como antes se señaló, a que se haya considerado necesaria la audiencia del demandado, salvo que existieran causas gravísimas, supuesto en el cual puede la medida decretarse *in audita parte* (41). Asimismo, hay quienes, como Chiappini, que efectúan una distinción consistente en el hecho de si la pretensión fue previa al pleito principal, supuesto en el cual dicho autor afirma que la misma debe tramitar como medida cautelar, o si, en cambio, el pedido de exclusión del hogar se efectúa junto con la iniciación de la acción de divorcio, caso en el cual —afirma— debe tramitar como incidente, contingencia aislada en el juicio (42). Ésa es, también, la opinión de Ricardo Dutto (43).

No obstante lo hasta aquí expresado, se ha resuelto que, dada la especialísima índole de las cuestiones que se suscitan con relación a la exclusión del hogar, en materia de derecho de familia no corresponde —siempre que no se haga tabla rasa de disposiciones de orden público— tomar una actitud excesivamente ritualista, a riesgo de desvirtuar el carácter urgente de la decisión requerida, cuando la situación presenta visos de seriedad, con suficiente respaldo de verosimilitud (44). Es siguiendo esas pautas que se ha decretado la exclusión del esposo del hogar conyugal sin previo traslado al afectado, cuando del memorial de apelación resulta que al

del art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que constituye una norma de excepción que contempla supuestos atinentes a la acción de amparo contra los actos de los particulares, y que por ser de excepción, debe ser interpretada en forma restrictiva. Conf., de los mismos autores, "Cuestiones procesales sobre el pedido de atribución del hogar conyugal", LA LEY, 1986-B-808, 14; CNCiv., Sala F, LA LEY, 1978-A-34.

(40) MAZZINGHI, Jorge A., "Tratado de Derecho de Familia", 4ª ed., cit., t. 3, págs. 140 y 141, parágr. 545.

(41) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", cit., págs. 248 y 249. Conf. CNCiv., Sala B, LA LEY, 1993-A-36; idem, LA LEY, 1988-D-348.

(42) CHIAPPINI, Julio, "La demanda de exclusión del hogar", cit., J.A., 1992-IV-719, IV.

(43) DUTTO, Ricardo, "Demanda de Exclusión del Hogar", cit., págs. 50 y sigs.

(44) CNCiv., Sala D, LA LEY, 1985-C-648. 36.888-S.

marido le era posible recurrir a otra vivienda y que la mujer convivía con los hijos (45).

Quienes sostienen que la exclusión del hogar debe ser resuelta como si fuera una medida cautelar, afirman que la misma deba ser decidida sin audiencia de la otra parte, por aplicación del artículo 198 del Código-Procesal Civil y Comercial de la Nación (46). Martínez Álvarez afirma, en cambio, que sólo cuando median razones de incuestionable urgencia podría darse al pedido de exclusión del hogar el trámite de las medidas cautelares, que se dictan *in audita parte*; pero no siendo ese supuesto de excepción, el trámite que corresponde es —agrega dicho autor— el de los incidentes (art. 175 y sigs. de dicho Código), lo cual implica darle intervención al otro esposo antes del dictado de la resolución (47).

Se ha decretado la exclusión sin audiencia de la otra parte, alegando que se trataba de casos urgentes y considerando la cuestión como si constituyera una medida cautelar, en situaciones en que —según se sostuvo— se hubiera llegado a la misma solución por otras vías; recordamos en tal sentido un supuesto en que se decretó la exclusión de la esposa que poseía un inmueble al que se había trasladado, siendo el inmueble en el que se hallaba el hogar de carácter propio del marido (48). Asimismo, se ha decidido que la resolución como medida precautoria del pedido de atribución del hogar conyugal resulta implícitamente contemplada entre las medidas cautelares genéricas previstas en el artículo 232 del Código

(45) CNCiv., Sala B, LA LEY, 1988-D-337.

(46) ZANNONI, Eduardo A., "La exclusión de uno de los cónyuges del hogar durante el juicio de divorcio o separación personal es medida cautelar", LA LEY, 1988-D-348; conf., del mismo autor, Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. II, pág. 191, parágr. 775, donde sostiene que la medida queda implícita, en el Código Procesal, entre las llamadas medidas cautelares genéricas o innominadas, siendo aplicables las normas del procedimiento cautelar regulado en los arts. 195 y sigs. del Código cit., en cuanto fueren congruentes al fin que persigue la medida. Conf. con el hecho de considerar la exclusión del hogar como una medida cautelar, DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El retiro del marido del domicilio conyugal como medida subsiguiente a la demanda de divorcio", J.A., 1947-I-116, 5; CNCiv., Sala C, LA LEY, 1984-B-472, 36.613-S (se justificó no dar intervención a la otra parte, por el hecho de que el clima de tensión por el que atravesaban las partes afectaba al hijo menor); ídem, Sala E, E.D., 92-207; ídem id., LA LEY, 1978-A-34; ídem id., LA LEY, 1984-B-222; ídem id., LA LEY, 1988-D-348, con la nota recién citada de Zannoni; ídem, Sala F, LA LEY, 1986-E-596; ídem, Sala G, LA LEY, 1988-D-348; ídem, Sala K, LA LEY, 1997-B-508; ídem, Sala I, LA LEY, 1995-D-111, con nota favorable de ARABITO, José Luis, "Divorcio. Exclusión del hogar conyugal".

(47) "Juicios de divorcio y de separación personal", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. II, pág. 576, XVI.

(48) CNCiv., Sala E, LA LEY, 1988-D-347, con nota aprobatoria cit. de ZANNONI, Eduardo A., "La exclusión de uno de los cónyuges del hogar durante el juicio de divorcio o separación personal es medida cautelar".

Procesal (49). Inclusive se ha sostenido que, no obstante el carácter de medida cautelar de la exclusión del hogar, no resulta necesario la exigencia de una contracautela, en razón de que el juez obra en función de preceptos legales del derecho de fondo que lo autorizan a atribuir la vivienda a uno de los esposos en ocasión del proceso (50).

La ley 11.173 ha agregado al Código Procesal de la provincia de Buenos Aires el artículo 237 *bis*, que establece que el juez puede disponer la exclusión o el reintegro de alguno de los cónyuges al hogar conyugal como medida cautelar, salvo cuando ello hubiera sido requerido como pretensión de fondo de la demanda de divorcio o de separación personal, supuesto en el cual debe tramitar por las normas del proceso sumarísimo.

Reiteramos que no compartimos la solución de considerar la exclusión del hogar como una medida cautelar, debido a la necesidad antes puesta de relieve —con fundamento en el derecho de defensa en juicio— de dar al otro esposo la oportunidad de ser oído (51). Zannoni, por el contrario, considera que ese derecho no se ve violentado por el hecho de decretarse la exclusión del hogar sin audiencia del esposo excluido, por tratarse de medidas provisionales, susceptibles de modificación y de recurso (52). El argumento no nos resulta convincente, pues una vez efectivizada la exclusión del hogar, en los hechos no es usual dar marcha atrás, en especial por el tiempo que transcurre desde la exclusión hasta que se resuelve la apelación, y por la inconveniencia de efectuar cambios continuos en esta materia; sobre esto último debe además tenerse en cuenta que, tal como recuerda Zannoni, de considerarse que se trata de una medida cautelar, el recurso de apelación debería ser concedido al solo efecto devolutivo (art. 198, párr. 4º, Cód. Proc.) (53), lo cual haría que, por el transcurso del tiempo, se consolidara aún más una situación fáctica a la que se habría llegado sin oír al otro esposo, lo que, a nuestro juicio, es, como principio, inconveniente.

(49) CNCiv., Sala K, LA LEY, 1997-B-508.

(50) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. II, pág. 192, parágr. 775; CHIAPPINI, Julio, "La demanda de exclusión del hogar", cit., J.A., 1992-IV-720, lo que explica debido al hecho de que la pretensión tiene como cometido la protección de personas, lo que constituye una excepción a la necesidad de la contracautela.

(51) Conf. LAGOMARSINO, Carlos A. R. - URIARTE, Jorge A., Separación Personal y Divorcio, cit., pág. 324, nro. 177, y fallos citados en nota 123; y "Cuestiones procesales sobre el pedido de atribución del hogar conyugal", LA LEY, 1986-B-808, 14.

(52) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. II, pág. 197, parágr. 775, nota 298; véase, del mismo autor, "La exclusión de uno de los cónyuges del hogar durante el juicio de divorcio o separación personal es medida cautelar", cit., LA LEY, 1988-D-348; y J.A., 1976-III, pág. 693, VI, y págs. 695 y 696, IX, también citado. Conf., CNCiv., Sala B, E.D., 32-627.

(53) CNCiv., Sala C, E.D., 15-835; ídem, Sala E, E.D., 86-378 y 379; ZANNONI, Eduardo A., "La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio", cit., J.A., 1976-III-696.

### VIII. Criterios aplicables para decidir sobre la atribución del hogar a uno de los esposos, y la consiguiente exclusión del otro

Son varios los criterios que pueden existir para decidir sobre la atribución del hogar, entre los cuales señalamos a los siguientes:

#### a) Principio de igualdad de los esposos

Al no existir norma alguna que disponga una preferencia de uno u otro de los cónyuges para continuar viviendo en el hogar (54), lleva a que, ante la igualdad jurídica que se encuentra establecida entre ambos esposos, no corresponde que se efectúe distinción alguna al respecto.

Cualquiera de los cónyuges puede, por tanto, pedir la atribución del hogar, debiendo el juez decretarla si los hechos acreditados en el juicio llevan a considerar ésa como la mejor solución en el caso (55). Cecilia Grosman manifiesta al respecto que debe dilucidarse la cuestión de acuerdo con las modalidades de cada supuesto en particular, y mediante la ponderación de las distintas posibilidades de las partes, y agrega que si no hay hijos menores, ninguno de los esposos tiene privilegio para permanecer en el hogar común (56).

#### b) Preferencia de permanencia en el hogar de la mujer debido a la mayor dificultad para conseguir una vivienda

No obstante el principio de igualdad recién señalado, lo cierto es que de acuerdo a las pautas que han sido aceptadas por los jueces para resolver sobre la atribución a uno de los esposos del hogar, bien puede afirmarse que, en la práctica, se han admitido ciertas preferencias. En ese sentido, se han dictado distintos fallos que, a los efectos del otorgamiento del uso de la vivienda familiar —y, por tanto, de la exclusión del otro cónyuge—, han dado preferencia a la mujer, lo que fundamentan en el hecho de considerarla la parte más débil de la relación conyugal, no tanto quizás por su

(54) Conf., entre otros, LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., Régimen del Matrimonio. Separación Personal y Divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 149, nro. 136; CNCiv., Sala B, LA LEY, 83-278; ídem id., LA LEY, 1991-C-49; ídem, Sala C, LA LEY, 64-10; ídem id., LA LEY, 73-159; ídem, Sala D, LA LEY, 73-698; ídem id., J.A., 1955-IV-423.

(55) CNCiv., Sala A, LA LEY, 133-913, 18.987-S; ídem id., LA LEY, 135-1170, 21.330-S; ídem id., LA LEY, 1984-A-492, 36.556-S; ídem, Sala B, E.D., 53-181; ídem, Sala C, LA LEY, 131-1157, 18.003-S; ídem, Sala D, LA LEY, 109-975; ídem, Sala E, LA LEY, 1997-D-826, 39.611-S; ídem id., L.L., 1980-C-361; ídem, Sala F, LA LEY, 126-781, 15.255-S. Conf. MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 3, pág. 143, parágr. 545, c); KIELMANOVICH, Jorge L., Procesos de Familia, Buenos Aires, 1998, pág. 169; CHIAPPINI, Julio, "La demanda de exclusión del hogar", cit., J.A., 1992-IV-721, VI.

(56) GROSMAN, Cecilia P., "Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. I, Buenos Aires, 1991, pág. 441.

sexo (57), sino fundamentalmente teniendo a la vista el hecho de que, al ser por lo general en nuestro país el hombre el que habitualmente aporta al hogar los mayores ingresos, tiene por ello mayores posibilidades de conseguir otra vivienda (58).

En ese mismo sentido, Cecilia Grosman ha afirmado que de ordinario será la mujer la que tendrá mayores dificultades de conseguir alojamiento, porque la función doméstica cumplida durante la vida en común, nacida de una decisión de ambos esposos, ha limitado su capacidad productiva; por lo cual y para nivelar esa desigualdad, se acuerda preferentemente a la mujer el derecho de permanecer en la vivienda (59). No obstante, en un caso se resolvió que a pesar de que a la mujer le resultaba dificultoso conseguir una vivienda, no cabía darle preferencia para quedarse en el hogar, al no surgir de la causa razones objetivas de urgencia para excluir al marido, que ejercía la tenencia de los hijos menores y que, además, no era culpable de la separación (60). En otro caso, resuelto por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, además de las razones expresadas sobre la mayor dificultad de la mujer para conseguir una vivienda, se tuvo en cuenta para excluir al marido del inmueble que —a diferencia de la esposa— aquél ostentaba un título profesional, además de que hacía tres años que ocupaba el inmueble, cuyo contrato de locación estaba por vencer, por lo que, a juicio de la Cámara, resultaba de toda justicia otorgarle a la esposa el aprovechamiento del mismo (61).

(57) Garbino destaca que el sexo no debe constituir un factor de favoritismo, en especial para la mujer, por lo que la decisión fundada únicamente en el sexo contradice el texto expreso de la ley, que ha sido cuidadoso en preservar la igualdad de ambos esposos en cuanto al derecho de que les sea atribuida la vivienda ("Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, pág. 148, 10, g).

(58) CNCiv., Sala A, E.D., 181-515; ídem id., LA LEY, 129-1022, 16.677-S; ídem id., LA LEY, 88-144; ídem id., LA LEY, 137-740, 22.724-S; ídem id., E.D., 52-313; ídem, Sala B, LA LEY, 142-566, 26.045-S; ídem id., LA LEY, 1988-D-337; ídem id., J.A., 1955-III-256, con nota de SPOTA, Alberto G., "La separación judicial provisoria de los cónyuges y su residencia"; ídem, Sala C, LA LEY, 73-159; ídem id., LA LEY, 1983-D-582; ídem id., LA LEY, 1985-D-506; ídem id., E.D., 114-115; ídem, Sala D, LA LEY, 109-975, 8712-S; ídem id., LA LEY, 1983-D-647, 36.482-S; ídem, Sala E, LA LEY, 1984-C-384; ídem id., LA LEY, 1980-C-360; ídem, Sala F, LA LEY, 1978-B-275; ídem id., LA LEY, 1986-E-595. Conf. ZANNONI, Eduardo A., "La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio", cit., J.A., 1976-III-695, VIII.

(59) "Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. I, pág. 442.

(60) CNCiv., Sala G, LA LEY, 1990-B-145, con nota de GOWLAND, Alberto Jorge, "Un caso de pretendido reintegro al hogar conyugal. La atribución del mismo en la ley 23.515".

(61) LA LEY, 1978-B-275.

*c) Importancia, a los efectos de decidir la exclusión, de la tenencia de los hijos menores*

Asimismo, se ha dado preferencia para que continúe en la vivienda familiar, al esposo al cual se le otorgó el cuidado personal de los hijos menores de edad, con lo cual se logra proteger en mayor medida al grupo familiar integrado por más personas (62). Y como, por lo general, es a la mujer a la que se le otorga dicho cuidado, es a ella a la que en definitiva se la protege, en desmedro del marido. Esto es así, con independencia de que los hijos sean comunes (63). El criterio de la exclusión del cónyuge que no tiene otorgado el cuidado de los hijos ha llevado a sostener la conveniencia de resolver la cuestión del otorgamiento de dicho cuidado con

(62) MAZZINGHI, Jorge A., "Tratado de Derecho de Familia", 4ª ed., cit., t. 3, págs. 143 y 144, parágr. 545, 2; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", 10ª ed., cit., t. I, págs. 507 y 508, nro. 576; LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., Régimen del Matrimonio. Separación Personal y Divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 274, nro. 227; GARBINO, Guillermo R., "Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, pág. 147, 10, b); PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. II, págs. 1091 y sig., n° 801, b); ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, "Disolución de la sociedad conyugal y vivienda familiar", E.D., 152-864; CNCiv., Sala A, LA LEY, 127-1150, 15.777-S; ídem id., E.D., 35-296; ídem id., E.D., 83-138; ídem id., E.D., 117-201, sum. 173; ídem, Sala B, LA LEY, 125-797, 15.070-S; ídem id., LA LEY, 1988-D-337; ídem id., LA LEY, 81-642; ídem, Sala C, LA LEY, 81-604; ídem id., LA LEY, 139-794, 24.265-S; ídem id., LA LEY, 1985-D-506; ídem id., LA LEY, 1991-A-321, con nota aprobatoria de BIANCHIMAN, Roberto Gabriel, "Exclusión del hogar común del cónyuge que no ejerce la tenencia de los hijos menores", quien afirma que si bien no necesariamente debe el derecho alimentario cumplirse en especie, brindando un espacio físico habitable, debería en tal caso entregarse una suma de dinero para afrontar los gastos de vivienda, o de lo contrario mantener en el hogar al esposo al que se le otorgó la tenencia de los hijos menores; ídem, Sala C, E.D., 17-911; ídem id., LA LEY, 1994-D-243; ídem id., LA LEY, 1998-B-908, 40.339-S, donde se señaló que no era decisivo el carácter propio o ganancial del bien; ídem id., E.D., ídem, Sala D, LA LEY, 65-112; ídem id., LA LEY, 1983-D-646, 36.482-S; ídem id., LA LEY, 1985-C-648, 36.888-S; ídem, Sala E, E.D., 38-564; ídem id., LA LEY, 144-560, 27.282-S; ídem id., LA LEY, 1980-C-361; ídem id., LA LEY, 1985-D-3; ídem id., E.D., 98-230; ídem id., LA LEY, 1997-D-826, 39.611-S; ídem, Sala F, LA LEY, 135-1160, 21.265-S; ídem id., LA LEY, 1985-B-279; ídem, Sala G, E.D., 117-200, sum. 173; ídem, Sala K, LA LEY, 1992-C-314; C1ªApel. B. Blanca, LA LEY, 81-369. Cecilia P. Grosman manifiesta que la protección del núcleo familiar formado por los hijos "tiene coherencia con la particular protección que merecen los menores, fundada no sólo en la necesidad de proporcionarles el ámbito material indispensable para su subsistencia y formación, sino para evitar que los hijos, ya perturbados por el desencuentro de los padres, se vean arrancados de su espacio habitual que implica, al mismo tiempo, el alejamiento del colegio al cual concurren, el posible apartamiento de sus lugares usuales de recreación y el consiguiente distanciamiento de sus amigos" ("Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, T. I, pág. 441).

(63) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección Jurídica de la Vivienda Familiar, cit., pág. 240, IV.

preferencia a la de la exclusión del hogar (64), salvo que ello perjudique la celeridad con la cual debe resolverse la exclusión (65).

Kemelmajer de Carlucci enumera, entre las razones que han llevado a admitir la preferencia del esposo al que se le otorgó el cuidado de los menores, el hecho de que el otro cónyuge tiene mayores facilidades para obtener otra vivienda; que ésta forma parte de la obligación alimentaria; que es necesario compatibilizar el interés familiar con el del esposo perjudicado; y que también es necesario tratar de no ahondar la crisis familiar, perjudicando a los menores al excluirlos del centro de sus afectos, intereses y hábitos en los cuales desarrollan su vida familiar (66).

*d) Situación de hecho al tiempo del pedido de exclusión*

Una de las circunstancias que también se ha tenido en cuenta a los efectos de dar preferencia a uno de los cónyuges para continuar en el hogar y excluir al otro es la situación de hecho existente al tiempo del pedido de exclusión, pues de haber ya uno de los esposos abandonado el hogar, se ha dado preferencia al que continúa habitándolo, salvo que se demostrare el mejor derecho del que se alejó, y que su alejamiento fuera justificado (67).

Pero también se ha sostenido que esta preferencia no debe prevalecer sobre la que le cabe al esposo al que se otorgó la tenencia de los hijos (68).

En un caso se resolvió que correspondía al marido permanecer en el hogar común si, no habiendo hijos, la esposa se retiró voluntariamente del mismo, máxime cuando conocía las incomodidades de alojamiento que debía afrontar (69).

(64) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", cit., pág. 241, V.

(65) CNCiv., Sala F, LA LEY, 1985-B-279.

(66) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección Jurídica de la Vivienda Familiar, cit., págs. 238 y 239. Recuerda asimismo la doctora Kemelmajer de Carlucci que tanto la jurisprudencia italiana mayoritaria como la doctrina española extienden la prioridad referida en el texto al supuesto de que los hijos, aún mayores de edad, convivan con uno de los cónyuges y no tengan fondos propios ni ingresos por su trabajo (pág. 241).

(67) GARBINO, Guillermo R., "Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, pág. 148, 10, c); CNCiv., Sala A, J.A., 1957-III-467; ídem, Sala B, LA LEY, 89-12; ídem, Sala E, LA LEY, 1984-C-384; ídem id., J.A., 1986-III-72; ídem, Sala K, LA LEY, 1992-C-313.

(68) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección Jurídica de la Vivienda Familiar, cit., págs. 242 y 243.

(69) CNCiv., Sala A, LA LEY, 88-97.

e) *Situación jurídica del inmueble en el que se encuentra instalado el hogar*

La propiedad del inmueble en el que se encuentra instalado el hogar conyugal es un hecho que también ha sido valorado para decidir la exclusión del esposo que no era propietario (70), en especial cuando este último también es propietario de un inmueble de carácter propio (71).

Nosotros pensamos, no obstante, que el carácter *propio* del inmueble es, en sí mismo, un aspecto secundario —aunque ciertamente no desdeñable— para decidir sobre la exclusión, y que sólo podría llegar a tener relevancia en supuestos muy especiales, como podría ser —entre otros— en el caso de que el otro esposo tuviera la posibilidad cierta de ocupar otra vivienda, como, por ejemplo, si el mismo fuera propietario de un inmueble también de carácter *propio*, adecuado a sus necesidades —y a las de los hijos, de haberle sido atribuida la tenencia— y del cual pudiera disponer para su uso, o que aparte del inmueble *propio*, el matrimonio tuviera un inmueble *ganancial* que llenara las necesidades del grupo familiar que debe trasladarse al mismo (72). O si el esposo a excluir tuviera bienes suficientes para adquirir otro inmueble; o cualquier otro supuesto que, en virtud de las circunstancias del caso, pudiera hacer inclinar la balanza a favor del esposo que fuera propietario del inmueble que constituye el hogar. Recordamos un fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que resolvió que para atribuir la vivienda a alguno de los cónyuges durante el proceso de separación no es decisivo el carácter propio o ganancial del bien, pues se tiende a proteger a la parte más débil, que en el caso no es la cónyuge, sino los hijos (73).

Chiappini considera sobre el tema que cuando el inmueble es propio de uno de los esposos —o de sus familiares— debe otorgársele notable preferencia para quedarse ocupándolo, sobre todo, agrega, si se presta a

(70) ST Sgo. del Estero, J.A., 1947-I-115; CNCiv., Sala B, LA LEY, 1991-C-49; ídem, Sala F, LA LEY, 156-654; ídem id., E.D., 54-375; ídem id., E.D., 47-174. En estos dos últimos fallos se resolvió mantener al marido en el hogar conyugal, al ser el inmueble de carácter propio del mismo. Contra, LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., Régimen del Matrimonio. Separación Personal y Divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 273, V.

(71) GARBINO, Guillermo R., "Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, pág. 148, 10, f).

(72) CNCiv., Sala E, LA LEY, 1988-D-347, con nota citada de ZANNONI, Eduardo A., "La exclusión de uno de los cónyuges del hogar durante el juicio de divorcio o separación personal es medida cautelar". Conf., asimismo, CNCiv., Sala B, LA LEY, 1991-C-49. Lagomarsino y Uriarte manifiestan sobre el tema que la preferencia a continuar utilizando el inmueble de carácter propio cede si de las particularidades de la causa resulta que el cónyuge no titular tiene mayores derechos, y el inmueble no es tan grande que permita una división efectiva como para hacer posible la convivencia entre ambos esposos (Separación Personal y Divorcio, cit., pág. 322, nro. 176).

(73) E.D., 187-700, 583-SJ.

brindar medios que procuren la decorosa habitación al otro cónyuge y/o a sus hijos (74).

Cabe, asimismo, contemplar el caso de que el inmueble en el que está constituido el hogar conyugal hubiera estado alquilado por el esposo que es excluido de él, supuesto en el cual el otro cónyuge podría continuar la locación en las mismas condiciones que el locatario, lo que se halla sustentado en el artículo 1190 del Código Civil y Comercial, que se refiere al supuesto del abandono de la locación o fallecimiento del locatario, caso en el cual la locación puede ser continuada por las personas que lo habiten y acrediten haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento (75).

Si la ocupación de la vivienda por los cónyuges fuera sin título alguno, el hecho de que el juez hubiera atribuido su uso a uno de los esposos no cambia en nada la relación entre los ocupantes precarios y el propietario, sin perjuicio de que el otro esposo tenga la obligación de respetar la decisión judicial (76).

En España, la mayor parte de las resoluciones judiciales han determinado que la atribución a uno de los esposos del uso de la vivienda familiar constituida sobre un inmueble alquilado por el otro cónyuge no implica cambio de arrendatario o de beneficiario del disfrute (77).

f) *Actividad comercial o profesional desarrollada en el inmueble*

A los efectos de la exclusión del hogar se ha meritado, asimismo, la actividad comercial o profesional que desarrolla uno de los cónyuges en el inmueble, procurando en tal caso mantenerlo en el mismo (78), en especial cuando con los recursos de dicha actividad se mantiene al grupo familiar (79). Garbino contempla el supuesto de que la casa común

(74) CHIAPPINI, Julio, "La demanda de exclusión del hogar", cit., J.A., 1992-IV-721, VI, 6.

(75) Conf. GROSAN, Cecilia P., "Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 442. Recordamos que el art. 1190 del Código es similar al art. 9° de la ley 23.091, derogado por el art. 3° inc. a) de la ley 26.994 que aprobó el nuevo Código.

(76) Conf. RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, "Régimen económico y uso de la vivienda familiar", en Problemas Candentes en los Procesos de Familia, AA.VV., Madrid, 1995, pág. 205.

(77) Véase al respecto, RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, "Régimen económico y uso de la vivienda familiar", cit., en Problemas Candentes en los Procesos de Familia, págs. 195 y sigs., quien agrega que el único beneficio del derecho de uso consiste en la facultad de ocupar el inmueble sede de la vida familiar, a efectos de cubrir las necesidades de alojamiento, pero sin posibilidad de arrendarlo o cederlo a un tercero, ni aun por título gratuito (pág. 209).

(78) CNCiv., Sala B, E.D., 35-319; ídem, Sala C, J.A., 1977-IV-87; ídem id., LA LEY, 132-1103, 18.905-S; ídem, Sala D, LA LEY, 1985-C-648, 36.888-S.

(79) CCiv.2°Cap., J.A., 1950-II-454; GARBINO, Guillermo R., "Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, pág. 148, 10, d).

integre la remuneración laboral de uno de los cónyuges, supuesto en el cual —según afirma— debe darse preferencia a ese cónyuge. También dice dicho autor que si por encontrarse enfermo uno de los esposos le resultare dificultoso trasladarse a una nueva vivienda, debe el mismo ser preferido al otro cónyuge para permanecer en el domicilio común (80).

No obstante, en algún caso el desarrollo de una actividad comercial en el inmueble no ha sido considerada decisiva a los efectos de no excluir del inmueble al esposo que desarrolla esa actividad (81). En un supuesto en el que el marido tenía su oficina en el hogar conyugal se ordenó, a pesar de ello, su exclusión, en razón de que el departamento pertenecía a la esposa, que lo ocupaba con anterioridad al matrimonio (82).

En un fallo del año 1945, el Superior Tribunal de Santiago del Estero resolvió, contrariando la letra del artículo 68 de la ley 2393, ordenar el retiro del marido del hogar conyugal, en lugar del depósito de la mujer en casa honesta, en un supuesto en que la mujer era propietaria del inmueble en el que residía el hogar conyugal, en el cual, además, funcionaba un negocio de pensión que giraba a su nombre; se alegó, asimismo, que la permanencia de la esposa en dicho inmueble aseguraba la subsistencia y el alojamiento gratuitos de ella y de los hijos del matrimonio (83).

Díaz de Guijarro ha sostenido con relación al tema, que el factor determinante y fundamental para el retiro del hogar lo constituye la proyección económica del emplazamiento de la mujer, ya sea en cuanto a la categoría propia o ganancial de los bienes conyugales, o en cuanto al ejercicio que haga de profesión, industria o comercio (84).

### g) Características físicas del inmueble

Resultan también relevantes para decidir sobre la atribución de la vivienda familiar las características del inmueble en el que viven los esposos, pues

(80) "Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, pág. 148, 10, d).

(81) CNCiv., Sala B, E.D., Rep. 13-348, nro. 71. Conf., CApel. Rosario, J.A., 1957-IV-230.

(82) CNCiv., Sala F, LA LEY, 101-994.

(83) J.A., 1947-I-114, con nota de DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El retiro del marido del domicilio conyugal como medida subsiguiente a la demanda de divorcio". Señalaba dicho autor que la norma del art. 68 de la ley 2393 —cuya aplicación no podía ser automática— se interpretaba cada vez más en consideración a la función social de la mujer y en cuanto a la misma se proyectaba al orden económico, en lugar de sólo en cuanto a su emplazamiento en la familia. Agregaba Díaz de Guijarro que la finalidad esencial del art. 68 era que la mujer viviera en casa honesta, lo cual se podía lograr manteniéndola en su propia casa.

(84) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El retiro del marido del domicilio conyugal como medida subsiguiente a la demanda de divorcio", cit., J.A., 1947-I-116, 4.

si pueden hacerlo con una independencia tal que evite la violencia moral de convivir mientras se tramita el juicio de divorcio o de separación, no será necesario hacer lugar a la exclusión (85).

Se ha rechazado el pedido de exclusión del marido que padecía una enfermedad grave, si su presencia en la vivienda común no hacía imposible mantener la separación de hecho en que se hallaban los esposos, dada la amplitud del departamento en el que la vivienda se hallaba instalada, y la edad y sexo de los hijos del matrimonio (86).

Sin embargo, se ha resuelto que el hecho de que el inmueble sea de gran superficie no constituye un argumento decisivo para evitar que se haga lugar al pedido de exclusión (87).

### h) Otras razones para decidir sobre la exclusión

Se ha tenido igualmente en cuenta para la exclusión el hecho de que el uso del inmueble integre el sueldo de uno de los esposos; en el caso, resuelto antes de la sanción de la ley 17.711, se hizo lugar a la exclusión del hogar de la esposa, debido a que el departamento en el que estaba instalado el hogar conyugal se hallaba en el mismo edificio en el que se encontraba el negocio del cual el marido era el encargado, percibiendo como parte del sueldo el uso del departamento, en el que debía vivir como condición de su contrato de trabajo, para su mejor cumplimiento (88).

Asimismo, se ha dado preferencia para continuar ocupando el hogar a la cónyuge que con el producto de su trabajo pagaba el préstamo hipotecario que había sido contraído para la adquisición del hogar (89); como también al esposo que se hallaba gravemente enfermo o imposibilitado (90). En un fallo no se hizo a la exclusión por el hecho de que el marido utilizaba una

(85) Conf. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", 10a. ed., cit., t. I, pág. 509, nro. 576; CNCiv., Sala A, LA LEY, 127-1135, 15.653-S; ídem, Sala D, LA LEY, 1983-C-212; ídem id., LA LEY, 1985-C-648, 36.888-S; ídem, Sala E, LA LEY, 1984-C-384; ídem id., J.A., 1985-I-132; ídem, Sala K, LA LEY, 1992-C-314.

(86) CNCiv., Sala C, J.A., 1959-I-146.

(87) CNCiv., Sala E, LA LEY, 1984-C-384.

(88) CCiv.2ªCap., LA LEY, 58-297. Este fallo también fue publicado en J.A., 1950-II-454, con nota de DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La renovación del concepto de depósito de la mujer en casa honesta durante el juicio de divorcio", en la que además de señalar que la palabra depósito que empleaba el art. 68 de la ley 2393 no debe ser entendida en el sentido de la figura contractual del depósito, con sometimiento a la custodia del depositario, destaca la desaparición, en el fallo, del preconcepto del retiro forzoso o preferente de la mujer, como también el hecho de haber quedado evidenciada la inexistencia de privilegio marital para la atribución del que fuera hogar conyugal.

(89) CNCiv., Sala A, J.A., 1956-IV-162.

(90) CNCiv., Sala E, LA LEY, 124-1159, 14.590-S.

de las habitaciones de la casa —distinta a la que ocupaba la mujer con una de las hijas— exclusivamente para pernoctar, no habiéndose además acreditado que el marido pudiera alquilar otra vivienda (91).

Con fundamento en el hecho de que el marido administraba los bienes propios de la esposa, en un viejo fallo del año 1939 se rechazó el pedido de ésta para que aquél se retirara del hogar conyugal, instalado en un inmueble de propiedad de la mujer (92). Al criticar el fallo, Díaz de Guijarro manifiesta que el tribunal no advirtió que la administración marital constituye un mandato tácito, que cesa con la voluntad adversa de la mujer (93).

#### IX. Con respecto a la caducidad de la medida en determinado supuesto

Se ha sostenido, asimismo, que por aplicación del artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando la exclusión del hogar es decretada antes de la demanda invocando razones de urgencia, la misma caducará si en el término de diez días de hecha efectiva el cónyuge solicitante no interpusiera la acción de divorcio (94).

No estamos de acuerdo con lo expresado, pues dicha norma se refiere a las medidas cautelares que, a nuestro juicio, son ajenas al tema de la exclusión del hogar. Por su parte y a pesar de afirmar que cuando la medida de exclusión se peticiona antes de la iniciación del juicio principal, debe ser tramitada como medida cautelar, Julio Chiappini también se muestra contrario a la aplicación al caso de la disposición citada, por entender que la misma "parece ajena a la naturaleza de la demanda de exclusión" (95).

#### X. Provisoriedad de la medida

Además de ser revisable por el cambio de las circunstancias, ya que la resolución que se dicte al respecto es de carácter provisional (96), la exclusión del hogar queda sin efecto cuando se produce la reconciliación de los cónyuges y el renacimiento de la obligación de convivencia consagrada

(91) CNCiv., Sala C, LA LEY, 100-791.

(92) Cl. Civ. y Com. La Plata, LA LEY, 14-747.

(93) "El retiro del marido del domicilio conyugal como medida subsiguiente a la demanda de divorcio", cit., J.A., 1947-I-115, 3.

(94) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. II, pág. 192, parágr. 775.

(95) CHIAPPINI, Julio, "La demanda de exclusión del hogar", cit., J.A., 1992-IV-720, f).

(96) CNCiv., Sala G, LA LEY, 1990-B-145, con nota cit. de GOWLAND, Alberto Jorge, "Un caso de pretendido reintegro al hogar conyugal. La atribución del mismo en la ley 23.515". Conf. BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., cit., t. I, pág. 510, nro. 579; CHIAPPINI, Julio, "La demanda de exclusión del hogar", cit., J.A., 1992-IV-720, e).

en el artículo 431 del Código (97). También queda sin efecto la exclusión decretada en el supuesto de que la demanda de divorcio fuera rechazada, caso en el cual el cónyuge excluido tiene, según manifiesta Borda, además del derecho, el deber de reintegrarse al hogar (98).

Debemos, asimismo, recordar lo antes expresado, en el sentido de que la resolución que se dicte sobre la atribución del hogar y la consiguiente exclusión no es definitiva, por lo que ella puede ser dejada sin efecto en cualquier momento, en el supuesto de que hayan variado las circunstancias que llevaron a su dictado, y se advierta la inconveniencia de su mantenimiento (99).

#### XI. Exclusión en el supuesto de violencia familiar

En el mes de diciembre de 1994 se sancionó la ley 24.417 (100) —vigencia en la ciudad de Buenos Aires— de protección contra la violencia familiar, que contempla los supuestos de personas que sufriesen lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar, quienes podrán denunciar esos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas, entendiéndose por grupo familiar el originado tanto en el matrimonio como en las uniones de hecho (art. 1º).

En el artículo 4º se estableció la facultad del juez, con el alcance de medida cautelar, de —entre otros actos— ordenar la exclusión del autor del hecho de violencia de la vivienda donde habita el grupo familiar, así como prohibir a aquél el acceso tanto al domicilio del damnificado, como también a los lugares de trabajo o estudio.

A su vez, el artículo 8º de la ley incorporó el siguiente, como segundo párrafo al artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984): *En los procesos por alguno de los delitos previstos en el libro segundo, título I, capítulos I, II, III, V y VI, y título V, capítulo I del Código Penal, cometidos dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que*

(97) Conf. GARBINO, Guillermo R., "Exclusión del hogar conyugal", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, T. II, pág. 138, 2, c).

(98) Conf. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", 10ª ed., cit., t. I, pág. 510, nro. 579.

(99) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil. Derecho de Familia", 5ª ed., cit., t. II, pág. 192, parágr. 775; CNCiv., Sala A, LA LEY, 120-899; ídem, Sala G, LA LEY, 1990-B-145, con nota cit. de GOWLAND, Alberto Jorge, "Un caso de pretendido reintegro al hogar conyugal. La atribución del mismo en la ley 23.515".

(100) La ley 24.417 fue reglamentada por el decreto 235/96, de fecha 07-03-1996, publicado en el Boletín Oficial al día siguiente.

*pueden repetirse, el juez podrá disponer, como medida cautelar, la exclusión del hogar del procesado. Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciera peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que se promuevan las acciones que correspondan.*

### **XII. Debe practicarse inventario de los bienes muebles y determinarse los bienes que retirará el cónyuge excluido**

Como resulta del inciso a) del artículo 721 del Código, debe practicarse un inventario tanto de los bienes muebles que quedan en el hogar, como de los que retira el esposo que se va del mismo.

Nada se establecía al respecto antes de la reforma, siendo sin duda positivo lo dispuesto en la norma, donde, por otra parte, queda en claro el derecho del esposo que se va del hogar a llevarse bienes muebles. En el caso de que surgieran cuestionamientos con respecto a los bienes que quiere llevarse este último, ello deberá ser resuelto por el juez; cabe, no obstante, puntualizar que deberá llevarse los bienes que le sean necesarios para vivir, salvo que afectara al interés de los menores que pudieran quedar viviendo en la vivienda familiar.

#### **A.2) Pago de una renta por parte del esposo al que se le atribuyó el hogar**

### **XIII. La fijación de una renta es facultad del juez**

En el inciso b) del artículo 721 del Código se establece que el juez *puede especialmente... b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges.*

Al igual que el resto de las medidas contempladas en dicha norma, es facultativo del juez establecer una renta por el uso exclusivo del inmueble por parte del cónyuge al que le fue atribuido su uso. Cabe señalar que, en principio, parece lógico que efectivamente se fije una renta en el supuesto de que el inmueble fuera ganancial, o de carácter propio del esposo que se retiró del hogar, pero no necesariamente ha de ser así, en especial, si para la fijación de alimentos a favor ya sea del cónyuge al que le fue atribuido el hogar, o de los hijos menores que conviven con éste, se tuvo en cuenta esa atribución para fijar una cuota alimentaria de menor monto.

#### **A.3) Con respecto a la entrega de los objetos de uso personal**

### **XIV. La disposición debió haber sido más amplia**

Además del retiro de bienes muebles a que se refiere el inciso a) del art. 721 por parte del esposo excluido de la vivienda, el inciso c) de dicha disposición

establece que el juez puede *ordenar la entrega de los objetos de uso personal.*

Nos parece que la entrega de dichos objetos no debió haber sido facultativa del juez, sino, por el contrario, obligatoria, no sólo por la necesidad que tiene cualquier persona de utilizar esa especie de objetos, sino además por tratarse de bienes de carácter propio del esposo que se retira del hogar (conf., art. 464, inciso m], Cód. Civil y Com.), aparte de lo cual, porque debe suponerse que los mismos no le son de utilidad al cónyuge al que le ha sido atribuido el uso del inmueble.

Pero además, nos parece que debió haberse incluido entre los bienes a entregar al esposo excluido del hogar los objetos destinados al ejercicio de su trabajo o profesión, por serle necesarios, lo que también debe presumirse.

#### **A.4) Fijación de alimentos provisorios y el cuidado de los hijos**

### **XV. Con respecto a la fijación de alimentos**

De acuerdo al inciso d) del artículo 721, el juez puede, asimismo, fijar alimentos para los hijos, que son los que se contemplan en dicho inciso, remitiendo el mismo a lo establecido en el Título VII del Libro Segundo, que, entre otras cuestiones, se ocupa de la obligación de alimentos que tienen los padres para con sus hijos.

Al igual que lo afirmado con relación al retiro del hogar por parte de uno de los cónyuges de sus objetos de uso personal, tampoco la fijación de alimentos a favor de los hijos constituye una cuestión facultativa, pues ambos padres se encuentran obligados a la prestación de alimentos para los hijos, hasta que —como regla general— cumplan los veintiún años de edad (art. 658, Cód. Civil y Com.) o hasta los veinticinco años en el supuesto contemplado en el artículo 663; o inclusive con respecto a los hijos mayores de esa edad con capacidad restringida o declarados incapaces.

De más está señalar que la necesidad de los alimentos para los hijos no requiere de prueba alguna, bastando con acreditar el vínculo filial. Y en cuanto a los legitimados para reclamarlos, el artículo 661 del Código Civil y Comercial establece que ellos son: *a) el otro progenitor en representación del hijo; b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.*

Por otra parte —lo que también resulta aplicable a los supuestos de alimentos a favor de uno de los cónyuges—, tanto si se trata de medidas provisionales como posteriores a la sentencia que fije alimentos, para todos

esos casos resulta aplicable el artículo 550 del Código Civil y Comercial, de acuerdo al cual *puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes.* Para la aplicación de dicha norma corresponde acreditar tanto la verosimilitud del derecho —que resultará de la resolución que disponga los alimentos, si hubiera sido dictada—, como el peligro en la demora (101).

#### XVI. En cuanto al cuidado de los hijos

El inciso d) del artículo 721 también dispone que como medida provisional el juez puede disponer un régimen de ejercicio y cuidado de los hijos, conforme lo establecido en el Título VII, cuyo Capítulo 4 se ocupa de los “deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos”, al que remitimos (102), fundamentalmente al artículo 653, que establece las pautas que el juez debe ponderar para resolver al respecto. Lo que al igual que las restantes medidas a las que nos hemos venido refiriendo a lo largo de esta nota, tiene un carácter *provisional*, lo que significa que la solución adoptada puede ser modificada en cualquier momento. Ello sin perjuicio de la decisión que el juez debe tomar en la sentencia sobre la atribución a uno o a ambos padres del cuidado personal de los hijos menores de edad, luego de agregados al expediente los elementos de juicio que las partes aporten al respecto, la cual, si bien no es calificada de *provisional* sino de *definitiva*, también puede ser modificada, cuando la conveniencia de los menores así lo indicare.

No obstante que la decisión del juez tiene un amplio margen de discrecionalidad, ella debe ser otorgada al cónyuge que el juez considere más idóneo, o a ambos, en forma alternada o indistinta, como resulta del artículo 650 del Código Civil y Comercial. En estos casos se debe atender prioritariamente al interés de los hijos por sobre el de los padres —aunque sin dejar de contemplar también el de éstos—, debiéndose, además, tener en cuenta las particularidades del caso en examen, entre ellas, la edad de los menores, su sexo y la situación de hecho en la que ellos se encontraban hasta ese momento, así como desde cuánto tiempo antes, resultando conveniente, dentro de lo posible y razonable, no variar el *statu quo* (103).

(101) Conf., MEROI, Andrea A., “Tratado de Derecho de Familia”, dirigido por KRASNOW, Adriana N., AA.VV., Buenos Aires, 2015, t. II, pág. 419.

(102) Naturalmente, antes de decidir, debe darse —bajo pena de nulidad de lo actuado— previa intervención al Defensor de Menores e Incapaces, por la intervención complementaria que a dicho funcionario le corresponde en todo acto en que se trate de la persona o de los bienes de los menores (art. 103, Cód. Civil y Com.).

(103) Conf. BELLUSCIO, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, pág. 497, parágr. 243, quien pone como excepción con relación al preferente

Como principio, se debe tratar de evitar la separación de los hermanos; y si por cualquier circunstancia excepcional la guarda debiera ser otorgada a un tercero, deben ser preferidos los parientes más cercanos, como los abuelos (104). Al igual que en el supuesto más arriba considerado de la exclusión del hogar, con la salvedad del caso de que existiera una indudable urgencia (105), el juez debe resolver sobre el cuidado de los hijos luego de oír a ambas partes, y de considerarlo necesario podrá disponer que la cuestión tramite como *incidente*, pudiendo en él ambos esposos ofrecer prueba (106). Vidal Taquini manifiesta que no es indispensable abrir a prueba el incidente (107), aunque ello sólo es así cuando las constancias que tuviera a la vista el juez resultaran suficientes para resolver sobre la cuestión.

Las cuestiones relacionadas con el cuidado personal de los hijos conviene que sean tratadas en la audiencia a ser fijada de conformidad a lo establecido en el artículo 438 del Código Civil y Comercial, que de alguna manera reemplaza al artículo 34, inciso 1º, párrafo 2º, del Código Procesal; y no *inaudita parte*, salvo en casos de situaciones graves y de urgencia (108). Y si bien debe darse preferencia a lo que los esposos hubieran convenido sobre el cuidado personal de los hijos menores de edad, lo acordado al respecto podrá ser dejado de lado por el juez si lo considerara inconveniente para los menores (109). No obstante, esa facultad debe ser ejercida únicamente en casos extremos, pues son los padres los que están en mejores condiciones para decidir al respecto, por lo que, salvo la existencia de motivos graves, debe homologarse lo que ellos convinieron.

mantenimiento del statu quo, que esa situación hubiera sido creada por el engaño o la violencia de uno de los esposos. Como bien señala Mazzinghi, se trata de no perturbar a los menores con desplazamientos que los afecten moralmente y que pueden incidir en forma negativa en su desarrollo psíquico (Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 3, pág. 150, parágr. 546, d). Conf. CNCiv., Sala F, E.D., 28-452, sum. 108.

(104) Conf. BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., cit., t. I, pág. 497, parágr. 243; CNCiv., Sala A, 134-1085.

(105) Conf. CNCiv., Sala A, E.D., 43-473.

(106) Conf. MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 3, pág. 152, parágr. 546, f); LAGOMARSINO, Carlos A. R., Juicio de Divorcio, ampl. y act. por URIARTE, Jorge A., cit., pág. 119.

(107) “Matrimonio Civil”, cit., pág. 778.

(108) Conf., MEROI, Andrea A., “Tratado de Derecho de Familia”, dirigido por KRASNOW, Adriana N., AA.VV., cit., t. II, pág. 420.

(109) Conf. BELLUSCIO, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, 8ª ed., cit., t. I, pág. 497, parágr. 243; LAGOMARSINO, Carlos A. R., Juicio de Divorcio, ampl. y act. por URIARTE, Jorge A., cit., pág. 118; CNCiv., Sala B, LA LEY, 141-659.

### A.5) Determinación de alimentos a favor del cónyuge

#### XVII. Alimentos a favor del cónyuge, decretados como medida provisional

El juez puede, asimismo, *determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433* (art. 721, inciso e). Se trata de una facultad que tiene el juez y que, como tal, puede o no ejercer. Pero si lo hace, debe tener en cuenta las constancias que se hayan reunido hasta ese momento, y decidir en base a ellas, sin perjuicio de la modificación de la cuota, con fundamento en nuevas pruebas que pudieran haberse producido.

Si bien la fijación de alimentos provisionarios no constituye una medida cautelar pues, como bien dice Carlos Escribano, no están determinados por la seguridad sino por la necesidad (110), en la práctica judicial es habitual que se trate la cuestión como si constituyera una medida de esa naturaleza. Ello se advierte cuando se inicia un juicio por fijación y cobro de alimentos en el que se requiera la fijación provisoria de alimentos, lo que se hace con fundamento en el artículo 2º, inciso 6º de la ley 26.589, de mediación previa obligatoria, que establece como excepción que las medidas cautelares que se soliciten en la demanda deben ser resueltas con anterioridad a la mediación.

#### XVIII. Pautas para la fijación de los alimentos provisionarios

El juez no puede fijar los alimentos provisionarios sólo con fundamento en lo manifestado por el cónyuge que los reclama, pues deben existir elementos, siquiera mínimos, para que pueda decidirse tanto sobre la procedencia como sobre la cuantía del reclamo. Vidal Taquini manifiesta al respecto que "aun cuando se trate de un caso de urgencia, se morigeran, pero no se suprimen, las exigencias de la pretensión, pues ni siquiera la especial naturaleza de la obligación alimentaria autoriza a caer en el puro arbitrio ni omitir la prudencial ponderación de las medidas cautelares que equivale, aunque no a una incontestable realidad, al menos a la probabilidad de la existencia del mismo..." (111). Borda afirmaba estando vigente el Código Civil, que puesta la acción de divorcio, la mujer puede reclamar alimentos provisionarios sin tener que demostrar su necesidad ni la imposibilidad de procurarse los recursos, dado que esas circunstancias se presumen, salvo prueba en contrario; lo que no es así —agregaba— si los alimentos eran requeridos por el marido, supuesto en el cual el mismo

(110) ESCRIBANO, Carlos, "Alimentos entre cónyuges", en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. I, pág. 293.

(111) Matrimonio Civil, cit., pág. 778.

debía probar esos extremos (112). Bossert, por su parte, afirmaba que si bien para la fijación de alimentos provisionarios el juez no podía profundizar el análisis de la situación, debía de todas maneras considerar si, *prima facie* y de acuerdo a los roles que cada uno de los esposos cumplía en el hogar, efectivamente correspondía fijar una cuota alimentaria a favor del cónyuge reclamante, debiendo la misma, en caso afirmativo, ser fijada en base a los elementos que aquél hubiera arrojado al expediente, como podría ser, por ejemplo, un recibo de sueldos del demandado, una constancia de alquileres o de intereses que éste cobra, el título de una propiedad que puede sugerir un cierto desahogo económico, etcétera (113).

De conformidad al Código actualmente vigente, el precitado inciso e) del artículo 721 establece que las pautas que deben ser tenidas en cuenta para la fijación de los alimentos provisionales son las que resultan del artículo 433 del Código, a cuyo contenido remitimos. Sin perjuicio de lo cual, recordamos que tal como ha sido resuelto reiteradamente por nuestros tribunales, por tratarse de una prestación que se fija en base a elementos mínimos sobre el monto, la cantidad debe tender únicamente a cubrir las necesidades mínimas indispensables del reclamante, hasta tanto quede dilucidado su derecho y el monto que debe alcanzar la cuota (114). Bossert afirma, en similar sentido, que la cuota deberá ser moderada, en razón de no estar el juez en condiciones, a esa altura del proceso, de analizar el verdadero alcance del derecho invocado por las partes, ni tampoco las necesidades del reclamante de los alimentos y la situación económica del demandado; lo cual no obsta a la necesidad, antes puesta de relieve, de contar con algún elemento orientador en materia del monto a fijar (115), por aplicación de las pautas contenidas en el artículo 433.

(112) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", 10ª ed., cit., t. II, pág. 382, nro. 1226. También afirma Borda que el mero hecho de la existencia del juicio de divorcio le da derecho a la mujer a reclamar alimentos provisionarios (conf. CNCiv., Sala C, E.D., 140-498); aun cuando agrega que el marido podría oponerse a la fijación de los alimentos, demostrando que la esposa tiene bienes suficientes. Lagomarsino y Uriarte coinciden con esto último, y manifiestan que la afirmación sobre la innecesidad de acreditar la urgencia o la necesidad, así como la imposibilidad de adquirir medios con su trabajo por parte de la esposa que reclama alimentos antes o durante la tramitación del juicio de divorcio, debe ser tomada con cautela; no obstante lo cual, agregan que la falta de necesidad por parte de la mujer se presume (Separación Personal y Divorcio, cit., págs. 344 y 345, nro. 184).

(113) BOSSERT, Gustavo A., "Régimen Jurídico de los Alimentos", 2ª ed., Buenos Aires, 1993, págs. 42 y 43, parág. 49.

(114) CNCiv., Sala C, E.D., 195-13.

(115) "Alimentos entre cónyuges tras las reformas de la ley 23.515", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la doctora Méndez Costa, AA.VV., pág. 208, y Régimen Jurídico de los Alimentos, cit., págs. 43 y 44, parág. 49. Conf. CNCiv., Sala A, LA LEY, 1993-A-245; ídem id., LA LEY, 1994-E-718, sum. 10.130; ídem id., LA LEY, 1996-C-775, 38.714-S; ídem, Sala B, LA LEY, 1992-D-641, sum. 8167; ídem id., LA LEY, 1994-D-44; ídem, Sala C, LA LEY,

### XIX. Improcedencia de la previa discusión de la validez del vínculo

Si bien a diferencia de lo normado en la última parte del artículo 231 del Código Civil nada se establece al respecto en el actual Código, nos parece razonable aplicar la solución que se establecía tanto en el artículo 68 de la ley 2393 (según texto de la ley 17.711), como también en el recién referido art. 231, sobre la improcedencia en el ejercicio del reclamo de alimentos provisionales, de la previa discusión sobre la validez del título de casados (116). A lo que a nuestro juicio no obsta lo dispuesto en el art. 643 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto en éste se establece que en la audiencia conciliatoria, que de conformidad al artículo 639 de ese Código debe ser fijada en los juicios de alimentos, el demandado podrá, por los medios que aquella norma indica, demostrar la falta de título o derecho de quien pretende los alimentos (como también la situación patrimonial de ambas partes), ya que los Códigos de procedimientos no pueden establecer un requisito que en la práctica deja casi sin efecto la posibilidad de fijar alimentos como medida provisional.

Pero si bien, de acuerdo a lo dicho, el esposo al que se le reclaman alimentos no puede enervar la petición por medio del cuestionamiento de la validez del vínculo, pensamos que si el mismo presentara en el expediente documentación fehaciente que *prima facie* acreditara en forma prácticamente incuestionable la invalidez del vínculo, resultando asimismo de ella la mala fe del peticionante de los alimentos, el juez no podría ignorar la documentación y a pesar de la evidencia, hacer lugar a la fijación de alimentos provisionales. En igual sentido, Mazzinghi sostenía al analizar el art. 231 del Código Civil, que la circunstancia de que el demandado por alimentos no pueda invocar la nulidad del matrimonio como defensa al reclamo de alimentos provisorios, no impide que el juez descarte el reclamo por falta de fundamento, frente a un vínculo notoriamente inválido (117). Lo mismo ha dicho Carlos Escribano, que entendía que dicha norma no impedía que el juez examinara la viabilidad del título en sus propios términos, así como también, que podía presentarse documentación reveladora —sin sustanciación necesaria— de la que resultara la violación del título o vínculo que se invocaba (118). Es que el hecho de

1990-A-354; ídem, Sala G, LA LEY, 1990-A-683, sum. 6841; ídem, Sala K, LA LEY, 1993-B-463, sum. 8986; ídem id., LA LEY, 1997-E-1079, J. Agrup., caso 12.093.

(116) Así, por otra parte, ha sido resuelto por los jueces en distintas oportunidades: CNCiv., Sala C, LA LEY, 1996-C-765, 38.658-S.

(117) "Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 3, pág. 157, parágr. 548. Conf. GOWLAND, Alberto J., "Aspectos procesales de la reforma al régimen legal de la familia", en Nuevo Régimen de Matrimonio Civil. Ley 23.515, AA.VV., Buenos Aires, 1989, pág. 109.

(118) "Alimentos entre cónyuges", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, págs. 293 y 294.

rechazar un pedido de fijación de alimentos provisionales con fundamento en la existencia de documentación fehaciente de la cual *prima facie* resulta en forma indudable la invalidez del matrimonio en el que el reclamante fundamenta su petición de alimentos, y la mala fe del mismo, no significa resolver sobre la validez o nulidad de este matrimonio, sino posponer la fijación de los alimentos para cuando se resuelva sobre ese tema (119).

Si, en cambio, se aceptara que a pesar de la evidencia contraria a la validez del vínculo, lo mismo debiera hacerse lugar al reclamo de alimentos, se estaría violando groseramente el sentido de la ley, en desmedro de la solución correcta y justa. Más aún por el hecho de tratarse de la fijación de alimentos provisionales, o sea de los que reclama un cónyuge cuyo derecho alimentario no es definitivo.

### XX. Fecha desde la cual deben ser liquidados los alimentos

En virtud de la norma establecida en el artículo 548 del Código Civil y Comercial —aplicable a los cónyuges, no obstante encontrarse dicha disposición en el capítulo que se ocupa de los "deberes y derechos de los parientes"—, *los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación*. Puede, no obstante, haber ocurrido que no haya habido una interpelación previa, y sí, únicamente, una notificación del procedimiento de mediación obligatoria establecida en la ley 26.589, habiendo en tales casos los jueces llegado a la conclusión de que el pago de la cuota comienza desde la notificación de la mediación.

A su vez, de acuerdo al artículo 644 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación los alimentos provisionales deben ser liquidados desde la fecha de interposición de la demanda (120).

### XXI. Incremento o disminución y cesación de los alimentos provisionales

Ambos esposos pueden en cualquier momento requerir tanto el incremento como la disminución de los alimentos provisionales que hubieran

(119) Bossert, por su parte, manifiesta que la discusión de la validez del matrimonio no puede hacerse en la brevedad de un juicio de alimentos, sino en el amplio marco de un juicio ordinario; pero no va más allá ("Alimentos entre cónyuges tras las reformas de la ley 23.515", cit., en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la doctora Méndez Costa, pág. 209).

(120) CNCiv., Sala C, LA LEY, 1981-C-458. Conf. BOSSERT, Gustavo A., "Alimentos entre cónyuges tras las reformas de la ley 23.515", cit., en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la doctora Méndez Costa, pág. 208, quien aclara que si los alimentos provisorios se pidieron con posterioridad a la demanda de alimentos, ellos rigen desde el pedido, y no, en cambio, desde la iniciación de dicha demanda.

sido fijados, para lo cual deberán acreditar el fundamento de su pretensión, mediante la prueba del cambio de las condiciones que se tuvieron en cuenta para la fijación de la cuota, ya sea por parte del alimentante o del alimentado, como también por la producción de pruebas de las que resulte que la cuota fijada era elevada o, por el contrario, reducida.

Además, el derecho a percibir los alimentos provisionales que hubieran sido fijados por el juez cesan en el supuesto de acreditarse su innecesidad o la imposibilidad por parte del alimentante de continuar prestándolos. ♦

## LA EUGENESIA, ANTES Y AHORA

### LA EUGENESIA Y EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO EUGENÉSICO

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

Sumario: I. Nociones generales.- II. La eugenesia en la antigüedad y su nacimiento como ciencia.- III. En Alemania se produjo una confluencia entre el pensamiento eugenésico y la ideología racista y xenófoba del régimen hitleriano.- IV. El enfoque actual de las prácticas eugenésicas.- V. La relevancia de la fecundación in vitro para el desarrollo de las nuevas prácticas eugenésicas.- VI. Procedimientos habitualmente utilizados para llevar a cabo las nuevas prácticas eugenésicas.- VII. El potencial eugenésico de los diagnósticos genéticos.- VIII. Es imprescindible utilizar con cautela los diagnósticos genéticos.- IX. Análisis crítico de la eugenesia.

#### I. Nociones generales

La eugenesia, entendida como las acciones o procedimientos que tienen como finalidad la mejora de la raza humana, constituye una cuestión que ha estado en la mente del hombre desde hace ya tiempo, aunque sólo ha comenzado a desarrollarse como ciencia desde la segunda mitad del siglo XIX. En un libro publicado en el año 1883 (*Inquiries into Human Faculty and its Development*), Francis Galton acuñó el término *eugenesia*, habiéndola definido 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).

(1) Cit. por ROMEO CASABONA, Carlos María, "Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas", en *La Eugenesia hoy*, AA.VV., Bilbao-Granada, 1999, págs. 5 y 6.

Al ocuparse del tema, la mayor parte de los autores también ha puesto el acento en el análisis del mejoramiento de la raza humana (2). Daniel Soutullo afirma que "cualquier intervención, individual o colectiva, que modifique el patrimonio genético hereditario será considerada dentro del campo de la eugenesia, independientemente de los fines, sanitarios o sociales, que persiga" (3), habiendo Jacques Roger expresado un concepto más amplio de la eugenesia, al afirmar que "personalmente, definiría 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" (4).

## II. La eugenesia en la antigüedad y su nacimiento como ciencia

Con relación al tema, bien podemos hacer una primera distinción entre el desarrollo del pensamiento eugenésico en la antigüedad y el nacimiento de la eugenesia como ciencia.

### a) La eugenesia en la antigüedad

Cabe recordar que 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 aquéllos que las sufrían, habiéndose llegado inclusive al infanticidio, como ocurrió en una época en Esparta con los niños que nacían malformados, que se consideraba que constituían una carga para el Estado, lo que hacía que fueran sacrificados en el Monte Taigeto. Los brahmanes tenían la costumbre de matar o abandonar en la selva a los niños que, luego de transcurridos dos meses desde el nacimiento, les parecían de mala índole; mientras que los celtas eliminaban a los niños deformes o monstruosos (5). A su vez, las leyes de las XII Tablas permitían que el padre matara

(2) Véase al respecto, entre otros, ROMEO CASABONA, Carlos María, "Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas", cit., pág. 4. Ver también, del mismo autor, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, 2000, pág. 136; DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Matrimonio y Eugenesia", J.A., 1942-II, sec. doct., pág. 23; TEJADA MÍN-GUEZ, María Isabel, "Genética médica y eugenesia", en *La Eugenesia hoy*, cit., pág. 155. 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".

(3) "El concepto de eugenesia y su evolución", en *La Eugenesia hoy*, cit., pág. 37.

(4) Cit. por ÁLVAREZ PELÁEZ, Raquel, "La eugenesia española a lo largo del siglo XX", en *La Eugenesia hoy*, cit., pág. 87.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Libertad de amar y derecho a morir", 7ª ed., Bs. As., 1992, págs. 5 y 6.

a su hijo que tuviera una grave deformidad física, arrojándolo desde la roca Tarpeya, en el Monte Capitolino, una de las siete colinas de Roma (6).

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 se dejó de advertir los parecidos entre padres e hijos, e inclusive entre parientes, todo lo cual llevó a investigar y 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 —entre otras razones— de conservar la pureza de la raza. Tanto las leyes de Manú como las hebraicas establecían impedimentos de tipo eugenésico para casarse, tan es así que prohibían el matrimonio entre leprosos, tuberculosos y epilépticos, obedeciendo a idéntico propósito las leyes espartanas. Ese tipo de actitudes fue seguida también en distintas épocas por diversos pueblos, habiendo sido todo ello 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 ponía 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 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

(6) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", 9ª edición, Bs. As., 1993, t. I, págs. 91 y sig., n° 78. Ver también sobre esos antecedentes y otros similares, MOSQUERA, Gerardo Raúl, "El SIDA como impedimento del matrimonio civil", *LA LEY*, 1992-E-1256 y sigs.; YUNGANO, Arturo R., "Eugenesia", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigida por Carlos A.R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, t. II, Bs. As., 1992, págs. 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.

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" (7).

b) *El nacimiento de la eugenesia como ciencia*

Tal como recuerda Raquel Álvarez Peláez (8), ya antes de haber acuñado el término *eugenesia*, Galton había desarrollado su teoría eugenésica en su primera obra, *Hereditary talent and carácter* —consistente en 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 práctica de determinados actos 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 aquéllos según sus capacidades tanto físicas como intelectuales. En el pensamiento de Galton había un marcado carácter ideológico, pues se hallaba 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 (9). El evolucionismo, unido al liberalismo político, en boga en la época en la que Galton desarrolló sus ideas, ayudaron a la expansión de las ideas eugenistas.

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

(7) 3ª edición de Aguilar S.A., traducido del griego por José Antonio Míguez, Madrid, 1968, págs. 337 a 339. Como se advierte, Platón admitía procedimientos eugenésicos tanto para mejorar la raza humana, por medio de la selección y la subsiguiente unión de personas destacadas, a fin de lograr de esa manera la transmisión de caracteres considerados como valiosos, como también procedimientos para evitar que se transmitieran a la descendencia caracteres no deseables.

(8) Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, Madrid, 1985, pág. 11.

(9) Como ha dicho Álvarez Peláez, el siglo XIX ha dado paso a concepciones diferenciales y valorativas de los grupos humanos, desarrollándose un racismo que se basaba en los caracteres físicos de los individuos, que se hacían coincidir arbitrariamente con capacidades más o menos *humanas*, superiores o inferiores ("La eugenesia española a lo largo del siglo XX", cit., pág. 88).

general" (10). George Combe aconsejaba el control de los matrimonios para mejorar la raza, que es, en definitiva, lo único que concibe Galton para actuar sobre la reproducción (11). Aunque 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 a la herencia, también consideraban relevante a la influencia del medio ambiente y la educación en las características de las personas.

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 y en otras ramas del saber.

En palabras del biólogo español Daniel Soutullo (12), Galton sostenía lo siguiente con relación a la eugenesia:

1. Que las principales características de las personas —particularmente las intelectuales y morales— se transmiten por herencia, encontrándose la evolución de la sociedad determinada por la diferente tasa reproductiva de las diferentes razas, clases (13), grupos nacionales, etc., cuyos atributos son una consecuencia directa de las distintas características hereditarias (14); y que la ciencia debía mejorar a la población. El alcance prácticamente *determinista* con el que Galton concebía a la transmisión hereditaria dejaba casi totalmente de lado las influencias ambientales, incluyendo a la educación, a las que daba una relevancia mínima en comparación con la herencia (15).

(10) *The Constitution of Man*, editada en el año 1835 (cit. por ÁLVAREZ PELÁEZ, Raquel, Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, pág. 61).

(11) Véase al respecto, PUIGPELAT, Francesca, "El movimiento eugenésico de principios de siglo: presupuestos y enseñanzas", en *La eugenesia hoy*, cit., pág. 69.

(12) "El concepto de eugenesia y su evolución", en *La Eugenesia hoy*, cit., págs. 30 y sigs. Véase también, del mismo autor, *La Eugenesia*. Desde Galton hasta hoy, Madrid, 1997, págs. 25 y sigs.

(13) Según afirmaba Galton, las clases que consideraba 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 (véase, PUIGPELAT, Francesca, "El movimiento eugenésico de principios de siglo: presupuestos y enseñanzas", cit., pág. 69).

(14) Ver también sobre esto lo dicho por Raquel Álvarez Peláez, en Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, cit., págs. 56 y sigs.

(15) Según recuerda Raquel Álvarez Peláez, Galton afirmaba que "el ambiente, la sociedad, podían quizás dificultar el triunfo de un individuo con talento. Pero la educación no

2. El pensamiento de Galton tiene su apoyo fundamentalmente en las teorías premendelianas vigentes en esa época —ya que el pensamiento de Mendel permaneció prácticamente oculto hasta fines del siglo XIX—, y muy en especial en las darwinianas (16), habiéndose publicado *El origen de las especies* 24 años antes del desarrollo efectuado por Galton de su tesis eugenista (17). No obstante, Galton entendía que la selección natural a la que se refería Darwin debía ser 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 aquélla 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

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, cit., pág. 63). Daniel Soutullo ha afirmado que genes y ambiente forman una unidad inseparable, ya que es imposible que los genes se expresen al margen del mismo (La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy, cit., pág. 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 aquéllos 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. “La clonación ni siquiera duplicaría las extraordinarias capacidades de los individuos y mucho menos sus logros, porque también éstos son el producto de sus genes heredados y de sus medios, no de sus genes solos” (Dan W. Brock, “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, Madrid, 1998, pág. 148). Véase sobre lo dicho en el texto, entre muchos otros, lo expresado 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.

(16) En ese sentido, 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 161-2º *in fine* del Código Penal de 1995”, en La Eugenesia hoy, cit., pág. 321).

(17) 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 sólo sobreviven las más fuertes o que mejor se adaptan al medio en el cual desarrollan su existencia. Es interesante recordar lo expresado por Darwin, cuando éste decía que “los miembros débiles de la sociedad civilizada propagan su especie. Nadie que haya ayudado en la crianza de animales domésticos dudará de que esto debe ser altamente dañino para la raza humana... Casi nadie es tan ignorante como para permitir que sus peores animales se reproduzcan” (cit. por OSSET HERNÁNDEZ, Miquel, Ingeniería genética y derechos humanos, Barcelona, 2000, pág. 120). No obstante, Darwin se apartaba del determinismo aceptado por Galton, al aceptar que el perfeccionamiento de las cualidades morales tenía más relación con factores sociales tales como la educación y la religión, que con la acción directa de la selección natural (SOUTULLO, Daniel, La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy, cit., pág. 56).

degeneración paulatina de la población de Inglaterra (18). Y 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 (19).

También Herbert Spencer influyó en las ideas de Galton, habiendo Spencer trasladado al campo sociológico las ideas evolucionistas en boga en esa época; decía dicho autor que el motor del progreso de la sociedad lo constituía el empuje de la población por mejorar la situación en la que se hallaba, sobreviviendo en esa lucha los más capaces. Como es fácil advertir, este tipo de ideas constituían un caldo de cultivo ideal para el desarrollo del racismo, que pocos años después se presentó en toda su magnitud en el nacionalsocialismo alemán de Adolf Hitler, con la denominada *higiene racial*, lo cual llevó a admitir la existencia de un paralelismo entre el eugenismo y las ideas nazis, como si ambas fueran una misma cosa, identificando de tal forma a la eugenesia con el racismo y la discriminación, entendido este último término en su sentido peyorativo más abyecto.

3. Los métodos eugenistas de Galton se basaban, fundamentalmente, en la necesidad de una educación cívica que hiciera que los individuos tomaran conciencia de su papel en la sociedad, de acuerdo a las características hereditarias de cada una de las personas, debiendo a su juicio estimularse la procreación entre los grupos mejor dotados intelectual y moralmente, o entre las personas mejor dotadas de cada grupo, con la finalidad de mejorar la herencia y elevar el nivel medio (eugenesia positiva) (20), y desaconsejársela con relación a los grupos considerados inferiores (eugenesia negativa), a los cuales debía incluso internárselos, a fin de que no pudieran

(18) 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”. John Mc Fadden, profesor de Microbiología Molecular en la Universidad de Surrey, expuso un pensamiento similar en un ensayo publicado en *The Guardian* con fecha 5 de febrero de 2001, donde con fundamento en la teoría darwiniana de la selección natural, sostuvo que si no se adopta la ingeniería genética para mejorar nuestro patrimonio genético, nos convertiremos en una especie enfermiza y débil. Cosa que de alguna manera ha llevado a afirmar, según recuerda Romeo Casabona, que si la medicina ha reducido en los últimos años de forma considerable la selección natural de la especie humana, ese efecto debe compensarse con la correspondiente limitación de la reproducción de aquellos individuos que potencialmente presentan mayores riesgos de transmitir enfermedades hereditarias a su descendencia (Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano, cit., págs. 152 y sig.).

(19) Soutullo destaca al respecto que para los eugenistas, la caracterización de personas *mejor dotadas* se refería a habilidades que tenían un valor social, tal como la inteligencia o ciertas formas de moralidad, y no, en cambio, a la capacidad potencial de tener descendientes, apartándose de tal manera de la selección natural a la que hacía referencia Darwin, que daba prelación al respecto a quienes tenían mayor eficacia para reproducirse.

(20) Galton aclaraba que podía haber superposiciones entre las personas de nivel más alto de un grupo, y las de nivel inferior del grupo inmediatamente superior (ÁLVAREZ PELÁEZ, Raquel, Sir Francis Galton, padre de la eugenesia, cit., pág. 56).

procrear; aunque nunca propugnó la esterilización como método eugenésico (21).

### EL DESARROLLO EN ALEMANIA DEL PENSAMIENTO EUGENÉSICO

#### III. En Alemania se produjo una confluencia entre el pensamiento eugenésico y la ideología racista y xenófoba del régimen hitleriano

Varios fueron los países, en especial los anglosajones, germánicos y de Europa del Norte, donde se había hecho fuerte el puritanismo protestante, en los cuales, siguiendo el pensamiento de Francis Galton y sus seguidores, se aceptó el pensamiento eugenésico y, como consecuencia de ello, se sancionaron disposiciones legales de ese carácter, fundamentalmente desde comienzos del siglo XX (22).

No obstante, en esta ocasión sólo recordaré el desarrollo del pensamiento eugenésico en Alemania, donde, como antes recordé, se llegó a admitir la existencia de un paralelismo entre el eugenismo y las ideas nazis, como si ambas fueran una misma cosa, identificando de tal forma a la eugenesia con el racismo y la discriminación. Aunque no necesariamente ambas corrientes deben ser identificadas hasta el punto de partir del presupuesto de que la eugenesia sea, siempre y en todo caso, una manifestación racista o xenófoba (23). A pesar de lo cual, lo ocurrido en la Alemania nazi al respecto hizo que la aceptación de las ideas eugenésicas disminuyeran al punto de aceptación más bajo.

(21) Como se advierte, la determinación de los mejor dotados no se hacía en forma individual, sino global, de acuerdo a las razas, clases, grupos nacionales, etc. Cabe poner de relieve que a juicio de Galton, la eugenesia negativa no sólo se debía aplicar voluntariamente, por medio de la persuasión, sino también por otros métodos más radicales, tales como, por ejemplo, la proscripción de los matrimonios de los grupos que él consideraba impropios. Con relación a la distinción entre eugenesia positiva y negativa, véase, asimismo, IBARRA, Andoni, "Conocer e Intervenir: el bucle eugenésico", en *La Eugenesia hoy*, cit., págs. 225 y 226. John Maynard Smith, por su parte, ha distinguido dos tipos de eugenesia, una de las cuales denominó eugenesia *selectiva*, que consiste en la aplicación a la especie humana de iguales técnicas que desde tiempos antiguos se han venido aplicando en la cría y cultivo de animales y plantas domésticas; formarían parte de este tipo de eugenesia la selección de embriones y de células germinales. La que dicho autor llamó, 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 ("Eugenesia y utopía", cit. por LUJÁN, José Luis, "Eugenesia: de la ética a la política", en *La Eugenesia hoy*, cit., págs. 249 y 250).

(22) Cabe no obstante señalar que también en el Norte de Europa, en Latinoamérica y en los Estados Unidos de América, las teorías eugenésicas se expandieron a partir de esa época.

(23) LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, "Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2° *in fine* del Código Penal de 1995", cit., pág. 325.

Desde los primeros años del siglo XX comenzó a desarrollarse en ese país un movimiento eugenésico importante. En el año 1904 el Dr. Alfred Ploetz fundó en Alemania la revista *Archivos de Teoría Racial y Biología Social*, y al año siguiente, la *Sociedad Alemana de Higiene Racial*. A su vez, en el año 1927 se creó el Instituto de Antropología, Herencia Humana y Eugenesia, todo lo cual sirvió como semilla del desarrollo del nacionalsocialismo, que en la década del 30 se desató con toda su fuerza, alimentado por escritores de la talla de Alfredo Rosenberg, Günther o Ludendorff.

Como es sabido, fue en la Alemania de los años 30 donde las ideas eugenésicas con fundamento principal en la pretendida superioridad de la raza aria, fue llevada casi diríamos al extremo, habiéndose llegado inclusive al genocidio, al que muchas veces puede conducir el pensamiento eugenésico (24). En su libro *Mi Lucha*, escrito en el año 1926, Adolfo Hitler afirmó que "todo individuo notoriamente enfermo y atávicamente tarado, y, como tal susceptible de seguir transmitiendo por herencia sus defectos, debe ser declarado inepto para la procreación y sometido a tratamiento práctico" (25), lo cual significa esterilizarlo. El mito de la raza superior de la ideología nacional-socialista tal vez constituye, ha dicho Carlos Mosso, la versión más sofisticada del desprecio del hombre por el hombre (26). Como ha señalado John I. Flemming, el principio de la *supervivencia de los más capaces* admitido por la teoría de la evolución, fue utilizado para justificar la búsqueda de la pureza e higiene raciales como imperativos biológicos, con la ayuda de determinadas políticas represivas que practicaban la esterilización, la eutanasia, el aislamiento de los que eran calificados como indeseables, y el fomento de las uniones de aquellos considerados como personas superiores (27).

Seguidamente recordaré algunas de las leyes que se dictaron en Alemania con fundamento en ideas eugenésicas. El 14 de julio de 1933 se dictó la denominada "Ley para prevenir la procreación de hijos con enfermedades hereditarias" (28), que tuvo como antecedente a un proyecto prusiano de

(24) Quizás el primero que desarrolló una teoría del racismo y afirmó la superioridad de la raza aria fue el diplomático francés, conde Joseph Arthur Comte de Gobineau, en su conocido libro en dos tomos, *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas* (1853/1855).

(25) La cita fue tomada de la nota de BLANCO, Luis Guillermo, "Esterilización terapéutica de adultos capaces (Consideraciones bioético-jurídicas)", E.D., 161-207, nota 16.

(26) "Clonación. Una mirada desde la Ética y el Derecho", publicación del Instituto de Bioética de la Facultad de Posgrado en Ciencias de la Salud de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Bs. As., 2001, año 2, n° 2, pág. 186.

(27) "La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad", cit. por LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, "Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2° *in fine* del Código Penal de 1995", cit., pág. 324.

(28) En el artículo 1° de esa ley se establecía lo siguiente: "1. El que se encuentre enfermo de una dolencia hereditaria podrá ser reducido a la infecundidad (esterilizado) cuando,

un año antes (29). En esa ley se contemplaba para determinados supuestos la esterilización (30), debiendo señalar al respecto que hasta el año 1937 fueron esterilizadas en Alemania alrededor de 350.000 personas —la mayor parte de ellas en forma coercitiva—, a las cuales se consideraba como indeseables por diversos motivos (31). Dicha ley fue modificada el 26 de junio de 1935, en que aunque con ciertas limitaciones, se admitió el aborto por motivos eugénicos, en los mismos supuestos en los cuales se podía proceder a la esterilización.

Además de la esterilización, en Alemania también se practicó la castración, aunque en forma excepcional (32), como también la eutanasia, a partir de un programa cuya vigencia comenzó el día 1° de septiembre de 1939, lo que produjo miles de víctimas (se habla de alrededor de 70.000),

conforme a la experiencia de la ciencia médica, es de esperar, con gran probabilidad, que sus descendientes habrán de padecer graves males hereditarios de índole corporal o mental. "2. Se consideran enfermos con males transmisibles por herencia, en el sentido de esta ley, los que padezcan algunas de las enfermedades siguientes: a) debilidad mental o congénita; b) esquizofrenia; c) locura circular (maniaco-depresiva); d) epilepsia hereditaria; e) baile de San Vito hereditario (corea de Huntington); f) ceguera hereditaria; g) sordera hereditaria; h) graves malformaciones corporales hereditarias. "3. Pueden ser además esterilizados quienes padezcan alcoholismo grave". Para ampliar el contenido de dicha ley, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, cit., págs. 230 y sigs., y la nota "Eugenesia y Biopolítica", en [www.libreopinion.com](http://www.libreopinion.com). Hasta el año 1936 se dictaron seis decretos reglamentarios de esa ley, el primero de los cuales data del 05-12-1933, y el último, del 23-12-1936. En el 5° de los decretos se reglamenta la esterilización mediante el empleo de rayos X, habiendo el 6° establecido, entre otras cuestiones, la ayuda social que el Estado debe prestar a toda persona que por someterse a la intervención quirúrgica o por recluírse, no pueda atender a sus obligaciones sociales.

(29) Sergio Cecchetto informa que el Consejo de Sanidad de Prusia preparó ese proyecto con el fin de esterilizar a idiotas congénitos, esquizofrénicos, maniaco-depresivos, epilépticos hereditarios, alcohólicos profundos, ciegos hereditarios y personas afectadas por el mal de San Vito u otras deformaciones físicas graves, derivadas de la herencia ("Vasectomía: motivaciones históricas y cuestionamientos morales", en Internet, [www.bioetca.org](http://www.bioetca.org)).

(30) En 1918 se había rechazado un proyecto de ley sobre esterilización de invertidos y delinquentes sexuales, pero ya antes de ello —como también con posterioridad— existen antecedentes de prácticas de esterilización por diversos motivos, inclusive eugénicos. Remitimos al respecto a lo informado por Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir*, cit., págs. 227 y sigs.

(31) Sergio Cecchetto ha afirmado que "mientras el médico Horst Schumann gustaba irradiar los órganos sexuales de varones y mujeres, su colega, el prestigioso profesor Clauberg, pasaba sus días inyectando sustancias cáusticas en las trompas de Falopio en cientos de mujeres judías" (Vasectomía: motivaciones históricas y cuestionamientos morales", cit.).

(32) Con fecha 24/11/1933 se dictó una ley que impuso la castración, habiendo señalado Jiménez de Asúa que su propósito no era estrictamente eugénico, pues la ley se aplicaba a los delinquentes sexuales reincidentes, como asimismo a los asesinos sádicos. También una ley del 26/06/1935, modificatoria de la ley de esterilización del 14-07-1933, admitió la castración, pero en este caso, con consentimiento de la persona, con la finalidad de prevenir las infracciones contra la honestidad (*Libertad de amar y derecho a morir*, cit., págs. 17 y 238).

fundamentalmente de personas que pertenecían a lo que se consideraba *razas inferiores*. En el año 1943 se autorizó el aborto de mujeres que no pertenecían a la raza aria, así como también se realizaron distintos experimentos con seres humanos, sin su consentimiento, llevándolos muchas veces hasta la muerte (33).

Por una ley del 15 de septiembre de 1935 se prohibió bajo pena de reclusión o de prisión el matrimonio (como también las relaciones extramatrimoniales) entre judíos y súbditos de sangre alemana, que se declararon nulos aun cuando para sortear la prohibición hubieran sido celebrados en el extranjero. En esa misma época también se dictaron en Alemania otras leyes que en parte llevaban las prohibiciones matrimoniales a límites irrazonables, tales como la llamada "Ley de protección de la salud hereditaria del pueblo alemán", del 18 de octubre de 1935; en esa ley se impedía el matrimonio cuando uno de los prometidos estuviera afectado de una enfermedad contagiosa que pudiera ocasionar un grave daño, ya sea a la salud del otro prometido o de la descendencia; de quienes padecieran enfermedades hereditarias, salvo cuando el otro prometido fuera estéril; o de aquellos que sin estar incapacitados, tuvieran perturbaciones mentales no demasiado profundas que hiciera aparecer al matrimonio como indeseable para la Comunidad, requiriéndose para su celebración la expedición de un previo certificado de salud (34).

(33) Remitimos sobre todo ello a lo recordado al respecto por VEGA GUTIÉRREZ, Javier, VEGA GUTIÉRREZ, José María y MARTÍNEZ BAZA, Pelegrin, en el libro "Experimentación Humana en Europa", Valladolid, 1997, págs. 18 y sigs. Con respecto a las esterilizaciones forzosas, ver págs. 28 y sigs.

(34) BORDA, "Tratado de Derecho Civil. Familia", cit., t. I, pág. 91, n° 90; SPOTA, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia", Bs. As., 1962, t. II, vol. I (11), n° 34, págs. 221 y 222. Con respecto a dichas dos leyes, con fecha 1° de diciembre de 1935 el Dr. Frick escribió lo siguiente en la Revista de los juristas alemanes: "Según la experiencia de la Historia y las leyes de la Demografía, la situación de un pueblo depende sustancialmente de que mantenga pura y sana su composición étnica... Porque sobre esta particularidad descansan su idiosincrasia, su cultura, sus realizaciones, etc. Si un pueblo no mantiene homogénea su composición étnica y da cabida a elementos de una composición específicamente distinta, entonces la consecuencia necesaria es que surja, en su unidad y homogeneidad, una fisura perdiéndose su carácter típico... Desde el momento en que la sangre alemana es una condición previa para el otorgamiento de la ciudadanía, ningún judío puede ser ciudadano. Pero lo mismo vale para los pertenecientes a otras razas, cuya composición étnica no sea similar a la del pueblo Alemán, por ejemplo, para los gitanos y negros. La sangre Alemana no constituye una raza de por sí. El pueblo Alemán se constituye, por el contrario, de individuos pertenecientes a diversas razas. Pero a todas estas razas les es común la característica de una compatibilidad étnica desde el momento en que un cruzamiento —al contrario de lo que sucede con composiciones étnicas incompatibles— no origina tensiones o conflictos internos. La sangre Alemana se puede comparar pues, sin cuestionamiento alguno, a la composición étnica de todos los pueblos de condiciones similares a la alemana. Este es totalmente el caso de los pueblos homogéneamente arraigados en Europa. La composición específicamente similar es tratada, en todos los aspectos, de una manera uniforme. Por ello

Recuerdo, por último, que también se practicó en Alemania la eugenesia positiva, habiéndose puesto en práctica un programa denominado *Lesenborn* (fuente de la vida) —que en la práctica resultó un fracaso—, por el cual se pretendía mejorar la raza aria mediante el entrecruzamiento de oficiales de las S.S. y mujeres seleccionadas por sus características raciales (35).

#### LAS NUEVAS CARAS DE LA EUGENESIA. NOCIONES GENERALES

#### IV. 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 inmigratorio, o políticas sociales de carácter racista o clasista, o destinadas a determinados grupos considerados como inferiores —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 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.

Romeo Casabona ha señalado que las aportaciones de la biología humana y animal sobre los mecanismos de la reproducción y la herencia biológica han permitido dotar a los propósitos selectivos de un fundamento científico, lo cual ha ido arrojando a las ideas eugenésicas de un pretendido soporte de ese tipo y, con ello, de una mayor credibilidad intelectual y autoridad moral. Pone de relieve dicho autor que la protección o supervivencia de la especie humana y la mejora de las condiciones

es que pueden ser ciudadanos también aquellos que pertenecen a minorías étnicas residentes en Alemania, como por ejemplo: polacos, daneses, etc., etc." ("Eugenesia y Biopolítica", cit., www.libreopinion.com.).

(35) Tejada Mínguez señala lo erróneo de esas prácticas eugenésicas, por desconocer el hecho de que por consanguinidad, por pertenecer al mismo grupo étnico, dichos individuos podían con mayor probabilidad tener el mismo lastre genético, transmitiendo de tal manera a sus descendientes enfermedades recesivas y malformaciones: "Genética médica y eugenesia", cit., pág. 156. Podía en efecto ocurrir, que los dos alelos (paterno y materno) de un mismo gen pueden mutar, lo cual se produce con mayor facilidad al pertenecer los padres al mismo grupo étnico, produciéndose de tal manera una *enfermedad recesiva*, que suele aparecer en forma precoz.

sociales del ser humano y de la colectividad, han sido la justificación del pensamiento eugenésico (36).

Pero si bien esas posibilidades, que se presentan con motivo de los rápidos avances de la biología 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 que se promueve lo que se ha dado en llamar una *cultura de la muerte*, que se halla cada vez más difundida, lo que ha sido criticado por San Juan Pablo II 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 (37). 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 sólo el respeto a la vida puede fundamentar y garantizar los bienes más preciosos 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 (38).

Este nuevo enfoque sobre la eugenesia ya no se encuentra dirigido en forma directa a las poblaciones, sino sólo 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. Bien puede al respecto afirmarse que los

(36) ROMEO CASABONA, Carlos María, "Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas", cit., pág. 4.

(37) 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, cit., año 2, n° 2, págs. 215 y sigs.).

(38) La mayoría de las religiones ven a la procreación como una gran bendición, y a la esterilidad como un mal, debido, según se ha dicho, a que parten del hecho de que "la divinidad crea al hombre y a la mujer y, desde sus orígenes y como una participación de la fecundidad que caracteriza a la misma divinidad, les es concedida la capacidad de ser fecundos mediante la procreación. Ese acto humano del que depende la conservación de la especie está directamente ligado a la dignidad que caracteriza al hombre y a la mujer, dignidad que se manifiesta en la responsabilidad, en la gratuidad y generosidad en la transmisión de la vida" (Pbro. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Guillermo, "Las religiones frente a la reproducción", en Internet: www.es.catholic.net).

importantes avances de la medicina, que han posibilitado la supervivencia de personas afectadas de enfermedades de origen genético, susceptibles de ser transmitidas hereditariamente a su descendencia, han sido en buena parte la causa de esta especie de revivir de las prácticas eugenésicas, aunque con un nuevo ropaje.

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 cabría supeditar la dignidad humana de quienes pertenecerían a presuntos grupos considerados *inferiores* (39). Aunque lo cierto es que, en esencia, no existe una diferencia sustancial entre los antiguos métodos eugenésicos y los actuales —quizás más insidiosos—, y a pesar de haberse impuesto (aunque, a veces, sólo 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. Lo que 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 impuestas en forma coercitiva (40).

Se ha dicho que no obstante tratarse de una cuestión polémica, “toda intervención individual o colectiva encaminada a la modificación de las características genéticas de la descendencia, independientemente de la finalidad terapéutica o social que persiga” es considerada eugenésica;

(39) “Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2° *in fine* del Código Penal de 1995”, cit., pág. 328.

(40) 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, se señaló que el avance en el conocimiento del genoma permite un considerable adelanto en el diagnóstico y, a veces, en la prevención de un número de enfermedades cada vez mayor, existiendo razones para esperar que también podría facilitarse el hallazgo de soluciones terapéuticas, no debiendo sin embargo ignorarse, se aclaró, *el riesgo asociado al progresivo dominio en este terreno. No es ya el individuo o la sociedad la que puede estar en peligro, sino la misma especie humana* (n° 14).

así como que en esa definición quedan incluidas las decisiones privadas, sean individuales o familiares, relacionadas con tratamientos terapéuticos, siempre y cuando ellos se realicen con la finalidad de influir sobre la transmisión de características genéticas a la descendencia (41).

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 se afirma que existen, de mejorar las condiciones de vida de las generaciones futuras mediante la manipulación genética. Y esas doctrinas sugieren, afirma dicho autor, 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 Iáñez Pareja en el sentido 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 (42). Lo hasta aquí expresado lo hace afirmar 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 puedan 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 (43).

En cuanto a las características sociales de esta nueva eugenesia, Daniel Soutullo resalta 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

(41) SOUTULLO, Daniel, “Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal”, cit.

(42) IÁÑEZ PAREJA, Enrique, “Retos éticos ante la nueva eugenesia”, en *La eugenesia hoy*, cit., págs. 198 y 221.

(43) “Retos éticos ante la nueva eugenesia”, cit., pág. 199. Informa Iáñez Pareja 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 dado la existencia de un “mercado libre de técnicas genéticas y reproductivas”, no debe existir un límite a la libertad reproductiva, incluyendo la ingeniería genética perfectiva y la clonación, por lo que cada individuo tendría derecho a reproducirse por el modo 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.

intervención eugenésica (44); y *no discriminación*, desde el momento —según afirma dicho autor— que las potenciales prácticas eugenésicas no se dirigen a grupos de poblaciones específicos que pudieran ser discriminados en sus derechos como consecuencia de las mismas —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 (45); aunque agrega dicho autor que en la práctica pueden aparecer motivos de discriminación por razones económicas, étnicas u otras (46).

#### V. La relevancia de la fecundación *in vitro* para el desarrollo de las nuevas prácticas eugenésicas

Como es fácil de advertir, la fecundación *in vitro* ha sido la puerta de entrada de estas nuevas prácticas —por haberlas facilitado—, las cuales bien pueden llegar a convertirse —y eso es precisamente lo que está ocurriendo— en eugenésicas (47). En ese sentido, Michel Schooyans, profesor de la Universidad de Lovaina y uno de los máximos expertos mundiales en la relación entre demografía y desarrollo, considera que el derecho a la vida tendrá que enfrentarse cada vez más con la tendencia que favorece y justifica la procreación asistida con finalidades eugenésicas (48). En ese mismo sentido, Romeo Casabona ha afirmado que las técnicas de reproducción asistida constituyen un eficaz instrumento de eugenesia positiva —y también, agrego por mi parte, de eugenesia negativa—, pues por medio de ellas resulta posible la selección de gametos o cigotos exentos de anomalías y portadores de las características deseadas (49).

(44) Véase, sobre esto, ROMEO CASABONA, Carlos María, "Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano", cit., pág. 137.

(45) No obstante, se ha querido que la intervención del Estado en estos temas sea más activa, inclusive hasta coercitiva, en especial en las comunidades de escasos recursos, con la finalidad de prevenir el nacimiento de niños con malformaciones o anomalías varias, para evitar dedicarles recursos económicos que podrían ser derivados a otras necesidades consideradas prioritarias, especialmente para la atención de enfermedades detectadas con posterioridad al nacimiento.

(46) "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.

(47) LUJÁN, José Luis, "Eugenesia: de la ética a la política", cit., pág. 247.

(48) Conf., Agencia de Noticias Zenit, 04-03-2002.

(49) Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano, cit., pág. 143.

Como ha destacado Jacques Testart, el embrión humano se está transformando en el objetivo privilegiado de una eugenesia implacable cuyas consecuencias a largo plazo para la humanidad se desconocen (50). Roberto Andorno señala, a su vez, que no obstante que en un comienzo fue presentada como una solución para las parejas estériles, la técnica de la fecundación *in vitro* parece estar cambiando de objetivo en los últimos tiempos, debido a que ya no se trata de *dar un hijo* a quien no puede tenerlo naturalmente, sino de dar uno de *buena calidad*, satisfaciendo de tal manera los intereses de los padres, y ello con independencia de si éstos son o no estériles; lo cual se logra por medio de la selección de los embriones a ser transferidos al útero materno, a través del denominado diagnóstico preimplantatorio, lo que permite el nacimiento de aquellas personas que se acomodan a los estándares preestablecidos. Este retorno de la eugenesia aparece, dice Andorno, vinculada con los avances del llamado Proyecto Genoma, y la eventual aplicación a la especie humana de los nuevos conocimientos, a través de la fecundación *in vitro* (51).

#### VI. Procedimientos habitualmente utilizados para llevar a cabo las nuevas prácticas eugenésicas

Estas nuevas formas de eugenesia, que se caracterizan por el empleo de procedimientos de biología molecular para el diagnóstico genético y la intervención directa sobre los genes (52), se pueden practicar mediante distintos procedimientos, entre los cuales señalo el *diagnóstico prenatal* (o estudio cromosómico del feto); el *diagnóstico preimplantatorio* —que es utilizado para la selección de embriones, prefiriéndose para la implantación en la mujer los embriones en los que no se haya detectado anomalía alguna, lo que lleva en la inmensa mayoría de los casos (por no decir en todos) a la eliminación de los restantes—; y el *diagnóstico preconcepcional*, siendo este último el que se practica mediante el análisis genético de los gametos.

Conocida es la posición de la Iglesia Católica con relación a esta cuestión, la cual fue claramente expuesta en numerosos documentos, como

(50) *Le Désir du gene*, pág. 215, cit. por ANDORNO, Roberto, "El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*", en Rev. Chilena de Derecho, año 1994, vol. 21, n° 2, pág. 321.

(51) "El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*", cit., pág. 321. Véase, asimismo, ROMEO CASABONA, Carlos María, Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano, cit., pág. 137. Cabe recordar que, como es sabido, el Proyecto Genoma Humano consiste en el reconocimiento y control de la función de los genes humanos; se trata de recopilar toda o la mayor parte de la información del cuerpo humano que puede ofrecer el ADN (ácido desoxirribonucleico).

(52) SOUTULLO, Daniel, "Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal", cit.

por ejemplo en la Instrucción *Donum Vitae* del 22 de febrero de 1987, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, de donde resulta, entre otros conceptos, que el diagnóstico prenatal es moralmente lícito si el mismo respeta la vida y la integridad del embrión y del feto humano, y si se orienta hacia su custodia o hacia su curación, pudiendo el mismo dar a conocer las condiciones del embrión o del feto cuando todavía está en el seno materno. Pero se opondrá gravemente a la ley moral —se agrega— cuando contempla la posibilidad, en dependencia de sus resultados, de provocar un aborto: un diagnóstico que atestigua la existencia de una malformación o de una enfermedad hereditaria no debe equivaler a una sentencia de muerte. Por consiguiente, la mujer que solicitase un diagnóstico con la decidida intención de proceder al aborto en el caso de que se confirmase la existencia de una malformación o anomalía, cometería una acción gravemente ilícita. Igualmente obraría de modo contrario a la moral el cónyuge, los parientes o cualquier otra persona que aconsejase o impusiese el diagnóstico a la gestante con el mismo propósito de llegar en su caso al aborto. También será responsable de cooperación ilícita el especialista que, al hacer el diagnóstico o al comunicar sus resultados, contribuyese voluntariamente a establecer o a favorecer la concatenación entre diagnóstico prenatal y aborto” (53).

Debo, asimismo, recordar que en la Encíclica *Evangelium vitae* San Juan Pablo II ha señalado con relación a los diagnósticos prenatales, que “... con mucha frecuencia son ocasión para proponer o para practicar un aborto. Es el aborto eugenésico, cuya legitimación en la opinión pública procede de una mentalidad —equivocadamente considerada acorde con las exigencias de la *terapéutica*— que acoge la vida sólo en determinadas condiciones, rechazando la limitación, la minusvalidez, la enfermedad”.

Es ilustrativo, asimismo, sobre el tema lo expresado por el Consejo Pontificio para la Familia en una Declaración de fecha 12 de julio de 2000 con respecto a la reducción de embriones, al afirmar, entre otros conceptos, que “el nascituro es sujeto de derechos fundamentales desde el primer momento de la concepción, y en primer lugar del derecho a la vida, que de ninguna manera puede ser violado. Por tanto hay que afirmar claramente evitando cualquier confusión o ambigüedad que la *reducción embrionaria* es un aborto selectivo. Es la eliminación directa y voluntaria de

(53) En la Instrucción *Donum Vitae* también se condena “como violación del derecho a la vida de quien ha de nacer y como transgresión de los derechos prioritarios de los cónyuges, una directriz o un programa de las autoridades civiles y sanitarias, o de organizaciones científicas, que favoreciese de cualquier modo la conexión entre diagnóstico prenatal y aborto, o que incluso indujese a las mujeres gestantes a someterse al diagnóstico prenatal planificado, con objeto de eliminar los fetos afectados o portadores de malformaciones o enfermedades hereditarias”.

un ser humano inocente... Por tanto, querida como fin o usada como medio, es siempre un desorden moral grave. Tratándose de una verdad naturalmente accesible a la razón, la ilicitud de tal comportamiento es una norma para todos válida y también para los no creyentes. La prohibición moral permanece también en el caso en que la prosecución del embarazo comportara riesgo para la vida de la madre y de los otros hermanos gemelos. En efecto, no es lícito jamás hacer el mal, ni siquiera para alcanzar con ello un bien... La selección embrionaria no puede ser justificada en base al llamado principio del mal menor, porque se elimina una vida humana y tampoco puede ser justificada en base al principio de doble efecto; ninguno de los dos puede ser aplicado ser aplicados en este caso. La selección embrionaria puede conducir además mediante las técnicas de diagnóstico pre-natal a una mentalidad eugenésica, es decir, medir el valor de una vida humana y seleccionarla, siguiendo sólo parámetros de *normalidad* y de bienestar físico, invocando para ello el concepto de *calidad de vida* de modo reductivo. Esta posibilidad no debería ser minusvalorada”.

San Juan Pablo II ha señalado en su discurso del 24 de febrero de 1998 a la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida, que “no es lícito discriminar a los seres humanos basándose en posibles defectos genéticos, descubiertos antes o después del nacimiento” (54). A su vez, en su Mensaje a la Semana Social de los católicos en Francia, del mes de noviembre de 2001, puso de relieve la amenaza que significa para la vida humana la práctica común que existe en numerosos países de “descartar a las personas con discapacidades congénitas, que provocan el diagnóstico de preimplantación y un desarrollo abusivo del diagnóstico prenatal”, lo cual constituye, ha dicho, un “auténtico eugenismo que lleva a una especie de anestesia de las conciencias, hiriendo gravemente además a las personas con discapacidades congénitas o a quien las acoge”. Y aclara: “El desarrollo con objetivos selectivos del diagnóstico prenatal, el diagnóstico de preimplantación, así como la utilización, la producción y la destrucción de embriones humanos con el simple objetivo de experimentación y obtención de células estaminales, constituyen graves atentados contra el respeto absoluto de toda vida y contra la grandeza de todo ser humano, que no depende de su aspecto exterior o de los lazos que mantiene con otros miembros de la sociedad” (55).

(54) “Los descubrimientos en el campo de la genética no deben ir contra la dignidad de la persona humana”.

(55) Ag. Zenit, 26-11-2001. No está demás recordar que ya en el año 1974, o sea antes del nacimiento de la primera bebé de probeta, la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe señalaba en su *Declaración sobre el aborto*, que “los progresos de la ciencia abren y abrirán cada vez más a la técnica la posibilidad de intervenciones refinadas cuyas consecuencias pueden ser muy graves, tanto para bien como para mal. Se trata de conquistas, en sí mismos admirables, del espíritu humano. Pero la técnica no podrá sustraerse del juicio de la moral,

### VII. El potencial eugenésico de los diagnósticos genéticos

Como bien se ha señalado (56) y resulta de lo expresado, nuevas formas de la eugenesia pueden surgir de los adelantos de la genética, habiéndose también sostenido que si bien, en principio, el conocimiento del genoma resultante del Proyecto Genoma Humano es un paso para intentar curar enfermedades de origen genético, la perspectiva de que se pueda corregir el genoma de cada ser humano cambiará la idea de salud, pudiendo crear una suerte de intolerancia respecto de las enfermedades congénitas (57).

Si bien todos esos procedimientos diagnósticos se encuentran vinculados en principio con la salud y las decisiones reproductivas de las parejas, pueden también llevarse adelante con un propósito estrictamente eugenésico, de eugenesia negativa, con la finalidad de evitar la descendencia si se advierte el riesgo de transmitir a los hijos las enfermedades hereditarias de las que son portadores los padres, o cuando el propio embrión o el feto son portadores de patologías graves, ya sea descartando su utilización para la procreación, en el caso del embrión, o interrumpiendo el embarazo, en el restante supuesto. Lo cual es tanto como no reconocer el derecho a la vida del ser humano, que desde su concepción posee una identidad genética propia, debiendo entenderse como reconocimiento del fundamental derecho a la vida, el "garantizar a todo ser humano el derecho a desarrollarse según sus propias potencialidades, asegurando su inviolabilidad desde la concepción hasta la muerte natural", como ha dicho San Juan Pablo II en su alocución a los peregrinos en la Plaza de San Pedro del Vaticano, pronunciada en febrero de 2002 en la denominada Jornada para la Vida.

### VIII. Es imprescindible utilizar con cautela los diagnósticos genéticos

De lo hasta aquí dicho se concluye que no resulta admisible la práctica de los diagnósticos genéticos en forma generalizada ni obligatoria con la finalidad de detectar defectos hereditarios, pues ello supondría una intromisión en la vida privada, lo cual, según manifiesta Miquel Osset Hernández, representa una violación de un derecho personal de orden superior al

porque está hecha para el hombre y debe respetar sus finalidades. Así como no hay derecho a utilizar para un fin cualquiera la energía nuclear, tampoco existe autorización para manipular la vida humana de la forma que sea: el progreso de la ciencia debe estar a su servicio, para asegurar mejor el juego de sus capacidades normales, para prevenir o curar las enfermedades, para colaborar al mejor desarrollo del hombre. Es cierto que la evolución de las técnicas hace cada vez más fácil el aborto precoz; pero el juicio moral no cambia".

(56) ROSE, Hilary, "Eugenesia: las lecciones de la historia", en [www.unesco.org](http://www.unesco.org).

(57) ZAMUDIO, Teodora, "Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones", en Internet, [www.bioetica.org](http://www.bioetica.org).

derecho de protección a la salud (58). Otra cosa distinta sería, naturalmente, la realización de ese tipo de análisis en forma no obligatoria en parejas de alto riesgo genético, con la finalidad de tener sus integrantes un conocimiento más preciso de la situación y poder de tal manera, de ser ello necesario, tomar las medidas terapéuticas adecuadas para la eventual curación del feto.

Se ha dicho que tanto la detección de una enfermedad (o más bien, de una posible enfermedad) mediante la realización de los análisis genéticos ya sea en el embrión o en el feto, como su posterior tratamiento, constituyen una parte del derecho a la salud, que tiene todo ser humano, pero también se ha remarcado la existencia de una serie de problemas de carácter ético, que recomiendan la cautela en la utilización de estos análisis. En ese sentido, el brasileño Joaquim Clotet se formula una serie de preguntas que muestran la importancia del conocimiento científico adecuado, además del ejercicio de la asesoría genética; entre ellas: "¿Podemos prever las consecuencias del hecho de que las personas sanas sepan su destino en relación con la enfermedad? ¿Sería éticamente recomendable hacer un diagnóstico presintomático de enfermedades que no tienen cura prevista? ¿Qué grado de confiabilidad tienen los análisis genéticos predictivos? ¿El conocimiento resultante de análisis predictivos podrá salvar la vida? Por todo ello, dice Clotet, el Consejo para Temas de Ética y Justicia de la Asociación Médica Americana hizo las siguientes recomendaciones sobre los análisis genéticos múltiples: "1) los médicos no deberían solicitar rutinariamente análisis genéticos múltiples; 2) análisis para más de una indicación genética deberían ser solicitados por motivos relevantes, después de asesoramiento genético y con el consentimiento informado para cada análisis; 3) debería hacerse un esfuerzo para educar a los médicos y a la sociedad sobre la falta de certeza que acompaña a los análisis genéticos" (59).

Es que tal como recuerda Víctor B. Penchaszadeh, todavía no se tiene un claro conocimiento sobre los perjuicios psicológicos y sociales que pueden resultar de la determinación presintomática de genes deletéreos, para enfermedades que no pueden ser prevenidas o que no tienen un tratamiento eficaz, aparte de la posibilidad de la presencia de estigmas psicosociales, así como de riesgos de discriminación en la atención de la salud o en el trabajo que pueden producirse; ello sin perjuicio de poner de relieve el hecho claramente demostrado de que la mayoría de las mutaciones en el

(58) Ingeniería genética y derechos humanos, cit., pág. 94.

(59) "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*, Buenos Aires, 2000, págs. 107 y 108.

genoma no es por sí misma determinante de una enfermedad, sino únicamente de susceptibilidad a que un trastorno se desarrolle, siempre que se den las circunstancias ambientales necesarias para ello (60). Lo que lleva de la mano a la conclusión de la conveniencia de que las pruebas genéticas no se realicen sino con un asesoramiento previo sobre el alcance de sus resultados, y previa conformidad por escrito por parte del paciente, debiendo además guardarse la confidencialidad (61), con lo cual se evitan, por otra parte, los diversos problemas de la discriminación que podría producirse con base en los resultados de esas pruebas.

### IX. Análisis crítico de la eugenesia

De todo lo hasta aquí visto, seguidamente efectuaré un análisis crítico de la eugenesia, lo centraré en la justificación que se hace con respecto al pensamiento eugenésico; en la discriminación a la que suele llevar la eugenesia, en especial por la aplicación de los diagnósticos genéticos; en los peligros que resultan de la práctica de las modificaciones genéticas; y en la doctrina de la Iglesia ante nuevas formas de racismo con fundamento eugenésico.

#### a) Con respecto a la justificación del pensamiento eugenésico

Si bien a diferencia de los primitivos procedimientos eugenésicos, el actual enfoque de la eugenesia —orientado 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— carece de la coerción de antaño, respetándose la autonomía y la libertad de elección de cada individuo en particular, dichas circunstancias no pueden justificar ética o moralmente la práctica de actos eugenésicos que atenten contra la vida humana. No puede admitirse como ética o moralmente lícito, por ejemplo, el acto de quien en ejercicio de su libertad personal y aun cuando existiera una disposición legal que lo permita, decide proceder a la eliminación de un embrión o de un feto por encontrarse afectado por

(60) "Aspectos éticos en genética médica", en *Bioética y Genética*, Bs. As., 2000, págs. 296 y 297. Ver al respecto, entre otros, ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial", en *La Persona Humana*, AA.VV., Buenos Aires, 2001, pág. 43, n° 5; ZAMUDIO, Teodora, *Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones*, cit., [www.bioetica.org](http://www.bioetica.org).

(61) Si bien no quiero extenderme sobre este aspecto de la confidencialidad del resultado, no puedo dejar de señalar el dilema de carácter ético que puede presentarse cuando, por ejemplo y entre otros supuestos, de la información resulte el peligro de los riesgos potenciales a los cuales pueden encontrarse sometidos otros familiares del paciente. Penchaszadeh considera que cuando el perjuicio a evitar sea de mayor envergadura moral que el principio de confidencialidad, será éticamente aceptable dejar a esta última de lado ("Aspectos éticos en genética médica", cit., pág. 299).

una enfermedad grave o una malformación congénita (habitualmente denominado aborto *terapéutico* o *eugenésico*). O sea, como dice el Padre Domingo Basso, cuando se procede a la supresión del enfermo para que desaparezca la enfermedad (62).

No obstante, todo lo que se haga para mejorar la especie humana 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. Por lo que los actos tendientes a la mejora de la raza humana no es algo que lleve en sí mismo a la crítica, pues no son susceptible de crítica los procedimientos cuya finalidad consistiera en procurar vencer a la enfermedad y al dolor (63). Aunque debe quedar en claro que no resulta admisible dejar que la naturaleza actúe sin que intervenga el hecho del hombre, de manera de que a la larga sólo sobrevivan los más aptos, omitiéndose así 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. Los derechos de las personas no pueden ser obviados en aras del mejoramiento de la especie humana, no debiendo dejarse de lado 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.

#### b) 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 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

(62) Nacer y Morir con dignidad. *Bioética*, 3ª ed., Buenos Aires, 1993, pág. 402.

(63) 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 génico, 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 (*La Eugenesia*. Desde Galton hasta hoy, cit., págs. 202 y sig.). 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.

la selección, se procuraba que las clases o razas favorecidas se desarrollaran en mayor medida y con mayor facilidad que las que eran consideradas inferiores. Estas últimas se tenían 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 encuentra cuestionado (64)); o con relación a los minusválidos o personas afectadas de distintas enfermedades o afecciones de carácter grave, cuya 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, aunque no con la fuerza o la virulencia ocurrida en aquel país (65).

(64) Daniel Soutullo afirma que la existencia de distintas razas humanas no es una cuestión para nada evidente, 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 la misma 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, cit., págs. 76 y sigs.).

(65) 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 sólo 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, cit., pág. 139, nota 18).

La discriminación no concluye en una cuestión de razas. Si bien de una forma distinta y quizás menos virulenta, ella 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 (66), lo que ha sido considerado inadmisibles, habiéndose establecido en el artículo 5º 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 claramente 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 (67).

Puede haber también una discriminación genética en el campo laboral (68), con respecto a la posibilidad de acceso a un empleo, que se puede ver

(66) Ver sobre ello, entre otros, ROMEO CASABONA, Carlos María, *Del Gen al Derecho*, Colombia, 1996, págs. 82 y sigs. Lo cierto es que todos estamos expuestos a la posibilidad de que se realice el análisis de nuestros genes, aún 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. Dice 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 las mismas 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, cit., págs. 188 y sig.).

(67) "Clonación. Una mirada desde la Ética y el Derecho", en *Vida y Ética*, publicación del Instituto de Bioética de la Facultad de Posgrado en Ciencias de la Salud, de la Universidad Católica Argentina, año 2, n° 2, Buenos Aires, 2001, pág. 186. Soutullo afirma que lo que corresponde es actuar "sobre las condiciones educacionales y sociales 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 (La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy, cit., págs. 138 y sig.).

(68) Naturalmente que no dejo de advertir la necesidad que puede existir por parte del empleador, de conocer si quien aspira a un determinado trabajo se encuentra afectado

limitada con motivo de la predicción de las enfermedades que con una cierta posibilidad sufrirá la persona en un futuro más o menos lejano (69). O 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 al resultado al que se arrije por el análisis de sus genes, o de no poder hacerlo a un precio accesible (70).

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, cit., www.bioetica.org). Es que, tal como he señalado en otro trabajo (La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires, 2001, pág. 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.

(69) Posibilidad que, por otra parte, 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 ("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", cit., pág. 107). Véase también al respecto, PENCHASZADEH, Víctor B., "Aspectos éticos en genética médica", cit., págs. 296 y 297. Esa inexistencia de "garantía absoluta de desarrollar una enfermedad" a que me refiero 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 la misma más adelante, sino que "no es más que una estimación de un riesgo" (Ag. de Noticias Zenit, del 14-12-2002).

(70) Debo 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 a una información de *AssociatedPress* del mes de septiembre

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 pueden llevar ya sea 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 conozca una terapia adecuada, o cuando ésta sea riesgosa ya sea 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 (71). 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 individuos 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 (72). Se produce asimismo discriminación cuando se seleccionan embriones por considerarse que tienen características más deseables que otros. De la misma manera, la terapia eugenésica de mejora sobre determinados rasgos de las personas es discriminatoria (73).

de 2002, la legislación en los EE.UU. ya está tomando cartas para evitar amenazas a los datos genéticos: en esa fecha, 31 Estados tenían ya leyes contra la discriminación genética en el puesto de trabajo, y 41, leyes contra las aseguradoras que usen 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 que pueden incluir pruebas genéticas para detectar la proclividad a los riesgos propios del lugar de trabajo.

(71) "Derechos humanos y eugenesia", en *La eugenesia hoy*, cit., pág. 282.

(72) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, "Derechos humanos y eugenesia", cit., págs. 283 y 284. 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 aquélla.

(73) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, "Derechos humanos y eugenesia", cit., pág. 295. 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 hay algo más ofensivo o moralmente más problemático en las ventajas biológicas que en las ventajas sociales y económicas" (cit. por LUJÁN, José Luis, "Eugenesia: de la ética a la política", cit., pág. 251).

c) *Los peligros que resultan del pensamiento eugenésico y de las modificaciones genéticas practicadas con la finalidad de mejorar la raza humana*

De todo lo que hasta aquí hemos visto surgen a mi juicio con claridad los graves peligros que pueden llegar a resultar del pensamiento eugenésico. 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, 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 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” (74).

Además de negarle a la eugenesia el carácter de *ciencia*, Raquel Álvarez Peláez ha dicho que la misma 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 seres humanos (75). Mientras que Messina de Estrella Gutiérrez afirma que la manipulación de los genes con la finalidad de mejorar la raza humana es absolutamente condenable, no sólo 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 pseudo 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” (76).

Resulta por demás evidente la existencia de riesgos para el futuro de la especie humana, derivados de las modificaciones genéticas practicadas con la finalidad de su mejoramiento, pues nunca se sabe cuál es el límite al que deba llegarse, ni qué mutaciones pueden llegar a producirse. Por lo que el tema ya no puede, a mi juicio, continuar siendo considerado como una cuestión médica propia de la relación médico-paciente y, por tanto,

(74) HOOFT, Pedro Federico, “Bioética y Derecho”, E.D., 132-877 y sig.

(75) “La eugenesia española a lo largo del siglo XX”, cit., pág. 121.

(76) “Bioderecho”, Buenos Aires, 1998, págs. 92 y 93.

como un asunto de salud individual (77), ya que excede ese limitado y privado ámbito, para pasar a ser una cuestión social, que, por tanto, interesa a toda la comunidad (78). Resulta conveniente recordar al respecto 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” (79).

Tal como ha advertido el profesor Alex Kahn, genetista y director del *Cochin Institute* de genética molecular de París, es un hecho que la genética ofrece hoy posibilidades que pueden ser generalizadas y generar nuevas formas de racismo. Manifiesta Penchaszadeh que resulta *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 (80).

El determinismo biológico que resulta del hecho de darle al factor genético una relevancia decisiva y prácticamente excluyente en la aparición de enfermedades 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 (81).

(77) Véase lo expresado al respecto por ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”, cit., págs. 10 y 11.

(78) 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 (“El concepto de eugenesia y su evolución”, cit., págs. 62 y 63).

(79) Cit. por BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, “Derechos humanos y eugenesia”, págs. 292 y 293.

(80) “Aspectos éticos en genética médica”, cit., págs. 303 y 304.

(81) Véase al respecto, SOUTULLO, Daniel, “Actualidad de la eugenesia: la intervención en la línea germinal”, 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, aún en las enfermedades clásicamente *genéticas* (“Aspectos éticos en genética médica”, cit., pág. 288. Ver, asimismo, MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “Bioética”, cit., pág. 90).

d) *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 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 eugenésico, 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. La eugenesia 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 (82). ◆

---

(82) Ag. Zenit., 25-03-2002.

2017



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Av. Alvear 1711 1° piso  
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
(011) 4815-6976 / 4812-9327  
academiaderecho.org  
academiadederecho@fibertel.com.ar

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Jorge H. Alterini

Sección Derecho de Familia y Bioderecho

Director: Eduardo A. Sambrizzi

Estudios de Derecho Civil

Jorge Osvaldo Azpiri ♦ Julio César Capparelli ♦ Jorge Nicolás  
Lafferriere ♦ Analía G. Pastore ♦ Osvaldo Felipe Pitrau ♦ Eduardo  
A. Sambrizzi

