

ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL  
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

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

# ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL AÑO 2022

---

Jorge O. Azpiri - Julio César Capparelli - Jorge Nicolás Lafferriere  
- Victorio Magariños Blanco - Jorge A. M. Mazzinghi - Juan G.  
Navarro Flórida - Analía G. Pastore - Osvaldo Pitrau - Eduardo  
A. Sambrizzi

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL  
SECCIÓN DE DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

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

# ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL AÑO 2022

Jorge O. Azpiri - Julio César Capparelli - Jorge Nicolás Lafferriere - Victorio Magariños Blanco - Jorge A. M. Mazzinghi - Juan G. Navarro Floria - Analía G. Pastore - Osvaldo Pitrau - Eduardo A. Sambrizzi

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

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

Sambrizzi, Eduardo A.  
Estudios de derecho civil año 2022 / Eduardo A. Sambrizzi. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2023.  
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-03-4573-2

1. Derecho. I. Título.  
CDD 340

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

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 60.*

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.

30.— *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

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

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

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

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

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

### SERIE III - COMUNICACIONES

*Comunicaciones - Nº 1.*

### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*

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

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

4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.— *Estudios sobre daño moral.*

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

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

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

9.— *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*

10.— *Los vicios de la voluntad.*

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

12.— *Capacidad civil de las personas.*

13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

14.— *Sociedad Conyugal.*

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

16.— *Código Civil y Comercial.*

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

18.— *Estudios de los Derechos Personalísimos.*

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

20.— *Las nuevas tecnologías y el derecho.*

21.— *Estudios sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas.*

### INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.— *Estudios de Derecho Civil.*

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

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

4.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2022.*

## 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.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

### SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

### SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

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

## INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

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

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

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

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*
- *Temas de Derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.*



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

**Presidente**

*Académico Dr. Juan Carlos Cassagne*

**Vicepresidente**

*Académico Dr. José W. Tobías*

**Secretarios**

*Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

*Académico Dr. Alberto B. Bianchi*

**Tesorero**

*Académico Dr. Marcelo Gebhardt*

**COMISIÓN DE PUBLICACIONES**

**Director Honorario**

*Académico Dr. Jaime L. Anaya*

**Vocales**

*Académico Dr. Juan Carlos Cassagne*

*Académico Dr. José W. Tobías*

*Académico Dr. Alberto B. Bianchi*

*Académico Dr. Marcelo Gebhardt*

ACADÉMICOS DE NÚMERO  
*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardi	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	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018
Dr. Alejandro Borda	Lisandro Segovia	9 diciembre 2021
Dra. Frida Armas Pfirter	Manuel Quintana	9 diciembre 2021
Dra. María Elsa Uzal	Félix Gregorio Frías	11 agosto 2022

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	8 agosto 2019
Dr. Ricardo Rivero Ortega	España	12 agosto 2021
Dr. Augusto Durán Martínez	Uruguay	25 agosto 2022

## 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	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022
Dr. Juan Carlos Cassagne	2022/2025

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
Dr. Carlos A. Adrogué  
Dr. Juan R. Aguirre Lanari  
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio  
Dr. Jorge A. Aja Espil  
Dr. Jorge H. Alterini  
Dr. Juan Álvarez  
Dr. Octavio R. Amadeo  
Dra. Margarita Argúas  
Dr. Marco R. Avellaneda  
Dr. Gregorio Badeni  
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia  
Dr. Antonio Bermejo  
Dr. Juan A. Biliboni  
Dr. Germán J. Bidart Campos  
Dr. Eduardo L. Bidau  
Dr. Eduardo Bidau  
Dr. Carlos María Bidegain  
Dr. Rafael Bielsa  
Dr. Bernardino Bilbao  
Dr. Adolfo Bioy  
Dr. Guillermo A. Borda  
Dr. Ernesto Bosch  
Dr. Rodolfo Bullrich  
Dr. Carlos O. Bunge  
Dr. Eduardo B. Busso  
Dr. Jorge Bustamante Alsina  
Dr. Pablo Calatayud  
Dr. Francisco Canale  
Dr. Hugo Caminos  
Dr. José O. Casás  
Dr. Ramón S. Castillo  
Dr. Santos Cifuentes  
Dr. Alfredo Colmo  
Dr. Jorge E. Coll  
Dr. Julio César Cueto Rúa  
Dr. Tomás R. Cullen  
Dr. Mauricio P. Daract  
Dr. Calixto S. de la Torre  
Dr. Antonio Dellepiane  
Dr. Atilio Dell'Oro Maini  
Dr. Mariano de Vedia y Mitre  
Dr. Juan José Díaz Arana  
Dr. Manuel María Diez  
Dr. Luis M. Drago  
Dr. Mariano J. Drago  
Dr. Wenceslao Escalante  
Dr. Felipe A. Espil  
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo

Dr. José Figueroa Alcorta  
Dr. Horacio P. Fargosi  
Dr. Salvador Fornieles  
Dr. Vicente C. Gallo  
Dr. Guillermo Garbarini Islas  
Dr. Horacio A. García Belsunce  
Dr. Juan Agustín García  
Dr. Juan M. Garro  
Dr. Juan A. González Calderón  
Dr. Dimas González Gowland  
Dr. Aquiles H. Guaglianone  
Dr. Elías P. S. Guastavino  
Dr. Carlos Güiraldes (h)  
Dr. Roberto Guyer  
Dr. Alberto Hueyo  
Dr. Carlos Iburguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Largaúa  
Dr. Tomás Le Bretón  
Dr. Ricardo Levene  
Dr. Juan Francisco Linares  
Dr. Segundo V. Linares Quintana  
Dr. Mario Justo López  
Dr. José María López Olaciregui  
Dr. Baldomero Llerena  
Dr. Osvaldo Magnasco  
Dr. Carlos C. Malagarriga  
Dr. Miguel S. Marienhoff  
Dr. Félix Martín y Herrera  
Dr. Roberto Martínez Ruiz  
Dr. Agustín N. Matienzo  
Dr. José N. Matienzo  
Dr. Jorge M. Mayer  
Dr. Carlos L. Melo  
Dr. Leopoldo Melo  
Dr. Manuel A. Montes de Oca  
Dr. Augusto Mario Morello  
Dr. Rodolfo Moreno (h)  
Dr. Carlos M. Muñiz  
Dr. José Luis Murature  
Dr. Rómulo S. Naón  
Dr. Benito A. Nazar Anchorena  
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. José D. Ray  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Alberto Rodríguez Galán  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú

Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruzo  
Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Víctor Tau Anzoátegui  
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

---

Maternidad subrogada. El contrato entre la comitente y la gestante. ¿El fin justifica los medios? POR JORGE O. AZPIRI .....	1
El contrato de gestación por sustitución POR JULIO CÉSAR CAPPARELLI .....	15
¿Existe el derecho a morir? Una reflexión a partir de los proyectos de ley sobre eutanasia presentados en Argentina POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE .....	37
Sociedad de gananciales a la luz de la legislación española POR VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO .....	55
Las fuentes y los principios de la filiación en el sistema del Código Civil y Comercial (orden público y aplicación restrictiva de la autonomía de la voluntad) POR JORGE A. M. MAZZINGHI .....	105
El derecho de los enfermos y personas vulnerables a la asistencia espiritual POR JUAN G. NAVARRO FLORIA.....	125
La discrecionalidad judicial frente a los acuerdos de maternidad subrogada POR ANALÍA G. PASTORE .....	149
La violencia de género matrimonial como causa de divorcio POR OSVALDO PITRAU .....	171
Cuestiones varias sobre procreación asistida y maternidad subrogada POR EDUARDO A. SAMBRIZZI .....	205
Análisis crítico de la eugenesia POR EDUARDO A. SAMBRIZZI .....	247



# MATERNIDAD SUBROGADA. EL CONTRATO ENTRE LA COMITENTE Y LA GESTANTE. ¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS?

POR JORGE O. AZPIRI

## I. INTRODUCCIÓN

En estas reflexiones no se va a tratar la maternidad subrogada como método para lograr tener un hijo ni las técnicas médicas que se utilizan para alcanzar ese objetivo.

Tan solo se procurará pensar sobre las modalidades contractuales que se celebran entre la mujer gestante y el, la, o los comitentes.

A fin de simplificar la exposición, me referiré a la mujer gestante como aquella que lleva adelante el embarazo con el compromiso de entregar el hijo a otra persona para que lo inscriba a su nombre.

Quien encarga esa práctica médica puede ser una mujer, sola, casada o en pareja, que, por las razones que fuere, no puede o no quiere llevar adelante el embarazo.

También puede ser que uno o dos hombres recurran a este procedimiento para poder gestar un hijo que finalmente quedará inscripto a su nombre.

Por ese motivo, aludiré a la comitente a lo largo de esta exposición, debiendo entenderse que esa denominación abarca todos los supuestos de maternidad subrogada.

Otra consideración previa consiste en que no tomaré en cuenta si el material genético para llevar adelante este procedimiento fue aportado por la comitente, por su cónyuge, por su pareja o por la gestante o por

terceros porque esas circunstancias son irrelevantes a los fines de este comentario.

Tampoco me detendré en los argumentos a favor y en contra de esta práctica porque no son esenciales para este análisis.

Por eso más allá de mi opinión personal, partiré de la premisa de que la maternidad subrogada constituye un fin loable que merece ser amparado por el ordenamiento jurídico.

## **II. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES HABITUALES ENTRE LA GESTANTE Y LA COMITENTE**

Partimos de un hecho objetivo: En casi ninguno de los casos jurisprudenciales resueltos hasta el presente el Magistrado interviniente ha hecho consideraciones sobre las cláusulas contractuales que vinculan a la gestante con la comitente.

Ya sea que se haya procurado obtener la autorización judicial antes del nacimiento o cuando ello ya se había producido, repito, por lo general no se tuvo en cuenta a los fines de adoptar la decisión, el contenido de este contrato.

Hasta donde tengo conocimiento, solo en un caso resuelto en la Provincia de Córdoba el 22 de noviembre de 2017 en los autos “R., L.S. s/ Solicita homologación”, se analizaron los términos de un contrato muy simple que no ofrecía mayores precisiones acerca de las disposiciones que podrían resultar conflictivas <sup>(1)</sup>.

Por ese motivo, entiendo que es interesante analizar las cláusulas de este tipo de contratos para verificar si se trata de un medio lícito para lograr la maternidad por sustitución.

Por otra parte, es habitual que dicho contrato sea entregado por el Centro de Salud sin que las partes intervinientes cuenten con el debido asesoramiento jurídico.

En particular, es más riesgosa la situación de la gestante ya que deberá someter su cuerpo a la práctica médica para llevar adelante el embarazo con los consiguientes riesgos y comportamientos que se asumen sin estar debidamente informada de sus consecuencias jurídicas.

---

(1) El autor agradece a Ursula Basset por haberle hecho llegar esta sentencia.

De allí que sea esencial que el Magistrado interviniente pueda evaluar los alcances de las disposiciones contenidas en el contrato.

### III. ORDEN DE EXPOSICIÓN

Para un comentario más ordenado comenzaré haciendo referencia a las condiciones generales del contrato, para luego analizar las obligaciones asumidas recíprocamente para llevar a cabo las prácticas médicas, los comportamientos comprometidos durante el desarrollo del embarazo, las condiciones del parto, las obligaciones que se generan para después del nacimiento y por último, las consecuencias que derivan de los posibles incumplimientos contractuales.

#### III.1. Condiciones generales

##### a) Retribución a la gestante

Una de las cuestiones esenciales que se ponderan para considerar que la maternidad subrogada es un instituto a ser tenido en cuenta, por lo menos en parte de la doctrina y en los casos jurisprudenciales de nuestro país, es que se trata de un procedimiento en el que la gestante no obtiene ningún tipo de retribución ni beneficio económico por su intervención.

Es decir, que se descarta la posibilidad de una gestación por sustitución onerosa porque se la considera contraria a la moral y a las buenas costumbres. Este es un medio ilícito que no permite alcanzar el objetivo perseguido.

Por el contrario, cuando la gestante actúa de una manera altruista, esto es, sin retribución, ya sea porque es pariente, amiga o conocida de la comitente, este procedimiento ha sido declarado admisible.

Resulta claro que el contrato que necesariamente vincula a la comitente con la gestante debe contemplar este aspecto, aunque por lo general, se hace una simple referencia a la gratuidad.

Es habitual que la comitente se haga cargo no solo del costo de la práctica médica, sino también de los medicamentos que sean necesarios para llevarla a cabo.

Hasta aquí no hay dudas pero los interrogantes surgen a partir de la imposibilidad de trabajar que afectará a la gestante durante el tiempo del embarazo y el parto.

Si la gestante trabaja en relación de dependencia no habrá problema porque estará amparada por las leyes laborales que protegen la maternidad.

Pero si la gestante trabaja en forma independiente y se ve imposibilitada de obtener sus ingresos por complicaciones en el transcurso del embarazo que la obliguen a guardar reposo o bien en el período pre y post parto, surge la cuestión acerca de si la comitente debe o no resarcir ese lucro cesante.

Si la respuesta es negativa la gestante habrá sufrido una disminución de sus ingresos como consecuencia del embarazo lo que no parece razonable.

Por el contrario, si se admite el resarcimiento del lucro cesante resulta atinado sostener que, en principio, ello no cambia la naturaleza gratuita de la intervención de la gestante.

Ahora bien, admitida esta posibilidad, cabe analizar la cuantía de ese monto para verificar si efectivamente se repara la pérdida de ingresos o se está encubriendo una retribución por ese proceder.

En este aspecto resulta necesario controlar si en el contrato se ha previsto cubrir el lucro cesante o no y en caso afirmativo si se ha determinado a priori su cuantía o bien si se deja supeditada su evaluación a un juicio posterior.

Si se ha establecido la cantidad que recibirá la gestante en concepto de lucro cesante no estará el Juzgador en condiciones de determinar si se trata de un monto ajustado a la realidad o se está encubriendo una retribución.

Con el agravante que no se sabrá en forma anticipada el tiempo en que la gestante estará imposibilitada de trabajar.

Por el contrario, si se difiere su determinación a un reclamo luego de producido el parto se está obligando a litigar a la gestante para obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos durante el embarazo y el parto.

Por ello, si no se contempla esta situación detalladamente en el contrato, el Juez interviniente no estará en condiciones de verificar si efectivamente se trata de una prestación gratuita o si se ha encubierto una retribución a favor de la gestante.

Y solo si el Magistrado analizara este contrato podría llegar a una conclusión certera sobre su gratuidad.

b) Renuncia anticipada a la maternidad

Otra de las cláusulas habituales es que la gestante renuncia a su maternidad, disponiendo anticipadamente y de manera irrevocable de su emplazamiento familiar respecto del hijo por nacer.

Es sabido que el estado de familia es inalienable, irrenunciable e inherente a la persona por lo que se viola con este pacto un elemento esencial que hace al derecho de familia <sup>(2)</sup>.

El art. 562 del CCCN dispone en su parte pertinente que: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz...”

A su vez, el art. 1617 dispone que: “No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana.”

A ello cabe agregar que el art. 1644 del CCCN establece que “No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos o de otros derechos sobre los que expresamente, este Código admite pactar”.

Sin embargo, el art. 562 ha sido declarado inconstitucional por los fallos que hicieron lugar a la gestación por sustitución debido a que se considera violatorio de derechos constitucionales de la comitente, pero no han sido nunca tenidos en cuenta los arts. 1617 y 1644 y nada se ha resuelto sobre su inaplicabilidad al caso.

Con una cláusula de esta naturaleza se violan las normas citadas provocando su nulidad.

c) Intervención contractual del cónyuge de la gestante

Como consecuencia de lo establecido por el art. 566 del CCCN si la gestante está casada, se presume la filiación respecto de su cónyuge.

Si bien tal presunción es probable que no rija cuando se requiere la autorización judicial previa al nacimiento porque la gestante no será inscrita como madre, resulta imprescindible su intervención por los derechos que están involucrados en este tipo de contratos.

---

(2) Diaz de Guijarro, Enrique, Tratado de Derecho de Familia, 1953, pags. 383 y siguientes.

En caso que la sentencia judicial sea posterior a la inscripción de la maternidad respecto de la mujer casada que da a luz, tal presunción regirá.

También de este modo se alteraría el estado de familia sin que exista norma que lo posibilite.

### **III.2. Obligaciones asumidas respecto de las prácticas médicas**

d) La gestante se obliga a someterse a procedimientos médicos reiterados

Esta práctica incluye necesariamente la obligación por parte de la gestante de someterse a todos los estudios, análisis e intervenciones que sean imprescindibles para lograr que quede encinta.

Habitualmente se requiere que la gestante sea sometida a un tratamiento hormonal para facilitar el embarazo lo que puede redundar en un perjuicio para su salud.

Es frecuente que el embarazo no se obtenga con la práctica médica inicial sino que deba reiterarse en varias oportunidades para conseguir el éxito, quedando la gestante obligada a cumplir con esos procedimientos.

Por lo general, se fija un número de intentos que se llevarán a cabo, no pudiendo la gestante resistirse a su repetición.

Sin embargo, dicha cláusula se encuentra en franca violación del art. 560 del CCCN que exige renovar el consentimiento cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones.

Además es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561).

De este modo, además de infringir las normas citadas, se cercena la libertad individual de la gestante.

e) Asume la gestante en forma anticipada los riesgos a su salud que pueden derivar del embarazo y del parto.

La gestante ignora al momento de celebrar el contrato si la práctica médica le va a ocasionar riesgo para su salud, porque es imposible anticipar las complicaciones que son relativamente habituales en los embarazos.



Inclusive pueden quedar secuelas temporarias o irreversibles como consecuencia del embarazo y del parto que la gestante no está en condiciones de prever.

Resulta inequitativa una cláusula concebida en estos términos ya que implica asumir riesgos que no pueden ser conocidos en forma anticipada.

Correlativamente con esos riesgos, debería contemplarse en el contrato la posibilidad de reclamar a la comitente los daños y perjuicios resultantes de esta práctica médica, aun en el caso que haya firmado un consentimiento ante el centro de salud en el que desligaba a la institución de las consecuencias que podrían derivar.

f) Se obliga a tomar medicamentos y someterse a estudios en días y horarios determinados y durante un lapso prolongado.

Es esencial que la gestante cumpla con el compromiso de tomar en los momentos estipulados las medicinas que sean necesarias para concretar el objetivo previsto, como así también someterse a estudios, controles y análisis, pero no conocerá en forma anticipada ni la medicación, ni la frecuencia ni el tiempo durante el cual debe hacerlo.

También en este caso, se asume un compromiso desconociendo el alcance de dicha obligación.

g) Renuncia a su privacidad

Es habitual que el control médico en sí mismo al que debe someterse la gestante como así también sus resultados sean compartidos con la comitente, lo que implica una vulneración de su intimidad médica.

h) Asistencia psicológica

Es necesario contemplar en el contrato que la gestante puede requerir asistencia psicológica en forma previa, durante el embarazo y con posterioridad al parto ya que se trata de una práctica que resultará novedosa para ella y para la cual debe estar debidamente preparada.

En la convención que se celebre deberá quedar determinado quién elegirá el profesional que brindará esa asistencia y quién correrá con la retribución por la tarea que se desarrolle.

La idoneidad del psicólogo resultará fundamental junto con su ética para evitar que ese apoyo sea direccionado en el sentido de asumir el rol de gestante y de aceptar el desprendimiento del hijo luego del nacimiento.

Por otra parte, es indudable que las evaluaciones y conclusiones que pueda realizar el psicólogo deben ser comunicadas solo a la gestante que es su paciente y nunca a la comitente por más que ésta se haya hecho cargo de los honorarios correspondientes.

De lo contrario se estaría violando gravemente su intimidad.

Además puede suceder que como consecuencia de la asistencia psicológica, la gestante no se encuentre dispuesta a entregar al hijo, con la consiguiente incertidumbre acerca de la situación en la que éste quedará.

### **III.3. Comportamientos asumidos durante el embarazo**

i) La gestante debe abstenerse de realizar determinados comportamientos.

En aras de resguardar el normal desarrollo del embarazo es habitual que se impongan a la gestante determinadas conductas.

En particular, se contemplan limitaciones al consumo de alcohol, drogas, tabaco que afectan la libre determinación de aspectos cotidianos en la vida de la gestante.

Además deberá abstenerse de realizar actividades riesgosas que puedan poner en peligro la evolución del embarazo, como la práctica de deportes de contacto por citar tan solo un ejemplo.

También existen limitaciones contractuales a la vida sexual que debe mantener la gestante para evitar que como consecuencia de ese comportamiento se pueda afectar su salud y la de la persona por nacer.

Asimismo, se establecen cláusulas referidas al lugar de residencia de la gestante, con la prohibición de modificarlo sin contar con la autorización de la comitente.

Por otra parte y como consecuencia de esas determinaciones, se establece la facultad de la comitente de controlar mediante visitas sorpresivas y análisis aleatorios el cumplimiento por parte de la gestante de estas obligaciones.

De todo ello resulta una vulneración a la libertad y privacidad de la gestante.

j) Decisión de interrumpir el embarazo

La ley 27610 en su artículo 2, permite a la mujer adoptar la decisión, dentro de ciertos parámetros, de interrumpir el embarazo.

Se trata de un derecho inherente a su persona y no podría cederlo a favor de la comitente ni siquiera comprometerse a consensuar con ella esa determinación.

Y si lo hiciera, además de ser nula tal cláusula, tomada la decisión de abortar por parte de la comitente podría afectar las íntimas convicciones de la gestante.

Si la gestante interrumpiera el embarazo sin que exista riesgo para su vida, estaría incumpliendo el contrato y podría quedar sometida a una acción de daños y perjuicios.

En caso que el embrión tuviera afectaciones que pusieran en riesgo su viabilidad, y la comitente quisiera interrumpir el embarazo, ante la negativa de la gestante se produciría un nacimiento no querido por aquella con la consiguiente incertidumbre acerca del destino del hijo nacido.

En la sentencia citada al comienzo, se reseña la cláusula del contrato referida a este tema: “Las partes entienden y están de acuerdo en que procederá el aborto del feto si la vida o salud de la Gestante corriera peligro y si éste no pudiera ser evitado por ningún otro medio (art. 85 inc. 1 Cód. Penal)”

Resulta evidente que esa disposición es anterior a la vigencia de la ley 27610.

Sin embargo, nada se acordó acerca de quién decide la existencia de dicho riesgo lo que podría haber dado lugar a discrepancias entre la comitente y la gestante.

Por otra parte, y más allá de mi opinión personal sobre esta ley, establecer solo esas causas de interrupción del embarazo implica una limitación indebida del derecho conferido a la gestante por la norma mencionada.

#### **III.4. El parto**

##### **k) La decisión sobre la forma de llevar adelante el parto**

Antes del parto es necesario decidir si se realizará de forma natural o mediante una operación cesárea y esta determinación suele recaer en la comitente, siguiendo las recomendaciones médicas.

También puede presentarse la alternativa de realizar el parto en un establecimiento asistencial o en el domicilio de la gestante.

Sin embargo, pueden existir razones fundadas por las que la gestante desee que el alumbramiento se produzca de manera diferente a la designada y en definitiva ella será quien tenga la última palabra porque está afectando su propio cuerpo.

Cualquier limitación a este derecho que pudiera surgir del contrato estaría vulnerando su libertad individual.

l) Decisión sobre la vida de la gestante

Puede suceder que en el momento del parto se presenten complicaciones de tal gravedad que sea necesario decidir entre la vida de la madre y la de la persona por nacer.

Habitualmente esta decisión queda en cabeza de la propia parturienta o de sus familiares más cercanos si ella no está en condiciones de manifestar su voluntad.

Una cláusula contractual por la que se cediera a favor de la comitente el derecho a decidir sobre la vida de la gestante sería claramente ilegal.

### **III.5. Obligaciones comprometidas para después del nacimiento**

m) Obligación de entregar el hijo

El objeto de este contrato es que la gestante se obliga a entregar al nacido para que la comitente lo inscriba como hijo propio.

A través de esta cláusula el hijo se transforma en un objeto contractual desnaturalizando su condición del persona humana.

Esto es suficiente por sí solo, en mi opinión, para considerar nulo este contrato, sin perjuicio de todas las restantes consideraciones que se han hecho a lo largo de este comentario.

n) Obligación de suscribir toda la documentación que sea necesaria

Esta obligación es una consecuencia ineludible del objeto contractual que persigue el propósito de lograr la inscripción del nacido como hijo de la comitente.

ñ) Cesión del derecho a elegir el nombre

También la comitente podrá elegir el nombre del nacido quedando delegado el derecho que le asiste a la mujer que lo dio a luz

### III.6. Casos de incumplimiento

Como en todo contrato, puede cumplirse acabadamente con lo pactado sin que surjan inconvenientes.

Pero también es posible que alguna de las partes sea reticente o directamente incumpla alguna de las obligaciones asumidas.

En tal supuesto habrá que considerar las consecuencias que derivan de dichos incumplimientos, en especial respecto del hijo nacido de esa práctica médica.

#### o) Incumplimiento de entregar al hijo

Puede suceder que la gestante luego del parto se niegue a entregar al hijo a pesar de haberse comprometido para hacerlo.

Seguramente habrá razones afectivas que justifiquen este proceder de la gestante y con la intención de evitar el cumplimiento contractual puede haberse mudado para dar a luz en otro sitio fuera del control de la comitente, entre muchos otros supuestos.

Es muy posible que esta situación derive en una verdadera batalla judicial con un resultado incierto respecto del destino final del hijo.

#### p) Incumplimiento de la obligación a someterse a controles médicos y recibir medicamentos y otras obligaciones de hacer o de no hacer

Luego de producido el embarazo la gestante puede alejarse del control médico, puede dejar de tomar los medicamentos recetados, puede consumir alcohol, drogas, tabaco y llevar una vida sexual promiscua.

Ante este comportamiento de la gestante, la comitente tendrá la opción, previa intimación correspondiente, de rescindir el contrato.

En tal caso, cabe preguntarse acerca del destino de ese hijo que la comitente no acepta y que la gestante procreó para otra persona sin que existiera de su parte voluntad procreacional y la decisión de asumir esa maternidad.

#### q) Incumplimiento por parte de la comitente

También puede producirse un incumplimiento por parte de la comitente de las obligaciones asumidas en el contrato como por ejemplo,

no querer inscribir al hijo como propio, no solventar los gastos médicos de la gestante o no cumplir con la obligación de reparar el lucro cesante.

En el primer caso, la gestante podrá exigir el cumplimiento del contrato y lograr que el hijo sea inscripto a nombre de la comitente con el consiguiente perjuicio para el hijo al quedar con un emplazamiento familiar resistido.

En los otros casos, la gestante podrá reclamar la rescisión del contrato pero con el inconveniente de que en tal caso tendrá que asumir la maternidad de un hijo no querido porque había sido gestado para otra persona.

De ello resultará sin lugar a dudas un perjuicio para el hijo.

r) Fallecimiento de la comitente

Durante el período de gestación puede ocurrir el fallecimiento de la comitente con lo que el destino filial del niño queda en una situación de incertidumbre.

No existe norma que permita inscribir una maternidad respecto de la comitente ya fallecida y tampoco sería razonable pretender que en ese caso, el hijo quede para la gestante.

También en este caso, el perjudicado será el hijo.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

A la luz de lo que brevemente se ha expuesto resulta imprescindible que los Magistrados al momento de resolver un caso de maternidad subrogada tengan a la vista y analicen las cláusulas del contrato que liga a la comitente con la gestante, cosa que no sucede habitualmente.

También puede suceder que se presente ante el Juzgador un contrato que no contemple las cuestiones verdaderamente conflictivas que tendrían que estar expresamente previstas y será su función dilucidar la manera en que resolverán en caso de presentarse.

Y esta evaluación del contenido del contrato deberá hacerse a la luz de los derechos constitucionales de la gestante a su libertad, su dignidad y su privacidad, del artículo 958 que impone a la libertad contractual el límite del orden público, la moral y las buenas costumbres; del artículo 1004 que prohíbe los contratos que tengan un objeto contrario a la moral,

al orden público a la dignidad de la persona humana y cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los arts. 17 y 56 del CCCN.

A su vez, el artículo 56 prohíbe los actos de disposición sobre el cuerpo humano que sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres y agrega que si se considerara que el acto no se encuentra prohibido el consentimiento no puede ser suplido y es libremente revocable.

El hijo como objeto de este contrato afecta su dignidad como persona humana.

Por ello legislaciones de países como España en el art. 10 de la ley 14/2006 y Francia en el art. 16-7 del Código Civil consideran que estos contratos son nulos de nulidad absoluta.

Marrama comenta un fallo dictado por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España en el que se cuestionan las cláusulas de un contrato oneroso de maternidad subrogada <sup>(3)</sup>.

La doctrina nacional se encuentra dividida, inclinándose por sostener que este tipo de contratos es nulo por tener un objeto ilícito y contrario a la moral y las buenas costumbres, entre muchos otros, Zannoni, Bossert, Sambrizzi, Borda, Mendez Costa y D'Antonio, Basset, Laferriere y Mizrahi, aunque sin detenerse en el análisis pormenorizado de sus cláusulas <sup>(4)</sup>.

En conclusión y respondiendo al interrogante planteado en el título de este comentario cabe considerar que el medio empleado para alcanzar la maternidad por subrogación, en este caso el contrato entre la comitente y la gestante, es ilegal e inmoral por lo que no puede justificar el dictado de una sentencia favorable a ese instituto.

---

(3) Marrama, Silvia, Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal Argentina a la vanguardia de los más altos estándares en derechos humanos, La Ley del 10/5/22.

(4) Zannoni, Eduardo, Derecho civil, t.II, p. 533 y siguientes; Bossert, Gustavo, J.A. 1988-IV-875, Sambrizzi, Eduardo, DFyP, 2012, p. 24 y siguientes; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho de Familia, t II, p.28; Mendez Costa, Josefa y D'Antonio, Daniel, Derecho de Familia, t III, p.259; Basset, Ursula, El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial, La Ley del 14 de julio de 2015; Laferriere, Jorge Nicolás; Activismo judicial impulsa el alquiler de vientres en la Argentina, ED 1/9/2015; Mizrahi, Mauricio; El niño y la reproducción humana asistida, La Ley 30/8/2010.





# EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

POR JULIO CÉSAR CAPPARELLI

## I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre el tema desde que se dio la posibilidad concreta de implantar un embrión en una mujer y lograr que el embarazo llegue a término.

El desarrollo de la ciencia y de las técnicas de reproducción humana asistida han planteado muchos interrogantes acerca de su licitud y conveniencia.

Es así que desde el punto de vista jurídico se ha criticado particularmente esta técnica por la cantidad de conflictos que se suscitan, en especial respecto de la mujer gestante y del niño <sup>(1)</sup>.

Otros se enrolaron en su defensa sosteniendo por el contrario el principio de la autonomía de la voluntad y el derecho a fundar una familia <sup>(2)</sup>.

En realidad las posiciones antagónicas surgen según el lugar desde el cual se mire esta realidad.

Si se la considera teniendo en cuenta el lugar que ocupa la mujer gestante y los derechos del niño a su emplazamiento filiatorio y a conocer su

---

(1) MAZZINGHI, Jorge A. Derecho de Familia, 4 ed. T. 4 , p. 125. ALES URIA, Mercedes, Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de dignidad humana fundante, LL 2017-B-888, IV. SAMBRIZZI, Eduardo A. Tratado de Derecho de Familia, La Ley, 3 ed. T. III, p.313 ss .Buenos Aires, 2021.

(2) , HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en Bergel, Salvador Dario, Dir., Bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires 2015, p.295.

origen, se arriba a una posición crítica y absolutamente contraria al uso de la técnica por los efectos nocivos que se derivan de la misma.

Si se la contempla desde la posibilidad de poder tener un hijo para aquellos que experimentan un gran deseo de convertirse en padres y no pueden lograrlo por vía natural, se aprueba su empleo ya que el desarrollo científico ha permitido lo que antes era inimaginable.

Sin siquiera intentar tratar en profundidad las múltiples aristas implicadas, sólo vamos a recorrer el contrato de gestación por sustitución, para a partir de allí conocer algo sobre el instrumento jurídico sobre el que se basa el uso de la técnica y esbozar un breve comentario sobre los problemas que se suscitan para plantearnos las posibles soluciones y sus respectivas dificultades.

## II. NOCIÓN

Hay un primer problema terminológico.

Al principio se dio en llamar alquiler de vientres. Es una expresión centrada en el lugar donde se produce la gestación de un ser humano. Pero no resulta adecuado utilizar la palabra alquiler, ya que se conecta con el contrato de locación y se supone que en algún caso la mujer que se presta a la práctica puede hacerlo por alguna conexión familiar con la que lo solicita, no por un precio.

También se ha hablado de maternidad subrogada, pero esa expresión pone el acento en la maternidad y justamente la mujer que asume el rol de gestante no quiere ser la madre de quien se está gestando.

Preferimos utilizar “gestación por subrogación” porque se trata de ese periodo posterior a la concepción necesario para que el embrión tenga el desarrollo intrauterino que se requiere hasta que se produce el parto. Esa etapa es realizada por subrogación, es decir en lugar de quien va a convertirse en madre después del alumbramiento.

Es sabido que en la naturaleza se da en primer lugar la relación sexual apta para que tenga lugar la concepción que se produce por la unión del espermatozoide con el óvulo. Una vez gestado el embrión se implanta en el útero donde recibe todo lo necesario para su desarrollo.

Esa relación puede resultar de una comunión de amor o no, y puede presuponer –aunque no siempre– la voluntad procreacional implícita o explícita, pero ni la afectividad ni la voluntad de los progenitores tienen

trascendencia para el derecho porque el emplazamiento filiatorio se sigue del parto. Y la paternidad en el caso del matrimonio surge de la presunción legal de que el hijo de la mujer tiene por padre al marido.

Recordamos estas cosas obvias para señalar que en el caso de reproducción asistida se produce una disociación de estas etapas.

La unión sexual ya no es requerida, pero sí la unión del gameto masculino con el femenino. Esto se produce con la intervención de un equipo médico y no tratándose del caso de la inseminación, dicha fecundación se la conoce como “in vitro”, aludiendo a la probeta o tubo que se utiliza.

Si el óvulo es de la mujer y el espermatozoide del hombre, casados o en unión estable, ellos son los que por alguna severa dificultad para engendrar naturalmente, tienen voluntad procreacional y solicitan la práctica.

La ciencia es la que les facilita la procreación superando los obstáculos, pero para que el embrión pueda seguir su proceso evolutivo necesitan el concurso de una mujer que estando en condiciones de gestar acepte ser gestante y entregue después del parto el niño a quienes han aportado sus gametos.

Se suele decir que esta filiación se funda en la voluntad procreacional, pero en el ejemplo que hemos dado es fácil advertir que también concurre un elemento que proviene de la naturaleza, los gametos aportados por los que desean un hijo, de modo que aunque la ley así no le expresa no puede negarse que concurren ambos aspectos. El hijo que se engendra -con la colaboración del equipo médico- es biológicamente de los que han pedido la colaboración de una mujer gestante.

El proceso se ha interrumpido en dos instancias. No ha habido unión sexual con aptitud para procrear sino que sólo se aportaron los gametos. Ha intervenido un equipo de fertilidad para procurar la concepción y para trasladar el embrión al útero de la mujer para la gestación.

Luego viene el parto de la mujer gestante y en esa instancia la entrega del niño a sus padres biológicos que manifestaron su voluntad para la aplicación de la práctica.

En este punto difieren los enfoques jurídicos porque en los sistemas que tienen por madre a quien ha parido se requiere una entrega de quien ya es considerada madre por la ley. Por lo tanto es ella la que entrega su hijo a los solicitantes de la práctica, que en este caso son los progenitores

naturales. Pero para el derecho se debe cancelar un emplazamiento para que nazca el otro.

El camino jurídico puede ser el reconocimiento del contrato de gestación por subrogación que hace excepción de las normas comunes y reconoce como padres a los que manifestaron su voluntad procreacional o bien la intervención judicial para que se extinga el vínculo filiatorio respecto de la mujer gestante y de su cónyuge, (si lo hubiera, por la presunción de paternidad,) para instaurar la filiación respecto de los que han manifestado su voluntad procreacional y aportaron sus gametos.

Hasta acá la noción se limita a las características del caso expuesto. Hay legislaciones que aceptan la gestación por subrogación y por ende el contrato, pero limitado a que los peticionantes sean una pareja heterosexual, casada, o a veces en unión convivencial, y que además hubieran tenido imposibilidad de procrear naturalmente.

El caso se complejiza cuando la dificultad de la pareja es mayor. Uno de ellos no tiene gametos fértiles y deciden que al menos uno sea progenitor natural.

Esta decisión implica que requieran el aporte de un óvulo (de una mujer que no sea la gestante) o el aporte de un espermatozoide.

Son menos las legislaciones que aceptan este tipo de contratos. Las más permisivas no presentan obstáculo si los peticionantes son una pareja del mismo sexo. Pero aún en este último supuesto siempre hay un aportante, o sea alguien que tendrá un vínculo biológico con el niño. Nuevamente el fundamento es la voluntad procreacional pero siempre está el añadido de que existe un aportante con el cual existe un vínculo biológico.

El caso extremo se da cuando ninguno de los dos solicitantes están en condiciones de aportar gametos y requieren el aporte de terceros. En realidad en esos casos intervienen el aportante del espermatozoide, la aportante del óvulo, el equipo médico, la mujer gestante y quienes solicitan la práctica que sólo intervienen para poner en movimiento todo el proceso. A diferencia de la adopción en que una sentencia otorga el emplazamiento filiatorio a los adoptantes de un niño ya existente y en estado de adoptabilidad, en este caso el niño sólo nace por intervención de todos los nombrados pero a pedido de quienes tienen voluntad procreacional. Se parece más al supuesto de “hijo por encargo”.

Lo que hemos expuesto muestra la dificultad de encontrar una noción comprensiva de todos los supuestos. De ahí que las legislaciones que permiten una mayor libertad no siempre aceptan todos estos casos.

Cabe mencionar el caso en que el comitente sea uno. Así como en la adopción la posibilidad de adopción unipersonal al principio fue más difícil, lo mismo ocurre con la gestación por sustitución, pero donde la libertad es muy amplia también se acepta.

Podríamos decir que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida en la que el o los comitentes manifiestan su voluntad procreacional para que una mujer acepte libremente ser gestante del embrión que le es trasladado por un equipo médico para que una vez producido el parto entregue el niño a quienes han solicitado dicha práctica.

Esta noción prescinde del aporte de los gametos los que pueden ser o no del comitente y del carácter gratuito de la gestación, la que puede gozar de una retribución.

### **III. EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y OTROS ACTOS JURÍDICOS**

No resulta claro quiénes son las partes del contrato, si deben intervenir algunos o todos los participantes en la práctica, si puede haber contratos separados entre los comitentes y la gestante y entre los comitentes y el Centro de Fertilización Asistida o entre los comitentes y una Agencia que se ocupa de todo el procedimiento. A eso hay que sumarle el caso de los aportantes de gametos que no acuerdan con los comitentes sino con el Centro de Fertilización.

En Estados Unidos de Norteamérica es frecuente que se recurra a una agencia que se ocupa de seleccionar el Centro de Fertilización, el aporte de gametos, la búsqueda de la mujer gestante, lo que no excluye el contrato entre los comitentes y la gestante ni los consentimientos prestados en el Centro de Fertilización. Estas agencias en un sentido resuelven muchas cosas pero se eximen de responsabilidad. Su tarea es la intermediación cuestión típicamente comercial.

En ese país difiere la situación según los estados. En algunos el contrato está prohibido, en otros con restricciones. Suelen publicitarse en un sentido amplio el estado de Florida y California, con diferentes costos que van de u\$s. 60.000 a u\$s. 100.000 o más según las prestaciones.

Como lugar competitivo publicita Ucrania asegurando la elección de la mujer gestante, todo el procedimiento e incluso si resulta beneficioso por disposiciones legales el traslado de la gestante para que el parto tenga lugar en otro país. Los costos propuestos se reducen casi a la mitad.

Basta una simple consulta por internet para advertir que detrás de esta técnica se ha armado un gran negocio.

#### IV. LA “DONACIÓN” DE GAMETOS

En un sentido los comitentes son extraños a la documentación que suscribe quien aporta el óvulo o los espermatozoides.

El vocabulario utilizado es engañoso. Se ha impuesto la palabra “ovodonación” y “donante anónimo”. Ambas expresiones son falsas, salvo el caso del aporte gratuito de un familiar, lo que es menos frecuente y tiene su propia problemática por la superposición de roles.

Quien aporta el óvulo o el semen no es una persona altruista que desea que su material genético sirva para esparcir hijos por el mundo. Ese aporte es remunerado aunque los montos no resulten muy significativos. Pero hay que tener presente que la Clínica de Fertilización debe seleccionar a los dadores en base a su salud, ausencia de enfermedades hereditarias, características físicas, psíquicas e intelectuales, porque todo eso ha de ser tenido en especial consideración por los comitentes que se encuentran en la instancia de elegir al progenitor de quien luego será su hijo.

Se deben hacer estudios que tienen sus costos para asegurarse de la bondad del material aportado. Esto es lo primero que quieren los comitentes, un bebé sano. En caso de no obtenerse el resultado esperado, el Centro de Fertilización incurre en responsabilidad.

Esta elección puede permitir un cierto anonimato, pero a veces los comitentes quieren acceder al perfil del aportante para asegurarse del aspecto físico y de la raza porque en general cada uno desea alguien que de alguna manera se le asemeje.

Fuera de esto, el anonimato no puede existir porque el Centro de Fertilización debería conservar los datos del aportante por diversas razones, entre ellas de salud y también porque puede haber muchos medio-hermanos si se utiliza material del mismo aportante. A eso hay que sumarle el derecho del niño a conocer su origen que aparece bastante oscurecido

en las normas que regulan específicamente las acciones de filiación en los casos en que se apliquen técnicas de reproducción humana asistida.

El aportante no tiene derecho a saber el destino de su aporte y por lo tanto queda apartado de todo contacto con los comitentes o con el niño gestado. A su vez no es pasible de reclamo filiatorio quedando indemne de toda obligación derivada de la maternidad o paternidad. Su voluntad no es procreativa sino que se limita a que el material genético que entrega sea utilizado con esa finalidad.

La documentación que suscribe es para señalar la finalidad del aporte y dejar a salvo que su intervención se limita a eso, quedando indemne de toda otra obligación. La remuneración la recibe del Centro de Fertilización, que lógicamente lo incluye en los costos de su intervención y lo factura al comitente.

## **V. EL CONTRATO ENTRE LOS COMITENTES Y LA MUJER GESTANTE**

En este caso no juega lo del anonimato, al contrario. Si bien la idoneidad de la mujer para llevar a buen término la gestación es una cuestión médica y debe ser evaluada por el Centro de Fertilidad, el resto de las cuestiones conciernen a quienes encargan la práctica y a quien está dispuesta a asumir el rol de gestante.

En realidad en este contrato debería intervenir también el Centro de Fertilidad porque es el que ha estado a cargo de la búsqueda y elección de la mujer gestante. Además interviene en las técnicas médicas de preparación de la mujer gestante antes de efectuar el traslado del embrión. Previamente se ocupa de la selección de los gametos que se han de utilizar, así como del procedimiento de fecundación "in vitro"

También corresponde al equipo médico el dar las instrucciones específicas a la gestante, realizar los controles, atender las vicisitudes que puedan ocurrir durante el embarazo, atender el parto o disponer la realización de una cesárea.

A pesar de la relevancia de la actuación del Centro de Fertilidad no suele suscribir el contrato entre los comitentes y la mujer gestante. No siempre se celebran acuerdos con el Centro de Fertilidad, salvo en cuanto a la firma del "consentimiento informado" correspondiente a cada estudio o intervención; y a veces exigen a los comitentes depósitos en garantía de las obligaciones que asumen para las tareas a realizar.

## VI. LA MUJER GESTANTE

Suele publicitarse ese rol como el de una persona altruista que se somete al encargo sólo para procurar la felicidad de los comitentes.

En los casos de “gestación altruista” esto puede darse si se trata de un familiar o de una amiga. Se supone que el servicio es gratuito, aunque obviamente todos los gastos estarán a cargo de los comitentes.

Las leyes que aceptan el contrato de subrogación de una manera restringida sólo la permiten en estas circunstancias. Si estuviera previsto un control judicial debería poder verificarse claramente que se trata de un familiar, lo que es de simple prueba, o de una persona amiga. Esto ya es más dificultoso puesto que pueden disimularse y ocultarse muchas cosas, estando encubierto un pago.

De todas maneras hay otros problemas que pueden surgir cuyo análisis compete más a la psicología. El doble rol de la abuela embarazada del niño que va a parir y será su propio nieto o el de la hermana que se convertirá en tía del hijo que ella misma ha parido puede presentar sus aristas complejas por el vínculo que necesariamente se crea entre la gestante y el niño que crece en su seno. A eso hay que añadirle cómo se vive esta experiencia en el ámbito familiar.

Los otros nietos saben que la abuela está embarazada para darle un hijo a la tía, y quizás indaguen acerca de los gametos utilizados, si son de la tía que se convierte en mamá o tienen otra proveniencia y lo mismo en cuanto al gameto masculino. Observarán también la conducta posterior de la abuela gestante respecto de ese nieto tan especial.

Asimismo se requiere la conformidad del cónyuge o conviviente de la gestante ya que durante al menos el primer período del embarazo tendrá sus cuidados y restricciones, amén de acompañar en el caso que el embarazo presente ciertos riesgos.

Muchas cosas pueden minimizarse y ser negadas en pro de la presentación de un paisaje idílico, pero sería importante el seguimiento de estas experiencias concretas que ya se han dado, aunque sea de forma aislada.

En los casos de “gestación comercial” toda esta tarea se asume para obtener una ganancia. Si es una mujer casada o en pareja, lo hará acuciada por la necesidad. No es otro el objetivo y resulta clara la situación de la mujer que asume eso. De allí que son los sectores más carenciados los que proporcionan mujeres dispuestas a asumir la gestación para otro.



Podrá decirse que lo hace libremente. Es verdad, pero con una libertad bastante disminuida que la lleva a asumir riesgos e incluso algún reproche social. También habría que estudiar el impacto familiar que produce esta entrega personal, porque no es sólo del cuerpo, a cambio de una ganancia que aún en lo económico puede generar problemas.

## VII. OBLIGACIONES A CARGO DE LA MUJER GESTANTE

Sin pretender agotar el tema recordamos algunas de ellas.

En primer lugar debe someterse a estudios para que los médicos puedan afirmar que hay altas probabilidades de éxito.

Suele mencionarse que la gestante debe haber tenido un hijo. Esto sería útil al menos por dos razones. Por sus antecedentes puede saberse que ha transitado un embarazo y un parto sin problemas. Esto no asegura que vuelva a ser así (todos conocemos historias de un buen embarazo y parto y otro lleno de dificultades). La otra razón estriba en la experiencia personal del embarazo y del parto. Esa mujer sabe lo que significa su transformación, los cuidados propios de ese estado, y en especial la vivencia del parto. Sabe lo que es tener un hijo al que ha estado unida física y emocionalmente durante la gestación. Puede imaginar la experiencia contraria: vivir todo eso y entregar el bebé a los comitentes, seguramente para no verlo nunca más. Sólo existirá en su mente y en su recuerdo.

En segundo lugar, si los estudios previos son satisfactorios comenzará la preparación para que el útero esté en condiciones de recibir el embrión para su implantación.

Puede haber varios intentos. En general si fracasan sólo tendrá derecho a una mínima retribución o quizás a ninguna, pero no deberá reembolsar los gastos.

Si todo resulta exitoso deberá empezar el período de los cuidados para la protección del embarazo.

Se le puede imponer un lugar donde vivir para que se efectúe los estudios y controles y que los mismos sean supervisados por los comitentes.

Uno de los estudios que se realizan actualmente al poco tiempo de iniciado el embarazo arroja como resultado si el embrión no presenta anomalías. En caso de verificarse alguna suele acordarse que la gestante deberá someterse a un aborto voluntario. Esto si la legislación del lugar lo permite o en su caso trasladarse a algún país donde ese procedimiento

pueda realizarse por estar permitido. Esto no es un tema menor por los riesgos que puede implicar la realización de un aborto o sus secuelas físicas y psíquicas. En tal caso debería proveerse un tratamiento a cargo de los comitentes. Dada esta circunstancia la gestante no recibirá retribución o podrá pactarse una retribución mínima. Lo mismo si el aborto se produjera espontáneamente.

Otro de los casos es el de la reducción embrionaria, expresión que se utiliza para la eliminación de un embrión en caso de haberse trasladado más de uno para asegurar la implantación. Se suele evaluar la calidad para eliminar al que se considera con menor posibilidad de ser viable. Esto implica también una intervención médica.

Las relaciones sexuales también se ven afectadas. Si bien durante el embarazo no hay riesgo de mantener relaciones sexuales, aunque se recomienda no tenerlas al final del embarazo, en estos casos y para mayor seguridad la mujer gestante tiene prohibido tener relaciones sexuales en especial al inicio del embarazo hasta que el médico interviniente esté seguro que pueden tenerse sin riesgo.

En internet recientemente citaron el caso de una mujer que tuvo relaciones con su cónyuge cuando el médico la autorizó y se dio el raro caso de ovulación extemporánea, quedando embarazada de su propio hijo. En los estudios se detectó como embarazo de gemelos y sólo después de nacidos los bebés y transcurrido un tiempo los comitentes, un matrimonio chino que había aportado sus gametos, advirtieron que un bebé era chino y el otro tenía rasgos blancos es decir como perteneciente a la mujer gestante. La cuestión derivó en múltiples problemas porque la Agencia que había intervenido en Estados Unidos recibió al niño que fue devuelto, no lo entregó a la gestante que había firmado su entrega, lo tuvo en custodia para darlo en adopción y ante el reclamo de la gestante se inició una acción judicial puesto que la mujer decidió conservar a su hijo pero debía pagar los gastos de la custodia, el reclamo de los chinos de una indemnización y gastos legales. En fin un enorme trastorno que por último se resolvió bien puesto que se entregó el niño a la gestante después de concluido el proceso judicial.

No sabemos acerca de la verosimilitud del relato, pero estaba contenido en información para las mujeres que se ofrecían para gestación por sustitución, junto a otros relatos más felices.

La mujer debe obligarse durante la gestación a respetar el régimen de comidas que se establece, a no consumir bebidas alcohólicas, por supuesto a no fumar ni consumir drogas. Esto parece algo de toda lógica,

pero en el caso la transgresión está sancionada con penas pecuniarias y si de su conducta derivare un daño para el embrión o la pérdida del embarazo, deberá devolver todo lo que se ha invertido en la práctica, los gastos realizados, médicos, legales, internaciones, estudios, y además pagar una indemnización a los comitentes por la frustración de la gestación debida a su culpa. Para una mujer de escasos recursos puede resultar una deuda muy difícil o imposible de afrontar. Se supone que los comitentes deben celebrar un contrato de seguro cubriendo todos estos riesgos para poder cumplir con las obligaciones contraídas y recuperar al menos en parte el dinero invertido.

La mujer gestante debe también asumir los riesgos que pueden originarse durante la gestación sin derecho a pedir una mayor recompensa e indemnización.

Si por ejemplo se presentara un problema de hipertensión severa, aunque no hubiera tenido antecedentes al respecto, deberá guardar reposo el tiempo que se le indique e incluso permanecer internada todo el tiempo necesario para que el embarazo se aproxime lo máximo posible al momento en que la creatura sea viable con los menores riesgos. Esa internación se hará en la clínica que designen los comitentes, quienes a su vez tendrán el derecho de tomar todas las decisiones ante los problemas que el equipo médico pueda plantear.

Llegado el momento del parto los comitentes podrán tomar las decisiones que fueran necesarias y acompañar según los médicos indiquen para tener la mayor cercanía posible con el bebé recién nacido que les será entregado una vez cumplidos los cuidados pertinentes. El recién nacido es apartado de la mujer gestante para evitar todo posible apego que pudiera obstaculizar la entrega del niño en cumplimiento del contrato celebrado.

En síntesis, desde el principio de la preparación a la técnica hasta la entrega del niño a los comitentes, la mujer gestante está bajo el control y dirección de los que hicieron el encargo. Su libertad se ve muy disminuida y los compromisos asumidos son enormes.

### **VIII. LOS COMITENTES**

Los que manifestaron su voluntad procreacional y solicitaron el acceso a la técnica suscribiendo toda la documentación del caso, tienen básicamente la obligación de afrontar todos los pagos.

También asumen los riesgos para el caso que no resulte exitosa la fecundación en los diversos intentos, debiendo abonar los mayores costos y depositar una suma importante en garantía del cumplimiento de su obligación de pago.

Por su parte tienen el derecho de control del procedimiento, de la vida de la gestante durante el embarazo y el poder decisorio ante las diversas eventualidades que involucran a la mujer gestante.

Algunos problemas pueden suscitarse. Por ejemplo si los comitentes se separan, si se divorcian y quieren desistir de lo solicitado. En ese caso la mujer gestante si el embarazo está avanzado deberá llegar al momento del parto, pero puede ocurrir que los comitentes no quieran ya al niño que fue encargado. Esto requiere una previsión especial para establecer si el niño será entregado para una futura adopción. Los gastos de atención del nacido se deducirán del fondo aportado en garantía.

También puede ocurrir que los comitentes mueran antes del parto. Nuevamente estaríamos ante la situación de la mujer que sólo se ha comprometido a gestar pero no quiere ser madre. Los que manifestaron su voluntad procreacional ya no están y debería preverse si el niño será dado en adopción o si se podría sustituir a los comitentes en ese supuesto particular dado que si se han utilizado gametos de los comitentes hay claramente un vínculo biológico con sus familiares que podrían estar de acuerdo con asumir ese lugar.

Los comitentes tendrán acción ante el incumplimiento de algunas de las cláusulas pactadas contra la mujer gestante, así como también contra el Centro de Fertilidad en caso de mala praxis o si el niño, cuya salud y características habían sido aseguradas, presenta alguna enfermedad proveniente de alguno de los aportantes de gametos o alguna incompatibilidad que origine una enfermedad en el niño que podría haber sido evitada si se hubieran realizados estudios especializados; o bien que conocida durante la gestación habría permitido a los comitentes decidir un aborto para no tener un hijo enfermo.

## **IX. ALGUNOS PROBLEMAS LEGALES**

El contrato de gestación por sustitución es aceptado expresamente en pocos países. En algunos limitados a la “gestación altruista” y otros limitados a las parejas heterosexuales casadas.

Otros aceptan a los que tienen unión convivencial y los menos se abren a las parejas del mismo sexo o al caso de un solo comitente.

Alguno aceptan extranjeros, otros no. Muy pocos son los lugares donde la libertad es amplia, como es el caso del estado de California, lo que explica los mayores costos.

Llegado el momento del parto los sistemas legales difieren.

Algunos siguiendo las pautas de la filiación por naturaleza tienen por madre a la mujer que ha dado a luz. Pueden establecer un plazo previo a la entrega del niño o no. De todas maneras es en ese momento que la mujer debe entregar al niño a los comitentes quienes deben procurar la inscripción a su nombre. El arrepentimiento de la gestante sería posible pero podría originar, según algunas leyes, la obligación de reintegrar los gastos e indemnizar. Esto genera gran inseguridad.

Un ejemplo de este sistema lo encontramos en el Reino Unido de Gran Bretaña. La "Surrogacy Arrangements Acts 1985" aplicable en Inglaterra y Gales permite el contrato pero con grandes limitaciones. Sólo admite la gestación altruista, el reembolso de gastos, el vínculo genético de los requirentes y haber residido durante al menos un año antes de iniciar el proceso.

El contrato se acepta pero no es vinculante. La gestante es considerada la madre del nacido y tiene derecho a quedarse con el niño.

Los requirentes dentro del plazo de seis meses de nacido el niño deben presentar judicialmente una solicitud de parentalidad. Comprobados los requisitos de ley se celebra una audiencia, la gestante debe aceptar la solicitud por escrito y la paternidad es transferida a los comitentes. O sea que el control de legalidad es posterior lo que crea inseguridad, porque vencido el plazo caduca el derecho a peticionar y porque debe comprobarse judicialmente que no se trate de una gestación comercial.

En caso de no existir vínculo genético ninguno de los requirentes con el niño la cuestión es tratada como una solicitud de adopción.

Otros sistemas respetan lo establecido en el contrato, en virtud del cual el niño es inscripto a nombre de los comitentes. Incluso algún sistema otorga el niño a los comitentes desde el inicio del embarazo.

Muchos países por el contrario rechazan el contrato por considerarlo contrario al orden público ya que vulnera los derechos de la mujer gestante por su escasa libertad, comercialización de su persona, vulnera-

ción de sus derechos constitucionales, así como los derechos del niño por la situación de incertidumbre jurídica en que queda inserto y los obstáculos al conocimiento de su origen; y globalmente porque se entiende que hay una mercantilización de la mujer gestante y del niño y una entrega directa del nacido por un precio, entre otras razones.

Esto origina una emigración de quienes quieren recurrir a una práctica prohibida en su país a regiones más benévolas en que no se cuestiona la validez del contrato de gestación por sustitución.

Este turismo procreativo trae aparejados varios problemas. Celebran el contrato en lugar legamente seguro, procuran el nacimiento donde sea aceptado y obtienen certificados según los cuales resultan emplazados como padres los comitentes. La cuestión se complica cuando regresan a su país de origen en el que no es aceptada dicha filiación, no pudiendo el niño adquirir la nacionalidad de los comitentes <sup>(3)</sup>.

En otros casos, ante el hecho consumado los jueces aceptan las inscripciones en interés del niño, con lo cual los comitentes obtienen lo deseado a pesar de haber evadido su propia legislación.

En base a las inscripciones obtenidas judicialmente terminan convalidándose los contratos cuya validez puede resultar dudosa ante un vacío legal o expresamente prohibida por la norma interna.

Esto hace que existan planteos judiciales previos pidiendo autorización para la realización de esta práctica y también pedidos de cobertura de la misma por parte de las compañías de medicina prepaga que suelen oponerse a dicho reclamo.

La situación deviene así algo caótica y reclama una solución legislativa que sea clara, ya en el sentido de la prohibición de la práctica y de las inscripciones o si es por la aceptación estableciendo los requisitos de la misma, si requieren autorización judicial previa o si pueden manejarse libremente en base a la autonomía de la voluntad. No habiendo respuesta legislativa los jueces terminan asumiendo indirectamente esa competencia que no les es propia, con resoluciones judiciales a su vez variadas.

---

(3) Sobre los casos Mennesson y Labasse en Francia, habiendo habido gestación por sustitución en California y el caso Paadiso y Campanelli c. Itallia puede consultarse: SAMBRIZZI, Eduardo A., op.cit.p.344 ss y bibliografía mencionada en las notas.

## X. LA SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

La gestación por sustitución está vigente de hecho.

La medicina se maneja con sus propias pautas según el desarrollo de las investigaciones y las técnicas.

El derecho llega más tarde y se toma tiempo para pensar y decidir. Mientras tanto ante el vacío legal crece el negocio de las Clínicas de Fertilidad que se mueven gozando del beneficio del silencio de la ley.

El proyecto del PEN redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial 191/2011 había previsto el tema estableciendo el art. 562 la siguiente redacción:

“Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial

“El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- “a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer,
- “b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- “c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- “d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- “e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- “f) la gestante no ha recibido retribución;
- “g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS veces;
- “h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN hijo propio.

“Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

“Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.”

Sin entrar en el análisis de la norma proyectada, podemos decir que se encuadra reconociendo validez al contrato de subrogación pero dentro de lo que se denomina “gestación altruista” con control judicial.

Esta disposición fue fuertemente cuestionada y finalmente el Código Civil y Comercial de la Nación no la incluyó en su texto <sup>(4)</sup>.

Esto dio lugar a dos interpretaciones. Una que la eliminación de la misma tiene una finalidad derogatoria por lo tanto en nuestro derecho no es reconocido el contrato de gestación por sustitución. Otra en sentido opuesto sostiene que ante el silencio de la ley puede sostenerse que lo que no está prohibido está permitido.

Esta última interpretación obviamente no tiene en cuenta las críticas a la norma ni las razones de su eliminación. No se trata de un silencio que da lugar a la libertad de acción, cosa que capitalizaron los Centros de Fertilidad.

La jurisprudencia posterior a la sanción del código ha tenido que resolver en la mayoría de los casos los hechos consumados, atendiendo a pedidos de inscripción de niños nacidos por el uso de la técnica <sup>(5)</sup>.

Con diversos argumentos hicieron lugar al pedido para tratar de dar solución a un problema concreto: la inscripción del niño. Luego vinieron los argumentos que van desde la inconstitucionalidad del art. 562 vigente, en pocos casos, hasta la impugnación de la maternidad fundada en la ausencia de vínculo genético entre la mujer que ha dado a luz y el niño. Tuvieron siempre en consideración la voluntad procreacional pero teniendo en cuenta que al menos uno de los gametos, cuando no ambos, fueron aportados por los comitentes.

También se sostuvo que lo que no está expresamente prohibido está permitido. Se admitió el derecho al hijo sin mayor análisis, siendo que el derecho a formar una familia no incluye el derecho a la procreación sin límite alguno.

Quedaron en el tintero muchas cosas, como que la autonomía de la voluntad no es un derecho absoluto, que el límite está en el daño que

---

(4) SAMBRIZZI, Eduardo A. op. et loc.cit. p.328 ss.

(5) Puede consultarse el estudio sobre la jurisprudencia posterior a la sanción de Código: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. Análisis de la Jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Derecho Civil. Estudios de Derecho Civil. Buenos Aires 2017, p.53.



pueda producirse, en el caso por la instrumentación de una mujer, la gestante, la que a su vez tampoco tiene un derecho ilimitado a disponer del propio cuerpo. Se mencionó el mejor derecho del niño mientras que en realidad se inclinó la balanza a favor del derecho a ultranza de los comitentes. No se interpretó la ley armoniosamente al soslayar las normas sobre la adopción contrarias a la entrega directa y a la comercialización en un acto tan trascendente como es la disposición del recién nacido.

No indagaron suficientemente y repitieron argumentos para dar algún sustento a la inscripción del niño y su emplazamiento filiatorio.

Tampoco profundizaron el tema de la nulidad del contrato pasando por alto el art. 279 declarando en algún caso la nulidad parcial referida a cláusulas inaceptables por ser contrarias a la moral y al orden público.

Los jueces se han apartado sensiblemente de la normativa vigente y podría decirse que han invadido la tarea que compete al legislador.

También se ha dado algún caso a la inversa en el que se quiso recurrir a la gestación por sustitución –dado que muchas sentencias implícitamente han aceptado los contratos que constituyen su base jurídica– con la pretensión de que la obra social se haga cargo de la práctica. Esto fue denegado en atención a que tal práctica no se encuentra incluida en la ley de salud y que si así lo fuera recaería indirectamente sobre todos los afiliados el aporte para sostener el deseo procreativo de alguno mediante este recurso desde distintos puntos de vista cuestionable <sup>(6)</sup>.

El pago a cargo de la obra social habría sido el deseo cumplido de los Centros de Fertilidad que de ese modo habrían tenido asegurado el pago de una práctica costosa con mayor acceso a los que así lo quisieran. Con ese criterio aún los deseos de cirugías estéticas quedarían comprendidos como si las mismas fueran en todos los casos un derecho a la salud.

El tema fue tratado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en Mendoza en septiembre de 2022.

Entre las propuestas *de lege ferenda* se aprobó añadir al art. 562 vigente lo siguiente: “El párrafo anterior (no) resulta de aplicación para las

---

(6) MARRAMA, Silvia. Contratos de maternidad subrogada. Comentario al fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que rechaza el pedido en la causa “S, E R. y otros c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/Amparo de salud” por sentencia del 2.3.2022. Diario La Ley del 10.5.2022.

técnicas de gestación por sustitución siempre que la práctica se realice conforme el procedimiento previsto en el artículo siguiente.”

Con esto se incluiría a la gestación por sustitución en la normativa del art. 562 para las técnicas de reproducción humana asistida. Evidentemente quienes aprobaron esta propuesta, sostenedores de la validez actual del contrato de gestación por sustitución ante el silencio de la ley no están tan convencidos que sea así puesto que proponen un texto que expresamente la incluya.

Se propuso también incorporar el art. 562 bis con el texto siguiente:

“Gestación por sustitución. Autorización judicial. Requisitos. La gestación por sustitución es un procedimiento de técnicas de reproducción humana asistida en virtud del cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo sin ánimos de lucro con la finalidad de que la persona nacida tenga vínculo filial con la o las personas que concurren a la práctica con voluntad procreacional, denominadas requirentes, previa autorización judicial.

“La autorización judicial del procedimiento de gestación por sustitución sólo procede si: a) se cuenta con el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes de conformidad con lo previsto por este Código y las disposiciones especiales; b) se ha tenido en mira el interés superior de la persona que pueda nacer; c) la persona gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; d) la persona gestante y la persona o pareja de requirentes son de nacionalidad argentina o naturalizadas, o tienen cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país; e) la persona requirente o al menos una de ellas posee imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; f) la persona gestante no ha aportado sus gametos; g) la persona gestante no ha recibido retribución; h) la persona gestante posee lazos afectivos con la o las personas requirentes; i) la persona gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; j) la persona gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo o hija propio. La autoridad judicial competente debe sustanciar y decidir la solicitud de autorización del procedimiento más breve que prevea la ley local. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la persona gestante sin autorización judicial.”

El artículo propuesto parte del mismo texto del proyecto con algunas variantes.

Comienza con una noción de la gestación por sustitución y la encuadra dentro de la gestación altruista, dado que dice que debe ser sin

ánimo de lucro y más adelante en el apartado g) señala que la gestante no ha recibido retribución.

No aclara que puede recibir lo que corresponda a su lucro cesante puesto que si por decisión de los requirentes o por circunstancias derivadas del embarazo no puede trabajar debería tener derecho a percibir sus ingresos habituales. Podría interpretarse que la retribución se debe entender como el pago por los servicios prestados.

A esto le suma que la gestante debe poseer lazos afectivos con el o los requirentes, con lo cual a menos que se simule ese vínculo afectivo a menudo de no fácil comprobación, muchos casos quedan afuera de los requisitos. Esto no resultaría útil a la pareja del mismo sexo que no encontrara entre sus familiares o amistades comprobables la mujer que esté dispuesta a la gestación por sustitución, en cuyo caso deberían buscar un país con legislación más benévola. Si procuraran la gestación en el exterior habría que ver qué resuelven nuestros jueces ante el hecho consumado con respecto a la inscripción y al emplazamiento filiatorio.

Para evitar el turismo procreativo que hoy tiene vía libre limita la autorización de la práctica a argentinos nativos o naturalizados o a residentes quinquenales. La norma es semejante al art. 600 inc. a. referente a quienes pueden ser adoptantes y tiene la misma finalidad, en no ser tierra de exportación de niños nacidos o por nacer.

Omite toda referencia al aporte de los gametos. En esta concepción la gestación por sustitución se convierte en un sucedáneo de la adopción, porque al no existir vínculo biológico alguno queda expedita la vía al hijo por encargo, al hijo a medida de los requirentes.

No nos detenemos en el análisis de todos los puntos contenidos en la norma propuesta, ya que el mismo ha si realizado con anterioridad por autorizada doctrina.

## XI. CONCLUSIÓN

¿Qué resta hacer ahora?

Pareciera que hay consenso acerca de que es necesario llenar el vacío legal. Pero ello no significa que necesariamente haya que hacerlo reglamentando y judicializando anticipadamente la autorización para la celebración del contrato de gestación por sustitución que da base a la práctica en un marco de legalidad y además asegura a los requirentes la

remoción de los obstáculos con respecto al emplazamiento filiatorio y a la inscripción.

Esta propuesta de gestación altruista encierra cosas no explicitadas.

Por lo pronto la aceptación del contrato implica admitir por un lado que una mujer disponga de sí misma, no de su cuerpo simplemente, más allá de lo que no resulta a nuestro entender objetivamente admisible. Muchos son los perjuicios que pueden seguirse de un embarazo, muchas las exigencias de los requirentes que resultan perjudiciales para la gestante, dura la decisión final de entrega del niño ya nacido que por más que provenga de gametos ajenos crea un fuerte vínculo todavía no suficientemente tenido en cuenta.

A eso hay que sumarle el doble rol que juega la mujer gestante si es la madre, la hermana o prima de la requirente una vez que ha nacido el niño. Lo entrega, ya es ajeno, pero sigue siendo el niño que ha gestado con el que mantiene trato habitual.

Aún en este caso altruista los requirentes adquieren un señorío sobre la gestante durante todo el proceso. Y si se reconoce validez al contrato nada se dice sobre las cláusulas que pueden llegar a pactarse que pueden significar un avasallamiento de los comitentes sobre la mujer gestante.

Tampoco es cierto que este contrato tiene en consideración el interés superior del niño cuando en realidad el interés superior en este caso es de los que poseen la voluntad procreacional.

A nuestro entender aceptar esta posibilidad es admitir la contractualización de la filiación. Lo que no es disponible por las partes pasa a ser disponible por su voluntad. Así alguien afirma que encarga al niño a su gusto y dice “soy padre o soy madre porque quiero serlo”. Y puedo lograrlo como a mí me parezca mientras las técnicas lo faciliten. No porque la ley lo establezca o surja de una sentencia.

Esta concepción no armoniza con las normas de la filiación por naturaleza ni por adopción. En esta propuesta interviene el juez pero sin tomar en consideración que los contratos pueden tener un objeto prohibido.

Así de a poco, admitido el contrato, por un agujero en el muro se irán filtrando lentamente todas las posibilidades, ya que no cuesta mucho pensar que alguien se agravie sosteniendo que si se acepta el contrato altruista por qué no habría de aceptarse el contrato comercial. Actualmente el bloque de constitucionalidad se ha convertido en una mate-

ria sin una clara delimitación que cada uno puede interpretar con gran flexibilidad.

En algún momento el legislador deberá afrontar este tema espinoso y debe hacerlo respetando la dignidad de la persona, cosa que en esta gestación por sustitución está ausente.



# ¿EXISTE EL DERECHO A MORIR? UNA REFLEXIÓN A PARTIR DE LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE EUTANASIA PRESENTADOS EN ARGENTINA

POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE (\*)

## I. INTRODUCCIÓN

En la Cámara de Diputados de la Nación Argentina se presentaron 5 proyectos para legalizar la eutanasia y el suicidio asistido (Exptes. 4597-D-2021; 4734-D-2021; 3956-D-2022; 4092-D-2022 y 4855-D-2022). Todos ellos proponen la regulación de un pretendido derecho a solicitar ayuda para morir y presentan distintas cuestiones jurídicas problemáticas <sup>(1)</sup>. En la base de estas iniciativas se encuentra la discusión en torno a un supuesto “derecho a morir” y este tema será el objetivo del presente trabajo.

En el primer apartado, propongo analizar los proyectos de ley presentados en Argentina para ver cómo se refieren a ese “derecho a morir”, tanto en su articulado como en sus fundamentos. Luego, presentaré los argumentos que explican los motivos por los cuales no existe un derecho a morir, sobre todo respondiendo a los intentos de derivar este supuesto derecho de la dignidad humana, entendida como autonomía, o del dere-

---

(\*) Profesor Titular Ordinario, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor Regular Adjunto, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Director del proyecto de investigación sobre “El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal” (Programa IUS, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina).

(1) Ver Lafferriere, J. N. (2022). “Análisis de los proyectos de legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en Argentina”, Centro de Bioética, Persona y Familia, Agosto 22, disponible en <https://centrodebioetica.org/analisis-de-los-proyectos-de-legalizacion-de-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido-en-argentina/>

cho a la vida. En el siguiente apartado explicaré la contradicción que supone enunciar un derecho a morir y luego procurar prevenir el suicidio. Finalmente, se ofrecen algunas reflexiones conclusivas.

## II. LOS PROYECTOS DE LEY Y EL “DERECHO A MORIR”

El punto de partida de esta indagación serán los proyectos de ley sobre eutanasia y suicidio asistido presentados en Argentina, que son los siguientes:

a) Expte. 4597-D-2021: El 25 de noviembre de 2021 se presentó en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el proyecto titulado “Ley de buena muerte. Regulación de la eutanasia” (expte. 4597-D-2021, T.P. 184/2021) firmado por Alfredo Cornejo, Jimena Latorre y Alejandro Caccace, que tiene como objeto “regular el derecho de toda persona a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir; el procedimiento formal a ese efecto; las garantías que han de observarse y los derechos y deberes del personal médico y el servicio de salud” (art. 1).

b) Expte. 4734-D-2021: El 6 de diciembre de 2021 las diputadas Estévez, Brawer, Carrizo, Gaillard, Macha, Moreau, Lampreabe y López presentaron el proyecto de ley titulado “Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente – Ley Alfonso” (expte. 4734-D-2021, Trámite Parlamentario nro. 191/2021) y, según el art. 1, el objeto de la ley sería “regular el derecho de toda persona que cumpla con los requisitos exigidos a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir dignamente, de acuerdo a los principios, garantías y reglas que aquí se establecen”.

c) Expte. 3956-D-2022: El 8 de agosto de 2022 se presentó en el Senado de la Nación el proyecto de ley de “Regulación de la eutanasia y la muerte asistida” (Expte. 3956-D-2022, T.P. nro. 113/2022) firmado por los diputados Cobos y Verasay, que tiene por objetivo “reconocer el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas, a solicitar la interrupción voluntaria de su vida y regular el procedimiento que ha de seguirse, establecer los mecanismos que permiten controlar y evaluar los procedimientos y las garantías que han de observarse” (art. 1) <sup>(2)</sup>.

---

(2) El proyecto 3956-D-2022 fue presentado por el Diputado Cobos y es sustancialmente igual al proyecto S-2577/2021 que se presentó el 29 de noviembre de 2021 en el Senado de la Nación bajo el título de “interrupción voluntaria de la vida” (Expte. S-2577/2021) firmado por los senadores Cobos y Verasay. Por razones de practicidad vinculadas con el hecho de que es en Diputados donde se iniciará el debate, tomaremos como referencia el expte. 3956-D-2022.



d) Expte. 4092-D-2022: El 11 de agosto de 2022 la diputada Moisés presentó un proyecto de ley titulado “Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente” (Extpe. 4092-D-2022, T.P. 116/2022) con el objeto de “regular el derecho de toda persona que cumpla con los requisitos exigidos a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir dignamente, de acuerdo a los principios, garantías y reglas que aquí se establecen” (art. 1).

e) Expte. 4855-D-2022: El 13 de septiembre de 2022 se presentó el proyecto de ley de muerte voluntaria médicamente asistida firmado por la Dip. Brawer que establece “el derecho a la muerte voluntaria médicamente asistida” (art. 1).

Para el análisis de los proyectos, presentaré de forma diferenciada la redacción utilizada en el articulado de las iniciativas, por un lado, y por el otro, los fundamentos de cada proyecto.

## II.1. El articulado de los proyectos de ley y el “derecho a morir”

Todos los proyectos coinciden en legalizar acciones orientadas a provocar la muerte de la persona por su pedido (eutanasia o suicidio asistido) como un pretendido “derecho”. Desde lo terminológico, el proyecto 4597-D-2021 en su artículo 1 se refiere al “derecho de toda persona a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir”. El proyecto 4734-D-2021 señala que regula “el derecho de toda persona que cumpla con los requisitos exigidos a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir dignamente” (art. 1). El proyecto 4092-D-2022 tiene una redacción similar en su art. 1. El proyecto 3956-D-2022 reconoce “el derecho que corresponde a toda persona que cumpla con las condiciones exigidas, a solicitar la interrupción de su vida” (art. 1). El proyecto 4855-D-2022 “establece el derecho a la muerte voluntaria médicamente asistida” (art. 1).

Se advierte que hay matices entre la redacción de las iniciativas. Así, el proyecto 4855-D-2022 es el que más abiertamente pretende establecer el “derecho a la muerte”, mientras que los otros proyectos indican que el derecho estaría vinculado con la solicitud de ayuda para morir, incorporando algunos de ellos la aclaración de que se trata de un derecho concedido en los casos regulados por la ley.

En cuanto al contenido, el proyecto 4597-D-2021 tiene un artículo específico que desglosa el contenido del derecho:

“ARTICULO 2°.- Derechos. Toda persona que se encuentre sufriendo una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, en los términos establecidos en esta ley y en cum-

plimiento con los requisitos previstos por la misma, tiene derecho a: a) solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir; b) requerir y acceder a la atención de la prestación de ayuda para morir, en los servicios del sistema de salud; c) acceder a toda la información necesaria para recibir la ayuda para morir”.

Un artículo similar encontramos en el proyecto 4092-D-2022, aunque con variantes en la redacción:

“ARTICULO 5°.- Derechos. Toda persona que se encuentre sufriendo una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e incapacitante, en los términos establecidos en esta ley, y en cumplimiento con los requisitos previstos por la misma, tiene derecho a: a) solicitar toda la información relativa a la prestación de ayuda para morir y recibir tal información de modo que formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina; b) solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir, cumpliendo los requisitos y procedimientos previstos en la presente ley; c) acceder al sistema de salud y contar con su asistencia y cobertura de las prestaciones correspondientes, desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la presente ley y las leyes concordantes”.

En cuanto al marco normativo, encontramos estas propuestas:

“ARTÍCULO 2°.- Marco normativo constitucional. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en los derechos protegidos por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, en especial la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud de la protección que otorgan a los derechos de toda persona a la vida digna, al reconocimiento y el respeto de su dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, a no ser sometida a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, al trato digno, al bienestar y la salud física y mental, especialmente a la asistencia médica, a la no injerencia arbitraria o abusiva en su vida privada, y a la libertad de elección” (Proyecto 4734-D-2021).

“ARTÍCULO 2°.- Marco normativo. Las disposiciones de la presente ley deben ser interpretadas en el marco de los derechos consagrados por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, en especial la Declaración Americana de los Dere-

chos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad” (Proyecto 4092-D-2022).

“Artículo 2. Marco Normativo. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en los derechos consagrados por la Constitución Nacional, en la Ley 26.529 (Derechos del Paciente) y en la Ley 27.678 (Cuidados Paliativos). También se enmarcan en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, en especial la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud de la protección que otorgan a los derechos de toda persona a la vida digna, al reconocimiento y el respeto de su dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, a no ser sometida a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la salud, a la vida privada y a la libertad personal” (Proyecto 4855-D-2022).

En síntesis, puede advertirse que los proyectos de ley en su articulado hablan de un “derecho” a la muerte con distintos alcances y denominaciones: desde el foco puesto en la solicitud y recepción de ayuda, hasta una explícita enunciación de un derecho a la muerte voluntaria médicamente asistida. Dos de los proyectos desglosan el contenido del derecho. Y tres de los proyectos invocan en su articulado a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con múltiples referencias a derechos genéricos y sin especificar de dónde surgiría el supuesto derecho a morir.

## **II.2. Los fundamentos de los proyectos de ley**

La lectura de los fundamentos de los proyectos de ley permite advertir cuáles son las razones que se esgrimen para invocar el pretendido derecho a solicitar la eutanasia y el suicidio asistido. En tal sentido, los proyectos tienen referencias genéricas a la dignidad, la autonomía, la vida y la vida digna.

En efecto, para uno de los proyectos, el derecho a morir se presenta como una derivación de la dignidad. En los fundamentos del proyecto 4092-D-2022 se señala: “defendemos la dignidad de los ciudadanos en todos los aspectos de su vida, también defendemos su derecho a una

muerte autodeterminada en el que la persona pueda preservar su personalidad en todo momento de su vida, decidiendo cómo vivirla y cómo ponerle fin, como acto de autodeterminación plenamente autónomo. Es en este sentido que creemos que en estas situaciones el ciudadano tiene derecho a solicitar la asistencia para terminar con una situación que afecta a su dignidad como persona.”

En los fundamentos, este derecho a morir se vincula también con la autonomía. Así lo dice el proyecto 4734-D-2021 en sus fundamentos: “Formo parte de un proyecto político que se aboca a construir las condiciones para que todas las personas puedan definir sus proyectos de vida y llevarlos a cabo. Se trata de respetar la autonomía de la voluntad aun cuando medien situaciones conflictivas o dolorosas y de entender que la vida no es un valor a defender en sí mismo ni una obligación a la que por acción u omisión el Estado someta a las personas”.

Otra variante es vincular el derecho a morir con el derecho a la vida. Es lo que hace el proyecto 4597-D-2021, que sostiene en sus fundamentos que “la eutanasia provoca también múltiples cuestiones jurídicas, entre las cuales podemos enumerar: la existencia de un derecho a la muerte de la misma manera que existe un derecho a la vida... La legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: por un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física”.

También el proyecto 4734-D-2021 enmarca el derecho a morir en el derecho a la vida: “La vida es un derecho y no una obligación”. Complementa luego diciendo: “el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”.

El proyecto 3956-D-2022 va en la misma línea: “La eutanasia conecta el derecho a la vida con los derechos a la integridad física y moral de la persona, a la dignidad humana, a la libertad, y a la intimidad. Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como la que define el contexto eutanásico descripto, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta razón, el Estado debe proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica”.

En vinculación con el “derecho a morir” como parte del derecho a la “vida digna”, se menciona el tema de evitar tratos crueles e inhumanos. Así lo dice en sus fundamentos el proyecto 4734-D-2021: “El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral” <sup>(3)</sup>. La misma frase es citada por el proyecto 3956-D-2022.

Según el proyecto 3956-D-2022, “Si la muerte es el final de la vida, y está integrada desde un punto de vista biológico, el derecho a una vida digna debe conllevar también el derecho a una muerte digna. Desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad de cada individuo y del derecho a disponer de nuestras vidas y de nuestra intimidad, introducir la eutanasia en nuestra legislación significaría la adquisición de un nuevo derecho con el cual se posibilita la solicitud de la interrupción de la vida ante determinadas condiciones reguladas”.

Finalmente, en los fundamentos del proyecto 4734-D-2021 se comienza afirmando: “El derecho de las personas a decidir sobre su propia muerte es hoy un debate abierto en el mundo sobre el cual no hay pleno consenso”. Luego señala: “Con frecuencia toman estado público los testimonios de personas que reclaman por su derecho a decidir cuándo poner fin a su vida por no considerarla una vida digna en función de las patologías que padecen. En mi provincia, durante el año 2019 tuve la posibilidad de conocer la situación de Alfonso Oliva, su familia y su equipo médico. Alfonso tenía diagnosticado Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA), una enfermedad neurológica, degenerativa, rápida y violenta que alteró absolutamente su forma de vida. Alfonso pedía por una ley de eutanasia por considerar que su vida ya no era una vida digna de ser vivida”. Y agrega: “Es por todo lo expuesto que presentamos este proyecto de ley que lleva su nombre y busca consagrar el derecho a la prestación

---

(3) El proyecto 3956-D-2022 usa casi las mismas palabras en sus fundamentos. Esta frase está tomada, sin citarla, de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: “El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”, Corte Constitucional de Colombia, Expediente D-1490, “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal”, 20 de mayo de 1997, Sentencia C-239/1997: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Es decir, los proyectos 4734-D-2021 y 3956-D-2022 replican expresiones de ese Tribunal sin citarlo.

de ayuda para morir dignamente”. Para las autoras del proyecto, “regular el derecho de recibir asistencia para morir dignamente es un pendiente en ese virtuoso ciclo de ampliación de derechos que llamamos “la década ganada” (expte. 4734-D-2021). Aquí no hay un fundamento preciso de este derecho a morir.

En sus fundamentos, el proyecto 4855-D-2022 no explica cuál sería el origen del “derecho a la muerte voluntaria médicamente asistida”. Pero señala que esa muerte “se inscribe en la larga historia de ampliación de derechos y, por consiguiente, en el horizonte de la justicia social”.

En síntesis, en los proyectos de ley no hay una explicitación clara de cuál sería el fundamento del pretendido “derecho a morir”. Se lo deriva de la dignidad, sobre todo entendida como autonomía, y del derecho a la vida, entendido como derecho a una vida digna.

### III. LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO A MORIR

Del análisis de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se puede advertir que no existe en forma explícita un “derecho a morir”. El tema ha sido muy bien analizado por Sofía Maruri y Diego Velasco Suárez, en el contexto del debate de la eutanasia en Uruguay <sup>(4)</sup>.

La pretensión de legalizar la eutanasia choca con las disposiciones de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) que fue ratificada por la República Argentina por ley 27360 (B.O. 31/5/2017). En esta Convención se promueven decididamente los cuidados paliativos, que están definidos en el art. 2 de tal manera que excluyen la eutanasia: “Cuidados paliativos”: “La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y

---

(4) Maruri Argman-Ugón, S. (2022). “Eutanasia y Derechos Humanos: la evidencia internacional”, en AA.VV., *En defensa de la dignidad humana. Aportes para el debate: Eutanasia y suicidio asistido*, publicación de Prudencia Uruguay, p. 87. Velasco Suárez, D. (2022). “Eutanasia y dignidad, desde la perspectiva jurídica”, en AA.VV., *En defensa de la dignidad humana. Aportes para el debate: Eutanasia y suicidio asistido*, publicación de Prudencia Uruguay, p. 73.

consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan” (art. 2 CIPDHPM). En efecto, cuando se sostiene que la “muerte” es un “proceso normal”, y que los cuidados paliativos “no la aceleran ni retrasan”, no sólo se describe una característica de esos cuidados, sino que también se indica un criterio normativo en relación al final de la vida, al menos de las personas mayores.

En este marco, para responder a los proyectos y su pretendido derecho a la muerte, tenemos que analizar si de la dignidad, sobre todo entendida como autonomía, o del derecho a la vida, puede desprenderse un derecho a morir, dado que los proyectos de ley derivan este “derecho” de esos principios.

La dignidad como fundamento del supuesto “derecho a morir” se articula de dos maneras. La primera surge por definir a la dignidad como “autonomía”, entendida como un poder de decidir el propio proyecto de vida, llegando hasta el punto de sostener que ello implicaría la posibilidad de planificar y definir el momento de la propia muerte. La segunda manera se vincula con la calificación de ciertas situaciones como “indignas”, según la percepción del propio paciente, de modo que habilitarían a la misma persona a poner fin a su vida.

Ante todo, conviene comenzar enfatizando que la noción de dignidad no se identifica con la de autonomía. En efecto, la dignidad es un merecimiento de respeto que se deriva de la excelencia en el ser. Así, ante todo, la dignidad es una cualidad ontológica de la persona humana. Esa dignidad, además, conlleva una dimensión moral, que se vincula con el obrar humano y la libertad. Pero lejos de ser una “autonomía”, en el sentido de una construcción de la propia vida sin ningún tipo de parámetro, la libertad personal se despliega hacia los fines inherentes a esa dignidad ontológica. De allí que no sea correcto identificar dignidad con autonomía.

Además, aún si entendiéramos que existe algo así como una “autonomía personal” <sup>(5)</sup>, ella no sería ilimitada. El legislador en muchos ámbitos limita la libertad personal en forma razonable, con fundamento en el bien común y la dignidad de la persona humana. Para mencionar algunos ejemplos, una persona no puede elegir la esclavitud, o vender sus órganos, entre otras conductas. Y tales restricciones a la libertad per-

---

(5) Ver Massini-Correas, C. L. (2004). “¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea”. *Anuario Da Faculdade de Dereito Da Universidade Da Coruña*, 8, 487-504. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2328>

sonal no implican una afectación de la dignidad, sino que justamente la dignidad requiere que pongan límites a la conducta y se tomen medidas para acompañar a la persona que ha perdido las razones para vivir o realizar actos que no se condicen con su dignidad inherente.

Vivanco, al sistematizar las razones en virtud de las cuales se imponen limitaciones a la disposición voluntaria de la vida por parte de pacientes competentes, menciona la “consideración de la vida como un bien de interés colectivo, que el Estado está llamado a proteger más allá de la pura voluntad individual de los sujetos” <sup>(6)</sup>. Agrega que “el sujeto, desde la autonomía individual, no tendría la facultad de liberar a otros de la reprochabilidad de intervenir en la muerte de otro ser humano, ya sea propiciándola o causándola, porque por más que sus intenciones fueran humanitarias transgredirían el límite fijado por el ordenamiento jurídico, que no obliga -salvo a aquellos que se encuentran en posición de garantes- a cuidar a los demás, pero sí les impide participar en la muerte de otros. Ello implicaría que la vida como bien jurídico penalmente protegido tendría un contenido independiente de la voluntad del titular, no para imponerle vivir... sino para coartar su posibilidad de invocar el auxilio de otro en relación con la propia muerte” <sup>(7)</sup>.

Como sostiene Puppínck, parece que la autonomía individual se presenta como una fuente insoslayable de legitimidad. Entonces habrá que analizar cuál es el fundamento que da sustento a esa autonomía. “Sin orden natural o social, es decir, sin realidad preexistente que dé un sentido y una medida a nuestras acciones, la libertad se identifica con la ausencia de obligación, es indeterminada, carece de ‘término’ exterior a ella misma, y así no se distingue de la voluntad que la mueve. La libertad y la voluntad se confunden en una ‘voluntad libre’... De ahí se desprende que un acto puede ser bueno, aunque pueda parecer inmoral, con tal que haya sido querido libremente. Solo el individuo puede saber por sí mismo lo que está bien, solo él puede determinarse” <sup>(8)</sup>.

En el contexto del debate de la eutanasia en Uruguay, Diego Velasco Suárez afirma: “Se plantea un nuevo paradigma: la autonomía por sobre el deber de no dañar. El pedido de eutanasia, si es libre, generaría el deber del médico de matar, porque toda persona sería dueña de su vida y tendría derecho a disponer de ella. Sin embargo, no hay ley de eutanasia que

---

(6) Vivanco, A. (2014). *Disposición sobre la vida humana y principios constitucionales: análisis del caso chileno*. Santiago, Ediciones Universidad Santo Tomás, p. 337.

(7) Vivanco, A., op. cit., p. 337-338.

(8) Cfr. Puppínck, G. (2020). *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, Madrid, Encuentro, p. 65.



establezca el derecho de toda persona, sin discriminación, a disponer de su vida y a renunciar a no ser matada, y que determine el deber de los médicos de matar a toda persona que se lo pida libremente. Si existiera una ley así, obviamente se negaría la dignidad de todas las personas: todas serían cosas que no valen para la sociedad y que solo valen si ellas se valoran. No habría derechos humanos inherentes que dependan solo de ser 'humano'; por eso, todo derecho podría renunciarse y perderse" (9).

Igualmente debe rechazarse el pretendido "derecho a una muerte digna". En tal sentido, en ningún tratado de derechos humanos se menciona a la "muerte digna" como un derecho. Por otra parte, muerte digna es una expresión ambigua y confusa, que da lugar a graves malentendidos. Ciertamente, nadie puede negar que el paciente conserva toda su dignidad hasta el momento de la muerte, y como exigencia derivada de esa dignidad tiene derecho a verse librado de tratamientos inútiles y que solo prolonguen la vida en caso de que la muerte sea inminente e inevitable, como ya hemos explicado al referirnos al problema de la distinción entre eutanasia y renuncia al encarnizamiento terapéutico. Pero de allí no puede deducirse que sea conforme a la dignidad que el paciente "se provoque" la muerte por un suicidio asistido, o bien pida que alguien se la provoque por la eutanasia, ya sea de acción u omisión. Nunca es conforme a la dignidad provocar deliberadamente la muerte y eso no puede ser objeto de un derecho.

En cuanto a la pretensión de derivar el derecho a morir del derecho a la vida, también se pueden señalar dos formas en que se argumenta: por un lado, se señala que el derecho a vivir incluye el derecho a morir, pues la vida no puede ser una obligación; por el otro, se invoca el planificar la propia muerte como parte del derecho a la vida "digna".

Al respecto, entiendo que afirmar que la vida "no es una obligación" y pretender que por ello las personas tienen derecho a requerir ayuda para quitarse la vida es una forma de radical individualismo que mina las bases de la convivencia social. No existe un "derecho a morir", pues morir es la privación de un bien y por tanto no puede ser objeto de un derecho. Morir no es una exigencia de justicia.

Massini Correas es claro cuando señala que "resulta evidente que la misma expresión 'derecho a morir' o 'derecho a la muerte' resulta auto-contradictoria, ya que no se puede tener derecho a la frustración de un

---

(9) Velasco Suárez, D. (2022). "Eutanasia y dignidad, desde la perspectiva jurídica", en AA.VV., *En defensa de la dignidad humana. Aportes para el debate: Eutanasia y suicidio asistido*, publicación de Prudencia Uruguay, p. 73.

bien humano, y en especial para la perpetración del mal humano por antonomasia: la aniquilación de la vida”<sup>(10)</sup>. Como explica Gómez Lobo, “el principio de inviolabilidad estricta de la vida humana debería jugar un papel de piedra angular de la ética de cualquier ser humano. Nadie puede sustraerse a este principio ni puede decir tampoco que él tiene una concepción distinta del valor de la vida, o argumentar que otros no pueden imponerle una concepción que le es ajena, y que por lo tanto él decide si respeta ciertas vidas o no, pues está en juego nuestra propia vida y la de otras personas inocentes. El respeto a la vida humana es siempre exigible. No puede ser materia de decisión subjetiva”<sup>(11)</sup>.

Leon Kass profundiza con agudeza sobre el pretendido “derecho a morir” y señala los problemas que rodean este derecho, a partir de las confusiones sobre su alcance, sobre su titular y sobre los obligados a dar cumplimiento a las prestaciones<sup>(12)</sup>. Para Kass, en sus fórmulas más radicales, este supuesto “derecho a morir” es una queja del orgullo humano contra lo que nuestras tendencias tiranas nos llevan a experimentar como una injusticia cósmica que se dirige contra mí, de modo que los que tienen un destino equivocado demandan un derecho a no tenerlo, en lo que es un reclamo contra la naturaleza<sup>(13)</sup>.

Otra inconsistencia del “derecho a morir” se encuentra en las razones para reconocerlo sólo en algunas situaciones descritas legalmente. En efecto, si están en juego cuestiones tan centrales como la dignidad, la libertad y la vida, ¿por qué sólo ciertos pacientes podrían “ejercer” el control sobre su vida? En el fondo, el derecho a morir que subyace en los proyectos de ley, es un juicio del legislador sobre la “vida” y su “calidad” en ciertas situaciones.

En realidad, el derecho a la vida exige que el legislador identifique las situaciones de vulnerabilidad, pero no para facilitar y regular cómo esa persona pone fin a su vida, sino para dar respuestas para ayudarlo a salir de sus problemas, superar los sufrimientos con los cuidados paliativos y apoyar a la familia y el entorno en lo que sea requerido para que se puedan superar los problemas. “Si ponemos en el centro del debate bioé-

---

(10) Massini Correas, C.I. (2003). “La eutanasia activa voluntaria: ¿existe un derecho a morir?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* Año 80, N° 3, (Jul.-Set. 2003), p. 404.

(11) Gómez Lobo, A. (2008). “Bienes humanos y eutanasia, frente a frente”, *Humanitas*, vol. 13 n. 52, p. 772-789.

(12) Kass, L. (1993). “Is There a Right to Die?”. *The Hastings Center Report*, Jan. - Feb., 1993, Vol. 23, No. 1 (Jan. - Feb., 1993), pp. 34-43

(13) Kass, L., op. cit., p. 37.

tico y biojurídico principios de naturaleza sustantiva, como el de vulnerabilidad, volvemos a la idea que la dignidad viene antes que la libertad en la secuencia axiológica que informa la ética y el Derecho. [...] La raíz del conflicto interpretativo consistía en la tensión entre voluntad y dignidad: ambas se refieren al ser humano, pero la primera es la forma de su libre conducta, la segunda es uno de los posibles contenidos. En otras palabras, la primera puede reducirse a simple subjetividad, la segunda permanece objetiva: y como el discurso jurídico necesita un anclaje objetivo, no debería haber dudas sobre cuál principio hay que colocar en primer plan a la hora de aprobar leyes o dictar sentencias” (14).

Como dice Sartea, “es imposible no tomar acto de la vulnerabilidad humana, sobre todo en este sentido general. Lo que diferencia entre civilización y barbarie no es aceptar la condición humana, sino hacerse cargo de ella. No es una actitud pasiva sino activa. Y no se refiere a unos pocos individuos o grupos, sino a toda la familia humana en cuanto tal” (15).

En definitiva, no existe un derecho a morir ni en la Constitución Nacional, ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ni en forma explícita ni implícita como derivación de la dignidad o el derecho a la vida.

#### **IV. EL PRETENDIDO “DERECHO A MORIR” Y SU INCONSISTENCIA CON POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DEL SUICIDIO**

Complementariamente a lo dicho sobre la inexistencia del derecho a morir, conviene poner de manifiesto que la legalización de eutanasia y el suicidio asistido, como expresión de un supuesto “derecho a morir”, supondría una manifiesta contradicción con las políticas públicas de prevención del suicidio. En efecto, en los últimos años, la prevención del suicidio ha sido una política pública sostenida, plasmada en una ley específica (nro. 27.130 de 2015) que declara “de interés nacional en todo el territorio de la República Argentina, la atención biopsicosocial, la investigación científica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección y atención de las personas en riesgo de suicidio y la asistencia a las familias de víctimas del suicidio” (art. 1). Según el art. 3, la ley tiene

---

(14) Sartea, C. (2020). “Exigencias de la vulnerabilidad al bioderecho”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, p. 359.

(15) Sartea, C. op cit., p. 362.

por objeto “la disminución de la incidencia y prevalencia del suicidio, a través de la prevención, asistencia y posvención”.

Según el art. 7 de la ley 27.130, la autoridad de aplicación debe “elaborar recomendaciones a los medios de comunicación sobre el abordaje responsable de las noticias vinculadas a suicidios y canales de ayuda disponibles, en consonancia con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud”. En este sentido podemos mencionar recomendaciones publicadas en el sitio oficial del gobierno nacional para el campo de las comunicaciones sociales y la atención de la salud mental <sup>(16)</sup>. Por ejemplo, no se recomienda “referirse al suicidio como un hecho exitoso que fue la solución para salir de un problema” <sup>(17)</sup>.

El derecho no puede sancionar al suicida, pero trata de disuadirlo y prevenir esa conducta, pues se entiende que existe algún mal o sufrimiento que ha llevado a esa situación extrema y no deseada de que una persona quiera quitarse la vida. En este punto, Sambrizzi explica bien que el principio de la intangibilidad de la vida humana es irrenunciable <sup>(18)</sup>. Recordemos que el art. 83 del Código Penal reprime “con prisión de uno a cuatro años”, al que “instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.

Ahora bien, con la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido el Congreso envía un mensaje que contradice abiertamente esa política pública, al señalar que los enfermos graves e incurables y las personas que sufran padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes quedan habilitados a quitarse la vida y que, como sociedad, ya no nos preocupa tanto que ellos lo hagan. Los legisladores estarían consagrando legalmente una visión exaltada de la autonomía que llega al punto de relativizar el mismo derecho a la vida y a quebrar el principio de su inviolabilidad. Esa visión de autonomía exaltada y absolutizada envía un mensaje negativo y contradictorio a las personas que atraviesan graves problemas que pueden llevarlos a pensar en la dramática decisión de quitarse la vida.

En todos los proyectos, se incorpora el denominado “suicidio asistido” como una de las modalidades reguladas para poner fin a la vida del paciente, aunque sólo uno de los proyectos utilice esa denominación

---

(16) <https://www.argentina.gob.ar/salud/mental-y-adicciones/suicidio> y <https://www.argentina.gob.ar/salud/mental-y-adicciones/recomendaciones-a%20medios-suicidio>

(17) <https://www.argentina.gob.ar/salud/mental-y-adicciones/recomendaciones-a%20medios-suicidio>

(18) Sambrizzi, E. (2005). *Derecho y eutanasia*, Buenos Aires, La Ley, p. 301.

(Expte. 4855-D-2022). El tema del suicidio aparece en los fundamentos del proyecto 4092-D-2022, aunque de manera confusa:

“En otras culturas la muerte es parte de la vida. Pero para occidente es cada vez más difícil enfrentar la muerte. Vemos que lo ‘natural’ es vivir el mayor tiempo posible. Leemos en Jean Baudrillard que ‘nuestra idea moderna de la muerte está dominada por un sistema de representaciones totalmente diferente: el de la máquina y el funcionamiento. Una máquina anda o no anda. Del mismo modo, la máquina biológica está muerta o viva’. Nos dice Byung-Chul Han que ‘en los tiempos actuales, que aspiran a proscribir de la vida toda negatividad, también enmudece la muerte’ que termina siendo un ‘mero cese de la vida, que hay que postergar por todos los medios’. Y volviendo a Baudrillard, la muerte ‘entra en contradicción aguda con los principios de la racionalidad burguesa; valores individuales, progreso ilimitado de la ciencia, dominio de la naturaleza en todas las cosas. Neutralizada como «hecho natural», se vuelve también, cada vez más, un escándalo’. Por esto vamos a indagar en el origen de la necesidad de regular legalmente... Pero volviendo a las culturas y a la visión de la muerte, en la cultura cristiana el suicidio está castigado, aunque no así en toda la cultura occidental. Es la cultura cristiana la que castiga el suicidio frente a la grecorromana que no lo hace...”.

“Occidente”, “racionalidad burguesa”, “cultura cristiana”, “otras culturas”: el párrafo incurre en una simplificación y mezcla de reflexiones sobre la muerte, que no termina de ofrecer razones sustantivas que justifiquen la intención de regular estas formas de quitarle la vida a pacientes <sup>(19)</sup>.

La experiencia de los Países Bajos permite advertir sobre algunos problemas a nivel médico en torno a la distinción entre informar sobre el suicidio asistido y la eutanasia, y promover o alentar el suicidio. Un documento de la Asociación Médica Holandesa (KNMG) de 2011 da cuenta de las complejidades que involucra la distinción entre informar sobre el suicidio y alentar el suicidio. Allí se explica que en algunos casos los pacientes eligen poner fin a su vida tomando una cantidad de medicamentos de uno o varios tipos. En casos así, la KNMG considera que los pacientes pueden discutir con el paciente sobre esta acumulación de pastillas y otros aspectos vinculados con el suicidio y eso no es punible, pero sí es punible alentar al suicidio, que ocurre cuando se brinda asesoramiento que tiene un carácter de instrucciones o tareas a realizar, cuando realiza actos o dirige los pasos del paciente hacia el suicidio. Según ese docu-

---

(19) Sobre el tema del suicidio, ver Basso, D. (1993). *Nacer y morir con dignidad. Bioética*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ra. edición, p. 452-459.

mento, alentar el suicidio sería ir más allá de la obligación profesional de proveer información sobre las opciones para cometer suicidio y sus riesgos asociados <sup>(20)</sup>.

En definitiva, la legalización de la eutanasia encierra una falta de solidaridad con el que sufre, como dice Sambrizzi: “Perdida la piedad por la muerte, la eutanasia invoca la muerte por piedad. Pero lo real y verdadero es que la eutanasia consiste en un acto de falsa piedad hacia el que sufre, puesto que la verdadera solidaridad –en la cual se halla comprendida la piedad, como un valor ínsito a la misma– consiste en prestarle asistencia a ese ser, en lugar de eliminarlo. La eutanasia no puede ser considerada como una actitud piadosa, sino exactamente lo contrario; la verdadera piedad y compasión no es la que quita la vida, sino la que la cuida hasta que sobreviene su final natural; la verdadera compasión hace solidarios con el dolor de los demás, en lugar de eliminar a la persona cuyo dolor no se puede soportar” <sup>(21)</sup>.

## V. CONCLUSIONES

En Argentina, los proyectos de ley sobre eutanasia y suicidio asistido explícitamente se refieren a estas conductas como pretendidos derechos que deben ser regulados, de modo que estaría subyacente la idea de un “derecho a morir”. Sin embargo, no ofrecen un fundamento expreso sobre cuál sería el origen de ese pretendido derecho, y pretenden derivarlo de la dignidad humana, entendida sobre todo como autonomía, y del derecho a la vida.

En respuesta a estos planteos, hemos mostrado que no existe en la Constitución Nacional ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, un “derecho a morir”. Más aún, en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores se excluye la posibilidad de acelerar o atrasar la muerte por medios técnicos. Tampoco puede derivarse ese pretendido “derecho” de la dignidad, pues ella refiere sobre todo a la excelencia en el ser que se reconoce al ser humano y no puede identificarse con una pretendida autonomía. Además, tampoco puede afirmarse que el derecho a

---

(20) KNMG, “The role of the physician in the voluntary termination of life”, June 2011 (traducción propia).

(21) Sambrizzi, E. A. (2022). “Un Proyecto de ley que admite la eutanasia activa”. *Prudentia Iuris*, N. 93, p. 275.

---

morir sea exigencia del derecho a la vida, pues el morir es la privación de la vida y ello no puede ser objeto de un derecho.

Exaltar un “derecho a morir” supondría también una contradicción con las políticas públicas de prevención del suicidio, como conducta desalentada en razón del valor de la vida humana y de su carácter de bien indisponible.

En síntesis, tanto por la inexistencia de un derecho a morir, como por la contradicción que significa la exaltación de una autonomía absolutizada con las políticas de prevención del suicidio, creo que no existen fundamentos jurídicos que ofrezcan justificación a la existencia de un derecho a morir. En su lugar, debe respetarse el inviolable derecho a la vida que estaría violentado si se aprueban los proyectos de ley.





# SOCIEDAD DE GANANCIALES A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

POR VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO (\*)

## I. INTRODUCCIÓN

Este estudio surgió al comprobar la discordancia entre la afirmación tajante de un sector importante de la doctrina de que la sociedad de gananciales es una comunidad germánica, y la insuficiencia de esta fórmula. Que se manifiesta ya inicialmente al tener que utilizar la terminología propia de la sociedad, y que acudir para resolver problemas concretos a las normas del contrato de sociedad.

Como si a los autores les traicionase el subconsciente y se rindiesen ante la ineludible sombra societaria que planea sobre la sociedad de gananciales.

Pero además, resulta que, como veremos, el concepto de comunidad germánica, no perfilado legalmente, sólo puede aproximarse a la solución del problema de la estructura y funcionamiento patrimonial de la sociedad de gananciales. Y, desde luego, resulta impotente para comprender aquellos supuestos en los que la sociedad carece de patrimonio inicial o en los que por razones de fortuna el patrimonio es inexistente en algún momento de vigencia de la sociedad. Sin que, por otro lado, explique el impulso o proyección hacia el futuro que informa toda la vida y el dinamismo de la sociedad de gananciales.

De tal comprobación, que se fortaleció con la reforma del Código civil que se realizó en el año 1981, surge este trabajo en el que se pretende hacer visible la naturaleza societaria que resulta ya explícita e inicial-

---

(\*) Académico de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Académico de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.

mente de su misma denominación. Para lo cual analizaré los siguientes aspectos:

- Evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre la sociedad de gananciales en relación con la estructura patrimonial y su funcionalidad.
- Obstáculos para su calificación como sociedad civil y su remoción.
- La sociedad de gananciales como sociedad civil y la comunicación de bienes.
- Representación orgánica y sociedad de gananciales.

## II. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A.- La tesis más aceptada hoy considera que el origen de la sociedad de gananciales se encuentra en la *societas* romana, esquema contractual que se va perfilando con el tiempo hasta cuajar en la fórmula establecida por el Fuero Juzgo, que acogió la versión estrictamente jurídica y societaria de reparto de ganancias proporcional a las aportaciones del marido y de la mujer.

La influencia cristiana introduce una valoración de la aportación espiritual y de la colaboración recíproca que el matrimonio normalmente genera, que se va concretando en el esquema del reparto igualitario, definitivamente acogido en nuestro Derecho.

Así el Fuero Real, al establecer que «toda cosa que el marido e la muger ganaren o compraren de consuno ayanlo amos por medio», nos lega la definición básica; que se va completando posteriormente con dos aportaciones recogidas en las Leyes de Estilo: la presunción de ganancialidad y la facultad dispositiva del marido. Con este perfil llega, a través de la Nueva y de la Novísima Recopilación, a nuestro Código Civil.

Los autores clásicos españoles mantienen de una manera generalizada la consideración de que la sociedad de gananciales es una sociedad civil (Antonio Gómez, Cobarrubias, Matienzo).

B.- El Código Civil reguló la sociedad de gananciales en el Libro IV, «Obligaciones y Contratos», y no en el Libro II, sede de la comunidad de bienes. Su régimen es minucioso dentro del Título III, «Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio». Y se encabeza en el capítulo V con el epígrafe «De la Sociedad de Gananciales». Describiendo el artículo

1344 su principal efecto: el reparto igualatorio de ganancias al disolverse el matrimonio.

La primera reflexión que provoca su regulación, tanto por el encuadre sistemático, la terminología utilizada y la misma definición del actual artículo 1344, que pone el centro de atención en el reparto de ganancias, matiz claramente societario, unido a la remisión explícita del antiguo artículo 1395 a las normas del contrato de sociedad, conduce a la consideración de que el Código se enfrentó a la sociedad de gananciales desde el punto de vista de la sociedad civil.

Los comentaristas del Código Civil calificaron la sociedad de gananciales, al modo tradicional, como una verdadera sociedad civil. Y posteriormente los autores, incluso los que sostienen el carácter de comunidad germánica, no ocultan tal reconocimiento.

Sin embargo, al obviar el primitivo artículo 1392, en su definición descripción, el problema de la comunicación de bienes, trasladando el punto neurálgico de la sociedad al reparto de ganancias en el momento de la disolución, unido a la ausencia de un reconocimiento explícito de personalidad jurídica, sembraba la duda en el aspecto más problemático, que es la estructura de la comunicación de bienes y su conexión con la titularidad.

Precisamente en torno a este aspecto de la sociedad de gananciales se va a monopolizar el debate de su naturaleza, minimizando y eludiendo otros problemas derivados de su compleja organización.

Y es también precisamente la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, al tener que resolver problemas de titularidad y consiguiente tracto sucesivo, originados por la enajenación y el embargo de bienes gananciales, la que inicia y pone las bases de lo que llegaría a ser tesis comúnmente aceptada o teoría de la comunidad germánica.

En el año 1924 la Dirección General (Resolución de 12-5-1924) apunta por primera vez el concepto de mancomunidad como fórmula explicativa de la comunidad ganancial, considerando que los bienes gananciales pertenecen a los cónyuges en mancomún. Pero es la Resolución de 30 de junio de 1927 la que, de una manera clara, utiliza el esquema de la comunidad germánica. Considerando que «entre las distintas construcciones jurídicas que en la técnica moderna tratan de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho positivo la que admite una especie de

mancomunidad de bienes entre marido y mujer sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida común».

En ambas Resoluciones se trataba de resolver un problema de tracto sucesivo, concretamente de inscribir la enajenación o adjudicación de un bien ganancial hecha conjuntamente por el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, sin necesidad de la previa liquidación de la sociedad de gananciales. En ambas se admite dicha inscripción directa, para lo cual se hace una referencia a la comunidad germánica.

Como quiera que estas dos Resoluciones han sido base de apoyo para los autores que sostienen la tesis de la comunidad en mancomún, se hace preciso analizar su argumentación:

a) Se recurre a la comunidad germánica precisamente cuando la sociedad de gananciales ya está disuelta y en fase de liquidación, es decir, cuando dejaría de ser en mancomún para convertirse en una comunidad romana con ciertas peculiaridades, como reconoce la doctrina.

b) Por lo que la referencia a la comunidad germánica no podrá constituir argumento suficiente de aquellas decisiones.

El razonamiento clave, que se repite en ambas Resoluciones, fue el siguiente: que cada uno de los cónyuges es potencialmente titular del patrimonio íntegro de la sociedad de gananciales mientras no se liquida, y los herederos entran en el goce de sus derechos y acciones sin que sea necesaria la inscripción de los bienes gananciales a favor del cónyuge supérstite.

Es decir, la Dirección General admite que la titularidad cobija la comunicación de bienes y, por tanto, la validez de los actos dispositivos que realicen todos los interesados (es decir, los socios y/o sus sucesores): y no exige la inscripción del acto previo de adjudicación individualizada. Solución lógica que trata en definitiva de simplificar el tracto, consiguiendo una economía de procedimiento.

Es que, ya se considere que la sociedad de gananciales es una persona jurídica independiente, ya se admita que no se interfiere entre los cónyuges un ente con autonomía plena, la solución del problema del tracto sucesivo formal hubiera sido la misma. En el primer caso (persona jurídica), por aplicación del artículo 20, párrafo cuarto, de la Ley Hipotecaria (no es necesario la previa inscripción de representantes, liquidadores... y el cónyuge disponente, con el complemento necesario lo sería). Y en el segundo, por considerar que la titularidad instrumental de un cónyuge publica y da cobijo a los derechos del otro, sin que sea necesari-

ria la inscripción específica de éstos, pues la cohesión social mantiene la unidad patrimonial durante el período de liquidación, ahora con fines distintos.

c) En definitiva, la Dirección General acoge una solución de tracto abreviado o comprimido para evitar, como en otras ocasiones manifestó, inscripciones transitorias de colocación intermedia, con mera función de asiento puente, y de vigencia fugaz, por durar tan sólo un instante.

Por eso, en Resolución de 19 de octubre de 1927, para resolver un caso semejante, prescinde de toda referencia a la comunidad germánica y se limita a describir el funcionamiento patrimonial de esta manera:

«La sociedad de gananciales, sin constituir una verdadera persona jurídica, funciona como una masa patrimonial afecta a fines particulares del matrimonio que se distribuye al fallecer los cónyuges, del mismo modo que se repartirían en una disolución de sociedad los bienes correspondientes a la compañía formada por los padres durante la vida, que conservara su unidad jurídica en el período de liquidación».

En esta Resolución se patentiza que el funcionamiento patrimonial es semejante al que se produce en una sociedad en fase de liquidación, fase en la que existiría una comunidad no de tipo germánico, sino romano aunque por cuotas sobre un patrimonio. Se trataría más bien de una comunidad funcional (social), cuyo fin es ahora la actualización de aquel efecto, punto de referencia básico y lejano, como es el reparto de beneficios, que en definitiva, como veremos luego, constituye la finalidad primordial (fin social) de la sociedad de gananciales. Siquiera la mayoría de la doctrina, con referencia a la sociedad en general, entiende, con razón, más útil considerar que subiste la personalidad jurídica que tenía la sociedad disuelta, ahora con otra finalidad: la de facilitar la liquidación y reparto del patrimonio.

Por lo demás, conviene recordar que la Dirección General de los Registros había sostenido con anterioridad la tesis de la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales en Resoluciones de 29 de abril de 1902 y 30 de marzo de 1904. En la primera, para establecer una barrera entre los derechos del cónyuge no titular registral y los bienes gananciales, con el objeto de evitar el embargo de éstos. Y en la segunda, para dar entrada al aspecto orgánico de la sociedad permitiendo que el marido, como órgano de administración, pudiese disponer válidamente de un bien adquirido por la mujer e inscrito “a nombre” de la sociedad de gananciales.

También el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 1915, razonó sobre la base de que la sociedad de gananciales era una sociedad con personalidad jurídica.

C.- Con este bagaje jurisprudencial, no muy sólido ni estable, CASTÁN sostuvo en el año 1929, en su «Dogmática de la Sociedad de Gananciales», la tesis de la comunidad germánica con el propósito de resolver los problemas que planteaba la renuncia efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos. Pero curiosamente, el mismo autor, al analizar las teorías más seguidas (sociedad civil, comunidad germánica y patrimonio de destino), admitió que con cualquiera de ellas se podría llegar a los mismos resultados, de forma que «mientras no se liquiden y adjudiquen los gananciales, pertenecen a la masa social o, si se quiere, a los titulares, es decir, a los cónyuges o sus causahabientes, de un modo indistinto o indiferenciado».

También Castán acude, al igual que la Dirección General, al concepto de comunidad germánica para explicar el comportamiento patrimonial de la sociedad de gananciales precisamente cuando ésta está ya en fase de liquidación.

La tesis de la comunidad germánica tuvo éxito y fue seguida por la mayoría de la doctrina.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencias de 11 de marzo de 1946 y 18 de diciembre de 1950, reiteró la tesis anteriormente acogida en 1915 y sostuvo que la sociedad de gananciales era una sociedad dotada de personalidad jurídica.

La Dirección General vuelve a referirse a la comunidad germánica en Resoluciones de 12 de diciembre de 1935, 8 de noviembre de 1944 y 20 de octubre de 1958, sin que, a mi juicio, en ninguna de ellas hubiera sido necesario acudir a dicho expediente, pues se trataba de decidir sobre aspectos ajenos a la estructura patrimonial.

En la primera se trataba de inscribir un bien ganancial a nombre del viudo y su hijo, sin fijar la cuota correspondiente a cada uno. Se trataba, pues, de un problema de especialidad registral.

En la segunda ni siquiera se planteó un problema de gananciales, pues se trataba de un bien privativo.

Y en la tercera, de un problema de contraposición de intereses entre madre viuda e hijos menores (la viuda, después de renunciar por sí y en nombre de los hijos menores a su derecho en la herencia paterna, sin per-

juicio de conservar los que le correspondan por su mitad de gananciales, vendió con su hijo mayor el único bien ganancial).

Pero en Resolución de 6 de abril de 1957 se enfrenta a un supuesto de tracto abreviado, al igual que las citadas de 1924 y 1927, con técnica menos retórica, sin referencia alguna a la comunidad germánica y argumentando que el cónyuge superviviente y el heredero único pueden vender un bien ganancial sin previa liquidación de la sociedad, pues los bienes permanecen en indivisión hasta la liquidación y han de evitarse inscripciones intermedias o asientos puente. En la de 2 de febrero de 1960 resuelve el problema de la renuncia a los gananciales admitiendo el acrecimiento en favor del sobreviviente, por aplicación de los artículos 395, 544 y 981 del Código Civil, así como las normas propias de la liquidación de la sociedad de gananciales, sin que el concepto comunidad germánica fuera suficiente fundamento <sup>(1)</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de abril de 1967, sentencia que puede considerarse crucial en la evolución de la tesis de la comunidad germánica, afirma lo siguiente: que a la sociedad de gananciales le faltan los requisitos típicos de la relación societaria, careciendo del dinamismo y de la finalidad económica como objetivo propios de esta; y que se trata de una comunidad no de la de tipo romano o por cuotas sino de las llamadas germánicas o en mano común, sin identificarse con ellas, aunque ofrece analogías.

La consideró como una institución de Derecho de familia, que le imprime un sello particular y produce un patrimonio especial vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, presidida por un fin trascendente; lo cual impide la división, así como los actos dispositivos de la propia parte y su gobierno administrativo por el sistema de mayoría.

Con estos argumentos no acertó, sin embargo, el Tribunal Supremo a resolver adecuadamente el caso planteado. Así lo señalaron Díez-Picasso y también Cámara, autor este último que no discute la tesis de la comunidad germánica, pero que, comentando la sentencia, afirmó que tal consideración constituyó en este caso un elemento conceptual perturbador para hallar la solución justa.

---

(1) El a. 395 regula, en sede de comunidad de bienes, la obligación de los copropietarios de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, salvo que renuncie a la parte que le corresponde en esta. El a. 544, en relación con las servidumbres, establece la obligación de los dueños de los predios dominantes de contribuir a los gastos necesarios para el uso y conservación de la servidumbre, salvo que renuncie a ésta. El a. 981 regula el derecho de acrecer en caso de renuncia de un coheredero.

Se trataba de adjudicar al cónyuge de un socio de una sociedad anónima cerrada acciones de ésta como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. Y resolvió que la cláusula limitativa de la transmisión no podía impedir la atribución al cónyuge del socio de la mitad de las acciones.

En esta sentencia se pone de relieve la estrechez de la concepción de la sociedad de gananciales como una comunidad estática, al margen de su estructura dinámica y funcional.

A pesar de ello, y con excepciones como la del profesor Federico de Castro, que mantuvo en su Compendio que se trata de una asociación *ex lege*, a la que se aplicaría por analogía artículos como el 1684, 1686 y 1691 del Código Civil, relativos a la sociedad civil, y la de Royo Martínez y Cossío, que sostuvieron el carácter societario de la institución, la mayoría de los autores aceptaron sin discusión, como conquista consolidada, la teoría de la comunidad germánica.

Se ha pretendido, incluso, que la tesis de la comunidad germánica es la recogida por el legislador en el Reglamento Hipotecario (art. 95), modificado en 1959 <sup>(2)</sup>.

En dicho precepto se estableció una fórmula conciliadora que permitía inscribir los bienes gananciales a nombre de ambos cónyuges, sin

---

(2) El contenido de este artículo ha pasado sustancialmente al a. 93 después de la reforma de 1982. Aunque con alguna variante terminológica: "1. Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges *para la comunidad* o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, *constante la sociedad*, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

2. Para la inscripción de los actos de administración o de disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria.

3. Los actos de disposición a título gratuito de estos bienes se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro".

Se sustituye el término sociedad por comunidad, aunque luego se refiere a "constante la sociedad".

"4. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno sólo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente".



atribución de cuotas, y para la sociedad conyugal. Pero precisamente esta referencia «para la sociedad conyugal» da margen para sostener que la posición del legislador se acercaba más a la tesis de la sociedad, e incluso al reconocimiento de cierta personalidad jurídica.

De ahí la crítica que mereció por autores como Roca Sastre y Cámara. Y de ahí también la afirmación de Sanz Fernández en el sentido de que era muy dudoso que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario respondiese al criterio de la comunidad germánica y más bien parecía inclinarse por la vieja tesis de la sociedad y por la inscripción a nombre de ésta como sujeto independiente.

Sin embargo, el Tribunal Supremo reiteró en sentencias posteriores la calificación de la sociedad de gananciales como comunidad germánica en contraposición a la comunidad romana, pues cada uno es titular de una participación sobre la globalidad de los bienes, por lo que no cabe decir que es titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes del haber conyugal, pues se trata más bien de una participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación. Así en sentencia de 8 de febrero de 2007, 19 de junio 2010, 17 de agosto 2010.

La Dirección General de los Registros, en Resolución de 2 de febrero de 1983, se enfrenta al problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales, calificándola como comunidad germánica y basando en dicha calificación su decisión.

Se trataba de inscribir una transmisión hecha por el marido a la mujer «de la participación que como ganancial le pertenecía en la finca vendida».

Después de reconocer la regla general de validez de adquisición de bienes gananciales por un cónyuge, rechaza la inscripción de la escritura por razones dogmáticas, pues, según argumentó, la fórmula empleada no encajaba en el esquema de la comunidad germánica.

Si nos fijamos en el supuesto se comprobará que lo que realmente se pretendía era transmitir a un cónyuge, con carácter privativo, un bien ganancial. Y esto después de la reforma es posible y podrá realizarse por las siguientes vías:

a) Venta de un bien ganancial a un cónyuge ingresando en su lugar el dinero de la contraprestación.

b) Disolución parcial (mejor dicho, reducción del patrimonio social) por dos caminos:

1) Adjudicación del bien íntegro a un cónyuge con abono al otro de la diferencia o exceso.

2) Adjudicación a cada cónyuge de una participación indivisa y venta de dicha participación al otro.

En el caso resuelto por la Resolución se trataba justamente de este último supuesto: adjudicar a cada cónyuge su parte y venta al otro de dicha participación. Si bien es cierto que la técnica utilizada por el notario era imperfecta, por saltarse un eslabón y pretender de manera abreviada alcanzar el resultado final. La Dirección General acudió cómodamente al concepto de la comunidad germánica eludiendo el problema planteado por el Registrador y que subyace en el fondo: el de la disolución parcial; y resolvió denegando la inscripción de un resultado negocial que probablemente hubiera tenido acceso al Registro si el notario hubiera aplicado otra técnica.

El Órgano Directivo utiliza, sin embargo, en Resoluciones de 15 y 28 de marzo de 1983, una terminología típicamente societaria al referirse al cónyuge legitimado para obligar a la sociedad como órgano social.

Por su parte, la doctrina, después de la reforma del Código Civil en 1981, se ha esforzado por analizar la nueva normativa y se ha detenido especialmente en el estudio del tema básico desde el punto de vista de la naturaleza: la estructura de la comunidad; abandonando el estrecho marco de la comunidad germánica y buscando otras vías de solución de los problemas que la comunicación patrimonial de la sociedad de gananciales plantea.

Así, Blanquer acude a la de la comunidad económica como base de la comunicación ganancial. Garrido Cerdá distingue entre titularidad individual y compartida, considerando que los bienes gananciales no son necesariamente comunes, sino que pueden pertenecer a uno u otro, o a ambos cónyuges conjuntamente. Y Echevarría sostiene que los bienes pertenecen al cónyuge que los adquiera a su nombre, sin perjuicio de la calificación ganancial que modaliza su régimen, pero la comunidad no se produce hasta la liquidación.

Estos autores han contribuido a desentrañar la esencia de la sociedad de gananciales y su aportación es de un valor indudable para esclarecer el aspecto más complicado de la sociedad, que es su estructura patrimonial.

Incluso Lacruz, después de la referida reforma del Código Civil, se ha acercado a la tesis de la sociedad al mantener que la supresión del viejo artículo 1395 (que se remitía a las normas del contrato de sociedad de manera supletoria) no impide recurrir, a falta de reglas específicas, a la normativa y principios de la sociedad civil, a la que apunta el propio nombre de la institución, que no ha dejado de llamarse nunca sociedad.

Hasta aquí el panorama de la sociedad de gananciales enfocado desde el punto de vista crítico de la evolución de su configuración conceptual.

D.- Al llegar a este punto, conviene meditar sobre la mayor utilidad del concepto de sociedad para resolver los problemas del funcionamiento de la sociedad de gananciales, y a vez comprobar si es el que mejor se ajusta o aproxima a la verdadera naturaleza de esta.

El concepto de comunidad germánica, que parte de su carácter estático, nos alerta sobre su insuficiencia para solucionar todos los problemas que la complejidad de la sociedad de gananciales, que es dinámica, plantea. Por eso los mismos autores que la mantienen acuden reiteradamente a la terminología de la sociedad y a las normas de este contrato, para resolver problemas de organización, pero evitando la adopción de tal concepto para su definición. Acogiéndose al de la comunidad germánica, quizás por su carácter más neutro, con menos carga economicista y más cercano o “indiferente” al contenido familiar que se pretende para la sociedad de gananciales.

Lacruz y De los Mozos lo habían visto con claridad cuando afirmaron que precisamente la analogía con la sociedad, por aplicación del antiguo artículo 1395, permitió rechazar la aplicación de las normas de la comunidad por cuotas sobre objetos singulares, y, por tanto, excluir la disponibilidad de las mismas (lo cual se desprende del sistema, pero salvo dicha aplicación analógica, no está prohibido por precepto alguno). De este modo, estos autores reconocen que la normativa de la sociedad es la que permite solucionar el problema estructural de la sociedad de gananciales, aunque luego, a la hora de ponerle un rótulo, se le atribuye el mérito a la llamada comunidad germánica <sup>(3)</sup>.

---

(3) En el año 1963 había señalado LACRUZ que la tesis germanista, aceptada entonces prácticamente por toda la doctrina española, es exacta: aunque no puede decirse, en cambio, que sea precisa, dada la elasticidad del concepto “comunidad en mano común” donde caben grupos de caracteres muy diversos y aun opuestos, que solo tiene de común la indisponibilidad individual de partes de los bienes. Por eso, una vez afirmada la condición “germánica” de la comunidad matrimonial, hemos de seguir estudiando su estructura, como patrimonio autónomo, además de sus problemas funcionales. (*Derecho de Familia*. Barcelona, 1963, pág. 481 y 482).

Habrá que preguntarse, entonces, cuáles son las causas del éxito de la tesis germanista y por qué ha triunfado durante tantos años, pese a no lograr explicar y resolver con ella todos los problemas estructurales y funcionales de la sociedad de gananciales.

A mi juicio, se debe a una serie de factores más de tipo sociológico e ideológico que técnico, los cuales facilitaron su auge en un momento histórico determinado. Así:

a) El abandono casi total de la utilización de la figura de la sociedad civil en una época de florecimiento de actividades comerciales e industriales que hizo de la sociedad mercantil el centro de atracción de los juristas, arrastrando hacia ella con su variedad de formas o tipos la casi totalidad de la problemática asociativa privada. Bajo la influencia de este clima, la sociedad civil qued  postergada no sólo en el ámbito económico y social, sino también en el de la investigación jurídica, pues apenas se le dedicó en los Manuales más que la indispensable ordenación sistemática de los preceptos legales. Sólo algunas voces reclamaron la utilidad de la sociedad civil, sobre todo para resolver problemas asociativos en el mundo agrario <sup>(4)</sup>.

No debe sorprender, pues, que en un ambiente dominado por la sociedad mercantil, con su dimensión empresarial, se eluda la fórmula «sociedad» para calificar la de gananciales, cuyos fines y objetivos distan evidentemente de una sociedad con objeto mercantil.

b) Desde otro punto de vista, el abandono de la fórmula societaria coincide con el predominio del aspecto institucional de la sociedad de gananciales, en un entorno configurado por un Estado confesional, por la sacramentalizaci n del matrimonio y por la transfusión de valores dogmáticos y religiosos al Derecho Privado en el ámbito de la familia.

En este clima es lógico que se haya acudido a un esquema más aséptico, menos relacionado con el mundo económico y empresarial en auge, y más distante de la autonomía privada y acorde con el aspecto trascendente e institucional atribuido entonces a la sociedad de gananciales y recogido claramente en la sentencia comentada de 1967.

c) Además, la dificultad técnica para inducir de la regulación legal la nota de la personalidad jurídica, hacía menos útil el esquema de la sociedad para resolver los problemas que planteaba la titularidad de los

---

(4) También para conseguir ciertos efectos fiscales tratándose de pequeñas empresas familiares, en especial las que tienen por finalidad la realización de una actividad profesional.

bienes. Y la concesión al marido de un poder casi absoluto para administrar y disponer chocaba frontalmente con el principio básico de toda sociedad: el de la igualdad de los socios.

E.- Pero posteriormente se han producido en la sociedad española cambios sustanciales que han provocado modificaciones legislativas importantes como la del Código Civil en materia de gananciales por Ley de 1981. Con ella se introducen cuatro innovaciones que dejan neutralizados en gran medida aquellos argumentos y aclaran la estructura de la institución:

a) Se describe la comunicación de bienes como elemento definitorio de la sociedad de gananciales en el artículo 1344. Comunicación de bienes que el Código Civil en su primitiva redacción no contemplaba.

b) Se establece la igualdad de derechos entre marido y mujer, que se eleva a principio fundamental y que constituyó una de las causas determinantes de la reforma.

c) Se considera como punto final de referencia del reparto de los gananciales no la disolución del matrimonio, sino la de la sociedad.

d) Se flexibiliza el régimen de la sociedad de gananciales al dar una gran relevancia a la autonomía privada, que acerca su tratamiento al marco contractual societario.

e) Se soluciona el problema del legado de cosa ganancial de modo coherente con la estructura social de la sociedad de gananciales, al subordinar su eficacia a que se atribuya a la herencia del testador. Así el a. 1380 CC, cuando dispone que “la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.”

En el mismo sentido y con más explicación y precisión el a. 205 de la Ley de Derecho Civil de Galicia cuando distingue y dispone que “la disposición testamentaria de un bien ganancial podrá realizarse como de cosa ganancial o como del derecho que al testador le corresponda en el mismo.”

Aclarando el a. 206 que “cuando se disponga de un bien por entero como cosa ganancial habrá de hacerse constar expresamente este carácter y la disposición producirá todos sus efectos si el bien fuera adjudicado a la herencia del testador en la liquidación de gananciales. Si ello no

fuera así, se entenderá legado el valor que tuviera el bien en el momento del fallecimiento del testador”.

Y el a 207 al disponer que “cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial la disposición se entenderá referida sólo a la mitad de su valor. No obstante, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien: 1. ° Cuando el cónyuge sobreviviente o sus herederos lo acepten. 2. ° Si ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencias estuvieran deferidas.

Todos los preceptos referidos remiten a la liquidación de la sociedad la eficacia de la disposición por uno solo de los cónyuges, como es lógico, si se tiene en cuenta la estructura de la sociedad de gananciales.

Son innovaciones que constituyen otros tantos refuerzos argumentales en favor de la tesis favorable a la sociedad civil y desmontan parte de los argumentos técnicos que se esgrimían en contra de su aceptación.

### **III. OBSTÁCULOS PARA SU CALIFICACIÓN COMO SOCIEDAD CIVIL**

A mi juicio, a pesar de que los factores que han contribuido al abandono de la tesis de la sociedad han sido de tipo sociológico más que jurídico, la doctrina ha utilizado los siguientes argumentos de carácter técnico:

1. Falta de personalidad jurídica y de dinamismo social.
2. Falta de *affectio societatis*.
3. Falta de ánimo de lucro.
4. Imposibilidad de asociar a un tercero en la parte de cada uno.
5. Inexistencia de igualdad de derechos de los socios.
6. No se admite disolución por voluntad unilateral de un socio.

Estos dos últimos argumentos han perdido ya su fuerza después de la reforma de 1981, que introduce el principio de igualdad entre cónyuges y el sistema de cogestión, así como la posibilidad de disolución a voluntad de uno de ellos, como veremos más adelante.

Analicemos cada uno de los restantes:

### III.1. La personalidad jurídica y la sociedad de gananciales

En este punto es preciso hacer las siguientes consideraciones:

a) La personalidad jurídica como instrumento técnico unificador no es un concepto cuantificado, sino que admite diversas graduaciones. Así, se pueden distinguir aquellos entes con personalidad jurídica plena, con total autonomía patrimonial, denominación independiente y que son centro de atribución de derechos y obligaciones, como la sociedad anónima, y aquellos que gozan de una personalidad imperfecta como las sociedades colectivas y las civiles cuya responsabilidad por deudas es comunicable a los socios.

b) Que la personalidad jurídica no es un atributo exclusivo de los entes asociativos y fundacionales, sino que puede atribuirse también por exigencias técnicas a comunidades de bienes cuyo fin no trasciende de la conservación de los mismos (así, los montes vecinales en mancomún a los que la Ley reguladora reconoce personalidad jurídica). Y en cierto modo, aunque de manera limitada, la propiedad horizontal, a la que se reconoce un aspecto orgánico típico de las personas jurídicas.

c) Que la nota de la personalidad jurídica no es esencial a la sociedad. Se trata de una construcción relativamente moderna y el mismo legislador reconoce la existencia de sociedades sin personalidad jurídica (art. 1669 del Código Civil). Así, las sociedades internas, cuyos pactos se mantienen secretos, y también las irregulares, que habiéndose constituido para actuar como sociedades con personalidad, funcionan de hecho sin alcanzar este estadio por simples razones formales o porque sencillamente están en vía constitutiva.

Es claro que estas sociedades (ya sean secretas o irregulares) siguen siendo tales, pues, no obstante aquella carencia, subsiste en ellas la fuerza estructural y la cohesión propias de las sociedades.

Y se regirán en el ámbito interno (relaciones entre socios) por las normas del contrato de sociedad y no por las de la comunidad de bienes, pues la remisión que a ellas hace el artículo 1669 hay que entenderla limitada a relaciones con terceros, desconocedores de la unión social.

La existencia de sociedades secretas nos revela además que la sociedad de gananciales es una institución con un grado mayor de desarrollo desde el punto de vista de su autonomía y de la unidad en el funcionamiento. Pues en aquellas, al quedar oculta su existencia, se aplicarán en sus relaciones externas las normas de la copropiedad si los bienes están en proindiviso o el régimen propio de las titularidades excesivas o fidu-

ciarias cuando figuren a nombre de uno de los socios. Mientras que en la de gananciales la afectación de los bienes al fin social no sólo es determinante de su régimen interno, sino también de su comportamiento hacia el exterior, ya que posee una organización con una publicidad legal que permitirá conocer al que contrate con un cónyuge las facultades de éste en relación con los bienes cuya administración o disposición se pretende. La Ley publica el alcance o marco en el que deberá desarrollarse la titularidad individual sobre bienes sociales que, como veremos más adelante, no se trata de una titularidad fiduciaria, sino meramente instrumental.

Por eso se puede afirmar que la sociedad de gananciales está dotada de un mayor grado de cohesión, organicidad y autonomía que las sociedades secretas.

d) La sociedad de gananciales no es tampoco una sociedad a medio camino hasta alcanzar la personalidad jurídica plena (como la sociedad irregular), pues el legislador la ha tipificado sin atribuirle personalidad jurídica, pero con una dosis de autonomía patrimonial, incluso más intensa que la de las sociedades colectivas o civiles ordinarias. La responsabilidad por deudas sociales no se comunica a los socios, ya que el cónyuge no interviniente no responde con sus propios bienes. Y tampoco responden los bienes gananciales por deudas privativas, pues la posibilidad que tienen los acreedores particulares de dirigirse directamente contra los gananciales, en base al artículo 1373 CC, no es más que un resorte legal tendente a evitar la disolución (tiene carácter funcional), pues basta que el otro cónyuge o los acreedores sociales opten por ello para que se produzca el desvío del embargo hacia el remanente que quede después de liquidar eventualmente, y, a tales efectos, la sociedad de gananciales.

Precisamente el precepto citado y el 1399 CC constituyen la base para sostener la preferencia de los acreedores sociales frente a los particulares. Preferencia que permite calificar la autonomía patrimonial de la sociedad de gananciales, de amplio alcance <sup>(5)</sup>.

Además, y ahondando en este aspecto unificador, hay que añadir el carácter orgánico que tiene el funcionamiento de la sociedad de gananciales, y su configuración legal, que la concibe y estructura por lo menos

---

(5) Conforme al a. 1399, terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia.



como centro referencial de atribución de bienes, derechos y obligaciones, como veremos con más detalle posteriormente.

Son reveladores los términos empleados por el Reglamento Hipotecario en su artículo 93: «adquirir para la sociedad de gananciales». Y los del Código Civil, cuando dispone en el artículo 1354: «corresponderá a la sociedad de gananciales», o en los artículos 1346 y 1359: «la sociedad será acreedora»; en el 1397-3: «los créditos de la sociedad»; y en el 1393 «las deudas de la sociedad». Todos ellos ofrecen puntos de apoyo suficientes para afirmar que la sociedad de gananciales goza de una cierta personificación, centro referencial, debida a la fuerza centralizadora y atractiva de la que está dotada.

Hay que reconocer, sin embargo, que el legislador no ha dado el paso final configurándola con la independencia y energía suficientes para ser titular de derechos. Pero esto no puede constituir razón suficiente para minusvalorar la cohesión social que impregna e informa toda su regulación, y menos para negar por ello su carácter societario.

El legislador ha resuelto el difícil problema de su funcionamiento sin necesidad de dotarla de personalidad jurídica plena, utilizando dos mecanismos que impiden el desequilibrio de patrimonios: la subrogación real y la presunción de ganancialidad, y asistiéndola con una regulación minuciosa que la reviste de un alto grado de unificación que permitirá compatibilizar la autonomía y libertad de actuación individual de los cónyuges con el cumplimiento de los fines sociales.

Es evidente que, aunque le falte el peldaño último para considerarla como persona jurídica, constituye un centro de responsabilidad, de referencia de obligaciones y derechos, y tiene una autonomía patrimonial perfectamente delimitada y mayor que otro tipo de sociedades.

### III.2. *Affectio societatis*

1.- La doctrina, después de expresar las dificultades para definir la *affectio societatis*, suele reconducirla a un ánimo o voluntad de formar parte de la sociedad. En efecto, se trata de una exigencia muy diluida, sobre todo en aquellos casos en los que la cualidad de socio se adquiere de forma derivativa no sólo por causa de herencia en la que existan acciones o participaciones de una sociedad, sino incluso en la adquisición inter vivos con fines exclusivamente especulativos (así, la adquisición en Bolsa de acciones de una sociedad anónima abierta, en la que el ánimo está más bien en la obtención de ganancias con la venta que en formar parte una sociedad).

Pero admitiendo que se trata de un requisito necesario para calificar la sociedad, habrá que preguntarse si se da esta *affectio* en la sociedad de gananciales, en el momento del comienzo y durante la vigencia de la misma.

a) Los que contraen matrimonio saben o deben saber que, si no pactan nada en contra, los beneficios que se produzcan se harán comunes con carácter ganancial porque el legislador así lo ha previsto, ahorrándoles la necesidad de una manifestación expresa y formal sobre la base de lo que normalmente es querido por los cónyuges; y porque se trata de la fórmula razonable y equitativa en la mayoría de los supuestos, en los que la pareja parte de una situación económica nivelada.

La Ley presume la voluntad favorable a la sociedad de gananciales, presunción legal a la que hay que añadir una voluntad tácita, derivada de la actitud de los cónyuges, permaneciendo en tal situación, pues si quieren evitar la sociedad, les bastará pactar su exclusión o su disolución en su caso.

De ahí que el legislador, al menor indicio de voluntad contraria, remita a los cónyuges al régimen de separación, como se comprueba analizando lo dispuesto en el artículo 1374 CC, que exige opción expresa para continuar con la sociedad de gananciales en caso de disolución por embargo, y los artículos 1343 y 1344, que exigen una voluntad expresa en caso de reconciliación para que vuelva a regir entre ellos la sociedad de gananciales.

Cuando la doctrina niega la existencia de *affectio* en la sociedad de gananciales no repara en que la única voluntad o ánimo de los cónyuges está en el reparto de ganancias y que esta voluntad de aunar sus fuerzas para obtener ventaja económica es la *affectio* típica de la sociedad universal de ganancias, suficiente para su configuración como sociedad y distinta de la *affectio* propia de otros tipos de sociedades, incluso civiles.

b) ¿Se puede entender que la *affectio societatis* debe persistir durante la vigencia del matrimonio o convivencia?, o, dicho de otro modo, ¿puede un cónyuge unilateralmente denunciar el contrato?

El artículo 1700 4º del Código Civil establece para la sociedad civil ordinaria como causa de extinción la voluntad de cualquiera de los socios. Pero matiza el 1705 que tendrá lugar la disolución si no se ha señalado término para su duración o no resulte este de la naturaleza del negocio, y en estos casos se exige buena fe y realizarse en tiempo oportuno. Y el 1707 exige un justo motivo y decisión judicial si la sociedad ha sido constituida por tiempo determinado.

Pues bien, para la sociedad de gananciales (después de la reforma de 1981) la solución es paralela. Mientras subsista el elemento determinante de la sociedad de gananciales, que es la convivencia, la voluntad unilateral para la disolución deberá estar motivada. Por eso el legislador permite que la sociedad de gananciales se disuelva a instancia de un cónyuge, previa decisión judicial, cuando hay un justo motivo.

El artículo 1393 CC establece para la sociedad de gananciales cuatro causas de disolución equivalentes a las establecidas en el 1700 del mismo Código para la sociedad civil:

1º Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. Para que la autoridad judicial acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

En concordancia con el artículo 1700 3º y 5º CC que se refiere a concurso de cualquiera de los socios y que respecto de alguno de los socios se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial; y con el 1707 CC, que habla de inhabilitación para los negocios sociales.

2º Venir un cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

Si se compara la norma del artículo 1393 2º con las consecuencias establecidas por el 1413 párrafo segundo (antiguo), se advierte el refuerzo operado a partir de 1981 del carácter societario de la sociedad de gananciales, al introducir un mecanismo típico de la sociedad que es la disolución por abuso de un socio.

3º Incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas (artículo 1393 4º). Norma esta que concuerda con la típicamente social que impone el deber de informar y con la del 1707, más amplia para las sociedades civiles ordinarias, cuando se refiere a «faltar uno de los compañeros a sus obligaciones».

Por último, se producirá también la disolución en el caso ya analizado del 1373 del Código Civil (embargo de bienes gananciales por deu-

das privativas), que concuerda con la norma de los artículos 1699 y 1700 3º para las sociedades civiles ordinarias <sup>(6)</sup>.

Supuestos todos que demuestran un total paralelismo con la sociedad civil ordinaria, y también que cualquier síntoma determinante de una desafección social origina la disolución, lo mismo que en cualquier otra sociedad.

2.- Algunos autores consideran requisito esencial de la sociedad de gananciales la afección marital o conyugal. Sin embargo, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que la sociedad de gananciales subsiste o se disuelve al margen del matrimonio. No es este elemento determinante de aquella, sino la convivencia y la persistencia de la voluntad de permanecer en la sociedad, como se deduce de los artículos 1392 3º y 4º (extinción de la sociedad cuando los cónyuges acuerden la separación o convengan un régimen económico distinto) y 1393 3º (extinción cuando lleven separados de hecho más de un año).

Por otra parte, la doctrina y también la jurisprudencia acogen la posibilidad de que las parejas de hecho o convivientes con análoga relación de afectividad que los cónyuges puedan pactar el sistema de gananciales, incluso por remisión a la regulación legal del mismo.

Ya la antigua sentencia de la Audiencia de Valencia de 3 de junio de 1987 había aplicado la normativa de la sociedad de gananciales a una pareja que había convivido durante muchos años sin haber contraído matrimonio.

Posteriormente el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de mayo de 1998, 8 de febrero de 2003, 8 de mayo de 2008, 15 de enero de 2018 afirmó que “cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente.” Concretamente, “podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes matrimoniales, y en concreto, el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales.”

---

(6) El A. 1700 3º dispone que la sociedad se extingue: por concurso de cualquiera de los socios y en el caso previsto en el artículo 1699. Y este precepto establece que los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 93/2013 de 23 de abril, declaró que «consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público” (7).

### III.3. Ánimo de lucro

Señalaba Lacruz en su *Derecho de Familia (El matrimonio y su economía)* que en la sociedad de gananciales no existe ánimo de lucro, excluido por razones de índole superior (8).

Es preciso analizar, en primer lugar, en qué consiste ese ánimo de lucro y si es esencial al concepto de sociedad.

---

(7) Sin embargo, la Dirección General de Seguridad Jurídica y de Fe Pública, denegó la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compra en la que los convivientes solicitaban que se practicase con referencia a su sociedad de gananciales, pacto que constaba inscrito en el Registro de Parejas de Hecho. En base a criterios puramente formales de publicidad, en coherencia con la finalidad del Registro de la Propiedad. Razonó del modo siguiente:

“Que el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo. Diferencia importante y esencial respecto de la naturaleza del Registro de la Propiedad que, conforme los artículos 1 y 18 de la Ley Hipotecaria, tiene el carácter de registro jurídico. Lo mismo ocurre con el Registro Civil. Esta circunstancia hace que los documentos y títulos que contienen los actos y negocios que resulten inscritos en estos Registros hagan publicidad en perjuicio de terceros de los derechos que resulten de los mismos. A diferencia de éstos, el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero.

“Por lo que el régimen de la sociedad de gananciales no resulta de aplicación a los efectos de la publicidad «erga omnes» consustancial al Registro de la Propiedad, a pesar de haber sido pactado expresamente.

“A estas consideraciones debe añadirse que el régimen de gananciales no sólo afecta a los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí, sino que se proyecta a las relaciones con terceros y en el tráfico jurídico, por lo que requiere dotar a dicho régimen de la suficiente publicidad mediante el correspondiente registro jurídico”.

(8) Librería Bosch, Barcelona, 1963, pág. 478.

1. Los autores, incluso los mercantilistas, suelen ser flexibles en relación con esta exigencia y la mayoría sostiene que basta un ánimo de obtener una ganancia o beneficio en sentido lato o simplemente una finalidad de carácter patrimonial susceptible de aportar una ventaja a los socios, aunque tal ventaja no consista en un lucro sensu stricto; y que además (como entendió el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 1919) no es óbice para que al lado del lucro la sociedad persiga otras finalidades, incluso de carácter moral.

2. ¿Cumple este requisito la sociedad de gananciales? La sociedad de gananciales es una sociedad universal de ganancias con una dinámica equivalente a la diseñada por el artículo 1675 del Código Civil en sede de sociedad. En ésta, los socios ponen en común lo que adquieran con su industria o trabajo y también los frutos de sus bienes particulares. En la sociedad de gananciales «se hacen comunes para marido y mujer las ganancias obtenidas por ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse» (1344 del Código Civil).

El paralelismo es total e incluso se podría decir que el 1344 define con más precisión el aspecto lucrativo al recalcar las ganancias o beneficios, así como el objeto básico de partírlas a su disolución, aspecto este último que omite el artículo 1675 y que habrá que integrar, lógicamente, aplicando el 1665, que describe la sociedad civil en general.

Este funcionamiento, paralelo al de la sociedad universal esbozado en el artículo 1675 del Código Civil, sería suficiente, a mi juicio, para considerar que existe un ánimo de lucro para su calificación como sociedad.

3. Pero es que además, y frente a los que consideran que el fin básico de la sociedad de gananciales es hacer posible la realización del matrimonio, me parece más cierto que lo relevante en ella es el deseo o voluntad de los cónyuges de obtener una ventaja económica derivada de un esfuerzo común, suficientemente definida para darle el carácter de sociedad. Bastaría la lectura del artículo 1344 del Código Civil para ver con claridad que el diseño legal pone el acento en ese reparto de beneficios o ganancias.

Y no se diga que los artículos 1362 y 1368 imponen a la sociedad de gananciales la carga de los deberes económicos básicos de la familia, ya que estas dos normas constituyen una interferencia en el esquema de la sociedad de gananciales (interferencia lógica, por lo demás, teniendo en cuenta su carácter universal y, por tanto, receptora de la práctica totalidad de los ingresos), pero no constituyen esencia, ya que se trata de normas conectadas con el régimen primario, al que le resulta indiferente

en principio el régimen económico que los cónyuges establezcan (como se deduce de la lectura del artículo 1318, aplicable a cualquier régimen económico, y del artículo 1438, que regula de modo análogo el sostenimiento de la cargas del matrimonio en régimen de separación).

En realidad, la única preocupación de los cónyuges cuando acuden a la notaría para modificar el régimen es de tipo económico y relativo a las consecuencias del cambio en su situación patrimonial. Porque al sostenimiento de la familia ya provee el régimen primario.

Pero es que, además, y por si hubiera dudas, la Exposición de Motivos del proyecto de reforma de 1981 resulta reveladora cuando dice que al optar el legislador por la sociedad de gananciales como régimen preferente se consideró que el de separación no tiene en cuenta el hecho de que mientras se mantiene la vida en común, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimente obedece en cierta medida al esfuerzo, la actividad y ahorro de ambos.

#### **III.4. Imposibilidad de asociar a un tercero en la parte del cónyuge**

Finalmente, en relación con el último argumento en contra de su carácter societario: la imposibilidad de asociar a un tercero en la parte del cónyuge, es preciso aclarar que en la sociedad de gananciales la indisponibilidad de la participación constituye una consecuencia lógica, si tenemos en cuenta que se trata de una sociedad especial, tipificada por el legislador para las personas que reúnan las características que la Ley establece. Nuestro Derecho no desconoce este tipo de sociedad en el que las cualidades personales son determinantes (así la Ley de Cooperativas en sus artículos 10 b, 12,13 y 17. 5).

Y es que la sociedad de gananciales es una sociedad civil especial que el legislador ha regulado con detalle y minuciosidad para canalizar jurídicamente la sociedad universal de ganancias entre cónyuges y cuya ratio diferencial está en la intensidad de la vida en común.

Con las reflexiones hechas hasta aquí creo que quedan despejados los obstáculos o inconvenientes puestos por la doctrina para acoger la tesis de la sociedad. Pero se puede añadir aún que la flexibilidad y dinamismo que introduce la reforma del Código Civil de 1981, dando paso a una mayor dosis de autonomía privada, refuerza claramente su carácter contractual:

- al regular los artículos 1324 y 1355 CC la posibilidad de excepcionar en caso concreto el juego de la subrogación real y de la presunción de

ganancialidad mediante la alteración, por voluntad de los cónyuges, del carácter de los bienes privativos o gananciales.

- al admitir el artículo 1375 los pactos contrarios a la cogestión.

- al tener la mayoría de sus normas reguladoras carácter generalmente dispositivo. Lo que ha permitido a autores como Lacruz y De los Mozos sostener con un criterio amplio la posibilidad de pactos como el de reducción de la comunidad, excluyendo frutos o rentas de determinados bienes, o las ganancias de la actividad profesional, o el de fijación de un sistema de gestión distinto del legal, o el de participación en ganancias en proporción distinta a la del 1344.

- El carácter societario se refuerza, además, al elevar a norma expresa el deber de colaboración concretado en la información recíproca (art.1383) con la consecuencia de disolución en caso de infracción (art.1393.4).

Todo lo cual demuestra el carácter contractual y societario que tiene la sociedad de gananciales.

#### **IV. SOCIEDAD, COMUNICACIÓN DE BIENES Y TITULARIDAD**

Hasta aquí he tratado de demostrar que la tesis de la comunidad germánica no es tan consistente como sus seguidores pretenden y que tampoco son tan sólidos los obstáculos técnicos que se han esgrimido en contra de la configuración de la sociedad de gananciales como sociedad.

Trataré ahora de adentrar de la mano del concepto de sociedad en el problema más difícil en torno al cual se centra todo el debate sobre la naturaleza jurídica: la comunicación de bienes y la titularidad de los mismos. Y a la vez demostrar que el concepto de sociedad nos puede ofrecer una explicación más coherente, flexible y útil del funcionamiento patrimonial de la sociedad de gananciales.

Ya hemos visto que la tesis de la comunidad germánica, aparte de su estrechez para comprender el supuesto de inexistencia de bienes, no resuelve los problemas derivados de la titularidad individual de derechos con matiz personal acusado (como el de socio de sociedad cerrada), y tampoco los relativos al plus de legitimación, consecuencia de dicha titularidad individual, por aplicación de los artículos 1384 y 1385 del Código Civil y 94 del Reglamento Hipotecario.



Se podría pensar entonces en resolver los problemas referidos mediante la adscripción del patrimonio a la sociedad de gananciales como persona jurídica, construcción a la cual parece acercarse el Código Civil en algunos preceptos y también el Reglamento Hipotecario cuando se refiere a la adquisición de bienes «para la sociedad de gananciales».

Sin embargo, parece claro que el legislador no ha querido dar el paso final de dotar a la sociedad de gananciales de una autonomía total. Quizás para evitar la intromisión entre los cónyuges de un ente autónomo, por otra parte innecesario, ya que el equilibrio entre la actuación independiente de cada cónyuge y la consecución de la finalidad social, que es el reparto de las ganancias, se consigue satisfactoriamente con el sistema del Código Civil, como luego veremos.

Cabría, por último, pensar en la existencia de una comunidad económica, compatible con la titularidad individual, comunidad económica que se convierte automáticamente en una comunidad jurídica en el momento de la liquidación.

Sin embargo, esta tesis, que hace más flexible el funcionamiento del patrimonio ganancial, no explica suficientemente las limitaciones que llevan implícitas dichas titularidades ni la iniciativa de la disposición, que se derivan del artículo 93.3 del Reglamento Hipotecario en favor del no titular, ni la disociación que se puede producir entre titularidad de bienes y responsabilidad por deudas contraídas por el otro cónyuge, pero con cargo a la sociedad de gananciales. Ni normas como la del párrafo segundo del artículo 1385 CC, que permite a cualquiera de los cónyuges defender los intereses comunes.

Las tres construcciones referidas anteriormente no explican satisfactoriamente la estructura y funcionamiento patrimonial de la sociedad de gananciales.

Es la configuración de ésta como sociedad la que nos va a permitir esclarecer el funcionamiento del patrimonio ganancial, así como la esencia de la comunicación de bienes.

La sociedad de gananciales, como universal de ganancias, es la que explica que todos los bienes que los cónyuges adquieren como consecuencia de su profesión, de su trabajo e industria, se comuniquen *ope legis*, sin necesidad de acto alguno intermedio de transmisión. «Se hacen comunes», dice el artículo 1344 CC; «Son gananciales», dice el 1347, y que «pertenerán a la sociedad de gananciales», aclara el 1354. Por tanto, la sociedad es el punto de referencia de la comunicación de bienes, que es su efecto inicial.

«Los bienes son para la sociedad», como dice el artículo 93 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, al no estar dotada de personalidad jurídica plena, aunque sí de un alto grado de independencia, los bienes adquiridos para la sociedad lo serán a nombre de los socios sin interferencia de un ente autónomo. Pero esta titularidad compartida es funcional, ya que los bienes están afectados al fin social y a partir de su integración en el conjunto (patrimonio ganancial), quedan sometidos al tratamiento derivado de tal afección, es decir, al régimen de administración y disposición propio de la sociedad.

Por tanto, hay una comunicación que no necesita estructurarse como una cotitularidad rígida (comunidad germánica). Hay una comunidad funcional cuya estructura y funcionamiento vienen dados por su afección al fin social, que será el que determine su tratamiento especial, comunicación que es compatible con las titularidades individuales, por tener éstas, aquí, un carácter puramente instrumental.

El legislador ha conseguido una fórmula lograda para armonizar la libertad e independencia de los cónyuges (al facilitar su intervención individual a través de la legitimación derivada de la titularidad) con el cumplimiento de los fines de la sociedad (al someter el tratamiento de los bienes, a pesar de aquella titularidad individual, a un régimen societario). La razón de este régimen está en la afectación de dichos bienes a un fin común, que es el que justifica suficientemente que ningún cónyuge pueda disponer de cuota sobre un bien concreto ni pedir su división, pues la realización del fin quedaría comprometida si se admitiesen tales facultades <sup>(9)</sup>.

De donde se deduce que el elemento determinante del funcionamiento del patrimonio ganancial está en la existencia de la sociedad que lo informa, la cual proyecta su organización y esencia sobre los bienes, que no son más que instrumento de realización de aquel fin; de modo que cuando un bien entra en el patrimonio ganancial pierde en cierto modo su carácter de objeto concreto de derechos individualizados de los cónyuges y se convierte en un elemento del conjunto que se mueve en función del fin social.

Para una mayor comprensión de esta construcción es necesario hacer una aclaración previa, ya que -como razonaré más detalladamente- en la sociedad de gananciales el funcionamiento típico de las sociedades, basado en la técnica de la representación (los derechos se le

---

(9) Sin perjuicio de pedir la disolución de la sociedad en los casos ya analizados. (Ver pág. 73).

atribuyen siempre que se haya actuado en su nombre o para la misma), queda alterado por el juego de dos mecanismos específicos de aquélla: la subrogación real (se intervenga o no para la sociedad la adquisición será ganancial si la contraprestación lo es y la comunicación se produce por Ley) y la presunción de ganancialidad.

Además, es preciso analizar el tratamiento registral de la adquisición de los bienes inmuebles, ya que los artículos 93 y 94 del Reglamento Hipotecario constituyen, a mi juicio, dos normas básicas para entender la comunicación y su relación con la titularidad de los bienes.

Con arreglo a dicha normativa se pueden distinguir las siguientes posibilidades:

1. ° Que los dos cónyuges adquieran conjuntamente a título oneroso, para la comunidad (sociedad), o en forma conjunta sin atribución de cuotas (a. 93.1 RH y 1355 párrafo segundo del CC) <sup>(10)</sup>.

Se inscribirán a nombre del marido y de la mujer con carácter ganancial. La técnica utilizada por el Reglamento Hipotecario es la que mejor acoge la esencia societaria y la comunicación social: la titularidad es común con el matiz de su carácter ganancial, lo que introduce el componente orgánico y societario en la titularidad y revela cierta personificación al utilizar el Reglamento tímidamente la técnica de la representación cuando se refiere a bienes adquiridos «para» la comunidad (a. 93), o “para” la sociedad de gananciales (a. 94).

En este supuesto todos los principios que rigen el patrimonio de la sociedad entran en juego: cogestión (se adquiere por ambos); representatividad y actuación en forma orgánica (se adquiere para la sociedad o atribuyendo de común acuerdo el carácter ganancial), y subrogación real (a costa del caudal común).

2. ° Que un solo cónyuge adquiera para la sociedad de gananciales a título oneroso (art. 93.4 del Reglamento Hipotecario).

Se inscribirá a nombre del cónyuge adquirente para la sociedad de gananciales. Aquí entran también en juego los mecanismos de la dinámica patrimonial de la sociedad. Adquisición por quien esté legitimado para disponer del dinero (a. 1384 CC), para la sociedad de gananciales (aspecto representativo y orgánico), y a costa del caudal (subrogación).

---

(10) El a. 94 RH se refiere a la adquisición para la sociedad de gananciales.

Sin embargo, la titularidad formal, en este caso, es individual, desviándose así de la solución técnicamente congruente con la tesis de la comunidad germánica que hubiera sido la inscripción a nombre de ambos cónyuges, tal como establecía el artículo 95 del Reglamento Hipotecario antes de la reforma de 1982.

Esta titularidad individualizada no significa, sin embargo, que el cónyuge no titular no pueda disponer (con el consentimiento del otro o autorización judicial, en su caso) e incluso tener la iniciativa en tal sentido. Hay, pues, comunicación social; y de la titularidad no se desprenden otras consecuencias que las propias de la regulación orgánica de la sociedad de gananciales, que hace derivar de la titularidad la legitimación para realizar actos de administración.

3. ° Que uno de los cónyuges adquiera sin hacer ninguna manifestación, es decir sin referirse a la sociedad de gananciales.

Se inscribe en este caso a nombre del adquirente con carácter presuntivamente ganancial (art. 94.1 del Reglamento Hipotecario). Se produce aquí una comunicación provisional y la titularidad origina un plus de legitimación, pues el adquirente tendrá la iniciativa para la disposición a título oneroso, si bien necesita el consentimiento de su consorte o autorización judicial <sup>(11)</sup>.

En este supuesto únicamente entrará en juego la presunción de ganancialidad, pero no se producen plenamente los demás efectos propios del funcionamiento social. Sin embargo, es una solución que permite alcanzar un punto máximo de equilibrio entre actuación separada de los cónyuges y fuerza atractiva de la sociedad de gananciales.

De los artículos 93 y 94 del Reglamento Hipotecario se deduce:

1. °) Que se produce la comunicación aunque la adquisición se haga por un solo cónyuge, pues dichos preceptos conectan la titularidad con la legitimación, pero sin interferir la comunicación social, al exigir en todo caso, para disponer el consentimiento de ambos cónyuges.

---

(11) Para disponer a título oneroso, si el bien se adquirió por un cónyuge para la sociedad de gananciales, se necesita el consentimiento de ambos o el de cualquiera con el consentimiento del otro (a. 93.2 RH). Si se adquirieron por un cónyuge sin referencia a la sociedad de gananciales se hará la disposición por el cónyuge titular con el consentimiento de su consorte o autorización judicial (a. 94.3 RH).

Subsiste la codisposición para actos a título gratuito (a.93.3 RH).

La titularidad individualizada facilitará, sin embargo, la realización de actos de administración, enumerados en el artículo 94.2 RH (agrupaciones, segregaciones o divisiones, declaraciones de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y cualquier otro acto análogo). Dicha titularidad implica una legitimación derivada del carácter orgánico de la sociedad de gananciales, como veremos al analizar su organicidad.

2. °) Un reconocimiento legal del esquema societario, al introducir, aunque con especialidad, el mecanismo representativo y también una cierta subjetivación o personificación de la sociedad de gananciales, cuando hace derivar consecuencias jurídicas de la adquisición por un cónyuge «para la sociedad de gananciales».

3. °) Hace compatibles la comunicación social con la autonomía y libertad de actuación individual de los cónyuges al resultar, conforme al artículo 94.3 RH, de la adquisición individual un amplio margen de legitimación que mitigará los efectos de la comunicación provisional producida por el juego del artículo 1361 CC, pero sin impedir tal comunicación, como se desprende del propio 94. 3 y 4 RH, al exigir para los actos gratuitos la codisposición, y para los onerosos inscritos a nombre de uno de ellos el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial.

Ahora bien: ¿cómo se compagina la existencia de las titularidades individualizadas con la comunicación social?

La titularidad a nombre de un solo cónyuge no impide la existencia de una comunidad de tipo funcional al servicio de la superestructura que la informa, que es la sociedad, pues no se trata de una titularidad básica o en propiedad, ni siquiera de una titularidad fiduciaria tras la que se oculta el verdadero alcance del derecho. Se trata más bien de una titularidad instrumental que cobija un derecho compartido, con un punto de referencia subjetiva que es la sociedad de gananciales, a través de la cual se publica la comunicación y adscripción del bien a la sociedad, que, al carecer de personalidad jurídica, no admitiría una titularidad directa. Pero por disposición legal se publica y hace notoria la legitimación.

El legislador ha logrado para la sociedad de gananciales, con una regulación depurada, una fórmula segura y ajustada. Pues así como en otras sociedades sin personalidad jurídica, como en las sociedades secretas, si el bien está a nombre de un socio, la relación societaria permanece en la sombra y la titularidad publicará un derecho perteneciente íntegramente a su titular, ocultando su verdadero alcance, lo que obligará a desvelar la acumulación excesiva de facultades, típica de las titularida-

des fiduciarias. En cambio, en la sociedad de gananciales la titularidad es transparente, aunque de ella se deriven una serie de efectos legitimadores (arts. 1384 y 1385 CC), efectos que no son excesivos ni discordantes con la titularidad material, sino una consecuencia de la organización societaria.

Y no se producirá el peligro de posibles abusos derivados de la titularidad fiduciaria, pues ni el cónyuge titular podrá enajenar eficazmente el bien que figure a su nombre sin el consentimiento del otro, ni el adquirente quedará protegido, pues la ley publica el alcance de la titularidad. Tampoco podrá el acreedor particular del titular perseguir como privativo el bien puesto a nombre de éste, pues sabe, o debe saber, que la titularidad cubre o ampara un bien comunicado, adscrito a la sociedad de gananciales.

La titularidad instrumental, con la publicidad legal de que está dotada, permite así compatibilizar la actuación independiente de los cónyuges y el interés común.

Y su viabilidad conceptual se explica a través del esquema de la sociedad, que permite el juego de estas titularidades individualizadas en armonía con el cumplimiento de los fines sociales. Conectadas con el funcionamiento orgánico y la legitimación consiguiente, como veremos.

En definitiva, la sociedad informa y anima el conjunto de bienes afectos al fin social, cuya comunicación no exige necesariamente una cotitularidad rígida.

La sociedad explica, además, mejor que ninguna otra fórmula, la inexistencia de cuotas sobre bienes concretos, ya que todos ellos forman parte (como en toda sociedad) de una masa social que habrá que liquidar para determinar los que correspondan a cada socio.

Por último, la estructura de la sociedad permite comprender como consecuencia lógica la improcedencia de la acción de división, que debe ceder ante la función social, y la regulación específica de las causas de disolución previstas con detalle en los artículos 1392 y 1393 del Código Civil.

## V. LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

### V.1. La sociedad de gananciales como centro referencial de derechos y obligaciones

La teoría de la representación orgánica se ha aplicado a aquellos entes que gozan de personalidad jurídica, que necesitan valerse en sus relaciones con terceros de personas físicas que actúen por ellos. Por tanto, la existencia de órganos de funcionamiento es connatural a la persona jurídica.

Pero hay que reconocer que la realidad social es compleja y difícil de encajar en fórmulas conceptuales, por muy perfeccionadas o delimitadas que resulten. Existen una serie de agrupaciones o conjuntos *sociales o patrimoniales* que tienen una cierta autonomía, una organización suficiente para darles unidad y cohesión, y virtualidad para atraer hacia sí derechos y obligaciones, como *centros de referencia* de los mismos. Aunque no alcancen el grado pleno de unificación que les permita ser titulares formales de derechos y obligaciones, pero sí, en cambio, para que las obligaciones «referidas» a ellos se concentren en los mismos y allí se concrete la responsabilidad derivada, y para que los derechos se acoten también formando parte de ese conjunto unitario, que constituye un centro de referencia determinante.

El elemento referencial de derechos y obligaciones sustituye, a mi juicio, si bien con menos intensidad, al pertenencial o al de la titularidad formal, elemento este último que permite alcanzar el grado de personificación que se considera normal y que consiste en *aparecer directamente como sujeto de derechos y obligaciones*.

Pero el que aquellos centros referenciales no alcancen este perfeccionamiento (entendiendo como tal la posibilidad de ostentar la titularidad formal y la autonomía patrimonial total) no significa que carezcan de cohesión que impida un grado de subjetivación suficiente para no confundir la actuación personal de los miembros que la componen con la a ellos referida. Por el contrario, el Derecho positivo reconoce una serie de efectos y consecuencias que permiten tal desconexión, cuando derechos y obligaciones se imputan y van referidos a un patrimonio separado y en él se agotan o conviven o coexisten sin traspasar sus fronteras y, a veces, sin trasvases de responsabilidad hacia sus miembros. Bien es cierto que no pueden titular a su nombre bienes y derechos, titulación tanto más inviable cuanto más formal y organizada se pretenda.

Así, no resulta posible la inscripción a su nombre en los Registros de la Propiedad o Mercantil. Pero esto no quiere decir que, en otros campos y a otros efectos y concretamente a los de la responsabilidad, el elemento referencial no sea suficiente para vincular de manera equivalente en eficacia a aquel acotamiento singular e independiente que se consigue con la titularidad formal.

El legislador, al regular la propiedad horizontal, por ejemplo, ha dotado a la comunidad de propietarios de una organización que le permite actuar independientemente a través de verdaderos órganos. Lo que origina un distanciamiento tal de sus miembros individualizados que se puede eludir la intervención personal de todos ellos a la hora de la disposición de un bien integrante del conjunto referencial. La técnica utilizada por la jurisprudencia en relación con la representación de la comunidad de propietarios en la propiedad horizontal es luminosa a los efectos del problema que trato de esclarecer.

Pero es en el campo societario en donde de modo más claro se puede observar una graduación en la intensidad de unidad organizativa y de cohesión y, por ende, de autonomía, que hace relativo incluso el concepto de personalidad jurídica. Así, al lado de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada inscritas en el Registro Mercantil, que gozan de personalidad jurídica plena con su efecto más amplio de autonomía patrimonial total y responsabilidad limitada a su patrimonio y no comunicable a sus miembros, nos encontramos con las sociedades colectivas, en las que la responsabilidad e incluso ciertos efectos tan importantes como la quiebra se comunican a los socios; y con las sociedades civiles, para las que el legislador, por cierto, minimiza los requisitos formales y en las que se produce también una comunicación de responsabilidad que las hace permeables y menos independientes de sus miembros <sup>(12)</sup>.

Y, por último, en una fase ya más alejada, las sociedades en formación y las irregulares, que hoy el legislador distingue claramente, dotándolas de una autonomía y organización que permite que se afecten directamente los bienes aportados mediante la actuación de los admi-

---

(12) No olvidemos que una personalidad jurídica tan perfecta, a veces, incluso se desvanece cuando se penetra en la realidad que oculta, desmontándose el aparato formal (se levanta el velo que la hermetiza) que, a final de cuentas, es en lo que consiste la personalidad jurídica. Lo que provocará una extensión de la responsabilidad hacia los socios.

En todo caso, no debe perderse de vista la relatividad de esa independencia máxima a la que se tiende a través de la técnica de la personalidad jurídica.

A la personalidad jurídica como exigencia societaria me he referido especialmente en las páginas 69 a 71 de este trabajo.



nistradores, con lo que se da un paso importante en el reconocimiento legal de una cuasi personalidad o de lo que en este trabajo denominó «centro referencial»<sup>(13)</sup>.

Con anterioridad, el Tribunal Supremo no había tenido ningún prejuicio dogmático para entender que en las irregulares existía una organización con suficiente grado de autonomía que a veces calificó de persona jurídica.

Y es que, en definitiva, si se relativiza el concepto de persona jurídica, como consecuencia de un punto de vista realista sobre la misma y se acepta su graduación, en la medida que ciertos efectos propios de ésta se dan también en los llamados aquí centros referenciales, se podría incluso admitir que en este sentido restringido tienen una cierta dosis de personalidad. Aunque quizá no sea necesario ni convenga extender a ellos la técnica elaborada por la doctrina sobre la personalidad jurídica, y baste para resolver los problemas concretos que plantean considerar su autonomía organizativa, que les permite tener sus órganos y, en consecuencia, ciertos efectos «representativos» e independencia patrimonial.

Desde este punto de vista, y al objeto de aplicar la técnica de la representación, no es presupuesto necesario la existencia de una persona jurídica. Aquellos centros referenciales tienen también suficiente grado de cohesión para que ciertos efectos se produzcan directamente sobre los mismos mediante su funcionamiento orgánico<sup>(14)</sup>. Basta considerar que

---

(13) La sociedad en formación, regulada en los artículos 36 a 38 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (D Legislativo 1/2010), posee una organicidad a medio camino hasta llegar a la adquisición de personalidad mediante la inscripción en el Registro Mercantil. La sociedad devenida irregular por voluntad de no inscribirla o haber transcurrido un año desde su constitución sin que se haya solicitado su inscripción, regulada en el a. 39 del Texto Refundido de la Ley antes referida, a la que se aplica las normas de la sociedad colectiva o la civil si hubiere iniciado o continuado sus operaciones.

Mención especial merece la sociedad unipersonal, regulada en los artículos 15 a 17 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que supone una ficción legal, y altera el concepto mismo de sociedad con la finalidad de conseguir una separación o autonomía patrimonial y responsabilidad limitada de su único socio.

(14) No se podrá, en cambio, actuar «en nombre de», pues carecen del elemento último diferencial de la personalidad jurídica que es la aptitud para ser titular formal de derechos y, concretamente, para que en los Registros públicos se admitan derechos a su nombre. Aunque el legislador reconozca otras características que también son propias de la personalidad jurídica (autonomía patrimonial, concentración de derechos y obligaciones en un patrimonio, legitimación procesal, etc.). La doctrina, sin embargo, niega la existencia en tales casos de una personalidad jurídica, aunque algún autor hable entonces de cuasi personificación.

si el Derecho positivo les reconoce autonomía patrimonial, limitación de responsabilidad y paralización de trasvases entre patrimonios, cuando la persona al efecto legitimada actúe hacia el exterior produciendo efectos directos sobre dicho centro referencial, habrá que reconocerle una actuación orgánica que provocará una definición y diferenciación con el ámbito de su actuación personal <sup>(15)</sup>.

Admitida la representación orgánica en el campo de estos centros de referencia, que no alcanzan la personalidad jurídica plena ¿puede aplicarse también esta técnica a la sociedad de gananciales?

La mayoría de los problemas que plantea la sociedad de gananciales tienen su causa en la necesidad *de coordinar la titularidad a nombre de los cónyuges*, por un lado, y *la autonomía de que goza el patrimonio ganancial*, por el otro. Y desde otro punto de vista, la independencia y libertad de actuación de los cónyuges respecto a la sociedad de gananciales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la existencia en la sociedad de gananciales de un *patrimonio de destino* con alto grado de cohesión, pero no llegan a admitir su configuración orgánica, que a modo de catalizador salve aquellas distancias provocadoras, como veremos, de ciertos desequilibrios; y discrepan y utilizan diversas técnicas más o menos afortunadas para explicar la disfuncionalidad entre titularidad y autonomía patrimonial de la sociedad.

Como he puesto de relieve con anterioridad, la tesis comúnmente seguida, que configura la sociedad de gananciales como comunidad germánica, resulta insuficiente para resolver todos los problemas que la complejidad de la sociedad de gananciales plantea y, concretamente, no resuelve los derivados de la titularidad individual de derechos con matiz personal acusado, ni los relativos al plus de legitimación, consecuencia de dicha titularidad individual.

Pero más concretamente, y en relación con el problema que estamos analizando, resulta impotente, como veremos, para solventar los desequilibrios que se producen como consecuencia del aislamiento entre la actuación personal de un cónyuge y los efectos derivados de dicha actuación en la sociedad de gananciales, de la disociación entre ámbito negocial referido al cónyuge que contrata y la adquisición de los bienes derivados de tal negocio directamente para la sociedad de gananciales. De ahí que, a partir de la reforma del Código Civil de 1981, algunos au-

---

(15) La representación constituye el soporte técnico de la actuación orgánica, aunque se destaquen ciertas notas peculiares que no encajan en el modelo dogmático inicial de aquella.

tores acudan a la configuración de la sociedad de gananciales como una comunidad económica compatible con la titularidad individual, que se convertirá en comunidad jurídica en el momento de la liquidación. Con lo que en vez de resolver el problema básico, cual es el de la coordinación entre actuación individual y sus efectos en la sociedad de gananciales, lo marginan.

Hay que reconocer, sin embargo, que esta tesis hace más flexible el funcionamiento del patrimonio ganancial. Pero no explica satisfactoriamente, a mi juicio, ni las limitaciones que lleva implícita la titularidad individual ganancial, ni la disociación que se puede producir entre titularidad de bienes a nombre de un cónyuge y responsabilidad por deudas contraídas por el otro cónyuge, pero con cargo a la sociedad de gananciales dentro de la órbita del artículo 1365 CC, por ejemplo. Ni la iniciativa para la disposición de bienes adquiridos por el titular para la sociedad de gananciales, a favor del no titular, que se deriva del artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario. Ni normas de legitimación como la del artículo 1385 párrafo segundo del CC, que permite que cualquiera de los cónyuges pueda defender los intereses comunes. Ni el juego del artículo 1373 del Código Civil, pues no se comprende, desde aquel punto de vista, cómo se puede eludir el embargo sobre los bienes gananciales por deudas del cónyuge que figure como titular de los mismos, ni que se pueda embargar bienes gananciales por deudas del no titular.

A todo lo cual hay que añadir las posibles consecuencias que de tal planteamiento se producen en otros campos, algunas de tanta relevancia económica como las que pueden derivarse del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas <sup>(16)</sup>.

La doctrina ha prescindido de la organicidad de la sociedad de gananciales y, por tanto, de las posibilidades que nos brinda para la solución de todos estos problemas <sup>(17)</sup>.

---

(16) He puesto de relieve dichas consecuencias en mi trabajo "La Ley 20/1989, de modificación del Impuesto sobre la Renta" (Actualidad Civil, 1989, pp. 3341 y ss.).

(17) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS se refiere en su Derecho de Familia (1989, pp. 261 y ss.) a los órganos de administración de la sociedad de gananciales y a la representación orgánica, pero no extrae de ello consecuencias importantes.

Al referirse este autor a la administración de la sociedad de gananciales encabeza su estudio con el epígrafe «Órganos de gestión» y considera que en el régimen de gananciales, a la vez que se intensifican los aspectos societarios, aumentan los supuestos de actuaciones orgánicas en los que hay una actuación representativa, porque los efectos de esta actuación afectan el patrimonio ganancial.

CÁMARA, que acepta la tesis de la comunidad germánica, en su esfuerzo para explicar ciertos efectos de la actuación de un cónyuge, alude a su carácter de órgano de

Sin embargo, muchos de ellos que plantea la sociedad de gananciales tienen una solución más sencilla, si se parte del reconocimiento de la existencia de un centro referencial con suficiente energía y potencialidad para activar el mecanismo de la representación orgánica, lo que permitirá marginar las dificultades derivadas de la incomunicación entre titularidad de los derechos, por un lado, y la “titularidad” o carácter de otorgante del negocio referido al cónyuge que prestó el consentimiento, por el otro. Que conduce a disociaciones del negocio unitario, sea de atribución o de disposición, al saltarse aquel centro de atracción al que verdaderamente hay que referir los derechos y obligaciones.

Es indudable la existencia de un alto grado de cohesión y de unidad en el patrimonio ganancial, sin que sea necesario llegar a utilizar la técnica de la personificación, que la doctrina suele reservar para aquellos grupos o entes dotados de autonomía a los que el legislador confiere aptitud para ser titulares directos de derechos y obligaciones; y que no conviene a la sociedad de gananciales para evitar la interferencia entre los cónyuges de un ente inadecuado, si se tiene en cuenta la convivencia intensa y la comunicación existente entre ellos.

Basta, a mi juicio, reconocer que, aun sin personalidad jurídica plena, la sociedad de gananciales está dotada de autonomía y organicidad suficientes, al igual que otras sociedades, para que puedan «referirse» a ella los derechos y obligaciones, aunque carezca al final de idoneidad para ser titular formal de los mismos (última nota diferenciadora de la personalidad jurídica).

La configuración de la sociedad de gananciales como sociedad hace más comprensible el esquema antes diseñado. Las notas de cohesión, dinamismo y organicidad se dan con mayor intensidad en el ámbito societario.

Pero incluso partiendo de la tesis más comúnmente seguida de la comunidad germánica, siempre habría que reconocer un grado de cohesión suficiente para unificar las relaciones jurídicas referidas a la sociedad de gananciales y también una organicidad mínima que facilite la representación de la comunidad como un todo sin necesidad de referirla individual y aisladamente a cada comunero.

---

modo incidental y aislado (“Actos de disposición sobre bienes gananciales: algunas notas para su estudio” Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo Vol. 2, 1988, p. 209).

Como hemos visto con anterioridad, el Tribunal Supremo y la misma Dirección General de Seguridad Jurídica y de la Fe Pública, menos apegados a conceptos rígidos y doctrinales, han utilizado incluso la técnica de la personificación en diversas ocasiones. Y otras veces, de modo un tanto confuso y partiendo de una configuración de la sociedad de gananciales como comunidad en mano común, interpuso entre los socios (cónyuges) y la sociedad la autonomía de ésta, de tal manera que si una deuda es ganancial por haber sido contraída por el cónyuge legitimado, el otro cónyuge no puede desviar el embargo mediante una tercería.

El legislador ofrece, sin embargo, los materiales suficientes para considerar aquel centro de referencia como campo subjetivo de imputación, con virtualidad de relación con el exterior a través de la representación orgánica. Basta recordar las normas que regulan la sociedad de gananciales para darse cuenta de ello.

Así, concretamente la norma del artículo 1351 del Código Civil cuando dice que «pertenerán a la sociedad de gananciales», y cuando titula la Sección Tercera «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales». O cuando se refiere a las deudas de la sociedad en los artículos 1399, 1401 y 1403, o a los acreedores de la sociedad en el artículo 1402. O cuando se deducen importantes consecuencias de la actuación de un cónyuge «para la sociedad de gananciales» en los artículos 93 y 94 del Reglamento Hipotecario <sup>(18)</sup>.

La Circular de la Dirección General de Tributos de 22 de noviembre de 1989 reconoce el aspecto representativo y el valor del elemento referencial al señalar que cuando el contrato de seguro se celebró por un solo cónyuge, haciendo constar que el pago de las primas es a cargo de la sociedad de gananciales existente entre el contratante y el beneficiario, sólo quedará sujeto al Impuesto de Sucesiones la mitad de la cantidad que perciba el supérstite.

Por su parte, la Dirección General de los Registros, en Resolución de 25 de mayo de 1987, resolviendo el problema de si una participación de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada puede tener carácter ganancial, afirmó que el artículo 1347 del Código Civil no hace excepción con los bienes que comportan una especial relación obligatoria con determinado sujeto y que, en consecuencia, la participación de un socio en una sociedad limitada puede ser ganancial y, por tanto, elemento integrante del ámbito autónomo de poder y responsabilidad que constituye el patrimonio ganancial.

---

(18) Ver página 71.

Esta tendencia a resaltar el carácter unitario de la sociedad de gananciales culmina en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de abril de 1989, que refiriéndose a la posibilidad de corregir la consecuencia del artículo 1359 del Código Civil, afirmó la posibilidad de que se produzca un desplazamiento patrimonial de un bien desde el patrimonio privativo al consorcial a través de cualquier medio legítimo, dentro del cual no cabe desconocer el negocio de comunicación de bienes o aportación a una comunidad no personalizada jurídicamente como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características.

Y, de una manera más clara, en Resoluciones de 15 y 18 de marzo de 1983 y 28 de noviembre de 1986, ha acudido al concepto de órgano social para afirmar que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, sin que pueda atribuirse el acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos. Y califica a la sociedad de gananciales como una sociedad singular.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de septiembre de 1986, reproduce y acoge literalmente tal concepción orgánica esbozada en las Resoluciones citadas, si bien hay que reconocer que no extrae de ella consecuencias importantes.

Después de todo lo expuesto, se puede sostener, a mi juicio, que hay base suficiente para aplicar la técnica de la representación orgánica a la sociedad de gananciales aunque ésta no alcance la personalidad jurídica, lo que podrá influir en el modo de funcionamiento y en sus efectos, pero no impedir su posibilidad. Pero sí hay que reconocer que tanto aquella carencia como la propia estructura de la sociedad de gananciales originan una serie de peculiaridades que analizaremos a continuación.

1.- Ya hemos visto que la representación orgánica, al referirse a una sociedad que carece de personalidad jurídica, provocará una imputación a la misma de derechos y obligaciones, pero no podrá, en cambio, aparecer como titular formal de estos. Titulares formales en este caso lo serán los dos cónyuges o cualquiera de ellos, pero tales titularidades, como he sostenido reiteradamente, son instrumentales, constituyen el instrumento técnico necesario para suplir el último eslabón que le falta a la sociedad de gananciales para alcanzar la plena subjetividad, es decir, la virtualidad para aparecer ella misma como titular formal. Acude,

entonces, el legislador a las titularidades en cabeza de los cónyuges, pero convenientemente delimitadas en cuanto que la legitimación derivada de las mismas está en conexión interna con el fondo social que, en definitiva, cobijan <sup>(19)</sup>.

La representación orgánica de la sociedad de gananciales tiene un mecanismo de funcionamiento similar al de cualquier otro centro referencial. Con una diferencia, que se manifiesta al dar el legislador una relevancia especial al cónyuge que actúa como gestor, de modo que este no será sustituible normalmente en el ejercicio del derecho derivado de la relación contractual en que haya intervenido, tal como se deduce de los artículos 1384 y 1385 primer párrafo del Código Civil; que no constituyen supuestos de administración solidaria, sino de administración individual por referencia a la titularidad.

En definitiva, a diferencia de la representación orgánica aplicada bien a un ente con personalidad jurídica, bien, en general, a cualquier otro tipo de centro referencial, en la sociedad de gananciales el cónyuge que actúa orgánicamente añade a la relación un tinte tan personal que impide a veces su sustitución en el ejercicio de los derechos derivados del negocio realizado para la sociedad de gananciales.

2.- La representación orgánica aplicada a la sociedad de gananciales resulta minimizada e incluso marginada en el campo de los negocios de adquisición, pues el principio de subrogación real modifica, como veremos, los efectos de la actuación representativa, ya que la referencia a la sociedad de gananciales viene determinada objetivamente por la naturaleza de la contraprestación.

Hay que tener en cuenta, además, que aunque un cónyuge intervenga sin referencia alguna a la sociedad de gananciales se producen efectos para ésta en el sentido de que los bienes y derechos que adquiere como consecuencia de su actividad pasan a integrar el patrimonio ganancial.

Esta influencia de la actuación individual en la dinámica de la sociedad de gananciales es un efecto típico de su carácter de sociedad universal, en la que, como dice el artículo 1676 del Código Civil, todo lo que los socios adquieren con su industria o trabajo se integra en la sociedad. Sin embargo, esta fuerza atractiva de la sociedad, que arrastra hacia ella de manera natural y desde un punto de vista positivo todo lo que los cón-

---

(19) Esta limitación afectaría principalmente al ámbito registral, en el que no tiene acogida la inscripción a nombre de un ente referencial. Es curioso, sin embargo, que sean los artículos 93 y 94 del RH los que destacan la importancia de la referencia a la sociedad de gananciales.

yuges van generando, no tiene el contrapunto negativo desde el campo de las obligaciones o deudas que los cónyuges individualmente puedan contraer. Es decir, que la deuda contraída por un cónyuge individualmente no es, sin más y en principio, deuda social, pues para ello, como veremos, se exigen por el legislador, con más rigidez, ciertas conexiones con los fines propios de la sociedad de gananciales (arts. 1365, 1366 y 1386 del CC) o el consentimiento del otro cónyuge (art. 1367 del CC) <sup>(20)</sup>.

Por tanto, desde el punto de vista pasivo, no se produce un arrastre natural o efecto atractivo de la sociedad de gananciales, lo que origina una disonancia o descoordinación, que será causa, en ocasiones, de situaciones de desequilibrio en favor de la sociedad de gananciales.

Las adquisiciones para la sociedad de gananciales se producen de manera natural y por efecto del principio de subrogación real y de la misma esencia de la sociedad de gananciales como universal de ganancias, y sin necesidad de introducir ningún elemento de referencia subjetivo, en principio. Sin embargo, en principio, para obligar a la sociedad de gananciales, es necesario un elemento referencial concreto.

Lo que nos lleva a hacer una distinción inicial entre la actuación de los cónyuges en ambos planos, y origina una peculiaridad de la sociedad de gananciales a la hora de estructurar el órgano que con su actuación producirá efectos directos sobre la misma. Pues para obligar a la sociedad de gananciales o para afectar de algún modo su patrimonio, la representación orgánica y su configuración equivalente al de otras sociedades nos servirá para resolver de manera más sencilla problemas concretos; sin embargo, en el campo de la adquisición de bienes y derechos, la actuación orgánica aparecerá más difuminada, aunque no excluida, como veremos, como consecuencia de los efectos antes referidos de su carácter

---

(20) El a. 1365 al disponer quePrincipio del formulario lFinal del formularioEl aEeeeos bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda, o en el ejercicio de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes.

Conforme al a. 1366 las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

Y según el 1386 para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno sólo de los cónyuges.

El 1367 dispone que los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.



de sociedad universal y de su fuerza atractiva por aplicación del principio de subrogación real y de la presunción de ganancialidad activa <sup>(21)</sup>.

3.- En la sociedad de gananciales, cuando uno de los cónyuges interviene como gestor de sus intereses llevando la iniciativa, se produce una comunicación de responsabilidad hacia su patrimonio personal, de manera que el cónyuge gestor responde personalmente de la deuda contraída para la sociedad de gananciales y como órgano de la misma. Así se deduce del artículo 1369 en relación con el 1319 ambos del Código Civil. El primero dispone que “de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta”. Y el segundo: “de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge”.

El legislador, con una redacción poco afortunada, establece una responsabilidad en paralelo, como si hubiera dos sujetos obligados: el cónyuge que contrae la deuda y la sociedad de gananciales que en el a. 1369 aparece claramente subjetivada.

4.- Las consecuencias de la actuación para la sociedad de gananciales de uno de los cónyuges, por tanto, con carácter orgánico, sin que su legitimación esté completa, son especiales en la sociedad de gananciales. Pues en lugar de utilizar el legislador la técnica más adecuada a la representación orgánica cuando se realiza de modo incompleto, que es la nulidad (art. 1259 del Código Civil), aplica, en cambio, la de la anulabilidad para los actos de administración y disposición onerosos (art. 1322-1 del CC), y la de la nulidad para los realizados a título gratuito (arts. 1378 y 1322-2 del CC).

Vista la posibilidad de representación orgánica en la sociedad de gananciales y su especialidad, veamos ahora su estructura y funcionamiento.

---

(21) Estos efectos “perturbadores” han sido puestos de relieve por ECHEVARRÍA, en una serie de trabajos en los que trata de corregir sus consecuencias, argumentando en favor de una presunción general equivalente a la del 1361, pero referida al aspecto pasivo, de las deudas. Así, «La ganancialidad pasiva», en RDN, núm. 117; «Sobre el embargo ganancial», en RDN, núm. 133; «La comunicación ganancial», en Academia Sevillana del Notariado, 1988; «Los límites de la responsabilidad ganancial», en Academia Sevillana del Notariado, 1989.

## V.2. Estructura del órgano de representación

En las sociedades que gozan de alto grado de organización (anónimas, de responsabilidad limitada), la Ley exige que los socios regulen la estructura y funcionamiento del órgano de administración de acuerdo con las posibilidades que ella misma brinda (arts. 124, 175 y 185 del Reglamento del Registro Mercantil). Para las sociedades de segundo grado (aquellas en las que no existe limitación de responsabilidad y, por tanto, autonomía plena patrimonial) la Ley es menos rigurosa y se limita, bien a exigir que en el contrato social se haga constar el nombre de los socios a quienes se encomienda la gestión (art.125 del C de C), bien a suplir simplemente y sin más la falta de regulación paccionada, como en la sociedad civil (arts. 1692 a 1695, inclusive, del CC).

Para la sociedad de gananciales, el artículo 1375, con la misma técnica, pero adoptando soluciones distintas al artículo 1695 del Código Civil, establece la primacía del pacto social, y, sólo para el caso de que no exista éste, se regula la estructuración y funcionamiento del órgano de administración. Por tanto, primero, lo que los socios convengan y luego, y en su defecto, lo establecido por Ley.

1. - Alcance del pacto ex artículo 1375 del Código Civil. Establece una norma general: En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges.

Con las excepciones que se recogen en los artículos 1376 a 1381: el consentimiento de uno de ellos podrá ser suplido por el juez, si está impedido o se negare injustificadamente a prestarlo (a.1376 y 1377), podrá uno sólo hacer liberalidades de uso con los bienes gananciales (a. 1378), disponer de los frutos de sus bienes privativos (a. 1381)

La doctrina no pone en duda la posibilidad de establecer una administración solidaria <sup>(22)</sup>.

---

(22) Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN "Sistema de Derecho civil", vol. IV, pág. 329; CÁMARA: "Autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia" p. 111, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1986, , si bien formula ciertas reservas fundadas. ÁLVAREZ-SALA: «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio», en RDN, núm. 112, 1981, p. 12.

Suele admitir el pacto capitular por virtud del cual marido y mujer se reparten la administración de los bienes gananciales, de manera que uno administrará ciertos bienes y el otro, otros <sup>(23)</sup>.

Sin embargo, se discute la validez del pacto capitular por virtud del cual se establece que la administración sea ejercida por un solo cónyuge. Y así, un sector amplio opina que dicho pacto, aunque en principio cabe dentro de la norma del artículo 1375, choca con la del artículo 1328 CC, que considera nula cualquier estipulación limitativa de la igualdad de los derechos que corresponda a cada cónyuge, ya que supondría otorgar a uno de los cónyuges un papel preeminente, en contra de lo dispuesto en la norma antes referida del 1328 del Código Civil.

Precepto que consideran básico, recordando que no sufrió variación desde el texto inicial del Proyecto de reforma de 1979 y que ni en el Anteproyecto ni en el primer Proyecto existía un precepto paralelo al 1328. Por lo que, al haberse reforzado la igualdad proclamada por los artículos 14 y 32 de la Constitución y 66 del Código Civil con una norma concreta, cual es la del artículo 1328, habrá que deducir que la libertad establecida en el artículo 1375 debe encontrar el límite del artículo 1328, que refuerza el principio de igualdad, y que el pacto de administración exclusiva atenta contra dicho principio <sup>(24)</sup>.

Para otro sector doctrinal el pacto por virtud del cual se confíe la administración a un solo cónyuge no es contrario al artículo 1328 del Código Civil, ya que este precepto, cuando utiliza la expresión «igualdad que corresponda a cada cónyuge», relativiza un concepto absoluto, lo que debe hacer más flexible su interpretación. Además, el artículo 1375 admite expresamente el pacto contrario, y la administración conferida a un solo cónyuge no es sólo un derecho, sino también, en ciertos casos, un deber <sup>(25)</sup>.

---

(23) Así, DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, p. 1760. Y CÁMARA: *Autonomía...*, cit., p. 113, si bien puntualiza que debe descansar la administración repartida en la aplicación al menos teórica del principio de igualdad de oportunidades.

(24) Así, A. SALA: ob. cit., RDN, pp. 12 y 13; DÍEZ-PICAZO: (“Comentarios...”, cit., p. 1760), si bien admite el pacto si existe justa causa y lo rechaza si atribuye de manera absoluta permanente e injustificada la administración a un solo cónyuge; G. DUART: «La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado», en ADC. 86, pp. 826 y 827; CÁMARA: *Autonomía...* cit. p. 108, pero admite que cuando lo exija perentoriamente el interés de la familia cabría convenir la administración unilateral: pero tendría que tratarse de un caso clarísimo.

(25) LACRUZ: “Elementos...”, p. 328, y ÁVILA: «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en RCDI, 1981, p. 1992.

A mi juicio, los autores que rechazan la validez del pacto de administración exclusiva lo hacen sobre la base de una interpretación rígida del artículo 1328, precepto que tiene otras aplicaciones que no la de excluir el referido pacto, que es al que más atención ha prestado la doctrina.

Es cierto que para consagrar el principio de igualdad de los cónyuges hubiera bastado con los artículos 32 de la Constitución y 66 del Código Civil. Pero el legislador, obsesionado con la igualdad de derechos entre marido y mujer, quizá por la mala conciencia de tantos años de discriminación, quiso recalcar en sede del régimen económico matrimonial, por si a alguien le quedaba alguna duda, que marido y mujer gozan de los mismos derechos. Pero nada más, y no hay por qué sacar de quicio la norma, que habrá que interpretarla de acuerdo con el contexto general, que parte de una regulación del régimen económico del matrimonio basada en la autonomía de la voluntad y en la libertad de contratación. Por el contrario, sería sospechoso que el legislador pretendiera proteger a los cónyuges de la interferencia de uno sobre el otro, que sería tanto como reconocer sus diferencias y, en definitiva, la falta de libertad contractual.

Además, negar la posibilidad de este pacto equivale a poner freno a la libertad de los cónyuges para regular sus propios intereses del modo que mejor convenga a su situación. Pues no sólo cuando la fuente de ingresos principal procede de un solo cónyuge, sino también cuando por la distribución de funciones, connatural a toda actividad de grupo o societaria, sea lo más conveniente, teniendo en cuenta las cualidades o aptitudes de uno de los cónyuges, se justificaría claramente dicho pacto.

Por otra parte, no hay que olvidar que la sociedad de gananciales es una sociedad civil universal de ganancias, a la que hay que desvincular de los fines trascendentes del matrimonio, pues su finalidad es la meramente económica de conseguir el reparto igualitario de las ganancias obtenidas durante su vigencia. Lo que se ve con claridad cuando se piensa que basta pactar la separación de bienes sin que de ello se desprenda ninguna consecuencia negativa desde el punto de vista familiar o matrimonial <sup>(26)</sup>.

---

También DE LOS MOZOS (*Comentarios...* pp. 334 y ss.), quien pone de manifiesto la magnificación que algún autor hace al principio de cogestión y señala que el artículo 1328 hay que interpretarlo en el sentido de que únicamente será nulo el pacto depresivo o coactivo de la situación que corresponde al otro cónyuge, y que las normas que imponen el principio de actuación conjunta son normas dispositivas.

(26) Como he puesto de relieve en este trabajo y antes en «La sociedad de gananciales y la sociedad civil», Estudios Jurídicos Consejo General del Notariado, 2010, lo relevante de la sociedad de gananciales es la voluntad de los cónyuges de obtener re-

El pacto de administración por un solo cónyuge no sólo puede ser el más conveniente a los intereses de ambos, sino que es el permitido específicamente por el artículo 1375 del Código Civil en armonía con el 1692 del Código Civil, a través del cual, y pactando una sociedad universal de ganancias podrían acceder sin mayor obstáculo al mismo <sup>(27)</sup>.

Y es que la desigualdad se produciría, por el contrario, en aquellos casos en los que se negase la validez del pacto a pesar de que un cónyuge con su actividad sea la fuente generadora de la totalidad de los ingresos. Se podrá objetar que en este caso bastaría un pacto limitado a los bienes procedentes de su actividad (pacto que la mayoría de los autores admite). Pero habrá que reconocer que, en la práctica, los únicos bienes de la sociedad en tales casos serán los que procedan de la actividad de ese cónyuge, y que lo querido por ambos pudiera ser que el resto de los bienes que se generen se administre igualmente por el mismo. Lo que simplificaría su funcionamiento.

Además, podrían conseguirlo constituyendo una sociedad civil o mercantil, en su caso, a la que aportasen dichos bienes, nombrando administrador único al que fuere de la sociedad de gananciales.

Por eso, los autores que defienden la tesis de la nulidad admiten que, en casos justificados, pueda considerarse su validez, lo que conduciría a dificultades y confusión en el tráfico al subordinar la eficacia del mismo a la prueba de si es o no justificado, introduciendo un factor de inseguridad, sobre todo tratándose de una materia en la que la relación con terceros es determinante.

En principio, habrá que entender que el pacto lo establecen los cónyuges justificadamente por causas fundadas y que sus razones suficientes tendrán para ello; y que la libertad para organizar el funcionamiento de la sociedad de gananciales debe tener los límites generales de la contratación, entre los que se encuentran los derivados de la protección de

---

parto económico derivada de un esfuerzo común, pues al sostenimiento de la familia ya provee el régimen primario.

(27) El a. 1692 en sede del contrato de sociedad civil dispone que “el socio nombrado administrador en el contrato social puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima. El poder otorgado después del contrato, sin que en éste se hubiera acordado conferirlo, puede revocarse en cualquier tiempo.

la libertad e igualdad de los contratantes y concretamente la norma del artículo 1692 del Código Civil antes referida <sup>(28)</sup>.

A la sociedad de gananciales como sociedad civil que es, universal de ganancias, deberá aplicarse, a mi juicio, el mismo criterio que el artículo 1692 establece para la sociedad civil, precepto que nos ofrece, además, la solución al problema de la irrevocabilidad unilateral de las capitulaciones, que es el que provoca el recelo de los autores a su admisión <sup>(29)</sup>.

Si utilizamos la norma del artículo 1692, el otro cónyuge podrá oponerse a los actos del administrador cuando proceda de mala fe, y la irrevocabilidad de tal pacto podrá ser impugnada por el otro cónyuge que justifique causa legítima; solución que armoniza los intereses en juego y permite resolver sin complicaciones el tan debatido problema de la validez del pacto de administración exclusiva, sin perjuicio de la posibilidad de pedir en su caso la disolución de la sociedad de gananciales al amparo del artículo 1393-2º (Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad) y 1392 4.º (Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas).

## 2. Funcionamiento del órgano social.

El legislador utiliza tres criterios para regular el funcionamiento del órgano social de la sociedad de gananciales.

a El criterio general es actuación conjunta para todos los actos de gestión y disposición (art. 1375). Por tanto, en principio, los cónyuges deberán ponerse de acuerdo para realizar cualquier asunto que afecte a la sociedad de gananciales, debiendo prestar ambos el consentimiento.

---

(28) Como señala PEÑA (ob. cit., p. 200), el cónyuge administrador recibe una potestad, pero también carga. Y la administración exclusiva puede deberse a circunstancias no manifestadas de la vida del otro (drogadicción, conducta dilapidadora, etc.) que no pueden ser investigadas porque se interfiere el principio de respeto a la vida íntima de la familia. La apreciación de las diferencias que conviene introducir para responder mejor al interés de aquella familia corresponde, como regla, a los mismos cónyuges. Esta solución ha prevalecido en las reformas por las que se adaptaron a la Constitución española las Compilaciones de Cataluña, Navarra y Galicia.

(29) Así, G. DUART, cuando dice que con tal pacto el otro cónyuge, normalmente la mujer, de carecer de bienes propios, ve autolimitadas para siempre sus posibilidades de actuación en el tráfico (ob. cit., ADC, 86, p. 827).

Normalmente está latente en los autores el peso o consideración de una desigualdad de hecho entre marido y mujer que conduce a la protección de ésta, desigualdad que es precisamente lo que ha querido evitar el legislador

Sin perjuicio de la autorización judicial supletoria en los supuestos de los artículos 1376 CC (cuando para realizar actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello) y 1377 (si se tratase de acto de disposición a título oneroso y uno lo negare o estuviera impedido para prestarlo, y se considere de interés para la familia).

b) En interés de la sociedad de gananciales el legislador prevé la actuación solidaria o indistinta en dos casos: el del artículo 1385 segundo párrafo (cualquiera de los cónyuges podrá realizar actos de defensa de la sociedad de gananciales por vía de acción o excepción), y 1386 (gastos urgentes de carácter necesario aunque sean extraordinarios).

Pero también habrá que considerar como supuesto de administración solidaria el de la potestad doméstica, que hoy habrá que interpretar como indistinta, pese al tradicional reparto de papeles en este campo (art. 1365-1º CC).

En todos estos supuestos existe una coincidencia sustancial con el funcionamiento orgánico de la sociedad civil, en la que la actuación en defecto de pacto es solidaria, conforme los artículos 1693 y 1695 1º CC, con la limitación que este mismo precepto establece <sup>(30)</sup>.

c) La peculiaridad para la sociedad de gananciales aparece cuando un cónyuge resulta legitimado por ley para realizar actos individualmente, pero no solidariamente en sentido estricto o técnico, sino en cuanto se encuentra en una situación determinada:

- Ya porque el bien o derecho, aunque ganancial, esté a nombre de uno de los cónyuges: legitimación derivada de la titularidad (que, como hemos visto, es instrumental): artículos 1384 y 1385 párrafo primero del Código Civil <sup>(31)</sup>.

---

(30) En efecto “cuando dos o más socios han sido encargados de la administración social sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal (a.1693).

Aclarando el a. 1695 que “cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observarán las reglas siguientes:1.ª Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal”.

(31) Dispone el a. 1384 que “serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.”

- Ya porque se encuentra en una situación especial respecto de ciertos bienes: artículos 1381 (disposición de frutos de bienes privativos), y 1365 2º (gastos de administración de sus propios bienes) <sup>(32)</sup>.

- Ya porque actúan dentro del ámbito que por distribución de funciones que entre ellos hayan realizado, y que a cada cónyuge le corresponde: 1365 2º (actos realizados en el ejercicio de su profesión, arte u oficio).

En todos los casos de actuación individual suficiente para afectar la sociedad de gananciales está latente la seguridad de los terceros que contratan con un cónyuge y la agilidad del tráfico (1384 y 1385 párrafo primero). En algunos, los intereses sociales mejor defendidos (1385 párrafo segundo) <sup>(33)</sup>. En otros, la necesidad de armonizar la autonomía de los cónyuges y los intereses de la sociedad de gananciales (1365 2º, 1384 y 1385 párrafo primero). Y, por último, en otros, la defensa de los intereses primarios de la familia, que interfieren en el mecanismo de funcionamiento de la sociedad de gananciales, pero periféricamente, pues, en todo caso, la legitimación es total para afectar incluso el patrimonio ajeno (del otro cónyuge) por intereses comunes (potestad doméstica: 1319 y 1365 1º y 1368) <sup>(34)</sup>.

---

Y el 1385 párrafo primero que “Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos”

(32) Establece el a. 1381 CC que “Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes.”

Y el 1365 Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1. ° En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2. ° En el ejercicio de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes.

(33) Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción (a. 1385 párrafo segundo).

(34) Conforme al a. 1319 “Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encomendados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.”

Y el a. 1368 dispone que Principio del formularioFinal del formulario”También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales.”



## VI. CONCLUSIÓN

El concepto de sociedad facilita la comprensión de sociedad de gananciales y provee de soluciones a problemas concretos. Rindiendo así su utilidad al permitir la aplicación de resultados más armónicos con los intereses en juego y entender de modo actual y sencillo el funcionamiento de una institución compleja.

Así, puede ser útil la aplicación de las siguientes normas relativas al contrato de sociedad: la del párrafo segundo del art.1698 CC (precepto aplicado a la sociedad de gananciales por la Dirección General de los Registros en Resolución de 4 de mayo de 1978, cuando consideró que “la sociedad no queda obligada respecto a terceros por actos que un socio haya realizado sin poder de la sociedad, pero quedará obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella”.

También puede ser útil la aplicación de los artículos siguientes del Código Civil: El 1682 párrafo segundo para resarcir a la sociedad de gananciales de las cantidades de dinero tomadas por un cónyuge en beneficio particular. El 1684 CC cuando existan créditos vencidos en favor del cónyuge y de la sociedad debe imputarse lo cobrado a los dos créditos a proporción de su importe. El 1686 (responsabilidad del socio por daños a la sociedad). El 1688 CC (responsabilidad de la sociedad por cantidades anticipadas por un socio) y el 1691 CC (nulidad del pacto que excluya a uno de toda la participación en ganancias o pérdidas), este último de aplicación reconocida por la generalidad de la doctrina.

Será asimismo de utilidad el concepto de sociedad para resolver problemas derivados de la reducción del patrimonio social, liquidación parcial y disolución de la sociedad de gananciales, aspecto este último cuya regulación obedece a un esquema típicamente societario.

Y hace más comprensible el funcionamiento dinámico que la sociedad de gananciales tiene, con un movimiento económico de entradas y salidas de bienes, a través de mecanismos como la representación orgánica, propio de las sociedades, y especialmente los de la sociedad universal de ganancias.

Se podrá afirmar, con fundamento, que en la sociedad de gananciales se dan los efectos y caracteres propios del contrato de sociedad civil: comunicación de bienes (art. 1344 y 1665 CC), representación orgánica, tal como hemos visto, comunidad de riesgo (art. 1328 y 1691 párrafo primero) y ánimo de lucro.

Se podrá calificar la sociedad de gananciales como sociedad civil universal de ganancias, cuyo fin es el reparto de éstas cuando se disuelva, tipificada en el Código Civil (arts. 1344 al 1410), cuyas notas diferenciales son:

1. Carece de personalidad jurídica plena, si bien alcanza un alto grado de unificación y autonomía.

2. Funciona con el mecanismo típico de las sociedades (la representación), pero modalizado y complementado mediante dos resortes sustitutorios y de equilibrio, que son la subrogación real y la presunción de ganancialidad.

3. El patrimonio ganancial constituye un mero soporte económico de la sociedad y, por tanto, la comunicación es compatible con la existencia de una titularidad individualizada determinante de una legitimación que permite, por un lado, un amplio margen de actuación independiente de los cónyuges, y por otro, un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad, que es la que informa la regulación de aquellas titularidades.

La consideración de la sociedad de gananciales como sociedad civil enriquece aquella institución al proporcionar soluciones a problemas de organización y funcionamiento, tal como hemos visto. Nos permite abandonar sin nostalgia conceptos y términos de una época ya superada, en la que se intentó encontrar en la comunidad germánica su esquema propicio. Enlaza, además, con la doctrina clásica española.

# LAS FUENTES Y LOS PRINCIPIOS DE LA FILIACIÓN EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (ORDEN PÚBLICO Y APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD)

POR JORGE A. M. MAZZINGHI

## I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial que rige en la Argentina desde el mes de agosto del año 2015 se ocupa de la filiación en el Título V del Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de Familia”.

Después de regular el matrimonio, -en su aspecto personal y patrimonial-, las uniones convivenciales, y el parentesco, establece en treinta y cinco artículos los principios y los criterios generales sobre la base de los cuales se organiza lo atinente a la filiación.

El régimen está inspirado en valoraciones de orden público, y le reconoce a la autonomía de la voluntad un ámbito circunscripto.

La filiación es un tema de primordial importancia en la organización social, y todo indica que el legislador ha querido regular la filiación conforme a cánones firmes y seguros.

Es que la organización de la filiación remite o deriva del concepto mismo de derecho.

Cuando ingresé en la facultad, -hace más de cincuenta años-, nuestros profesores de Derecho Civil resaltaban la importancia de reparar e indagar en el concepto del derecho objetivo. Llambías, -a quien tuve como profesor de Parte General y de Obligaciones-, acababa de termi-

nar su obra cumbre, en la que afirmaba lo siguiente: “En los precedentes desarrollos se ha aludido al derecho como objeto de conocimiento y entonces nuestro entendimiento lo capta como “el ordenamiento social justo”. Este es el concepto de “derecho” en sentido objetivo, como regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige” <sup>(1)</sup>.

La observancia de las reglas establecidas en resguardo del ordenamiento social justo adquiere una importancia mayor en temas como el de la filiación, próximos al orden público <sup>(2)</sup>.

En este breve trabajo, procuraré analizar *los lineamientos del sistema filiatorio como expresión del derecho objetivo*, y procuraré también alertar sobre algunas interpretaciones y propuestas que pueden poner en jaque el régimen legal instaurado por el actual Código Civil y Comercial.

## II. LAS FUENTES DE LA FILIACIÓN Y SUS PRINCIPIOS GENERALES

A esos fines, es importante enunciar, desde el comienzo, los principios en torno a los cuales el Código Civil y Comercial organiza y define el sistema legal de la filiación.

Son los siguientes:

1. La filiación *puede provenir de tres fuentes posibles*, la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, o la adopción <sup>(3)</sup>.

La filiación por naturaleza resulta de la unión de un espermatozoide con un óvulo, y se da en el marco de un encuentro sexual entre un hombre y una mujer.

La filiación por la utilización de las técnicas de reproducción asistida tiene su causa en la voluntad formal de dos personas que deciden someterse a distintos tratamientos médicos con el propósito de tener un hijo.

---

(1) Llambías, Jorge Joaquín; “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, tomo I, página 23, Editorial Perrot, 5ª edición, Buenos Aires.

(2) Al respecto, es interesante lo que enseña Tobías: “Puede decirse que la noción de orden público está vinculada al conjunto de principios jurídicos que constituyen la base de la organización social y que aseguran la realización de valores que el medio social reputa como fundamentales”. (Tobías, José W., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, tomo I, página 74, editorial La Ley, año 2018).

(3) La directiva está consagrada en el artículo 558, primer párrafo, del Código Civil y Comercial: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

En este supuesto, el origen de la filiación es la coincidente voluntad procreacional, y el niño que nazca será hijo “de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento”, tal como lo dispone el artículo 562 del Código Civil y Comercial.

La filiación por adopción es el resultado de una sentencia judicial “que emplaza al adoptado en el estado de hijo”, como dice el artículo 594, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial.

El esquema conforme al cual sólo existen tres fuentes posibles de la filiación se reitera o se replica en la regulación del parentesco. Sobre este tema, -de enorme trascendencia en materia alimentaria y sucesoria-, el artículo 529 del Código Civil y Comercial dispone lo siguiente: “Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral”.

2. La filiación por naturaleza, o por técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción plena “surten los mismos efectos”, y no hay razón para distinguir entre cualquiera de ellas.

La adopción simple, en cambio, es revocable, y no tiene la nota de estabilidad o de fijeza que caracteriza a las otras filiaciones.

3. Como tercer principio, es importante reparar en lo que establece el artículo 558 *in fine* del Código Civil y Comercial: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

El supuesto de la adopción simple entraña una excepción a este principio, pues la sentencia no extingue de modo radical el vínculo de origen y, en el caso de revocarse la adopción simple, el progenitor anterior puede volver a adquirir la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental <sup>(4)</sup>.

---

(4) Así lo establece el artículo 627 inciso a) del Código Civil y Comercial: “La adopción simple produce los siguientes efectos: a) Como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes”. En esta misma línea, el inciso c) de la norma transcrita dispone: “El adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos”.

Pero más allá de esta especial situación, está claro que *el régimen ordinario de la filiación sólo admite que las personas tengan dos vínculos filiales*.

En consonancia con este principio de la doble parentalidad, el artículo 575, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial establece lo siguiente: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.

4. En cuarto lugar, la ley dispone con toda claridad que los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción 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 quien haya aportado los gametos”* <sup>(5)</sup>.

El precepto, -que es categórico-, cierra el camino para la maternidad subrogada, pues la mujer que da a luz al recién nacido es su madre, y la ley no contempla la posibilidad de que una mujer preste o alquile su vientre en beneficio de otra mujer que pretenda ser la madre del niño.

Tanto en el caso de la filiación por naturaleza, como en el de las técnicas de reproducción asistida, la madre de la creatura es siempre la mujer que lo ha dado a luz.

Los principios expuestos conforman un sistema que, más allá de alguna observación o crítica puntual <sup>(6)</sup>, constituye una respuesta seria y ordenada a las cuestiones que involucra y acarrea el tema de la filiación <sup>(7)</sup>.

---

(5) Así lo dispone el artículo 562 del Código Civil y Comercial. Es importante subrayar que la norma da por sentado que la gestante -y futura madre- participa de la voluntad procreacional, y que a ella se agrega la del “hombre o la mujer”, -uno de ellos y no los dos-, que “también ha prestado su consentimiento”.

(6) Ver, al respecto, lo que se señala en la nota 13 de este mismo trabajo.

(7) El punto ha sido destacado por la doctrina: “El encuadre precedente deja en claro que las realidades comprendidas en cada fuente motivaron un despliegue legislativo que culmina, felizmente, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación; el cual posibilita acercar la norma a las exigencias sociales. Después de una ardua labor, se alcanza un régimen de filiación que se corresponde con la visión constitucional y convencional del Derecho de las familias. El mismo no solo reconoce las tres fuentes de la filiación, sino que también brinda un trato diferenciado y respetuoso de las notas típicas de cada fuente. Así, logra plasmarse un régimen en

### III. PRIMER PRINCIPIO. LAS TRES FUENTES DE LA FILIACIÓN

No existe en nuestro derecho la posibilidad de que la filiación se origine en alguna otra fuente que las que consagra y reconoce el sistema legal.

Es que, como se ha dicho, la filiación sólo puede provenir de la naturaleza, de las técnicas de reproducción asistida, y de la adopción.

No hay otro camino ni otro fundamento válido de la filiación.

Hace algún tiempo, algún sector de la doctrina ha comenzado a postular que la filiación también puede resultar de la relación socioafectiva, de la inclinación o de la proximidad entre dos personas que se reconocen y se admiten recíprocamente como padre y como hijo.

El argumento, -inspirado en la doctrina brasileña-, es que, más allá de las estructuras formales de la ley, la relación parental puede basarse y derivar del amor, y que la paternidad no es sólo la que resulta de la naturaleza, o de las técnicas médicas, o de los pronunciamientos judiciales, sino que también puede provenir, de un modo fluido y libre, de la riqueza y virtualidad propia de los sentimientos.

La socioafectividad como fuente posible y suficiente de la parentalidad se la ha querido presentar como una suerte de aporte o eventual contribución al interés superior del niño.

Desde mi punto de vista, se trata de un error grave y de una alteración sustancial y riesgosa de los principios que inspiran y regulan la filiación en nuestro ordenamiento jurídico.

Porque es verdad que la socioafectividad o la inclinación natural y espontánea entre dos personas puede justificar la adopción de algunos temperamentos o soluciones jurídicas *que tienen que ver con situaciones transitorias o puntuales*, pero el concepto, -que es esencialmente versátil o voluble-, no puede constituir la base de una relación eminentemente estable y fija como es la del progenitor con su hijo <sup>(8)</sup>.

---

consonancia con los componentes culturales y valorativos que rigen en la sociedad" (Krasnow, Adriana N.; "Tratado de Derecho de las Familias", La Ley, Thomson Reuters, 2017, tomo III, páginas 26/7). Es forzado pretender que, transcurridos apenas siete años de la vigencia del nuevo Código, el sistema legal estructurado requiera una revisión sustancial.

(8) Para apreciar la fragilidad del término, es útil recurrir al Diccionario. Para éste, afectividad es el "desarrollo de la propensión a querer". Propensión es la "inclinación

La socioafectividad puede explicar que, en el marco de la figura que contempla el artículo 643 del Código Civil y Comercial, los progenitores puedan *delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente*, o en el progenitor afín de uno de ellos. A los efectos de autorizar esta delegación, -que es excepcional y que no puede extenderse por más de dos años-, el juez puede considerar positivamente la buena relación socioafectiva entre la persona propuesta para asumir el ejercicio de la responsabilidad parental y el niño.

La socioafectividad también puede ser un factor valorado por el juez al tiempo de decidir *el otorgamiento de la tutela de un menor*. Al respecto, el artículo 107 del Código Civil y Comercial establece lo siguiente: “Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad”. A la luz del precepto transcripto, y a los efectos de ponderar la idoneidad del futuro tutor, es bien razonable que el juez tome en cuenta, como un aspecto relevante, la inclinación socioafectiva que pueda existir entre el candidato a ser designado como tutor y el pupilo.

Asimismo, la riqueza del vínculo afectivo puede explicar que, *en el marco de la adopción*, el juez, -en beneficio del menor-, se ocupe de preservar el vínculo de la persona adoptada con algunos miembros de la familia de origen, -en la adopción plena-, o que propicie y favorezca la relación del adoptado por adopción simple con integrantes de la familia del adoptante.

La situación anterior está prevista en el segundo párrafo del artículo 621 del Código Civil y Comercial.

También, en el marco de los deberes que el ejercicio de la responsabilidad parental impone a los progenitores, el artículo 646 inciso e) del Código Civil y Comercial les exige “respetar y facilitar el derecho del hijo a *mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes, o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo*”.

---

de una persona o cosa a lo que es de su gusto o naturaleza”. La propensión o la inclinación es esencialmente mudable, versátil. Versátil, en la segunda acepción del Diccionario, significa de “genio o carácter voluble e inconstante”. La parentalidad y el consiguiente parentesco son estructuras estables que no pueden nacer y depender de inclinaciones afectivas que son esencialmente frágiles y mudables.



Este repaso, -que podría ser aún más amplio-, muestra que la socioafectividad es una idea y una realidad que, en muchos casos, merece la atención del derecho.

Y que su consideración puede ser útil a los efectos de definir distintas situaciones vinculadas a la relación paterno filial y sus derivaciones transitorias o circunstanciales.

Pero la socioafectividad, por sí misma, *no puede ser una cuarta fuente de la filiación.*

La admisión de esta posibilidad introduciría un germen de incertidumbre y de volatilidad que podría ser muy negativo respecto de la definición de los parámetros que dan fundamento y caracterizan un vínculo de la importancia y de la trascendencia de la filiación <sup>(9)</sup>.

El trato que una persona puede dispensarle a otra como si fuera un hijo, puede conformar la posesión de estado que contempla el artículo 584 del actual Código Civil y Comercial. Pero esta figura, -asimilable al reconocimiento-, está tratada en el marco de las acciones de reclamación de la filiación como una constancia del juicio que puede ser desvirtuada por la prueba “sobre el nexo genético” <sup>(10)</sup>.

---

(9) Este rasgo cambiante de la socioafectividad ha merecido la consideración de la doctrina: “Reaparece aquí una inquietud que hemos planteado, la cuestión gayana. Si, como enseñaba el jurista, todo lo que nace por un ius se extingue por el ius contrario, habría que conceder que, si el afecto da base a un emplazamiento jurídico familiar, su pérdida debería provocar el efecto de signo contrario, es decir, el desplazamiento. No parece compaginar bien con la idea de parentesco jurídico esta frontera tan porosa que se puede atravesar en ambos sentidos, con la sola base de inclinaciones afectivas.” (Bellotti, Lucas; “¿Qué discutirá la Comisión de Familia en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil?”, Revista Código Civil y Comercial, año VIII, número 5, septiembre-octubre de 2022, página 148).

(10) Sobre el punto, es interesante lo que apunta Alterini: “El nuevo art. 584 recoge esa misma solución: la posesión de estado tiene la eficacia del reconocimiento. No obstante, esa designación es una metáfora, y las metáforas no siempre se llevan bien con las leyes. La ley parece decir: el presunto progenitor ha reconocido con su conducta la filiación. Sin embargo, la posesión de estado es un hecho jurídico que puede alegarse en medio de un proceso y que se prueba con elementos diversos para reconstruir el pasado. Por eso sostiene Zannoni que en la legislación actual la posesión de estado no es más que una causa fuente de la filiación, pero que no tiene efecto de provocarla por sí sola (efecto constitutivo). Requiere la sentencia judicial y la posterior inscripción de la misma”. (Alterini, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado exegético”, Ed. La Ley 2019. Tomo III, página 710). Hasta el propio Vélez Sarsfield, -partidario entusiasta de la posesión de estado-, no le reconoce virtualidad autónoma sino el valor de un medio de prueba a ser considerado por el juez en la sentencia. Al respecto, puede consultarse la nota al artículo 325 del Código Civil.

En los casos excepcionales en los que se ha reconocido la filiación socioafectiva, los jueces han decretado la inconstitucionalidad de la primera parte del artículo 558 del Código Civil y Comercial. Una declaración semejante no sólo es infundada, sino que constituye un alzamiento respecto de un sistema legal estructurado hace muy pocos años, y que posee una armonía y una coherencia que no es prudente despreciar o desechar.

Si la ley establece criterios y soluciones que son razonables y perfectamente sustentables, los jueces no pueden darles la espalda invocando motivos generales e inciertos que no están claramente proclamados ni en la Constitución ni en las Convenciones de Derechos Humanos <sup>(11)</sup>.

#### **IV. SEGUNDO PRINCIPIO. LA EQUIPARACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS DISTINTAS FILIACIONES**

El segundo principio, -consagrado en el segundo párrafo del artículo 558 del Código Civil y Comercial-, es que “la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos”.

Este principio de la uniformidad o equiparación de las filiaciones está ratificado o reiterado en el artículo 559 del Código Civil y Comercial que le impone al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas el deber de “expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada”.

El propósito es subrayar el carácter único e invariable de la filiación como expresión de la identidad.

Sin embargo, y más allá de esta equiparación sustancial o de fondo, existen diferencias entre las filiaciones provenientes de las distintas fuentes.

---

(11) Al respecto, es interesante reparar en que el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional le encomienda a la ley la necesidad de establecer criterios y pautas generales para “la protección integral de la familia”. La Convención sobre los Derechos del Niño destaca la importancia del derecho a la identidad referida a la pertenencia y al origen. En el artículo 7 consagra el derecho del niño a ser inscripto “inmediatamente después de su nacimiento...a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El artículo 9-2 de la CDN excluye la pluriparentalidad al referirse en dos ocasiones a “ambos padres”, siendo que el término “ambos” significa: “El uno y el otro; los dos”.

Porque los vínculos derivados de la filiación por naturaleza son siempre cuestionables a través del ejercicio de las acciones de filiación, instrumentos que la ley veda o proscribire para los supuestos de la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida.

El artículo 582 del Código Civil y Comercial que regula las acciones de reclamación de la filiación, después de establecer que “estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo”, termina excluyendo su ejercicio en el ámbito de la filiación asistida: “Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

Lo mismo ocurre respecto de las acciones de impugnación de la filiación. Los artículos 588, 589, 591, 592 y 593 del Código Civil y Comercial conceden estas acciones con amplitud, pero todos ellos terminan aclarando que la impugnación no procede en la filiación por TRHA: “Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

Es que, siempre que se hayan cumplido los recaudos legales y las formalidades requeridas, la filiación que resulta de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida no puede ser interferida por los donantes de los gametos, quienes están legalmente impedidos de reconocer al nacido y de ejercer la acción de filiación, y a quienes no puede efectuárseles ningún reclamo <sup>(12)</sup>.

Estas diferencias, -de trascendencia innegable-, han llevado a un sector de la doctrina a afirmar que el Código actual adhiere a un modelo dualista <sup>(13)</sup>.

---

(12) Así lo establece el artículo 577 del Código Civil y Comercial, cerrando el camino para cualquier controversia que importe generar una confrontación entre la filiación por naturaleza y por las técnicas de reproducción asistida.

(13) Lo destaca con claridad Galli Fiant: “Si al régimen del Cod. Civ. y Com. que regula tres fuentes de la filiación, le hacemos las preguntas señaladas en los apartados anteriores, llegamos a la conclusión de que responde a un modelo dualista, porque se basa en fundamentos diferenciados según la fuente de la filiación. En efecto, opta por la determinación conforme a la verdad biológica/genética en la filiación por naturaleza, incluso cuando el hijo gestado naturalmente sea adoptado, y la determinación conforme a la voluntad procreacional en la filiación por TRHA. El punto crítico está en que no logra unificar el respeto a los derechos fundamentales de todos los hijos con independencia de las circunstancias de su concepción”. (Galli Fiant, María Magdalena, “Los principios filiatorios y la Constitución Nacional”, en el Tratado de Derecho

La adopción simple constituye también una excepción a la equiparación de los efectos de la filiación puesto que el vínculo que de ella nace no tiene el carácter definitivo e inmutable que sí tienen las otras filiaciones.

La adopción simple es una situación muy singular, al extremo de que el vínculo que se establece entre el adoptante y el adoptado por adopción simple es revocable por las razones estipuladas en el artículo 629 del Código Civil y Comercial <sup>(14)</sup>.

En vistas a esta eventual revocabilidad de la adopción simple, la ley admite que, después de acordada, el adoptado pueda ejercer la acción de filiación respecto de sus progenitores biológicos, y que pueda también darse el reconocimiento del adoptado.

Esta posibilidad de volver atrás afecta la coherencia y la armonía del sistema legal de filiación al punto de que, ante la fragilidad de la adopción simple, cabría preguntarse si, de no ser viable la adopción plena, no sería mejor otorgar la guarda del menor, o su tutela, evitando la conformación de un vínculo filiatorio revocable y de escasa consistencia.

Por esta misma razón, el artículo 625 del Código Civil y Comercial establece una preferencia en favor de la adopción plena, y el artículo 622 del mismo Código contempla la posibilidad de que el juez convierta “una adopción simple en plena”, y no una adopción plena en una simple.

## **V. TERCER PRINCIPIO. EL CARÁCTER BINARIO DE LA FILIACIÓN**

De acuerdo con este principio constitutivo y esencial, proclamado en el tercer párrafo del artículo 558 del Código Civil y Comercial, “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

Esta regla directriz que figura entre las disposiciones generales de la filiación, es reiterada y subrayada en la regulación de distintas situaciones específicas.

---

Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas”, dirigido por Úrsula Basset y Alfonso Santiago, tomo III, capítulo XLII, La Ley, año 2022).

(14) De acuerdo con este precepto legal, la adopción simple puede revocarse por las causales de indignidad, a pedido justificado del adoptado mayor de edad, y por acuerdo de partes “manifestado judicialmente”.

Porque, como no puede haber más de dos filiaciones, el artículo 562 del Código Civil y Comercial establece que “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 quien haya aportado los gametos”.

La redacción de la norma supone un doble vínculo parental, el de la madre que dio a luz al nacido, y el del hombre o la mujer que ha dado su consentimiento informado. El precepto no se refiere ni da lugar a que pueda haber un tercer progenitor.

En función del carácter binario de la filiación, el artículo 575, segundo párrafo, de Código Civil y Comercial dispone lo siguiente: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.

La idea no puede ser más clara: Si el nacido por las técnicas de reproducción asistida es hijo de la mujer que dio a luz y del titular de la voluntad procreacional, no puede entablarse ni surgir una relación filiatoria con la persona o las personas que han aportado los gametos.

Es que, aunque exista una relación previa con el dador de los gametos, aunque ésta pueda surgir después del nacimiento, y se establezca o nazca una proximidad socioafectiva entre el aportante del material genético y el nacido, aquél no puede sumarse a la relación filiatoria.

El principio del doble vínculo filial también está proclamado, desde el título, en el artículo 578 del Código Civil y Comercial: “Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente ejercerse la correspondiente acción de impugnación”.

El contenido de la norma es clarísimo: Dado que una persona no puede tener más de dos progenitores, quien reclama, -por caso-, la filiación paterna de alguien que ya tiene un padre, debe impugnar el vínculo anterior, pues resulta inadmisibles que dos personas puedan ostentar simultáneamente la misma relación parental.

Algunos fallos que han admitido la pluriparentalidad, han tenido que declarar la inconstitucionalidad del artículo 578 del Código Civil y Comercial, y lo han hecho invocando el interés superior del niño. De acuerdo con el criterio de los jueces que admitieron la pluriparentalidad,

resultaba positivo para el menor que se preservara el vínculo con el autor del reconocimiento, y que se entablara un segundo vínculo con el padre biológico.

El análisis de las circunstancias del caso excede el marco de este trabajo, pero yo pienso, -y lo sostuve<sup>(15)</sup>-, que mantener la vigencia simultánea de los dos vínculos paternos es un factor de inseguridad y de incertidumbre, y que la paternidad no puede estar sometida o depender de los vaivenes o alternativas de un encuadre afectivo cambiante y dependiente de la situación de pareja<sup>(16)</sup>.

El principio legal del doble vínculo filial tiene un sustento serio y razonable y constituye el fundamento de un sistema filiatorio<sup>(17)</sup>. La atención de las singularidades de un caso particular no pueden ser argumento suficiente como para echar por tierra un esquema que no contradice abiertamente ningún principio ni precepto constitucional y que tiene una coherencia interna innegable.

Los jueces no pueden dejarse encandilar por las peculiaridades de un supuesto determinado, al punto de ignorar directivas legales expresas y recientes.

---

(15) Conf. Mazzinghi, Jorge A. M. “La doble paternidad en la filiación por naturaleza (Una sentencia que le da la espalda al régimen legal de la filiación”. *El Derecho*, tomo 290. Febrero 2021. ED.MIX.133.

(16) Para comprender las complicaciones que se derivarían de la pluriparentalidad, basta pensar en los problemas relativos al ejercicio conjunto o alternado del cuidado personal entre tres o más padres, en la expansión de los beneficiarios y de los obligados alimentarios, en las dificultades que podrían plantearse al tiempo de ejercer la representación de los menores de edad, o la administración de sus bienes, y en los eventuales conflictos de índole sucesoria. En relación a este último aspecto, los hijos biológicos de una persona podrían sostener que la paternidad o el parentesco que tuvo como única base un vínculo socioafectivo que se ha vuelto débil o que ha desaparecido acarrea, para ellos, una afectación de su porción legítima. ¿Y si el padre entablara en sus últimos años un vínculo socioafectivo con un sobrino o con un sobrino segundo, y ello derivara en una relación de parentalidad que obligara a los hijos a compartir la herencia con su primo o con su primo segundo?

(17) Lorena Bolzón, en el capítulo XLI del flamante Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas, editado por La Ley en el corriente año 2022, se refiere al “sistema filiatorio”.

## VI. CUARTO PRINCIPIO. LOS HIJOS SON HIJOS DE LA MUJER QUE LOS DIO A LUZ

Nuestro Código también es claro y concluyente al disponer en el artículo 562 que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz”.

El precepto coincide con lo que estatuye el artículo 565 del Código Civil y Comercial: “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”.

Para inscribir el nacimiento se requiere un certificado de “quien atendió el parto de la mujer”.

A la luz de estas normas, no cabe ninguna duda de que, tanto en el marco de la filiación por naturaleza, como en la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad resulta del parto, y los hijos son hijos de la mujer que los dio a luz.

Este criterio, -de firmeza innegable-, excluye de plano la posibilidad de que las personas que desean tener un hijo recurran a una mujer que lo geste y lo haga nacer y que luego deba despojarse o renunciar a la maternidad para darle prioridad al agente movilizador de la voluntad procreacional.

En el derecho argentino, no hay margen ni lugar para la maternidad subrogada.

La madre del recién nacido es la responsable de su alumbramiento, y la adopción es el único camino legal que puede determinar que el niño pase a ser hijo del comitente, hombre o mujer.

El esquema es tan válido para la filiación por naturaleza como para la que resulta de los adelantos científicos en materia de reproducción asistida.

Es que los hijos tienen derecho a serlo respecto de la mujer que los llevó en su vientre y que los hizo nacer. Ella fue quien contribuyó a darles la vida, y *es inadmisibles que*, en virtud de un acuerdo previo o de un pacto exigible, *un tercero pueda obligar a la madre a dejar de serlo, o a ceder la maternidad.*

La maternidad como tal es indelegable, es un hecho jurídico cierto e inmodificable que no puede trasladarse voluntariamente, ni en forma

desinteresada o generosa, ni a cambio del pago de una suma de dinero o de otros beneficios.

Cualquier traspaso, -voluntario o impuesto, gratuito u oneroso-, atenta contra la dignidad y la identidad del nacido, quien tiene derecho a ser inscripto como hijo de la mujer que lo dio a luz.

Si la mujer que reclamara la maternidad fuera la aportante del óvulo, su pretensión se opondría abiertamente a lo que establece el artículo 577 del Código Civil y Comercial en el sentido de que el aportante de los gametos no puede ejercer la acción de filiación ni efectuar “reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”.

### **VII. REPRODUCCIÓN ASISTIDA. CONSENTIMIENTO PREVIO, INFORMADO, LIBRE Y SU EVENTUAL REVOCACIÓN**

Además de los cuatro principios sobre la filiación que he destacado en los capítulos que anteceden, hay una quinta cuestión que tiene relación con la expresión del consentimiento previo y formal para someterse a las técnicas de reproducción humana asistida.

La filiación por estas técnicas nace de la voluntad coincidente de dos personas que necesitan de la ayuda de la ciencia para llevar adelante su propósito de ser padres.

La expresión de la voluntad procreacional debe ajustarse a una serie de requisitos de fondo y de forma.

En un tema de tanta trascendencia, la ley exige que exista un “consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida” <sup>(18)</sup>.

Este consentimiento pleno y deliberado acerca de lo que se está poniendo en marcha y de sus posibles consecuencias, es el comienzo o el punto de partida del proceso de la procreación asistida.

Por eso es que la ley requiere que el consentimiento sea informado, para que las partes conozcan bien las técnicas a las que quieren someterse, y para que, desde un comienzo, se hagan responsables de sus consecuencias.

---

(18) Así lo dispone el artículo 560 del Código Civil y Comercial.



En razón de la importancia de la materia de que se trata, el artículo 561 del Código Civil y Comercial establece que “la instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción”.

La filiación asistida comienza y resulta de la voluntad coincidente de las partes, pero existe un interés público en resguardar la autenticidad, la libertad genuina, y la formalidad del consentimiento que se expresa.

Si el proceso se inició a partir de la decisión meditada y profunda de las partes, no se entiende la razón por la cual esta voluntad fundacional y abierta tenga que renovarse “cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”, como dice el artículo 560 del Código Civil y Comercial. Si la utilización es acorde y está ordenada a la finalidad de la concepción, la reiteración de la conformidad parece innecesaria.

Pero esto no es, con todo, lo más grave.

Lo más grave es, desde mi punto de vista, que los artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial equiparan los gametos que se utilizan para lograr la fecundación, con el embrión ya generado.

Esta identificación denota un error de apreciación gravísimo.

Porque, hasta que se produzca la concepción, podría llegar a admitirse que los titulares de la voluntad procreacional quisieran desistir y abandonar el proceso de fecundación asistida. Aunque el consentimiento inicial hubiera sido libre e informado, podrían sobrevenir circunstancias que llevaran a las partes, -o a una de ellas-, a modificar su primera voluntad.

*Pero una vez que se produjo la concepción, que las técnicas utilizadas condujeron al resultado querido y buscado por las partes, es claramente inadmisibles que éstas puedan revocar el consentimiento inicial, negando o excluyendo el fruto de lo que libremente habían deseado.*

Por eso es que la parte final del artículo 561 del Código Civil y Comercial es inaceptable e inconstitucional en cuanto admite la revocación del consentimiento “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Es que la disyuntiva es falsa, pues, siempre que hay embrión, es porque se produjo la concepción.

La norma del artículo 19 del Código Civil y Comercial dispone en forma rotunda que *“la existencia de la persona humana comienza con la concepción”*.

Significa que, si se ha producido la unión del gameto masculino con el femenino, si se ha conformado el embrión humano, hay concepción de una persona humana.

La alternativa que presenta el artículo 561 del Código Civil y Comercial para admitir la revocación del consentimiento inicial luego de la conformación del embrión y antes de su implantación es un resabio de la antigua redacción del artículo 19 en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

En ese antecedente normativo se establecía que la vida comenzaba al tiempo de la concepción en el seno materno o al tiempo de la implantación del embrión. Esta distinción que conducía a una inadmisibles diferenciación entre los seres humanos fue afortunadamente dejada de lado, y el Código Civil y Comercial sancionado establece en forma enfática, y sin matices, que la persona humana comienza con la concepción, sin reparar ni atender a que ésta se produzca en el seno materno o a través de técnicas médicas o de fecundación in vitro. Siempre que exista un embrión humano, habrá vida, y estará el germen de una persona humana.

Por eso es absurdo, y contrario a las directivas constitucionales, que todavía pueda sostenerse que los titulares de la procreación voluntaria puedan revocar su consentimiento luego de la concepción, cuando ya existe el embrión, aunque no esté implantado.

De acuerdo con el segundo principio de la filiación que hemos enunciado en el capítulo II de este trabajo, los distintos tipos de filiación, -por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción plena-, “surten los mismos efectos”, lo que impide considerar y seguir afirmando que la concepción se produce en momentos distintos, y admitir que los titulares de la voluntad procreacional puedan desistir o revocar su consentimiento inicial hasta el tiempo de la implantación del ser humano ya concebido.

### VIII. EL VALOR DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS INSTITUCIONES REGULADAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El propósito de este breve trabajo es poner de resalto la importancia de los principios que inspiran y dan fundamento a la organización legal de la filiación.

Es que los principios y los valores jurídicos tienen enorme trascendencia a los efectos de definir la estructura y funcionamiento de las instituciones jurídicas relativas a la persona y la familia.

Su observancia es garantía de una correcta y armoniosa organización social <sup>(19)</sup>.

Al considerar la persona humana, debemos partir del principio que establece el artículo 19 el Código Civil y Comercial, de acuerdo con el cual “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. A la luz de este principio, es obvio que la interrupción voluntaria del embarazo, -el aborto-, es una ley y una práctica de una connotación ilícita innegable, contraria a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos que defienden la vida.

Al tratar el tema de la capacidad de las personas, las distintas respuestas particulares deben adaptarse al principio conforme al cual “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume”, y a la directiva que establece que “las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”.

En materia de derechos personalísimos, la ley sienta como principio general que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

---

(19) Al respecto, es interesante lo que opina García de Solavagione en un reciente trabajo: “En general, los vínculos parentales, las relaciones conyugales, los nexos derivados de la filiación por naturaleza, adoptiva o por voluntad procreacional, las relaciones parentales, la tutela, y el régimen de la legítima hereditaria están gobernados por reglas imperativas insusceptibles de ser modificadas por la voluntad de los particulares. En el campo del derecho familiar existe una restringida autonomía de la voluntad, que se tolera en la medida en que esa particular regulación privada de los efectos de ciertos actos familiares no ataquen los contenidos de orden público que inspiran la respectiva institución familiar”. (García de Solavagione, Alicia; “El concepto “padre” en el universo jurídico. Reordenamiento filiatorio y la socioafectividad”, Revista Código Civil y Comercial, año VIII, número 5, septiembre-octubre 2022, página 156).

Al regular el matrimonio, la ley proclama que, para su existencia, “es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo” y que el consentimiento matrimonial “no puede someterse a modalidad alguna”.

El régimen sucesorio está estructurado sobre la base de la distinción entre herederos forzosos, -que tienen derecho a una porción legítima inviolable-, y herederos legítimos.

En los casos mencionados en los párrafos anteriores, -y en tantos otros-, las distintas instituciones o figuras jurídicas responden a un orden interno, a lineamientos que inspiran y animan su organización.

Del mismo modo, y en lo que se refiere al sistema conforme al cual está regulada la filiación, los principios son los que he enunciado en el capítulo II de este trabajo, y los que he desarrollado en los capítulos siguientes.

Está bien claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, hay sólo tres fuentes de la filiación, la filiación por naturaleza, la que resulta de las técnicas de reproducción humana asistida, y la adopción, y que todas ellas, -excepto el supuesto de la adopción simple-, producen los mismos efectos.

También está claro que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, y que, en la filiación por naturaleza y por las técnicas de reproducción asistida, la madre es la que ha dado a luz al recién nacido.

A la luz de estos principios que están recogidos y proclamados en un Código sancionado hace muy pocos años, es evidente que no hay cabida alguna para la filiación sustentada en la socioafectividad, ni para la pluri-parentalidad, ni para la maternidad subrogada <sup>(20)</sup>.

---

(20) Las ventajas de someterse y observar un régimen legal definido y cierto han sido señaladas por la doctrina: “El Código Civil y Comercial que hoy nos rige no llega todavía a la década de vigencia y, en una de sus cláusulas previó expresamente la imposibilidad de que una persona ostente más de dos vínculos filiales. Sean esas u otras las razones tenidas en cuenta por el legislador, lo cierto es que éste tomó una opción clara, que difícilmente pueda considerarse superada por la realidad sociológica posterior si se considera que el código de hogaño recién da sus primeros pasos. Seguramente la solución resulte insatisfactoria desde algún punto de vista, tan respetable como cualquier otro. Pero justamente la ley existe para resolver aquellas cuestiones en las que tenemos puntos de vista disímiles que disputan en el juego democrático, cada uno con sus méritos”. (Bellotti, Lucas; “¿Qué discutirá la Comisión de Familia en

En algún caso, -del que tuve conocimiento en el marco de la vida profesional-, el interés del hijo por mantener la vigencia del vínculo con dos “padres” en forma simultánea, -el autor de un reconocimiento complaciente y el padre biológico- estaba animado por la perspectiva de heredar a ambos. El planteo se formulaba con el barniz o la excusa de la socioafectividad, pero estaba bien claro que el propósito era dejar abierta y en pie la posibilidad de suceder a ambos, al autor del reconocimiento que no tenía una base cierta, y al progenitor genéticamente vinculado.

Si no queremos que la legislación civil se desperdigue y se diluya en un cúmulo de excepciones y de respuestas particulares, es importante, -diría que trascendental-, afianzar y sostener la vigencia de los principios en los que se basa la organización de la filiación.

El artículo 2 del Código Civil y Comercial subraya que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, *los principios y valores jurídicos*, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

En lo que se refiere a la filiación, hay que sostener los principios en que se funda su organización legal.

Las situaciones que se presenten pueden tener connotaciones especiales o particularidades, pero los jueces y la doctrina deben procurar encauzar las soluciones de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, sin transgredir ni violar los principios y las líneas directrices del sistema instaurado por el reciente Código Civil y Comercial.

No se trata de optar por una postura formal, o por una aplicación literal de las normas; se trata de *resguardar y asegurar la vigencia de los principios* que constituyen la base del ordenamiento jurídico.



# EL DERECHO DE LOS ENFERMOS Y PERSONAS VULNERABLES A LA ASISTENCIA ESPIRITUAL

POR JUAN G. NAVARRO FLORIA (\*)

## I. LA EXPERIENCIA DURANTE LA PANDEMIA DE COVID

La pandemia del COVID-19 que azotó al mundo en 2020 y que aún no tenemos certeza de que haya concluido, ha provocado profundas transformaciones en múltiples ámbitos. Basta pensar en la consolidación de nuevos hábitos y formas de organización del trabajo en muchas actividades, en las que se ha vuelto normal el teletrabajo, con lo que eso implica de modificación de la organización familiar y doméstica, por ejemplo. Para muchas personas, especialmente quienes imprevistamente sufrieron la pérdida de familiares o amigos cercanos, ha sido también un sacudón de las conciencias: de pronto, todos fuimos más conscientes de la fragilidad y la finitud de la vida humana.

Uno de los aspectos más conmovedores, tanto para quienes transitaron la enfermedad como para sus familiares y amigos, pero también para el personal sanitario y otras personas que debieron interactuar con ellos, fue la imposición de fuertes restricciones y prohibiciones de contacto humano. Todos conocemos casos muy dolorosos de personas que sufrieron una internación y, en muchos casos, murieron en aislamiento y soledad, imposibilitados de despedirse de sus seres queridos y de recibir apoyo y compañía en esas circunstancias cruciales. Y como consecuencia, también conocimos el sufrimiento de quienes no pudieron estrechar la mano o decir una palabra de afecto a cónyuges, padres o madres, o personas a las que en circunstancias normales hubiéramos acompañado.

---

(\*) Pontificia Universidad Católica Argentina.

Mucho se ha escrito acerca del valor incluso terapéutico de la cercanía de los afectos en situaciones tan dramáticas. En la Argentina como en otros países fue causa de particular indignación saber que algunos poderosos mantenían su vida social e incluso sus festejos mientras a la mayor parte de la población se la sometía a aislamiento riguroso. Entre las muchas libertades que se vieron afectadas, estuvo ciertamente la libertad religiosa, y de múltiples maneras <sup>(1)</sup>. Una afectación muy clara fue la prohibición –demasiado extendida en el tiempo, y luego apenas morigerada con autorizaciones caracterizadas por restricciones carentes de razonabilidad- de realizar celebraciones religiosas y actos colectivos de culto. Pero otra restricción fue la impuesta a la asistencia espiritual o religiosa, especialmente de personas internadas en hospitales o lugares similares.

No volveremos aquí sobre las cuestiones concretas suscitadas durante la pandemia, y las (muchas) críticas que merece la profusa y errática normativa producida en ese tiempo tanto a nivel nacional como provincial e incluso municipal, mayormente al margen de las estrictas pautas que los tratados internacionales de derechos humanos establecen para permitir restricciones a los derechos fundamentales. Sirva solamente el recuerdo de esa circunstancia como punto de partida para hacer algunas consideraciones sobre algo que trasciende una pandemia concreta (por impactante que ella haya sido) y tiene valor permanente.

Para decirlo de manera simple, el Derecho debe prestar atención a todas las dimensiones de la persona, incluyendo la dimensión espiritual. Y en relación con ella, el derecho a la asistencia religiosa, como derivación o concreción del derecho fundamental a la libertad religiosa, adquiere una importancia superlativa <sup>(2)</sup>.

## II. EL DERECHO A LA ASISTENCIA RELIGIOSA

El derecho a la asistencia religiosa es una de las concreciones del derecho a la libertad religiosa y de conciencia garantizado por los princi-

---

(1) En general sobre este tema, ver MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier y RODRIGO, María Belén (coords.), “COVID-19 y libertad religiosa”, IUSTEL, Madrid, 2021 (ISBN 978-84-9890-398-0); y dentro de ese libro y en relación a la Argentina, NAVARRO FLORIA, Juan G., “La pandemia y la libertad religiosa en la Argentina: algunas reflexiones”; y del mismo autor, “Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?”. ED 287-523, 8/4/2020.

(2) Cfr., entre muchos, MANTECÓN SANCHO, Joaquín, “La asistencia religiosa en España”, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, XXIV (2008), p.455.



pales tratados internacionales de derechos humanos y por lo tanto, para nosotros, por la Constitución Nacional.

Ese derecho tiene una doble vertiente. Por una parte es el derecho de las personas, cualquiera sea su pertenencia o convicción religiosa, a recibir el apoyo y asistencia de la comunidad a la que pertenece (normalmente, por intermedio de los ministros de culto) en toda circunstancia y, muy particularmente, en la situación que nos ocupa: la internación hospitalaria y sus sucedáneos. Por otra parte, es el derecho de las iglesias y comunidades religiosas a brindar asistencia religiosa a sus fieles o adherentes, y para ello recibir las facilidades necesarias para llegar a ellos aun cuando se encuentren en situaciones de relativo aislamiento como es la internación hospitalaria <sup>(3)</sup>.

Este segundo aspecto (el derecho de las confesiones religiosas a brindar asistencia a sus fieles) se engarza con uno de los principios básicos del Derecho Eclesiástico del Estado, que es el principio de cooperación, complemento y contracara del principio de separación o autonomía de las esferas secular y religiosa. Esa separación no impide que exista colaboración entre ambas. Por ejemplo, en la materia que nos ocupa, facilitando el acceso de los ministros de culto a los hospitales, o su libre tránsito y estacionamiento cuando son convocados para asistir a los enfermos <sup>(4)</sup>.

El derecho de asistencia en su primera acepción (el derecho de las personas a recibirla) normalmente se ejerce acudiendo el fiel al lugar donde la asistencia religiosa se brinda. Pero en ocasiones, como por ejemplo en caso de hallarse hospitalizado, eso no es posible. Y se trata justamente de una situación donde la necesidad del auxilio espiritual puede resultar particularmente apremiante.

La obligación de facilitar la asistencia religiosa, puede ser cumplida por el Estado de diversos modos:

---

(3) Lo mismo cabe decir respecto de otras situaciones donde las personas también encuentran restringida de hecho o de derecho la posibilidad de acudir por sí mismas a los lugares de culto o de asistencia religiosa regular, como puede ser el caso de quienes están privados de la libertad, sujetos a un régimen militar, y casos similares.

(4) En la ciudad de Buenos Aires, la Ley 525 admite reservar espacios para libre estacionamiento de vehículos destinados al servicio sacerdotal de urgencia católico y a los servicios similares de otros credos (art. 2, inc. e), debiendo todos ellos requerir el permiso específico por medio de la Secretaría de Culto (Decreto 1248/04).

a) puede integrar orgánicamente en su estructura a ministros de culto destinados a la asistencia religiosa (capellanes), a sueldo del propio Estado;

b) puede facilitar la asistencia mediante acuerdos o convenios con las confesiones religiosas (quienes se hacen cargo total o parcialmente del costo del servicio religioso) a las que otorga facilidades para la presencia de sus ministros de culto en los hospitales o lugares de internación;

c) puede facilitar unilateralmente el ingreso de los ministros de culto a los lugares de residencia de los fieles que los requieren, aun en horarios o situaciones donde no se admite el ingreso de otras personas;

d) o bien puede facilitar la salida de quienes demandan asistencia religiosa, para ir al encuentro de los ministros habilitados para brindarla (supuesto éste que -sin embargo- puede resultar fácticamente inviable si la persona debe permanecer internada).

Los diversos sistemas pueden también coexistir, aplicando a una u otra confesión religiosa en atención a sus particularidades. Por ejemplo, organizando capellanías para las confesiones religiosas mayoritarias o extendidas que justifiquen ese ministerio estable, y recurriendo a alguno de los otros sistemas a favor de grupos religiosos minoritarios o sus miembros, cuando por su número no justifiquen contar con un capellán estable.

Hablamos de “asistencia espiritual”, o “religiosa”. Ella puede revestir diversas formas, dependiendo de la fe profesada por cada persona. En algunos casos se tratará de un contacto personal, diálogo, con un ministro de culto, o en su defecto con voluntarios idóneos que acompañen a la persona internada <sup>(5)</sup>. En otros casos se requerirán rituales más o menos complejos, posibilidad de acceso a objetos de veneración, e incluso el cumplimiento de normas dietarias. En la hora final, las distintas religiones prevén ritos específicos de bendición, disposición del cadáver, sepultura, oraciones, etcétera (ya no será obviamente una asistencia espiritual o religiosa al fallecido, pero sí a sus familiares cercanos).

Las personas afectadas en su salud física o mental y además internadas en un hospital, se encuentran en situación de vulnerabilidad en la que no siempre le es posible expresar su voluntad adecuadamente, y es-

---

(5) En el caso de la Iglesia Católica, sólo el sacerdote podrá brindar a la persona internada el sacramento de la reconciliación, pero el acompañamiento espiritual lo podrán realizar religiosas, religiosos o laicos preparados, quienes también pueden llevar la Eucaristía a los pacientes.

tán expuestas a situaciones de desamparo y soledad. Aun personas que no tienen una práctica religiosa habitual, en esas situaciones demandan asistencia religiosa, que el Estado debería garantizarles, según las convicciones o deseos del requirente, habilitando alguno de los sistemas antes mencionados. La asistencia religiosa a las personas internadas no es un privilegio otorgado a alguna confesión religiosa, sino un derecho fundamental de la propia persona, que debe ser garantizado y facilitado en su ejercicio.

Aunque no es una norma vinculante para los estados, cabe mencionar que la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente de la Asamblea Médica Mundial <sup>(6)</sup>, bajo el título “Derecho a la Asistencia Religiosa” proclama que “El paciente tiene derecho a recibir o rechazar asistencia espiritual y moral, inclusive la de un representante de su religión”. También el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina <sup>(7)</sup> establece que “Todo paciente tiene derecho a recibir apoyo emocional y a solicitar ayuda espiritual o religiosa de personas de su elección” (art. 79). Ciertamente, lo que venimos exponiendo no es una originalidad argentina: el derecho de asistencia religiosa en los hospitales está garantizado en los más diversos ordenamientos jurídicos del mundo <sup>(8)</sup>.

En la Argentina la organización federal del Estado hace que junto a la existencia de algunos establecimientos hospitalarios o de internación sujetos a la jurisdicción federal, haya una enorme mayoría de hospitales, clínicas y similares sujetos a la regulación y control de las provincias, que conservan la responsabilidad primaria en la materia por no haber sido delegada en el gobierno federal. Por lo tanto, nos encontramos con una gran dispersión de normas que se refieren a la materia, y que es imposi-

---

(6) Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, octubre 2005.

(7) <http://www.legisalud.gov.ar/pdf/ama.pdf>

(8) Por ejemplo, sobre el caso español, ver MORENO ANTÓN, María, “La asistencia religiosa”, en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan G. (coordinadores), “La libertad religiosa en España y Argentina”, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, pp.106-112. Sobre la situación en los Estados Unidos, donde hay también un extendido sistema de capellanías hospitalarias, BOOTHBY, Lee, “Protecting freedom of religion or belief in restricted or institutional settings”, en LINDHOLM, Tore, DURHAM, W. Cole (editores), “Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook”, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p.421.

ble abarcar en su totalidad <sup>(9)</sup>. Vamos por lo tanto a intentar una mirada a las normas referidas a algunas situaciones particulares, especialmente a raíz de la existencia de novedades legislativas tanto en el orden nacional como provincial que llaman la atención.

En general las provincias han previsto, de derecho o de hecho, la prestación de asistencia religiosa en los hospitales que poseen o que regulan. De lo que se trata es de prestar auxilios espirituales a las personas internadas, y eventualmente a sus acompañantes. Aunque no faltan casos en los que la cuestión está distorsionada. Así por ejemplo, en la provincia de Santiago del Estero, si nos atenemos a un antiguo decreto reglamentario del funcionamiento de los hospitales públicos <sup>(10)</sup>, las cosas están invertidas en varios sentidos. Se prevé la existencia de un cuerpo de religiosas en el hospital, y que el capellán (se entiende que católico) deba colaborar con ellas. Al capellán se le encomiendan los “oficios religiosos” y se lo faculta a “difundir dentro del establecimiento y en las horas que la Dirección establezca la doctrina cristiana y los preceptos morales”, pero al mismo tiempo se lo conmina a no interferir “dentro del hospital la propaganda de predicadores de otras religiones que pudieran interesarse en difundir su fe”, lo que parece dar una curiosa prevalencia al proselitismo no católico por sobre la presencia católica, y al proselitismo en general por sobre la asistencia religiosa propiamente dicha. En lo que se refiere específicamente a la asistencia religiosa se dice que el capellán “Proveerá los auxilios religiosos a cuanto enfermo lo solicitare y acudirá cualesquiera fuere la hora a los pedidos de auxilio religioso que formulen los enfermos graves” (art. 210).

Cabe anotar que si bien en estas líneas enfocamos la mirada en el caso argentino, el derecho a la asistencia espiritual o religiosa está presente en todo el mundo, incluso en países de tradición acendradamente laicista <sup>(11)</sup>, como Francia <sup>(12)</sup>.

---

(9) Por ejemplo, en relación a la Ciudad de Buenos Aires, ver NAVARRO FLORIA, Juan G., “La asistencia religiosa en los hospitales”, LL Sup. Const. 2016 (agosto), 22/08/2016, 11 - LA LEY 2016-E, 10

Cita Online: AR/DOC/2347/2016.

(10) Decreto 159/1959.

(11) Cfr. IBAN, Iván, “Presencia de la religión en establecimientos públicos: asistencia religiosa”, en FERRARI, Silvio e IBÁN, Iván, “Derecho y religión en Europa Occidental”, McGraw Hill, Madrid, 1998, p.120.

(12) La ley francesa de separación de Iglesia y Estado de diciembre de 1905, prevé que en los presupuestos estatales se incluyan “los gastos relativos a los servicios de capellanes y destinados a asegurar el libre ejercicio de los cultos en los establecimientos públicos, como liceos, colegios, escuelas, hospicios, asilos y prisiones”.

Por poner sólo un ejemplo, en España el derecho a la asistencia religiosa está previsto tanto en los acuerdos del Estado español con la Santa Sede, respecto de los católicos <sup>(13)</sup>, como en los acuerdos de cooperación firmados con otras confesiones religiosas de notorio arraigo (evangélicos, musulmanes y judíos) <sup>(14)</sup>.

### III. LAS LEYES DE DERECHOS DEL PACIENTE

Si dejamos de lado otros ámbitos de asistencia religiosa (penitenciario, militar...) y nos limitamos al ámbito hospitalario y a los pacientes allí internados, el marco normativo más amplio en la materia está dado a nivel nacional por la ley 26.529 de derechos del paciente. En ella se dice, por ejemplo, que el paciente tiene derecho a recibir asistencia médica sin distinción alguna producto de sus creencias religiosas (art. 2.a) –lo que es obvio y está muy bien- y también que “El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales” (art. 2.b), derecho que la ley hace extensivo a sus familiares y acompañantes.

Podría decirse que el derecho a la asistencia religiosa está implícito en esos reconocimientos, porque es el modo práctico de respetar las creencias del paciente. Sin embargo, hubiera sido preferible que se lo reconociese de manera explícita y diferenciada, para evitar cualquier duda al respecto. Hay aquí una carencia en la norma.

---

(13) Acuerdo sobre asuntos jurídicos del 3 de enero de 1979: “El Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos. El régimen de asistencia religiosa católica y la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros mencionadas que sean de carácter público serán regulados de común acuerdo entre las competentes Autoridades de la Iglesia y del Estado. En todo caso, quedará salvaguardado el derecho a la libertad religiosa de las personas y el debido respeto a sus principios religiosos y éticos”. Existe abundante legislación nacional y autonómica en la materia (cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, José M., “Coordenadas actuales de la asistencia religiosa en dependencias públicas (civiles)”, en NAVARRO VALLS, Rafael, MARTÍNEZ TORRÓN, Javier y MANTECÓN SANCHO, Joaquín, “La libertad religiosa y su regulación legal”, Madrid, IUSTEL, 2009, P.699).

(14) Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992, artículo 9. Ver entre otros: FERNÁNDEZ-CORONADO, A., PÉREZ ÁLVAREZ, S., Nuevas claves jurídicas de la asistencia religiosa en España, Valencia, 2018 y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos, Los ministros de culto encargados de la prestación de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, prisiones, hospitales y en otros centros públicos similares, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, nº 57, 2021, pp. 1-60.

La mayor parte de las provincias han adherido a la ley nacional <sup>(15)</sup>, limitándose en algunos casos a designar u organizar una autoridad local de aplicación, aunque algunas han legislado de manera autónoma.

Mendoza ha legislado específicamente sobre la asistencia religiosa a los pacientes de manera concisa y clara. Dice la ley 8173 <sup>(16)</sup>: “Autorízase a los ministros pertenecientes a instituciones religiosas reconocidas e inscriptas en el Registro Nacional de Cultos de la Nación y que acrediten tal condición, a acceder a los efectores de salud públicos o privados, estatales o no, para brindar asistencia espiritual a las personas que deseen recibirla” (art. 1). La norma merece dos comentarios:

a) La referencia a instituciones inscriptas en el Registro nacional de Cultos deja fuera a los ministros religiosos católicos <sup>(17)</sup>, aunque es claro que ellos gozan del mismo derecho. La redacción puede deberse a una desatención del legislador, o a la suposición de que el derecho de ingreso de los ministros católicos no está en discusión, pero en todo caso es evidente que también lo tienen; y

b) La cuestión está resuelta desde el punto de vista de las confesiones religiosas y sus ministros, como un derecho de ellos, pero también es claro que ese derecho es función del derecho correlativo de los fieles de requerir la asistencia religiosa. Está bien garantizar el acceso de los ministros de culto, pero sería mejor garantizar el derecho de los pacientes internados a requerir su presencia.

Un caso particular en esta misma provincia es su ley sobre derechos en el parto y de la persona recién nacida <sup>(18)</sup>, que establece que toda mujer en el trabajo de parto y el postparto tiene derecho “A ser tratada con respeto en su tránsito por la maternidad, de modo individual y personalizado que garantice su intimidad durante todo el proceso asistencial y teniendo en cuenta sus condiciones psico-socio-afectivas, intelectuales,

---

(15) Buenos Aires, ley 14.464 (BO 25/2/2013); Catamarca, ley 5325 (BO 12/7/2011); Chubut, ley I-436 (BO 17/1/2011); Corrientes, ley 5971 (BO 9/6/2010); Jujuy, ley 5645 (BO 23/7/2010); La Pampa, ley 2990 (BO 16/6/2017); La Rioja, ley 9585 (BO 4/11/2014); Santa Cruz (ley 3288, BO 30/10/2012); Tierra del Fuego, ley 885 (BO 30/7/2012).

(16) BO 28/5/2010

(17) La ley 21.745 que organiza el Registro es clara al decir que sólo incluye a las organizaciones religiosas distintas de la Iglesia Católica Apostólica Romana, que cuenta con un régimen propio (cfr. NAVARRO FLORIA, Juan G., “La personalidad jurídica de iglesias, confesiones y comunidades religiosas”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-2, p.113).

(18) Ley 8130 (BO 14/1/2010)

ambientales y en la diversidad de cultura y creencias” (art. 2.c). No es difícil alojar allí el derecho a la asistencia religiosa, aunque no se la mencione en forma expresa, sobre todo por la existencia de la norma general antes transcrita.

También Formosa cuenta con una ley de Derechos del paciente <sup>(19)</sup>, que es anterior a la ley nacional, y entre ellos enuncia el de “Recibir o rechazar la asistencia espiritual o moral” (art. 2.p). La misma formulación presenta la ley de Tucumán <sup>(20)</sup>, también anterior a la ley nacional.

La ley de Neuquén <sup>(21)</sup>, igualmente previa a la ley nacional, contiene una norma original según la cual “Todos los pacientes tienen derecho a que, en la instrumentación de su asistencia, se respeten su identidad cultural, sus creencias y costumbres. Las actitudes de desconsideración o menosprecio y todo género de violencia o coacción sobre los pacientes serán consideradas faltas gravísimas y habilitarán los procedimientos que las normas establezcan para disponer la responsabilidad de sus autores y las medidas disciplinarias que correspondan” (art. 4.j). Además, establece expresamente que “Todos los pacientes tienen derecho a recibir y rechazar asistencia religiosa, moral y espiritual, inclusive la de un representante de su religión, mientras recibe atención sanitaria” (art. 4.l).

La ley de Río Negro <sup>(22)</sup> reconoce a los pacientes el derecho de “Recibir o rechazar la asistencia espiritual y moral” (art. 2.p) y aclara que el respeto de ese derecho es responsabilidad tanto de los profesionales como de los centros de salud.

En idénticos términos, la ley de Derechos del paciente de Tucumán <sup>(23)</sup> incluye, entre ellos, el derecho de “recibir o rechazar la asistencia espiritual o moral” (art. 1 inc.17).

Chaco, en cambio, aprobó una “Declaración de los Derechos de los Pacientes” <sup>(24)</sup>, pero que no contempla el derecho a la asistencia religiosa. Tampoco lo niega.

Es de lamentar que al dictarse la ley nacional en la materia no se hayan tenido en cuenta los antecedentes provinciales que, correctamente,

---

(19) Ley 1255 (BO 23/12/1997).

(20) Ley 6952 (BO 4/5/1999), art. 1.17.

(21) Ley 2611 (BO 24/10/2008).

(22) Ley 3076 de Derechos del Paciente, BO 21/4/1997.

(23) Ley 6952 (BO 4/5/1999).

(24) Ley 6649 (BO 20/10/2010).

habían previsto de modo explícito el derecho a la asistencia religiosa. Y que esa omisión se haya trasladado a las leyes provinciales posteriores a la ley nacional en la materia. Desde luego, nadie podría pensar que el derecho a recibir asistencia religiosa ha desaparecido porque la ley nacional, y las leyes provinciales que la siguieron o adhirieron a ella, hayan omitido darle un reconocimiento más contundente. Pero esa omisión habla de un descuido del legislador que podría incluso pensarse como una inconstitucionalidad por omisión.

El tema que nos ocupa puede verse también en la normativa referida a situaciones o lugares en particular, a los que atenderemos a continuación.

#### **IV. LA LEY 27.674 Y LA ASISTENCIA ESPIRITUAL A LOS NIÑOS**

El Congreso nacional aprobó recientemente una ley, que lleva el número 27.674 <sup>(25)</sup> titulada “Régimen de protección integral del niño, niña y adolescente con cáncer”. Su objeto (art. 1) es el que resulta de su título, y tiene en mente a niños con residencia permanente en el país con la finalidad de “reducir la morbilidad por cáncer en niños, niñas y adolescentes y garantizarle sus derechos” (art. 2). Objeto sin duda noble y plausible.

No entramos aquí específicamente en lo que quiere hacer la ley por la penosa y conmovedora situación de los niños que cursan un cáncer. Pero el verdadero alcance de la ley es mucho más amplio que lo que indica su título, porque en su artículo 4º enumera una serie de derechos de los “niños, niñas y adolescentes que padecen cáncer y todo niño, niña y adolescente hospitalizado/a en general” (sic). Es decir, cualquiera sea su enfermedad o causa de internación, sea o no cáncer. Posiblemente el legislador consideró –acertadamente– que la preocupación por los enfermos de cáncer no debía hacer olvidar al resto de los niños. En todo caso, lo cierto es que ha creado un estatuto general, más allá de algunas previsiones específicas referidas a la enfermedad que motiva el dictado de la ley.

Los derechos que se reconoce a todos los niños hospitalizados, y que por cierto parecen indiscutibles, son los siguientes:

---

(25) BO 18/7/2022



“a) A recibir los mejores cuidados disponibles, priorizando el tratamiento ambulatorio, siendo la estancia en el hospital lo más breve posible de acuerdo al tratamiento;

“b) A estar acompañado/a de sus referentes familiares o de cuidado. Estas personas podrán participar de la estancia hospitalaria, sin que les comporte costos adicionales ni obstaculice el tratamiento del niño, niña o adolescente;

“c) A recibir información sobre su enfermedad y su tratamiento, de una forma que pueda comprenderla con facilidad y pudiendo tomar decisiones, con la asistencia de sus progenitores cuando fuera necesario;

“d) Al consentimiento informado, conforme a lo establecido en el artículo 26 del Código Civil y Comercial;

“e) A recibir una atención individualizada, con el mismo profesional de referencia;

“f) A que sus referentes familiares o de cuidado reciban toda la información sobre la enfermedad y el bienestar del niño, niña o adolescente, siempre y cuando se respete el derecho a la intimidad de estos últimos, y que puedan expresar su conformidad con los tratamientos que se le aplican;

“g) A recibir acompañamiento psicológico, tanto ellos como sus referentes familiares o de cuidado;

“h) A rechazar medicamentos y tratamientos experimentales;

“i) Al descanso, el esparcimiento y el juego;

“j) A la educación;

“k) A recibir tratamiento del dolor y cuidados paliativos <sup>(26)</sup>”.

Ninguno de esos derechos parece cuestionable. Podríamos preguntarnos por el costo de hacer efectivo alguno de ellos, y por quién es el obligado a proveer su satisfacción <sup>(27)</sup>. También provoca dudas el alcance de la norma, ya que invita a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires

---

(26) Esta previsión hace juego con la casi simultánea ley 27.678 de cuidados paliativos (BO 21/7/2022), como veremos en seguida.

(27) De eso se ocupan otros artículos de la ley para el caso específico de los niños con cáncer (arts. 8, 9 y concordantes, que no parecen ser aplicables al conjunto de los niños hospitalizados).

a adherir a ella (art. 15), lo que hace preguntarse qué ocurre si alguna no decide tal adhesión <sup>(28)</sup>. Algunas provincias ya han legislado sobre el mismo tema más ampliamente, como Chaco <sup>(29)</sup> o Tierra del Fuego <sup>(30)</sup>.

La norma debe ser leída en conjunto con la Ley de Derechos del Paciente, y con el Código Civil y Comercial, al que hace referencia; y dentro de éste es ineludible la referencia al art. 26 en cuanto define la competencia de los niños en la toma de decisiones acerca del cuidado de su propio cuerpo y de su salud.

Pero en razón del objeto de este trabajo, conviene notar una omisión: entre los derechos que se enuncian no se menciona el derecho a recibir asistencia espiritual, sea el niño hospitalizado como sus “referentes familiares o de cuidado”, como los denomina la ley.

Se menciona, como no podría ser de otro modo, el derecho a la asistencia médica, incluyendo los cuidados paliativos, que han sido objeto de otra ley reciente a la que nos referiremos en seguida. También el derecho a la asistencia o acompañamiento psicológico. No así a la asistencia espiritual, que es otra cosa diferente.

No se comprende el porqué de la omisión, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de derechos y no de deberes. Ciertamente a nadie (sea niño o mayor de edad) se le puede imponer la recepción de asistencia espiritual contra su voluntad (como tampoco se le puede imponer el acompañamiento psicológico, o el juego y esparcimiento, si no los desea). Pero nada costaba abrir esa posibilidad. Volveremos más adelante sobre los niños.

---

(28) Varias provincias ya han formalizado su adhesión. Así, Salta (ley 8339, BO 13/10/2022), Tucumán (ley 9584 -BO 27/9/2022- que modifica a una ley propia previa, 8277, adhiriendo a la ley nacional), Chubut (ley I-739, BO 29/9/2022).

(29) Ley 3460-G (BO 7/9/2022) de creación del “programa PATU”, aplicable “a todos los casos detectados de pacientes oncológicos hasta la edad de dieciocho (18) años inclusive” y que regula derechos y obligaciones de una cantidad de sujetos implicados en la cuestión. La ley adhiere “parcialmente” a la ley nacional 27.674: únicamente a sus artículos 3, 4°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12 y 13.

(30) Ley 1438 (BO 22/9/2022). Esta ley propone como “principios” la “igualdad y no discriminación” y un “cuidado integral” (art. 6). Enumera una cantidad de derechos de los pacientes entre los que no menciona la asistencia espiritual.

## V. LA LEY DE CUIDADOS PALIATIVOS

Casi simultáneamente fue aprobada la ley 27.678 “de cuidados paliativos” <sup>(31)</sup>, que “tiene por objeto asegurar el acceso de los pacientes a las prestaciones integrales sobre cuidados paliativos en sus distintas modalidades, en el ámbito público, privado y de la seguridad social y el acompañamiento a sus familias” (art. 1). Esta ley se aplica a personas o pacientes de cualquier edad. También en este caso se ha producido la adhesión de varias provincias <sup>(32)</sup>, mientras que otras ya contaban con legislación previa a la nacional <sup>(33)</sup>.

En esta ley sí se mencionan expresamente las necesidades “espirituales de los pacientes que padecen enfermedades amenazantes y/o limitantes para la vida” (art. 2.a), que deben ser tenidas en cuenta junto con las necesidades físicas, psíquicas y sociales, aunque luego la ley no ofrece ningún desarrollo al respecto, ni prevé cómo serán atendidas esas necesidades.

Sólo algunas de las varias leyes provinciales sobre cuidados paliativos contienen referencias indirectas a la asistencia espiritual. Así, la de Catamarca <sup>(34)</sup> encomienda a las unidades de cuidados paliativos “prestar apoyo en el tratamiento espiritual de los enfermos” (art. 17.III). La ley del Chaco <sup>(35)</sup> establece como principio “integrar los aspectos psicológicos, sociales y espirituales del tratamiento” (art. 3), y manda adecuar los tratamientos a las “creencias particulares de cada paciente” (art. 10.f).

Más allá de esas menciones, en todas las normas provinciales, igual que en la nacional, se predica la interdisciplinariedad, y se prevé la intervención de voluntarios, pero no se incluye expresamente entre los convocados a colaborar con los cuidados paliativos a ministros de culto o asistentes religiosos.

---

(31) BO 21/7/2022.

(32) Entre ellas Tucumán (ley 9583, BO 27/9/2022), La Pampa (ley 3478, BO 30/9/2022), Chubut (ley I-738, BO 29/9/2022).

(33) Ver al respecto MARRAMA, Silvia, “Vulnerabilidad en el final de la vida humana: leyes provinciales y proyecto de ley nacional de cuidados paliativos” [en línea]. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. 2022, Abril Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/13803>

(34) Ley 5488, BO 11/11/2016.

(35) Ley 7129, BO 7/12/2012.

Es interesante notar que ya la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores <sup>(36)</sup> reconocía a éstas el derecho a los cuidados paliativos (arts. 11 y 19). Aunque lamentablemente entre los múltiples derechos que se les reconocen también en ese caso se ha omitido mencionar a la libertad religiosa y, en particular, el derecho a recibir asistencia religiosa según sus convicciones o elección. Lo que naturalmente no implica negar su existencia. También la ley de Derechos del Paciente que ya hemos mencionado, reconoce genéricamente el derecho a los cuidados paliativos (art. 5 inc.h), sin describirlos.

Un documento reciente de la Santa Sede sobre este tema <sup>(37)</sup> destaca la importancia de la asistencia espiritual a los enfermos y sus familiares, a la que caracteriza como “parte de los cuidados paliativos”, destacando que “todo hombre tiene el derecho natural de ser atendido en esta hora suprema según las expresiones de la religión que profesa” (#10). Lo mismo podrían decir las demás religiones.

Si hay algún momento en la vida en el que urge contar con una asistencia espiritual que conforte y prepare para lo que ha de suceder, es el de la víspera de la muerte. Son innumerables los ejemplos de personas que durante toda su vida se mantuvieron alejadas de la religión e incluso hostiles a ella, pero que llegando a sus momentos finales pidieron y agradecieron los auxilios espirituales que las confortaran. Por eso resulta bastante inexplicable que, luego de reconocer la ley de cuidados paliativos la existencia de “necesidades espirituales” de los enfermos terminales e incurables que necesitan ser atendidas, no se haya siquiera mencionado el modo de atender a esas necesidades.

## **VI. ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS PERSONAS MAYORES**

Señalamos antes que la Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores guarda silencio sobre su derecho a recibir asistencia religiosa, y sobre su libertad religiosa en general. Pero hay que

---

(36) Aprobada por la Argentina por Ley 27.360 (BO 31/5/2017). La ley 27.700 (BO 30/11/2022) ha dotado a esta convención de jerarquía constitucional.

(37) Carta “Samaritanus bonus” de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el cuidado de las personas en las fases críticas y terminales de la vida, 22.09.2020

notar que algunas provincias sí se han ocupado del tema en su legislación propia sobre este grupo etario <sup>(38)</sup>.

La ley del Chaco <sup>(39)</sup> específicamente enuncia como derecho fundamental de los adultos mayores el de “Asistencia moral y espiritual conforme a sus creencias religiosas” (art. 8.d). Mientras que otra ley <sup>(40)</sup> obliga a “Asegurar a los ancianos a través de la familia, la sociedad y el Estado, la consecución de los siguientes derechos: ... 1) Asistencia espiritual conforme con sus creencias religiosas” (art. 4)

La ley de Corrientes <sup>(41)</sup> garantiza a los adultos mayores el derecho a “tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el estado de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo, si es necesario, con la orientación de sus familiares o encargados de los mismos” (art. 12.a); y se impone a las organizaciones que presten servicios a los adultos mayores el respeto de su integridad espiritual (art. 37). Significativamente en el “Consejo Participativo Provincial del Adulto Mayor” se incluye a “un representante de las Iglesias que desarrollen actividades con y/o para adultos mayores” (art. 26). Según otra norma anterior <sup>(42)</sup>, “Los establecimientos geriátricos deberán respetar las creencias particulares de cada uno de los internos” (art. 12).

También la ley de La Rioja <sup>(43)</sup> garantiza a los adultos mayores el derecho de “Tener sus propias ideas, creencias, o culto religioso, según el estado de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo, si es necesario, con la orientación de sus familiares o encargados de los mismos” (art. 9.7)

---

(38) Otras lo omiten, como Chubut (ley 4332, BO 18/12/1997), aunque la ley que regula los geriátricos dice que “Se deben respetar las creencias particulares de cada uno de los residentes ancianos y fomentar la recreación con terapia ocupacional y demás actividades que contribuyan al bienestar de los mismos” (ley 4408, BO 25/9/1988, art. 10); Entre Ríos (Ley 9823, BO 10/1/2008); Misiones (LEY 3920, BO 17/1/2003); Santa Cruz (ley 2912, BO 26/9/2006); La Pampa (Ley 2130, BO 12/11/2004); Córdoba (ley 7872, BO 28/12/1989); Buenos Aires (ley 14.263, BO 15/7/2011); San Luis (ley I-0016-2004, BO 28/4/2004).

(39) Ley 7942 (BO 11/1/2017).

(40) Ley 4964 (BO 10/12/2001).

(41) Ley 6243 (BO 4/2/2014), ADLA LXXIV-A-734.

(42) Ley 4549 (BO 30/8/1991).

(43) Ley 9623 (BO 6/2/2015).

En Catamarca <sup>(44)</sup> se enuncia como un “criterio rector de las políticas públicas” respecto de las personas mayores el derecho a “disfrutar de sus derechos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias...” (art. 3.4.e), aunque la ley que regula a los establecimientos geriátricos <sup>(45)</sup> nada dice de la asistencia espiritual.

La ley de Río Negro <sup>(46)</sup> exige que a los adultos mayores internados en residencias permanentes o temporarias les sean respetadas “sus creencias ideológicas o religiosas” (art. 17.m) sin expresa referencia al derecho de asistencia religiosa, pero que se combina con el derecho a “Recibir visitas sin restricción de días u horarios y con privacidad” (art. 17.b).

En la Ciudad de Buenos Aires <sup>(47)</sup> no se menciona específicamente el derecho a la asistencia religiosa pero sí el de las personas mayores internadas en geriátricos a recibir visitas (art. 5.l), que naturalmente debería incluir a los ministros de culto.

En Santiago del Estero <sup>(48)</sup> los “establecimientos residenciales para adultos mayores” deben garantizar a los residentes una “atención individualizada y personalizada, de acuerdo a sus necesidades personales, culturales y religiosas” (art. 12.2).

En San Juan <sup>(49)</sup> “Las residencias geriátricas deberán respetar la decisión del anciano de internarse, las creencias particulares de cada uno, evitando cualquier discriminación social, política y religiosa, fomentando además la recreación espiritual y terapia ocupacional o cualquier distracción que ayude al mejor pasar de los ancianos” (art. 18) y se garantiza a los pacientes el derecho a recibir visitas y a “la privacidad en la comunicación con las personas que desee” (art. 19.k).

En Entre Ríos la ley de “residencias gerontológicas de larga estada” <sup>(50)</sup> se limita a reconocer a los residentes el derecho “A ser escu-

---

(44) Ley 5143 (BO 11/1/2005). Las “personas mayores” son en este caso las mayores de 65 años.

(45) Ley 5056 (BO 8/2/2002).

(46) Ley 5071 (BO 22/10/2015),

(47) Ley 5670 (BO 13/12/2016).

(48) Ley 71049 (BO 3/7/2014)

(49) Ley 1626-S (BO 26/9/2017), texto que reproduce el art. 19 de la anterior Ley 6822 (BO 8/4/1998).

(50) Ley 10.932 (BO 15/11/2021). La ley 9823 sobre servicios gerontológicos y geriátricos (BO 10/1/2008) no toca el tema.

chados y respetados en sus necesidades, intereses y deseos; privacidad e intimidad; creencias religiosas/políticas y opción sexual” (art. 37) sin ninguna previsión específica de la asistencia religiosa.

Con bastante vaguedad, la ley de Tucumán sobre residencias geriátricas y derechos de las personas allí alojadas <sup>(51)</sup> expresa que “Las residencias geriátricas deberán respetar la decisión del anciano de internarse, las creencias particulares de cada uno, evitando cualquier discriminación social, política y religiosa, fomentando además la recreación espiritual y la terapia ocupacional o cualquier distracción que ayude al bienestar” (art. 18). Según sus términos, la asistencia espiritual sería una suerte de recreación.

En La Pampa, la ley sobre establecimientos geriátricos <sup>(52)</sup> guarda silencio sobre el tema, lo mismo que la ley de Misiones <sup>(53)</sup> y la de San Luis <sup>(54)</sup>.

La ley de Chubut que regula los hogares geriátricos privados <sup>(55)</sup> sólo dispone genéricamente que “Se deben respetar las creencias particulares de cada uno de los residentes ancianos y fomentar la recreación con terapia ocupacional y demás actividades que contribuyan al bienestar de los mismos” (art. 10).

Vemos entonces que hay un reconocimiento desigual, según de qué provincia se trate, del derecho de los ancianos a recibir asistencia religiosa, especialmente aquellos que se encuentran internados en hogares, geriátricos o instituciones similares. Hay que notar que a diferencia de las internaciones hospitalarias en general, normalmente de corta duración y por situaciones específicas, en el caso de los establecimientos geriátricos nos encontramos en general con internaciones de tipo permanente o estable. Y en muchos casos, con personas que han perdido la capacidad de movilizarse por sí mismas para acudir, por ejemplo, a la iglesia o centro religioso donde podrían recibir la asistencia religiosa que pudieran requerir. Esta limitación puede ser especialmente dolorosa y lacerante para quienes tenían el hábito de concurrir regularmente a esos lugares de culto y participación religiosa, antes de su internación.

---

(51) Ley 7487 (BO 14/1/2005).

(52) Ley 2130 (BO 12/11/2004).

(53) Ley 4311.

(54) Ley I-0017-2004 (BO 14/5/2004).

(55) Ley 4408, BO 25/9/1998.

Aunque sea obvio, una cosa es respetar las creencias de las personas (algo mínimo e ineludible), y otra distinta es facilitarle las prácticas religiosas que se deriven de tales creencias. En todo caso, el “respeto” debe ser un respeto activo, y así como se facilitan otras prestaciones y actividades, debe incluirse también la asistencia religiosa.

Un detalle a tener en cuenta es que estamos hablando de un derecho que existe cualquiera sea el lugar de internación geriátrica. Hay establecimientos que pertenecen a comunidades religiosas (por ejemplo, la comunidad judía) o a congregaciones religiosas católicas. Cabe suponer que esa identidad institucional lleva a proveer de asistencia religiosa a las personas internadas de la religión a la que adscribe el establecimiento, pero si las hubiera de otras creencias, igualmente se les debería facilitar el contacto con ministros de su propio credo.

## VII. EL CASO DE PERSONAS CON PADECIMIENTOS MENTALES

La ley 26.657 <sup>(56)</sup> “tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional” (art. 1). El primero de los derechos que reconoce a las personas que protege es el de “recibir atención sanitaria y social integral y humanizada” (art. 7.a), y luego, específicamente, el “Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso” (art. 7.d). Muchas provincias adhirieron expresamente a esta ley, constituyendo sus propios órganos de aplicación, como Catamarca <sup>(57)</sup>, Chaco <sup>(58)</sup>, Chubut <sup>(59)</sup>, Corrientes <sup>(60)</sup>, Jujuy <sup>(61)</sup>, Misiones <sup>(62)</sup>, Neuquén <sup>(63)</sup>, y Tucumán <sup>(64)</sup>.

Parece claro que gozan de ese derecho no por ser personas con alguna enfermedad mental, sino porque es un derecho que corresponde a toda persona sin distinción. El sentido de la mención puede ser recordar

---

(56) BO 3/12/2010.

(57) Ley 5383 (BO 27/1/2015).

(58) Ley 7622 (BO 5/8/2015).

(59) Ley I-614 (BO 19/10/2017).

(60) Ley 6106 (BO 23/5/2012).

(61) Ley 5937 (BO 25/7/2016).

(62) Ley XVII-\*102 (BO 18/6/2018).

(63) Ley 3182 (BO 18/1/2019).

(64) Ley 8726 (BO 11/11/2014).



por parte del legislador que ese derecho no se pierde ni se ve afectado por el padecimiento mental, ni por las eventuales restricciones a la capacidad jurídica que deriven de él. El ejercicio de la libertad religiosa no exige de la capacidad jurídica, porque no se trata de otorgar actos jurídicos sino de ejercer un derecho fundamental y personalísimo.

Por lo tanto, no es ocioso recordar que si las personas con padecimiento mental gozan de ese derecho, a fortiori el mismo derecho compete a todas las personas, especialmente las que tengan algún padecimiento de salud no solamente mental sino también física. Al mismo tiempo hay que recordar que estamos en presencia de un derecho y no de un deber: de lo que se trata es de garantizar a todas las personas la posibilidad de recibir asistencia religiosa acorde con sus convicciones, pero en ningún caso de imponer tal asistencia en contra de su voluntad.

La provincia de Entre Ríos, que adhirió también a la Ley Nacional 26.657 <sup>(65)</sup>, había ya legislado especialmente sobre “las personas que padecen sufrimientos mentales” y sus derechos <sup>(66)</sup>; y entre ellos menciona específicamente el derecho “A recibir o rechazar auxilio espiritual o religioso y de libertad de conciencia y religión” (art. 2.f).

También en La Rioja, la ley de protección de la salud mental <sup>(67)</sup> garantiza a “las personas con padecimiento subjetivo” el derecho “a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso” (art. 5). Ya una ley anterior <sup>(68)</sup> garantiza a “las personas con trastornos psíquicos” el derecho a no ser diagnosticado como enfermo mental por razones religiosas, y a “recibir o rechazar auxilio espiritual o religioso y de libertad de conciencia y religión” (art. 2).

La ley de Río Negro <sup>(69)</sup> garantiza a las personas con padecimiento mental (que nunca puede ser diagnosticado por la pertenencia religiosa de ella) el derecho “a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso” (art. 7).

Otras provincias en cambio omiten el tema de la asistencia religiosa o espiritual en sus leyes específicas, como ocurre en la Ciudad de Buenos

---

(65) Ley 10.445 (BO 26/10/2016).

(66) Ley 8806 (BO 14/7/1994).

(67) Ley 9098 (BO 16/12/2011, ADLA LXXII-A-1025). También reconocía ese derecho a “las personas con trastornos psíquicos” la ley 7365 (BO 18/10/2002) sobre pacientes con enfermedades mentales.

(68) Ley 7365 de protección del paciente con enfermedad mental (BO 18/10/2002).

(69) Ley 5349 (BO 27/12/2018).

Aires <sup>(70)</sup>, Córdoba <sup>(71)</sup>, San Juan <sup>(72)</sup>, o Santa Fe <sup>(73)</sup>. Pero se debe aplicar la ley nacional y, sobre todo, tenerse presente que la libertad religiosa y de conciencia es un derecho fundamental de todas persona (incluso las que sufren alguna enfermedad mental) garantizado constitucional e internacionalmente.

Hay que notar que los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales de las Naciones Unidas <sup>(74)</sup> especialmente recuerdan la obligación de respetar a las pacientes internados en instituciones psiquiátricas su “libertad de religión o creencia” y la “libertad de recibir, en privado, visitas de un asesor o representante personal y, en todo momento apropiado, de otros visitantes” (principio 13).

Cuando hablamos de asistencia espiritual o religiosa a personas con padecimiento mental, hay que aclarar que no se circunscribe a quienes se encuentran internados en algún hospital o asilo (por otra parte, la tendencia actual reforzada por los tratados internacionales en la materia, es evitar en lo posible tales internaciones), sino a toda persona, incluso las que viven en su propio hogar o en el seno de su familia.

## VIII. HOGARES DE NIÑOS

Hemos visto ya lo dispuesto por la ley 27.674. Hay que ponerlo en un contexto más amplio, hablando de niños o menores de edad no necesariamente enfermos, pero sí sujetos a alguna forma de internación.

La plena libertad religiosa es un derecho también de los niños y adolescentes, reconocido por los tratados internacionales de Derechos Humanos (incluyendo la convención sobre los Derechos del Niño) y numerosas normas legales, nacionales y provinciales <sup>(75)</sup>. Nos interesa acá específicamente y como derivación de ese derecho, ver las provisiones

---

(70) Ley 448 (BO 7/9//2000).

(71) Ley 9848 (BO 5/11/2010),

(72) Ley 6976 (BO 24/1/2000).

(73) Ley 10.772 (BO 11/2/1992).

(74) Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

(75) Cf. LO PRETE, Octavio, “La libertad religiosa del menor en el derecho argentino”, ED 207-748 y Moreno Antón, María, “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial”, en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, Nº 19, (2009).

que existan acerca del concreto derecho a recibir asistencia religiosa, no solamente en circunstancias de internación hospitalaria (como las que contempla la ley 27.674), sino también en otro tipo de instituciones que, como en el caso de los ancianos en geriátricos, pueden ser lugares de internación o residencia permanente o estable.

En Chubut la norma que reglamenta el funcionamiento de los hogares de niños y adolescentes reconoce a estos, especialmente, el derecho a la “asistencia religiosa de acuerdo a sus creencias” dentro de las instituciones <sup>(76)</sup>. Es coherente con la ley de “Promoción integral de la niñez, la adolescencia y la familia” <sup>(77)</sup> cuando dice que “Las entidades del Estado y las organizaciones civiles que desarrollen programas o servicios de atención, y en especial aquellas que alberguen a niños y adolescentes, deberán cumplir con los derechos y garantías que emanan de esta ley, y en especial: ...p) Asegurar asistencia religiosa a aquellos que lo deseen, de acuerdo a sus creencias” (art. 54).

La ley de Jujuy <sup>(78)</sup> en términos casi idénticos dispone que “Las entidades gubernamentales o no gubernamentales que acojan niños y adolescentes en régimen de internación, deberán respetar las siguientes pautas: [...] i) Asegurar asistencia religiosa a aquellos que lo deseen, de acuerdo a sus creencias” (art. 62).

En Salta <sup>(79)</sup>, “Los organismos oficiales y las organizaciones civiles que desarrollen programas o servicios de atención, y en especial aquellos que alberguen a niños y adolescentes, deberán cumplir con los derechos y garantías que emanan de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por LN 23849, e incorporada en el art. 75 de la Constitución Nacional, y en especial: [...] g) Asegurar asistencia religiosa a aquellos que lo deseen, de acuerdo a sus creencias” (art. 15).

También en San Juan <sup>(80)</sup> “Las entidades del Estado y las organizaciones civiles que desarrollen programas y/o servicios de atención, y en especial aquellas que alberguen a niños y adolescentes, deberán cumplir con los derechos, deberes y garantías que emanan de esta Ley, y en especial: ...P) Asegurar asistencia religiosa a aquellos que lo deseen de acuerdo a las creencias del niño y adolescente” (art. 54).

---

(76) Decreto 191/2007, BO 8/3/07; ADLA LXVII-B-2037, art. 14 inciso i).

(77) Ley 4347, BO 5/1/1998.

(78) Ley 5288, BO 20/5/2002, art. 62.

(79) Ley 7039 de Protección integral de la niñez y la adolescencia (BO 20/8/1999).

(80) Ley 7338 de Protección de niños y adolescentes (BO 29/10/2003, ADLA LXIV-B-2539),

En La Pampa se prevé para los menores privados de la libertad <sup>(81)</sup> el derecho de “Recibir asistencia religiosa, si así lo deseara y según su credo” (art. 64 inc.h).

Es interesante la previsión en varios ordenamientos provinciales del derecho de los niños a recibir asistencia religiosa en caso de internación o permanencia en albergues o asilos, porque se inserta en un tema más amplio, como es el derecho de los niños al ejercicio de la libertad religiosa, que les es reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14). Especialmente porque en la Convención el derecho autónomo del niño al ejercicio de su libertad religiosa está matizado por el reconocimiento de “los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (art. 14.2). Ahora bien: es probable que un niño internado en un hogar permanente carezca de padres que lo tengan a su cargo y que puedan cumplir esa función de guía, que acaso quede en manos de la propia comunidad religiosa a la que pertenece el niño <sup>(82)</sup>.

Entra aquí en juego la autonomía progresiva del niño, en el ejercicio de derechos personalísimos como lo es (desde la perspectiva del Derecho Civil) la libertad religiosa y de conciencia.

## IX. CONCLUSIONES

La libertad religiosa y de conciencia es uno de los más esenciales derechos de toda persona, fuertemente enraizado en su propia dignidad y expresamente garantizado por la Constitución Nacional (art. 14) y los tratados internacionales con jerarquía constitucional (por ejemplo, art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros). No descubrimos nada nuevo al decirlo.

---

(81) Ley 3353 de proceso penal de menores (BO 13/8/2021). El derecho de asistencia religiosa también existe con características propias en los establecimientos carcelarios en general (no únicamente de menores), tema que excede el objeto de este artículo.

(82) Estrictamente hablando, en caso de existir la figura en el caso concreto, sería tarea de los padrinos. Ver al respecto NAVARRO FLORIA, Juan G., “Padrinos y ahijados: relevancia jurídica del parentesco espiritual”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Thomson Reuters Ley, Año XII n° 2, abril 2020, p.47.

Ese derecho tiene múltiples manifestaciones. Una de ellas, en su dimensión externa, es el derecho a recibir asistencia religiosa y el correlativo derecho de las iglesias, comunidades y confesiones religiosas de brindarla a sus fieles, según hemos procurado exponer en estas líneas. Ese derecho existe en todo momento, pero requiere de especial cuidado en las situaciones en las que la persona, por razones de hecho o de derecho, no está en condiciones de proveerse por sí misma el acceso a tal asistencia. Una de esas situaciones típicas es la de quienes se encuentran en internación hospitalaria que es, además y muy probablemente, una situación que reclama de modo especialmente acuciante recibir aquella asistencia.

A la internación hospitalaria, que puede deberse a una enfermedad terminal o no, de mayor o menor duración, se asimilan otras formas de internación que pueden incluso revestir un carácter permanente, como el caso de las internaciones geriátricas o por razones de salud mental, o de niños privados de un medio familiar que viven en asilos u hogares. En muchos de esos casos, es imposible para la persona internada acudir por sí misma a lugares de culto o apropiados para recibir la asistencia religiosa o espiritual que demanden.

Si el derecho a recibir esa asistencia espiritual o religiosa deriva de normas constitucionales e internacionales (e incluso antes que éstas, constituye un verdadero derecho natural), no puede estar condicionado a que haya sido o no previsto en la legislación inferior que regula las distintas situaciones de internación. Como hemos visto, tanto la legislación nacional como provincial argentina es errática en esta materia. Junto a normas que prevén expresamente, con mayor o menor detalle, el derecho de las personas a recibir la asistencia religiosa o espiritual de su elección, hay otras que guardan silencio al respecto. Felizmente no hay ninguna que lo prohíba u obstaculice, lo que sería francamente inadmisibles e inconstitucional.

Pensando *de lege ferendae*, sería deseable que las normas que han omitido alguna previsión acerca de este derecho la incluyan en el futuro. Naturalmente, para todas las personas cualquiera sea su fe religiosa, y no como privilegio para ninguna confesión en particular. Mientras tanto, es necesario insistir en la existencia de ese derecho y buscar los modos de poder hacerlo efectivo, en las distintas situaciones que se presenten, y especialmente en las situaciones de emergencia. Porque la emergencia no suprime los derechos sino, al contrario, los torna más acuciantes.



# LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL FRENTE A LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

POR ANALÍA G. PASTORE

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, con una notoria mayor incidencia desde la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (CCyC), han surgido sentencias judiciales favorables al reconocimiento de efectos filiatorios derivados de los acuerdos de maternidad subrogada contrariando la regla que, para la determinación de la maternidad en filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), establece imperativamente el art. 562 CCyC, esto es, madre es la que da a luz, giro que concretiza el principio romano *mater semper certa est*.

El seguimiento de estas resoluciones y el análisis de sus fundamentos llamaron nuestra atención sobre un argumento que aparecía con considerable recurrencia y que se podría sintetizar en la siguiente fórmula: dado que la maternidad subrogada no se encuentra expresamente prohibida y tampoco regulada, corresponde resolver discrecionalmente con fundamento en el principio de legalidad (art. 19 CN).

En este trabajo, que dividimos en dos partes, proponemos comenzar por analizar la función judicial en su relación con el arte de discernir lo justo y pasar revista de algunas virtudes judiciales esenciales para luego conceptualizar, desarrollar, clasificar y establecer los límites de la discrecionalidad judicial. En una extremadamente acotada revisión histórica de algunas corrientes iusfilosóficas nos detendremos en el debate Hart-Dworkin destacando las líneas centrales de sus desencuentros en la materia. En la segunda parte, delinearemos el contexto normativo positivo argentino en torno al emplazamiento materno en los casos de maternidad subrogada para luego analizar los fundamentos de veinti-

séis sentencias que reconocieron efectos filiatorios a los acuerdos de maternidad subrogada. Las sentencias seleccionadas fueron dictadas entre diciembre de 2015 y octubre de 2021 y publicadas en revistas jurídicas. La identificación, sistematización y análisis de los argumentos se centrará sólo en aquellos esgrimidos en las decisiones judiciales para eludir la regla que el art. 562 CCyC establece en la materia. Por último, y a modo de conclusión, intentaremos vincular las dos partes en un desarrollo crítico y reflexivo.

## II. PRIMERA PARTE: FUNCIÓN JUDICIAL Y DISCRECIONALIDAD

### II.1. La función judicial y el arte de discernir lo justo

El modelo decimonónico, dogmático y exegético, circunscribió la función judicial a la identificación de la norma legal en la que se subsumía el caso a resolver para deducir la solución por conclusión silogística con el objetivo de desentrañar el sentido de la norma y reconstruir la idea del legislador en cuya voluntad se ceñía la función creadora del derecho <sup>(1)</sup>. La introducción en el mundo jurídico del Estado Constitucional de Derecho fue un hito destacable en la superación de este modelo formalista y juricista por un derecho moralizado y más humano que restableció los elementos axiológicos ínsitos en la realidad jurídica. Este proceso supuso dejar atrás una ciencia del derecho teórica que fue superada por un saber jurídico práctico que impactó, naturalmente, sobre la teoría jurídica interpretativa. Entonces, frente a la necesidad de dar respuestas jurídicas comenzaron a surgir una diversidad de soluciones, si bien todas derivadas del derecho vigente, dependientes de la lente axiológica a través de la cual el intérprete centrara su análisis del caso dando lugar a un nuevo problema en torno al conflicto de principios o derechos fundamentales <sup>(2)</sup>.

En definitiva, la función judicial tiene por objeto derivar racionalmente desde el derecho vigente y válido -que no se agota en el derecho positivo- la solución justa para cada caso <sup>(3)</sup>. Por supuesto que muchas

---

(1) Este modelo se basaba en la idea formalista y logicista de que los jueces aplicaban mecánicamente la norma mediante silogismos avalorativos de subsunción. Cfr. ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2015. "Discrecionalidad judicial", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 1389-1418.

(2) VIGO, Rodolfo Luis, 2015. *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires: EDUCA, pp. 507-511.

(3) VIGO, Rodolfo Luis, 2015. *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires: EDUCA, p. 540.



veces el juez se enfrentará a situaciones en las que descubrirá más de una respuesta razonable en cuyo caso deberá dilucidar la mejor o la más justa <sup>(4)</sup>. En tanto jurista, el juez debe saber el derecho, discernir entre lo justo y lo injusto en el caso concreto, decir el derecho <sup>(5)</sup>. La función judicial es así un arte que, guiado por la prudencia, discierne qué es lo justo <sup>(6)</sup>.

Se advierte, entonces, que la comprensión del oficio del jurista en general y del juez en particular se halla inescindiblemente ligada a la concepción del derecho. Fue así como el corrimiento del derecho entendido como lo justo u orden subyacente en las cosas de la vida humana -propio del derecho romano- hacia la noción moderna de ley produjo una modificación en la concepción de la función judicial, pasando del jurisprudente al exegeta <sup>(7)</sup>, es decir, del discernimiento entre lo justo e injusto a aquél otro entre lo legal e ilegal <sup>(8)</sup>. De modo similar, a mediados del siglo XIX, el colapso del positivismo jurídico dio lugar a nuevas maneras de justificar racionalmente el orden jurídico así como a la revalorización de los tópicos, la retórica y la dialéctica como métodos adecuados para el conocimiento del derecho, retornando al juez jurisprudente <sup>(9)</sup>.

El razonamiento jurídico supone la consideración simultánea de la norma general y del caso particular para que la aplicación de la ley resulte en una solución justa. Esto conlleva un ir y venir, de la ley al caso y del caso a la ley, encarnado en la actuación judicial de quienes reivindicaban la iurisdictio como función propia del jurista y recurren a la equidad como medio de rectificación de la ley para arribar a la solución justa del caso concreto. Para resumirlo en una frase, en palabras de Carnelutti, el objetivo del juez es alcanzar la “paz con justicia” porque la composición

---

(4) VIGO, Rodolfo Luis, 2015. *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires: EDUCA, p. 547.

(5) HERVADA, Javier, 1992. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona: Eunsa, p. 224.

(6) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 57, art. 1.

(7) “... los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor.” MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, 1906. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, p. 237.

(8) HERRERA, Daniel, “La argumentación del jurista como ars iuris”, en PORTELA, Jorge G. y PUY MUÑOZ, Francisco (Comps.), 2005. *La Argumentación de los Operadores Jurídicos*, Buenos Aires: EDUCA, pp. 11-36.

(9) HERRERA, Daniel, “La argumentación del jurista como ars iuris”, en PORTELA, Jorge G. y PUY MUÑOZ, Francisco (Comps.), 2005. *La Argumentación de los Operadores Jurídicos*, Buenos Aires: EDUCA, pp. 11-36.

del litigio se debe lograr según el derecho, y porque la realización del derecho está en manos de quien se halla “sobre” el conflicto <sup>(10)</sup>.

La función judicial consiste, entonces, en hacer justicia a partir del ejercicio de la prudencia con fundamento en la realidad de los casos y en las exigencias de esa misma realidad, entre las que se ubica la ley y su adecuación por la equidad <sup>(11)</sup>.

Afirmaba Calamandrei que el juez tiene que ser y parecer un ejemplo de virtud <sup>(12)</sup>. El desempeño competente y probo de la actividad judicial requiere juristas cualificados profesionalmente y dotados de ciertos rasgos personales indispensables. MacCormick <sup>(13)</sup> destacó el suficiente y sólido conocimiento del derecho vigente, la capacidad argumentativa, el buen y prudente juicio, la perspicacia y altura de miras, la humanidad, la valentía, la compasión y el sentido de justicia. Por nuestra parte, coincidimos con la enunciación propuesta por Vigo <sup>(14)</sup> ya que de todo buen juez deben predicarse, sin ánimo de agotarlas, las siguientes virtudes: imparcialidad necesaria para que el juez se mantenga totalmente ajeno a los intereses que se contraponen en el conflicto que debe decidir; independencia subjetiva que le permita ser sólo él quien derive desde el derecho la solución justa del caso sin la injerencia de terceros que le indiquen qué debe decir en su sentencia; conocimiento jurídico pues la ignorancia del derecho lo incapacita para decirlo; prudencia que le permita determinar racionalmente y ejecutar la conducta jurídicamente debida; justicia para que lo justo sea un bien querido; fortaleza para resistir los riesgos frente a situaciones arduas y decir el derecho aún con miedo; honestidad que lo guíe también en la utilización exclusiva de los bienes públicos para el ejercicio de la función judicial; decoro particular, razonable y adecuado al desarrollo de la función judicial; confidencialidad en relación con el conocimiento de información variada de las partes a la que acceda en

---

(10) CARNELUTTI, Francisco, 1944. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ed. Uteha, Tomo I, p. 285.

(11) PORTELA Jorge G. y MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Prudencia jurídica, argumentación y razonamiento judicial”, en PORTELA, Jorge G. y PUY MUÑOZ, Francisco (Comps.), 2005. *La argumentación de los operadores jurídicos*, Buenos Aires: EDUCA, p. 375.

(12) CALAMANDREI, Piero, 1956. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, pp. 261-262 y 302 y ss.

(13) MACCORMICK, Neil, 1994. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Law Series, edición online Oxford Academic, 22/03/2012, disponible en <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198763840.001.0001>, consultado en 12/2022.

(14) Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, 2006. “Ética judicial e interpretación jurídica”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nro. 29, Univ. de Alicante, pp. 273-294.

ejercicio de su labor; afabilidad en sus relaciones con las partes, abogados, auxiliares y colegas; diligencia para resolver de la mejor manera y con la mayor celeridad el problema traído a su conocimiento; coherencia y transparencia que alienten la conducción confiada de un grupo humano; austeridad republicana para evitar exhibir bienes externos que no se correspondan con el nivel de limitaciones de la ciudadanía en general, y responsabilidad para responder por todo lo realizado en el desempeño de su labor.

Como es sabido, pesa sobre los jueces la obligación de decidir lo justo en cada caso concreto, exigencia legal que les impone resolver los casos sometidos a su jurisdicción <sup>(15)</sup> so pena de incurrir en el delito de denegación de justicia <sup>(16)</sup>. De aquí se deriva un especial interés por analizar los alcances y límites de la función judicial frente a casos desafiantes suscitados por una cierta indeterminación jurídica que complejiza la tarea de interpretación y aplicación del derecho.

## II.2. Discrecionalidad judicial

Se entiende por discrecionalidad judicial la facultad que las normas, explícita o implícitamente, otorgan a los jueces para elegir justificadamente entre dos o más soluciones posibles <sup>(17)</sup>. Se trata de una libertad de elección entre alternativas abiertas concediendo, de tal modo, al juzgador un ámbito de autonomía en el que debe optar frente a, por lo menos, dos posibles soluciones excluyentes entre sí.

Sin indeterminación jurídica no habría lugar propicio para la discrecionalidad judicial. Segura Ortega se refiere a la indeterminación del derecho como una “característica estructural de los sistemas jurídicos actuales” advirtiendo sobre una doble proyección de sus efectos en los ámbitos legislativo (en relación con el proceso de creación normativa y el riesgo de producir normas con contenido diferente y hasta contradictorio) y judicial (respecto al modo en que se desarrolla la actividad resul-

---

(15) Cfr. Art. 3 CCyC: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

(16) Cfr. Art. 273 CP: “Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno (1) a cuatro (4) años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. (...)”

(17) SEGURA ORTEGA, Manuel, 2006. Sentido y Límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 22.

tante en una mayor libertad de los jueces frente a la ley y su consecuente empoderamiento) <sup>(18)</sup>.

Se distingue la indeterminación jurídica de contenido (principios y valores), lingüística (ambigüedad en los términos y vaguedad en los conceptos <sup>(19)</sup>), intencional y por defectos del sistema jurídico.

La indeterminación de contenido se relaciona con normas directrices genéricas caracterizadas por una ductilidad que permite su desarrollo de diferentes formas <sup>(20)</sup>; la lingüística se refiere a la textura abierta de normas programáticas con un lenguaje ambiguo para que el juez complete; la intencional se halla limitada por la racionalidad del legislador; en tanto que en la indeterminación por defectos del sistema jurídico quedan comprendidas las lagunas, contradicciones, analogía, principios generales y antinomias <sup>(21)</sup>. Entre los defectos lógicos del sistema jurídico, los casos de lagunas legales y antinomias han sido analizados en el derecho anglosajón como parte del problema de la textura abierta del lenguaje jurídico <sup>(22)</sup>.

Entre las lagunas legales se han diferenciado las normativas -frente a la ausencia de normas jurídicas positivas que brinden una única respuesta-; las de conocimiento -no es posible encuadrar normativamente el caso porque se ignoran algunos elementos fácticos-, y las de reconocimiento -se duda sobre la subsunción del caso individual en la generalidad de la norma-. Los intentos por superar las lagunas legales mediante la norma de clausura que considera que todo lo que no está legalmente

---

(18) SEGURA ORTEGA, Manuel, 2013. "Problemas interpretativos e indeterminación del derecho", *Dereito*, Vol. 22, Nro. ext., pp. 673-683.

(19) Vid. ROSS, Alf, 1994. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba, Trad. de Genaro Carrió.

(20) ZAGREBELSKY, Gustavo, 1995. *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, Trad. de M. Gascón Abellán, p. 14. El autor recurre a la ductilidad para describir las Constituciones actuales con base material pluralista en las que entiende que coexisten valores y principios no absolutos y compatibles con otros con los que se debe convivir.

(21) Según BULYGIN, en estos casos la creación es judicial. BULYGIN, Eugenio, 2008. "Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en Principia iuris", *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nro. 31, pp. 227-232.

(22) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2011. "Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del derecho", *JA*, 27 de julio. Cita Online: 0003/015503.

previsto se encuentra permitido o es jurídicamente irrelevante han resultado infructuosos <sup>(23)</sup>.

Las antinomias se producen frente a dos o más normas jurídicas positivas aplicables a un caso pero que llevan a soluciones discordantes entre sí, sin la previsión de un sistema de prelación fundada en la temporalidad, especialidad o jerarquía que, por otra parte, resulta ineficaz ante los conflictos de derechos humanos fundamentales <sup>(24)</sup>.

Como fuera anticipado, los anglosajones abordaron los defectos lógicos de los sistemas jurídicos contextualizándolos en el problema de la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el derecho <sup>(25)</sup>.

Según Hart, cuando el ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta clara al caso concreto porque no existe una norma directamente aplicable, el juez debe resolver discrecionalmente. Esto significa que la textura abierta del derecho le concede a los jueces una potestad de creación jurídica muy amplia <sup>(26)</sup>. Para este autor, la vaguedad es inherente al lenguaje jurídico y como en los casos difíciles existe más de una interpretación razonable posible, los jueces pueden elegir la que consideren más adecuada. En estos supuestos, el juez no aplica el derecho sino que lo crea para el caso concreto <sup>(27)</sup>.

Dworkin, en cambio, en tanto defensor de la denominada discrecionalidad débil <sup>(28)</sup>, no comparte la postura hartiana y propone la tesis de la

---

(23) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2014. "Discrecionalidad judicial. Causas, Naturaleza y Límites", Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Nro. 15, pp. 149-171. Disponible en <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>, consultado en 12/2022.

(24) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2015. "Discrecionalidad judicial", Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1389-1418.

(25) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2015. "Discrecionalidad judicial", Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1389-1418.

(26) HART, Herbert L. A., 1998. El concepto de Derecho, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Trad. Genaro R. Carrió, p. 180.

(27) RODRÍGUEZ, César, 1997. La decisión judicial: El debate H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, p. 34.

(28) DWORKIN distingue entre discrecionalidad judicial fuerte -cuando con respecto a algún problema quien decide no está vinculado por estándares impuestos por otra autoridad jurídica-, y débil -cuando el juez debe aplicar normas que le exigen un discernimiento o cuando la decisión que toma un funcionario no puede ser revisada ni anulada-. Cfr. DWORKIN, Ronald, 1999. Los derechos en serio, Barcelona: Ed. Ariel, pp. 83-86.

respuesta correcta <sup>(29)</sup>. No concibe que el juez deba buscar una respuesta correcta por fuera del marco normativo en virtud de la amplitud de la textura jurídica. Sostiene que los casos difíciles no siempre se originan en la vaguedad del lenguaje jurídico, y que los jueces carecen de discrecionalidad y del poder para crear normas jurídicas; por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico <sup>(30)</sup>. Como, según él, la respuesta siempre está en la norma, excluye la posibilidad de una discrecionalidad fuerte (libertad total para elegir una determinada solución) <sup>(31)</sup>. Considera que, de lo contrario, el juez se convertiría en legislador, y se frustrarían las expectativas de los justiciables que esperan una decisión judicial fundada en el derecho preexistente y no en las opiniones particulares del juez.

Volveremos sobre las ideas de Hart y Dworkin más adelante.

Finalmente, la indeterminación jurídica intencional surge frente a la imposibilidad de prever normativamente todas las particularidades que podrían suscitarse en las relaciones interpersonales que genera la vida en sociedad, y consiste en la delegación que el legislador le atribuye al juez para buscar en el derecho la solución del caso concreto <sup>(32)</sup>. La indeterminación intencional puede presentarse bajo dos modalidades dependiendo de que la norma limite o no los medios que el juez puede utilizar. En el primer caso, el juez debe elegir entre opciones determinadas taxativamente en la norma; en el segundo, en cambio, se trata de normas de fin que establecen un objetivo -cuya consecución legitima la decisión- sin especificar los instrumentos que deben utilizarse para lograrlo <sup>(33)</sup>.

---

(29) Vid. ALEXY, Robert, 1989. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 302. Este autor concibe la única respuesta correcta como un fin al que hay que aspirar.

(30) RODRÍGUEZ, César, 1997. *La decisión judicial: El debate H.L.A. Hart y Ronald Dworkin*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, pp. 35-36.

(31) DWORKIN, Ronald, 1999. *Los derechos en serio*, Barcelona: Ed. Ariel, p. 84 y ss.

(32) GRAU, Diego M., 2014, "Apuntes sobre el control de la discrecionalidad judicial", *RDA*, pp. 91 y ss.

(33) SEGURA ORTEGA, Manuel, 2013. "Problemas interpretativos e indeterminación del derecho", *Dereito*, Vol. 22, Nro. ext., pp. 673-683.

### II.3. Detractores y proponentes de la discrecionalidad judicial

El modelo juricista que atribuyó a la función judicial la tarea mecánica y puramente formal de subsumir silogísticamente los hechos bajo la norma que los comprendía, consideró que la discrecionalidad judicial era inconveniente y evitable. El sistema jurídico se consideraba completo (sin lagunas), coherente (sin antinomias) y claro (sin indeterminación del lenguaje), y cualquier indicio de discrecionalidad era valorado como arbitrariedad <sup>(34)</sup>.

Con el resurgimiento de las teorías axiológicas, los jueces pasaron a ser custodios de un orden objetivo, de la justicia y del bien. El contenido de la ley se vio sometido, entonces, a un sistema objetivo de valores o naturaleza de las cosas que Dworkin categorizó como extra positivos pero jurídicos, y que el neoconstitucionalismo situó en la Constitución <sup>(35)</sup>.

Para Dworkin, el derecho se compone de reglas (normas positivas), principios (fundados en la moral social) y directrices (políticas) de modo que las normas jurídicas se explican a partir de los estándares morales de una sociedad histórica determinada. Para este autor, como ya fuera anticipado, no hay lugar para la discrecionalidad judicial porque la función judicial conlleva descubrir la única solución contenida en el ordenamiento jurídico para cada caso. Así, en los casos difíciles, los jueces deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico porque, aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre habrá principios que lo sean. Contra la tesis de la discrecionalidad judicial, este autor diseña un método de decisión personificado por un juez Hércules dotado de capacidades extraordinarias para resolver los casos difíciles y encontrar la respuesta correcta aplicando el derecho.

En el neoconstitucionalismo, por su parte, como los valores morales se hallan positivizados en la norma constitucional, frente a una ley injusta el juez declarará su inconstitucionalidad. El problema, no obstante, es cómo llega el juez a discernir lo justo y con ello, si es posible evitar que el contenido de los valores sea sustituido por las convicciones personales del juez <sup>(36)</sup>.

---

(34) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 2006. "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, ISEGORÍA, Nro. 35 (julio-diciembre), pp. 151-172.

(35) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 2006. "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, ISEGORÍA, Nro. 35 (julio-diciembre), pp. 151-172.

(36) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 2006. "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, ISEGORÍA, Nro. 35 (julio-diciembre), pp. 151-172.

Entre quienes consideran que la discrecionalidad judicial es inevitable, el realismo jurídico norteamericano y escandinavo que circunscribe el derecho a las decisiones judiciales, propició la idea de que los jueces primero deciden -por motivaciones personales- y luego fundamentan -simulando una derivación razonada del derecho-.

Hart, por su parte, sostuvo que como la solución de los casos dudosos o difíciles no estaba prevista en las normas positivas, el juez debía optar discrecionalmente entre las interpretaciones posibles, entendiendo que la discrecionalidad es constitutiva de la actividad judicial. No obstante, este autor se ubica en una posición intermedia ya que postula una discrecionalidad limitada a supuestos inevitables en cuyo caso el juez debe justificar su elección y las valoraciones que la fundamenten <sup>(37)</sup>.

Las críticas que Dworkin <sup>(38)</sup> le hiciera a Hart forzaron la reformulación del positivismo jurídico hartiano generando el surgimiento de un positivismo incluyente que considera posible la “inclusión” en el sistema jurídico de normas morales sustantivas siempre y cuando exista una regla social (de reconocimiento) que así lo establezca -ya que se continúa conceptualizando al derecho como una construcción social dependiente exclusivamente de hechos-, y que se contrapone a otra corriente positivista denominada excluyente.

El positivismo incluyente considera que “no siempre que el Derecho apela a la moral los jueces poseen discrecionalidad” <sup>(39)</sup>, en tanto que para el positivismo excluyente, las remisiones jurídicas a criterios valorativos habilitan a los jueces a crear nuevo derecho <sup>(40)</sup> adoptando elementos extra jurídicos ya que la moral se entiende fuera del derecho,

---

(37) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 2006. “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, ISEGORÍA, Nro. 35 (julio-diciembre), pp. 151-172.

(38) Desde 1963 y hasta 1977 Ronald M. DWORKIN desarrolló su crítica a HART a través de la publicación de una serie de artículos que fueron compilados en el libro *Taking Rights Seriously* (1977). La primera crítica de DWORKIN a HART fue desarrollada en tres ensayos: “The Models of Rules I”, *University of Chicago Law Review*, 35, 1967 (reproducido como Capítulo 2 de *Taking Rights Seriously*); “Social Rules and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, 81, 1972 (reimpreso como Capítulo 3 de *Taking Rights Seriously*), y “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, 88, 1975 (reimpreso como Capítulo 4 de *Taking Rights Seriously*).

(39) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2012. “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”. *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nro. 66-67 (julio-diciembre), p. 421.

(40) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2012. “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”. *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nro. 66-67 (julio-diciembre), p. 427.



aunque aclaran que ello no implica necesariamente discrecionalidad moral.

Según el positivismo incluyente, la discrecionalidad judicial se circunscribe a los supuestos en los que los criterios morales incorporados al sistema jurídico resultan insuficientes para brindar una respuesta jurídica adecuada, correcta y única. La indeterminación jurídica se deriva, entonces, del desacuerdo sobre el contenido de algún estándar moral, situación que atribuye al juzgador un amplio ámbito de discrecionalidad <sup>(41)</sup>.

Para estas corrientes positivistas actuales, la decisión discrecional es una elección entre alternativas abiertas <sup>(42)</sup>. No obstante, la elección no es arbitraria ya que el juez debe exponer las razones generales que justifiquen su decisión <sup>(43)</sup>. Ambas posturas coinciden en que los estándares morales pueden obligar a los jueces y en esos supuestos, para los incluyentes no necesariamente habrá discrecionalidad judicial, en tanto que para los excluyentes sí la habrá, aunque no implique discrecionalidad moral <sup>(44)</sup>. En definitiva, queda pendiente aún por dilucidar si la referencia jurídica a la moral es o no una delegación de poder al juzgador que lo habilita a crear nuevo derecho discrecionalmente, y de qué modo los incluyentes garantizan la objetividad de los principios morales incorporados al derecho <sup>(45)</sup>.

#### II.4. Límites a la discrecionalidad judicial

La razonabilidad esencial del derecho exige que la decisión judicial discrecional, esto es, la opción por una solución entre otras posibles, se encuentre justificada en la aplicación de un derecho establecido en los principios generales, en la jurisprudencia o en normas que prevean ca-

---

(41) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2012. "El ocaso del positivismo jurídico incluyente". *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nro. 66-67 (julio-diciembre), pp. 434-435.

(42) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2012. "El ocaso del positivismo jurídico incluyente". *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nro. 66-67 (julio-diciembre), p. 436.

(43) HART, Herbert L. A., 1994. "Postscript", en *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 2ª ed., p. 273.

(44) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2012. "El ocaso del positivismo jurídico incluyente". *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nro. 66-67 (julio-diciembre), p. 438.

(45) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2012. "El ocaso del positivismo jurídico incluyente". *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nro. 66-67 (julio-diciembre), p. 446.

sos análogos <sup>(46)</sup>. La libertad de acción que la discrecionalidad concede a los jueces no es absoluta ni ilimitada. Los jueces siempre deben dar razones generales que justifiquen sus decisiones <sup>(47)</sup>.

Una decisión discrecional jamás podría ser arbitraria, es decir, carente de razonabilidad en la elaboración y desarrollo de la solución que se propone para el caso concreto. La injusticia extrema <sup>(48)</sup> es un claro parámetro para la detección de arbitrariedad y la fundamentación que muestre el camino del razonamiento seguido por el juzgador facilitará advertir cualquier defecto lógico en la argumentación <sup>(49)</sup>.

La decisión judicial discrecional supone, al mismo tiempo, la creación de nuevo derecho, y la aplicación del derecho válido y vigente a modo de contención de la potestad creadora del juzgador. En este sentido, otro límite que se da en el proceso de razonamiento judicial consiste en la necesidad de que la determinación de la decisión discrecional sea correcta o justa <sup>(50)</sup>.

La indagación sobre el fin pragmático de la norma, que debe ser correcto, razonable y justo, y la condición de que resulte, a su vez, coherente con el fin lingüístico determinado por los términos en que se encuentra redactada, es otra pauta interpretativa que guiará al juez en los casos difíciles <sup>(51)</sup>. Se trata de una elección acotada que supone ese margen de posibilidades interpretativas entre las reglas lingüísticas y los fines del derecho <sup>(52)</sup>.

---

(46) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2015. “Discrecionalidad judicial”, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1389-1418.

(47) HART, Herbert L. A., 1994. “Postscript”, en *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 2ª ed., p. 273.

(48) Giro inspirado en la reconocida “fórmula de Radbruch” que en palabras de Robert ALEXY se traduce en “la injusticia extrema no es derecho”.

(49) GRAU, Diego M., 2014. “Apuntes sobre el control de la discrecionalidad judicial”, RDA, pp. 91 y ss.

(50) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2014. “Discrecionalidad judicial. Causas, Naturaleza y Límites”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 15, pp. 149-171. Disponible en <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>, consultado en 12/2022.

(51) Cfr. ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2014. “Discrecionalidad judicial. Causas, Naturaleza y Límites”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Nro. 15, pp. 149-171. Disponible en <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>, consultado en 12/2022.

(52) ZAMBRANO, Pilar, 2009. *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México: Instituto de Inv. Jurídicas, Univ. Nacional Autónoma de México, p. 63.

### III. SEGUNDA PARTE: EMPLAZAMIENTO MATERNO EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

#### III.1. El contexto normativo en el derecho positivo argentino

La regulación actual de la filiación responde a un modelo dualista <sup>(53)</sup> que establece reglas imperativas diferentes para el emplazamiento filiatorio dependiendo de que el hijo haya sido concebido naturalmente <sup>(54)</sup> o a través del recurso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) <sup>(55)</sup>. En ambas especies filiatorias, sin embargo, el hecho esencial determinante de la maternidad es el parto.

Así, la norma del art. 565 CCyC dispone que “(e)n filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”, en tanto que con indubitada claridad y precisión terminológica en el art. 562 CCyC se establece que “(l)os nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz (...) con independencia de quien haya aportado los gametos.”

En uno y otro caso, además, la determinación de la maternidad por el parto es el anclaje para el establecimiento del segundo vínculo filiatorio incluyéndose la previsión de reglas específicas en filiación por naturaleza para las categorías matrimonial y extramatrimonial, y completando la relación parento-filial en filiación por TRHA con quien “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” <sup>(56)</sup>.

En consecuencia, los efectos de la voluntad procreacional como causa fuente de la filiación por TRHA se circunscriben exclusivamente al “ámbito en donde no rige el vientre” <sup>(57)</sup>. Y en este sentido, debe destacarse que frente a la disociación de la maternidad -genética y gestacional- facilitada por estos procedimientos, el legislador optó por reconocer la fuerza vincular de las interacciones que comienzan a entrelazarse entre la madre y el niño desde el mismo el instante de

---

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

(54) Capítulos 3 a 5, Título V, CCyC.

(55) Capítulo 2, Título V, CCyC.

(56) Cfr. art. 562 CCyC

(57) ALTERINI, Jorge H. (Dir. Gral.), 2019. Código Civil y Comercial Comentado: Tratado Exegético, Tomo III, Buenos Aires: La Ley, 3ra. ed. Ver comentario al art. 562.

la concepción <sup>(58)</sup>. Esta decisión, lejos de resultar arbitraria, acompaña las conclusiones científicas derivadas de los estudios iniciados por Bowly <sup>(59)</sup> y desarrollados por Ainsworth <sup>(60)</sup> en torno a la teoría del apego <sup>(61)</sup>.

Resulta oportuno aclarar que si bien la maternidad subrogada, en sí misma, no califica como un procedimiento o técnica de reproducción humana asistida, su implementación, en cambio, supone, en todos los casos, el recurso a tales medios para la consecución del embarazo tornando operativas, por tanto, las reglas de la filiación por TRHA.

### **III.2. Interpretación jurisprudencial en torno a la norma del art. 562 CCyC en sentencias favorables a los acuerdos de maternidad subrogada**

En un análisis comparativo y sistematizado de la jurisprudencia que hizo lugar a los contratos de maternidad subrogada resolviendo cuestiones filiatorias, comprensivo de sentencias pronunciadas desde la aprobación del CCyC hasta septiembre de 2016, Lafferriere <sup>(62)</sup> concluye, en cuanto aquí nos concierne, que más allá de las claras disposiciones del art. 562 CCyC, la voluntad procreacional resulta ser el argumento más usualmente invocado por los jueces para legitimar la maternidad subrogada en un uso que trasciende la extensión conceptual que la propia norma le asigna, remarcando que sólo en una de las diez sentencias objeto de estudio fue declarada la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC.

---

(58) Vid. BELLUSCIO, Augusto C., 2015. "La filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Jurisprudencia Argentina*, II, p. 1135 y ss. El autor concluye de lo normado por el art. 562 CCyC que: "La madre que dio a luz es la madre legal, ya que si otra mujer hubiera suministrado el óvulo, y éste o el embrión ya formado se hubiesen implantado en los órganos sexuales de aquélla, el nacido sería hijo de quien lo dio a luz y no de la dadora del gameto."

(59) BOWLBY, J., 1988. *El Apego y la Pérdida*, Barcelona: Ed. Paidós.

(60) AINSWORTH, M. D., 1989. "Attachment beyond infancy", *American Psychologist*, Nro. 44, pp. 709-716.

(61) Esta teoría afirma que el principal y más persistente vínculo afectivo es el que se establece entre la madre y el recién nacido que se inicia con las interacciones en la gestación e influye decisivamente

(62) LAFFERRIERE, Jorge N., 2017. "Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial", *Estudios de Derecho Civil*, Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil (Jorge H. Alterini, Director), Sección de Derecho de Familia y Bioderecho (Eduardo A. Sambrizzi, Director), Buenos Aires: La Ley, pp. 53-80.

Nuestra investigación se centra en el análisis argumentativo de veintiséis sentencias <sup>(63)</sup> que validaron los acuerdos de maternidad subrogada y atribuyeron la maternidad contrariando la disposición normativa, de orden público, contenida en el art. 562 CCyC; que fueron dictadas entre diciembre de 2015 y octubre de 2021, y publicadas en revistas jurídicas argentinas. El foco fue puesto, precisamente, en identificar y sistematizar las razones esgrimidas en cada caso para justificar una decisión judicial contrapuesta a la norma imperativa del art. 562 CCyC, resultando las siguientes categorías argumentales:

1) Laguna legal <sup>(64)</sup>.

(63) “C.M.E. y J.R.M. s. inscripción nacimiento”, Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza, 15-12-2015. “Dato reservado”, Juzg. de Familia Nro. 9 de Bariloche, 29-12-2015. “H. M. y otro s. medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-12-2015. “S. G. G. y otros s. filiación”, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 27-05-2016. “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s. materia a categorizar”, Juzgado de Familia Nro. 2 de Moreno, 04-07-2016. “M., I. M. y otro-a s. autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 3 de San Martín, 22-08-2016. “B., B. M. y otro c. G., Y. A. s. impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 8, 20-09-2016. “B. J. D. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-11-2016. “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 81, 14-06-2017. “Reservado s. autorización judicial (f)”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Viedma, 06-07-2017. “Def. del Pueblo de CABA y otros c. GCBA y otros s. amparo”, CAP.Cont.AdmyTrib. CABA, 04-08-2017. “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 06-09-2017. “H., M. E. y otros s. venias y dispensas”, Trib. Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 05-12-2017. “V., R. C. y otro c. Registro Civil y Capacidad de las Personas y otros s. amparo familia”, CNCiv., Sala H, 06-02-2018. “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-2018. “S., M. J. s. autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 6 de San Isidro, 02-03-2018. “S. T., V. s. inscripción de nacimiento”, CNCiv., Sala H, 15-03-2018. “R., R. A. y otros s. autorizaciones”, Juzg. en lo Civ., Comercial y de Familia de 2da. Nominación de Villa María, 08-06-2018. “P. A. M. y otro s. autorización judicial”, Juzg. en lo Civ. en Familia y Sucesiones de la 1era. Nominación de Tucumán, 26-09-2018. “O. F., G. A. y otro s. autorización”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 87, 03-04-2019. “C., C. A. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22-04-2019. “V. A. B. y otros s. solicita homologación”, Juzg. de Familia de 5ta. Nominación de Córdoba, 25-04-2019. “F., C. y otro”, Juzg. de Familia de 6ta. Nominación de Córdoba, 13-08-2019. “A. P. Y. y otro-a c. A. M. G. y otro-a s. Acciones de impugnación de filiación”, Juzg. de Familia Nro. 4 de Morón, 05-03-2020. “D., J. E. y otro-a s. autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 8 de La Plata, 27-04-2020. “P. B. R. y otra s. homologación”, Juzg. Familia 5ta. Nominación de Córdoba, 29-10-2021.

(64) Cfr. “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s. materia a categorizar”, Juzgado de Familia Nro. 2 de Moreno, 04-07-2016. “M., I. M. y otro-a s. autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 3 de San Martín, 22-08-2016. “H., M. E. y otros s. venias y dispensas”, Trib. Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 05-12-2017. “V., R. C. y otro c. Registro Civil y Capacidad de las Personas y otros s. amparo familia”, CNCiv., Sala H, 06-02-2018. “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-

- 2) Principio de legalidad (art. 19 CN) <sup>(65)</sup>.
- 3) Correspondencia biológica <sup>(66)</sup>.
- 4) Voluntad procreacional <sup>(67)</sup>.
- 5) Inconstitucionalidad del art. 562 CCyC <sup>(68)</sup>.

2018. “S., M. J. s autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 6 de San Isidro, 02-03-2018. “R., R. A. y otros s. autorizaciones”, Juzg. en lo Civ., Comercial y de Familia de 2da. Nominación de Villa María, 08-06-2018. “P. A. M. y otro s. autorización judicial”, Juzg. en lo Civ. en Familia y Sucesiones de la 1era. Nominación de Tucumán, 26-09-2018. “O. F., G. A. y otro s. autorización”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 87, 03-04-2019. “F., C. y otro”, Juzg. de Familia de 6ta. Nominación de Córdoba, 13-08-2019.

(65) Cfr. “C.M.E. y J.R.M. s. inscripción nacimiento”, Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza, 15-12-2015. “Dato reservado”, Juzg. de Familia Nro. 9 de Bariloche, 29-12-2015. “H. M. y otro s. medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-12-2015. “S. G. G. y otros s. filiación”, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 27-05-2016. “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s. materia a categorizar”, Juzgado de Familia Nro. 2 de Moreno, 04-07-2016. “B. J. D. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-11-2016. “Reservado s. autorización judicial (f)”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Viedma, 06-07-2017. “Def. del Pueblo de CABA y otros c. GCBA y otros s. amparo”, CAp.Cont.Adm.yTrib. CABA, 04-08-2017. “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 06-09-2017. “V., R. C. y otro c. Registro Civil y Capacidad de las Personas y otros s. amparo familia”, CNCiv., Sala H, 06-02-2018. “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-2018. “S., M. J. s autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 6 de San Isidro, 02-03-2018. “S. T., V. s. inscripción de nacimiento”, CNCiv., Sala H, 15-03-2018. “R., R. A. y otros s. autorizaciones”, Juzg. en lo Civ., Comercial y de Familia de 2da. Nominación de Villa María, 08-06-2018. “C., C. A. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22-04-2019. “F., C. y otro”, Juzg. de Familia de 6ta. Nominación de Córdoba, 13-08-2019. “A. P. Y. y otro-a c. A. M. G. y otro-a s. Acciones de impugnación de filiación”, Juzg. de Familia Nro. 4 de Morón, 05-03-2020.

(66) Cfr. “Dato reservado”, Juzg. de Familia Nro. 9 de Bariloche, 29-12-2015.

(67) Cfr. “B., B. M. y otro c. G., Y. A s. impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 8, 20-09-2016. “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 81, 14-06-2017. “Reservado s. autorización judicial (f)”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Viedma, 06-07-2017. “H., M. E. y otros s. venias y dispensas”, Trib. Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 05-12-2017. “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-2018. “S., M. J. s autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 6 de San Isidro, 02-03-2018. “S. T., V. s. inscripción de nacimiento”, CNCiv., Sala H, 15-03-2018. “R., R. A. y otros s. autorizaciones”, Juzg. en lo Civ., Comercial y de Familia de 2da. Nominación de Villa María, 08-06-2018. “O. F., G. A. y otro s. autorización”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 87, 03-04-2019. “A. P. Y. y otro-a c. A. M. G. y otro-a s. Acciones de impugnación de filiación”, Juzg. de Familia Nro. 4 de Morón, 05-03-2020.

(68) Cfr. “H. M. y otro s. medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-12-2015. “B. J. D. y otros s. materia a categorizar”,

6) Inaplicabilidad del art. 562 CCyC <sup>(69)</sup>.

7) Discrecionalidad judicial <sup>(70)</sup>.

Veamos cada una de ellas.

1) Laguna legal.

El vacío legal fue un argumento conjugado con la inexistencia de una norma que expresamente regulara o prohibiera los acuerdos de maternidad subrogada, y estrechamente vinculado con la consecuente invocación del principio de legalidad y/o de la discrecionalidad judicial.

2) Principio de legalidad (art. 19 CN).

El recurso a esta norma de clausura (lo que no está expresamente prohibido se halla permitido) fue la antesala para justificar una decisión dependiente exclusivamente de la discrecionalidad del juzgador. En una sentencia, incluso, se afirmó que el nuevo derecho de familia

---

Juzg. de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-11-2016. “S. T., V. s. inscripción de nacimiento”, CNCiv., Sala H, 15-03-2018. “P. A. M. y otro s. autorización judicial”, Juzg. en lo Civ. en Familia y Sucesiones de la 1era. Nominación de Tucumán, 26-09-2018. “C., C. A. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22-04-2019. “V. A. B. y otros s. solicita homologación”, Juzg. de Familia de 5ta. Nominación de Córdoba, 25-04-2019. “D., J. E. y otro-a s. autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 8 de La Plata, 27-04-2020. “P. B. R. y otra s. homologación”, Juzg. Familia 5ta. Nominación de Córdoba, 29-10-2021.

(69) Cfr. “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 06-09-2017. “H., M. E. y otros s. venias y dispensas”, Trib. Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 05-12-2017. . “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-2018. “F., C. y otro”, Juzg. de Familia de 6ta. Nominación de Córdoba, 13-08-2019.

(70) Cfr. “C.M.E. y J.R.M. s. inscripción nacimiento”, Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza, 15-12-2015. “H. M. y otro s. medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-12-2015. “S. G. G. y otros s. filiación”, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 27-05-2016. “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s. materia a categorizar”, Juzgado de Familia Nro. 2 de Moreno, 04-07-2016. “B. J. D. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-11-2016. “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 81, 14-06-2017. “Reservado s. autorización judicial (f)”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Viedma, 06-07-2017. “H., M. E. y otros s. venias y dispensas”, Trib. Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 05-12-2017. “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-2018. “C., C. A. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22-04-2019. “F., C. y otro”, Juzg. de Familia de 6ta. Nominación de Córdoba, 13-08-2019.



posicionaba al juez como sujeto con potestades exorbitantes equiparando discreción con libertad <sup>(71)</sup>.

### 3) Correspondencia biológica.

El nexo genético entre los comitentes y el niño fue un elemento considerado sustancial para reforzar, junto a la voluntad procreacional de los solicitantes, y por contraposición a la ausencia de ambos en la gestante, el fundamento del emplazamiento filial pretendido. Ello, no obstante que la norma del art. 562CCyC los excluye para definir la determinación de la maternidad.

### 4) Voluntad procreacional.

Se sostuvo que la norma del art. 562 CCyC expresamente le reconocía primacía a la voluntad procreacional en filiación por TRHA asumiendo que la maternidad subrogada era una TRHA <sup>(72)</sup>, y que la maternidad subrogada se configuraba como una garantía plena del “derecho a la voluntad procreacional” <sup>(73)</sup>. Asimismo, se afirmó que la totalidad de la jurisprudencia nacional se había inclinado por priorizar, en estos supuestos, a la voluntad procreacional por sobre el parto <sup>(74)</sup>.

Párrafo aparte merece por su originalidad la consideración de que la norma del art. 562 CCyC regía sólo para los supuestos en los que el parto era acompañado de voluntad procreativa <sup>(75)</sup>.

### 5) Inconstitucionalidad del art. 562 CCyC.

Del desconocimiento de la voluntad procreacional que supondría atribuir la maternidad a la gestante se concluyó la inconstitucionalidad del art. 562 CCyC. En algunos casos, la voluntad procreacional fue

---

(71) Cfr. “C.M.E. y J.R.M. s. inscripción nacimiento”, Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza, 15-12-2015.

(72) Cfr. “B., B. M. y otro c. G., Y. A s. impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 8, 20-09-2016. “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 81, 14-06-2017.

(73) Cfr. “R., R. A. y otros s. autorizaciones”, Juzg. en lo Civ., Comercial y de Familia de 2da. Nominación de Villa María, 08-06-2018. “A. P. Y. y otro-a c. A. M. G. y otro-a s. Acciones de impugnación de filiación”, Juzg. de Familia Nro. 4 de Morón, 05-03-2020.

(74) Cfr. “S. T., V. s. inscripción de nacimiento”, CNCiv., Sala H, 15-03-2018.

(75) Cfr. “O. F., G. A. y otro s. autorización”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 87, 03-04-2019.



calificada como derecho humano fundamental <sup>(76)</sup>; en otros, el control de constitucionalidad se basó en la desigualdad en que se encontrarían las parejas que sin la intermediación de la gestante subrogada no tendrían acceso a los procedimientos y técnicas de RHA lo que, a su vez, importaría la imposibilidad de concretizar su voluntad procreacional <sup>(77)</sup>. En algunas sentencias, la inconstitucionalidad se fundamentó en la conculcación de derechos humanos fundamentales, entre los que se enunciaron, el derecho a formar una familia; a la vida privada y a la intimidad; a la autodeterminación; al goce y beneficio de los avances y progresos científicos en materia reproductiva, y a la igualdad y no discriminación <sup>(78)</sup>.

#### 6) Inaplicabilidad del art. 562 CCyC.

Este argumento fue esgrimido para evitar una supuesta “absoluta ficción” atentatoria de la estabilidad familiar indispensable para el desarrollo e identidad de los niños gestados por madres subrogadas <sup>(79)</sup>. En otra sentencia, se consideró que los casos de maternidad subrogada escapaban a la previsión normativa del art 562 CCyC porque, de otro modo, configuraría una barrera insoslayable para el ejercicio de derechos humanos fundamentales <sup>(80)</sup>.

#### 7) Discrecionalidad judicial.

En las sentencias que cuentan con referencias explícitas a la discrecionalidad judicial, esta se encausó en la ausencia de una norma

---

(76) Cfr. “Reservado s. autorización judicial (f)”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Viedma, 06-07-2017. “D., J. E. y otro-a s. autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 8 de La Plata, 27-04-2020.

(77) Cfr. “S. T., V. s. inscripción de nacimiento”, CNCiv., Sala H, 15-03-2018. “P. A. M. y otro s. autorización judicial”, Juzg. en lo Civ. en Familia y Sucesiones de la 1era. Nominación de Tucumán, 26-09-2018.

(78) Cfr. “D., J. E. y otro-a s. autorización judicial”, Juzg. de Familia Nro. 8 de La Plata, 27-04-2020. “C., C. A. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22-04-2019.

(79) Cfr. “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 06-09-2017.

(80) Cfr. “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-2018.

que prohíba <sup>(81)</sup> o regule <sup>(82)</sup> la maternidad subrogada. Entre las primeras, también se vinculó con la norma de clausura del art. 19 CN, argumentando que la falta de prohibición expresa habilitaba sin más la discrecionalidad judicial bajo el principio de legalidad <sup>(83)</sup>.

#### **IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN SUFICIENTE PARA LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LAS SENTENCIAS QUE RECONOCEN EFECTOS FILIATORIOS A LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA**

La circunstancia de que el Anteproyecto de CCyC previera en el entonces art. 562 proyectado la regulación de la “gestación por sustitución”, cuya eliminación fuera luego propuesta precautoriamente por la Comisión Bicameral explicando que “(l)a gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario”, sumado a la clara y contundente norma del art. 562 actualmente vigente, es prueba suficiente de que no hay terreno fértil en la materia para decisiones judiciales discrecionales.

Si bien es cierto que no existe norma alguna que expresamente prohíba este tipo de acuerdos tampoco puede deducirse sin hesitación que se hallen permitidos, en especial, teniendo en cuenta la previsión de normas imperativas que se contraponen a su objeto y efectos. No me refiero

---

(81) Cfr. “C.M.E. y J.R.M. s. inscripción nacimiento”, Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza, 15-12-2015. “H. M. y otro s. medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-12-2015. “S. G. G. y otros s. filiación”, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 27-05-2016. “B. J. D. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, 30-11-2016. “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, Juzg. Nac. Civ. Nro. 81, 14-06-2017. “Reservado s. autorización judicial (f)”, Juzg. de Familia Nro. 7 de Viedma, 06-07-2017. “C., C. A. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22-04-2019. “V. A. B. y otros s. solicita homologación”, Juzg. de Familia de 5ta. Nominación de Córdoba, 25-04-2019.

(82) Cfr. “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s. materia a categorizar”, Juzgado de Familia Nro. 2 de Moreno, 04-07-2016. “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 06-09-2017. “V., R. C. y otro c. Registro Civil y Capacidad de las Personas y otros s. amparo familia”, CNCiv., Sala H, 06-02-2018. “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s. medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Familia Nro. 2 de Mendoza, 15-02-2018.

(83) Cfr. “C., C. A. y otros s. materia a categorizar”, Juzg. de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22-04-2019. “F., C. y otro”, Juzg. de Familia de 6ta. Nominación de Córdoba, 13-08-2019.

solamente a la determinación de la maternidad por el parto dispuesta en el art. 562 CCyC sino, además, a lo normado en los arts. 279 y 386 CCyC, razón jurídica suficiente para la nulidad absoluta de estos contratos; a la derogación implícita del reconocimiento materno dado que la última parte del art. 248 del derogado Código Civil no fue replicada en norma alguna del CCyC; a la explícita integración en el orden público argentino de los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida (art. 2634 CCyC), y a la tipificación penal de los delitos de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (arts. 138 a 139bis CP). Téngase presente, en este sentido, que el principio de coherencia es introducido en el propio CCyC como pauta interpretativa rectora de todo el ordenamiento jurídico (art. 2).

El sustrato de la decisión judicial discrecional es la indeterminación jurídica que, en el caso, no se configura en ninguna de sus formas. El supuesto vacío legal alegado en algunas de las sentencias analizadas que podría contextualizarse entre los defectos lógicos del sistema jurídico o, en términos anglosajones, los problemas de la textura abierta del lenguaje mediante el cual se expresa el derecho, no es real. Si bien la maternidad subrogada no es, en sí misma, un procedimiento o técnica de reproducción humana médicamente asistida <sup>(84)</sup>, cierto es que requiere de manera ineludible de aquellas prácticas para la consecución del embarazo. Este dato es más que suficiente para que, a efectos de definir las reglas que establecerán el vínculo filiatorio del niño concebido en esas circunstancias, el hecho quede encuadrado en lo normado por el art. 562 CCyC. No se configura, en consecuencia, ninguna de las tres variantes que podría revestir un verdadero vacío legal porque hay norma que brinda una única solución al caso -aunque para algunos resulte inconveniente-, los extremos fácticos se conocen suficientemente y el caso concreto se halla comprendido dentro de la generalidad de esa norma.

Tampoco es correcto valerse del principio de legalidad ya que es archisabido que, aún en supuestos de verdadera indeterminación jurídica, partir de la premisa (falsa) de que toda conducta no prohibida se encuentra jurídicamente permitida, podría derivar en conclusiones irracionales, impensadas e indeseadas y hasta disparatadas.

Finalmente, de los términos del propio Dictamen de la Comisión Bicameral antes referido, surge que tampoco ha mediado en la materia una delegación del legislador al juez para que buscara en el derecho la

---

(84) Aseveración respaldada por la regulación normativa prevista en la ley 26.862(2013) sobre Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y su Decreto reglamentario Nro. 956/2013.

solución de los casos concretos. El legislador, lejos de haber establecido opciones normativas o determinado un fin específico que guíe la decisión judicial, dispuso en términos claros y precisos que en los casos de filiación por TRHA la maternidad queda determinada por el parto.

Etcheverry identifica el sentido peyorativo y descalificador que se le atribuye a los términos “formalismo” y “activismo”, usados para describir dos modos antagónicos y actuales de concebir la función judicial, con la incapacidad de “tomarse en serio los derechos fundamentales y las regulaciones legales”<sup>(85)</sup>. El formalismo entiende la actividad del juez como aplicación mecánica del derecho, en tanto que el activismo prioriza las concepciones personales del juez sobre cómo debe resolverse un caso, anteponiéndolas al derecho que, incluso, está dispuesto a ignorar cuando se oponga a sus criterios individuales.

Cuán inminente y grave es el riesgo de que bajo el velo de la discrecionalidad un juez activista intente manipular los derechos fundamentales para alinearlos a su sentir, aunque ello implique vaciarlos de contenido.

Que los jueces posean cierto margen de discrecionalidad sobre algún aspecto de lo que decidan no debe suponer necesariamente que sean quienes gobiernen en detrimento de la ley. Los jueces tienen la ardua tarea de resolver conflictos conforme al derecho y no según sus opiniones desentendidas de las normas<sup>(86)</sup>.

---

(85) ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2020. “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”, *Díkaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, Universidad de la Sabana, Vol. 29, Nro. 2, pp. 336-351.

(86) Cfr. ETCHEVERRY, Juan Bautista, 2020. “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”, *Díkaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, Universidad de la Sabana, Vol. 29, Nro. 2, pp. 336-351.

# LA VIOLENCIA DE GÉNERO MATRIMONIAL COMO CAUSA DE DIVORCIO

POR OSVALDO PITRAU

## **I. INTRODUCCIÓN. DIVORCIO Y PROTECCIÓN**

El Código Civil y Comercial incorpora el paradigma protectorio como una trascendente novedad que tiene su contrapartida en el concepto de vulnerabilidad jurídica.

En este contexto aparece entonces, la figura del sujeto vulnerable como alguien que requiere de especial atención de la norma.

Este nuevo paradigma de protección se encuentra presente en casi todo el articulado del código, revitalizando la idea de justicia y equidad.

Con especial énfasis observamos la introducción de la idea protectoria en el derecho familiar, allí el paradigma aparece para remediar las situaciones de los vulnerables, ya sean niños o niñas, cónyuges y adultos mayores.

El matrimonio como institución, ha merecido en el Código Civil y Comercial de 2015 importantes reformas en su régimen jurídico que se vinculan a la cuestión protectoria y a la vulnerabilidad de los miembros de la familia.

## **II. LOS CAMBIOS EN LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL**

El matrimonio genera efectos personales y patrimoniales para los cónyuges. Estas consecuencias que provienen del vínculo jurídico conyugal conforman su contenido institucional.

Los efectos personales del matrimonio son el conjunto de derechos y deberes de los cónyuges que integran el objeto del consentimiento matrimonial y el estatuto de funcionamiento de la institución conyugal.

En la evolución histórica de estos derechos y deberes se puede observar el profundo cambio que ha experimentado el matrimonio a lo largo de los años, pero fundamentalmente a partir del código civil y comercial de 2015.

Esos efectos personales son las consecuencias jurídicas y morales no patrimoniales que se originan en el vínculo conyugal y conforman el proyecto de vida en común de los esposos.

Y este conjunto de obligaciones conyugales son asimismo, el estatuto legal del matrimonio, su contenido, su reglamento de funcionamiento, son las conductas que los cónyuges deberán llevar a cabo durante la vigencia del vínculo.

Los cónyuges se obligan con el consentimiento matrimonial a cumplir ese conjunto de derechos y deberes. De esta forma, el cumplimiento de estas obligaciones es el signo del estado de la relación entre los cónyuges y la prueba evidente de que existe voluntad de continuar con la relación matrimonial y con el proyecto de vida en común.

En nuestro sistema legal vigente, el Código Civil y Comercial establece los principales efectos conyugales no patrimoniales en los arts. 431 y 432 del CCyCN, aunque hay otros deberes y derechos en los capítulos referentes al nombre, a la filiación y a la responsabilidad parental.

En este sentido, el art. 431 dispone que “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”. En el art.432 por su parte se establece la obligación alimentaria entre cónyuges.

El matrimonio ha cambiado mucho en el Código Civil y Comercial, por ello sus efectos personales son distintos y en consecuencia, las condiciones legales para la disolución del vínculo han sufrido profundas reformas <sup>(1)</sup>.

Estos cambios en los derechos y deberes conyugales necesariamente impactan sobre el proceso regulado para la extinción del vínculo, con

---

(1) PITRAU, Osvaldo Felipe *Efectos personales del Matrimonio*, capítulo V Tomo I de la obra *Tratado de la Familia* dirigido por Córdoba, Marcos. Ed. La Ley, año 2020.

la desaparición de las casuales de divorcio y de las culpas e inocencias, condicionando el contenido y los efectos de la propia institución matrimonial.

En el Código Civil y Comercial se legisla un matrimonio diferente, y esta nueva norma ha cambiado algunos parámetros tradicionales que directamente han afectado el escenario de los derechos y deberes conyugales.

### III. LOS NUEVOS DERECHOS Y DEBERES MATRIMONIALES

La nueva norma establece obligaciones para los cónyuges, pero éstas tienen caracteres distintos a los clásicos, cierto es que siguen siendo imperativas y recíprocas, pero ahora no son deberes coercibles, salvo el alimentario, y todos ellos pierden una cierta individualización e identidad para subsumirse en un concepto omnicomprensivo que estará presente durante toda la unión, como el elemento esencial por antonomasia: el compromiso de establecer y desarrollar *un proyecto de vida en común*.

La ausencia de coercibilidad explícita es quizás uno de los matices más notorios de la reforma: no existen efectos jurídicos frente al incumplimiento de varios de los deberes conyugales más importantes, lo que nos lleva a redefinir su naturaleza, y preguntarnos si la gran mayoría de ellos siguen siendo deberes jurídicos.

La regla ha cambiado, ahora los deberes conyugales no son en su mayoría, obligaciones jurídicas, ya que su incumplimiento no posee efectos de esa naturaleza, mientras que como excepción, aparece el deber alimentario como único deber matrimonial con consecuencias jurídicas.

Al presentar a los deberes de fidelidad, cooperación, convivencia y en cierto modo, al genérico de asistencia, como obligaciones sin efectos jurídicos, lógicamente debía caer el sistema de causales subjetivas de divorcio, ya que en este esquema, ya no había lugar para culpas conyugales.

Sin perjuicio de lo anterior, aun alguna de las causales objetivas, como la separación de hecho previa de común acuerdo, que no incluía calificación de conducta, también ha desaparecido como causa de disolución del vínculo, sobreviviendo conceptualmente sólo en el art. 480 del Código Civil y Comercial.

La profunda reforma del modelo de divorcio con la eliminación de causales y culpas, ha privado de un efecto sancionatorio a los incum-

plimientos de los deberes matrimoniales y, a pesar de que seguramente los divorcios del art. 438 estarán ocultamente motivados en todas esas mismas faltas que existían en código anterior, dicha causación ya no está explicitada y más aún, esas conductas injustas no tienen ningún tipo de consecuencia ejemplar o correctiva para el autor, restando sólo saber, si dañosas, ameritan alguna cuestión resarcitoria.

El único componente jurídico visible del matrimonio actual es el proyecto de vida en común que tendrá, según el art. 431, algunos contenidos obligacionales más morales que jurídicos, como la cooperación, la convivencia, la fidelidad y la asistencia.

La tradicional clasificación tripartita de deberes ahora se despliega de otra forma, en torno al consentimiento y al vínculo matrimonial, ya que al casarse las personas consienten conformar y sostener un proyecto de vida en común, que estará integrado por una serie de derechos y deberes consonantes con esa voluntad de organizar y desarrollar los compromisos conyugales, pero que no quedan reflejados en un pacto escrito, que permita acreditarlos luego si ocurriera un incumplimiento.

#### IV. EL PROYECTO DE VIDA EN COMÚN MATRIMONIAL

El concepto de proyecto de vida en común, aparece como determinante para la existencia de la voluntad matrimonial original y para su permanencia como institución en el tiempo, pero a la vez es indeterminado y, sin perjuicio de algunos aspectos que explicita el art. 431, cada pareja podría establecer su alcance y contenido, con sólo algunos contenidos mínimos imperativos que aporta la norma.

Para Fernandez Sessarego, el proyecto de vida, “es lo que el hombre decide ser y hacer con su vida y en su vida. Ello, reiteramos, en tanto el hombre es un ser libertad. Solo un ser libre es capaz de proyectar” (2).

La indeterminación del alcance y contenido del proyecto de vida en común como instituto jurídico, no resulta ser del todo beneficiosa para establecer los contornos conceptuales del matrimonio, al punto tal que en el nuevo código las semejanzas con la unión convivencial son cada

---

(2) FERNANDEZ SESSAREGO, *Breves apuntes sobre el Proyecto de Vida y su protección jurídica* en Anuario de la Facultad de Derecho de Lima, vol. XXX, 2012-2013, 551-579, Lima, Perú.



vez mayores, y por ello, la actitud cultural hacia el matrimonio se torna cada vez más indiferente en las actuales generaciones <sup>(3)</sup>.

Uno de los avances del principio de libre autonomía de la voluntad que ha incorporado el Código Civil y Comercial, se encuentra representado en este estatuto matrimonial casi indeterminado, no imperativo, no jurídico, que puede definirse en forma muy abierta por los cónyuges, cuando diseñan su propio proyecto de vida en común y lo mantienen vigente sobre la base de su voluntad <sup>(4)</sup>.

Y ese proyecto de vida en común que será determinado por cada matrimonio, no queda explicitado, ni formalizado, ni instrumentado, como ocurre en un pacto conyugal o convivencial escrito, por ello el matrimonio como instituto de derecho, se define ahora solo a partir del consentimiento registral y de muy pocas notas estrictamente jurídicas como las obligaciones alimentarias, el régimen de bienes y los aspectos sucesorios.

Si bien es cierto que los deberes de convivencia, cooperación, fidelidad y asistencia están presentes en la norma, y con sus limitaciones, son imperativos, la actual ausencia de consecuencias jurídicas concretas por su incumplimiento, los configura como un patrón de conducta débil casi inexistente, que quizás la jurisprudencia pueda reconducir en los casos particulares que se planteen.

Y esta comprobación del vaciamiento matrimonial, surge evidente de la comparación con el nuevo instituto de la *unión convivencial*,

---

(3) La tasa de nupcialidad en Ciudad de Buenos Aires es descendente desde hace veinte años, pero se ha acentuado en los últimos años. En 2015 hubo 11.715 matrimonios inscriptos, mientras en 2018 la cifra alcanzó a 10.893 matrimonios, la reducción se potencia si consideramos el crecimiento vegetativo de la población. La tasa bruta de nupcialidad (por mil habitantes) se redujo de 7,4 en 1990 a 3,4 en 2018. Matrimonios inscriptos en el Registro Civil por composición de la pareja. Ciudad de Buenos Aires. Años Enero 2008/Diciembre 2018 - Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Economía y Finanzas GCBA). Febrero 2019.

(4) *Fundamentos* de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (2011) Ed. Infojus. En este sentido dicen los Fundamentos: "De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea".

que en muchos aspectos tiene contornos más definidos que el propio matrimonio.

En este punto, cabe mencionar que el deber de convivencia conyugal se mantuvo en el código, luego de un Anteproyecto que lo había suprimido, entre otras razones, porque la obligación de convivir es un elemento imperativo explícito para la unión convivencial y hubiera sido poco coherente que en el matrimonio no lo sea.

El mayor problema de la libre determinación del proyecto de vida en común por cada pareja y en cada caso, estará dado por la tensión que ese régimen matrimonial tendrá con los estatutos más completos de otras instituciones jurídicas que sí han mantenido regulaciones explícitas de orden público, como ocurre con el régimen de la responsabilidad parental.

A pesar de esta preocupante omnipresencia del concepto de proyecto de vida en común englobante <sup>(5)</sup> de todo lo matrimonial, los deberes matrimoniales existen y provocan efectos jurídicos directos e indirectos que se ven reflejados en otras normas del código.

En ese sentido, el estatuto matrimonial persiste en tanto se relaciona con otros institutos familiares como la filiación, la responsabilidad parental, la adopción, en ellos encontraremos a los cónyuges actuando en proyectos de vida, determinados y legislados, que serán el nuevo refugio legal de la unión conyugal.

No se puede soslayar que en algunos proyectos de vida en común, uno de los objetivos será el tener hijos, y en este caso, el proyecto de vida en común *a priori indeterminado* del matrimonio se vinculará con una filiación y una responsabilidad parental que lucen en el código con regímenes bien determinados e imperativos.

Las instituciones jurídicas ya no pueden estudiarse como compartimientos estancos y en forma totalmente estática, deben ser analizadas en su dinamismo vital y relacional, y en ese sentido, el matrimonio en su propio desarrollo en muchos casos se vinculará con la filiación, con la responsabilidad parental y con la adopción.

---

(5) BASSET, Úrsula “El proyecto de vida en común como deber matrimonial englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, n° 10, noviembre de 2014, ps. 86 y ss.

Y esa relación, de diversidad y a veces de confrontación entre matrimonio y responsabilidad parental o filiación, se pondrá a prueba en el proceso de divorcio.

Y esto así, porque para el proceso judicial del art. 438, los cónyuges que se divorcian parecen no tener ni hijos, ni familia y resuelven la disolución del vínculo en forma individual, sin la obligación de atender a los derechos de los vulnerables en ese mismo proceso, al punto tal que, en dicha norma la regulación de efectos del divorcio respecto de los hijos se podrá derivar a lejanos e inciertos juicios futuros post divorcio, si los únicos protagonistas del proceso no se ponen de acuerdo <sup>(6)</sup>.

Por ello, a partir del nacimiento de los hijos, el indeterminado proyecto de vida en común del matrimonio necesariamente va a modificarse con la inserción de un bloque de derecho filiatorio y parental imperativo y protectorio, que alterará el idílico escenario de un matrimonio sin obligaciones, de libre autonomía de la voluntad de los cónyuges como lo propone el art. 431, será ese quizás, el momento en que comiencen a existir los verdaderos derechos y deberes jurídicos matrimoniales y se ponga a prueba la existencia y legitimidad de la institución conyugal, para evitar ser una fuente de vulnerabilidades jurídicas.

## V. POR UN DIVORCIO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

El Código Civil y Comercial establece una nueva regulación del divorcio que suprime el sistema de causales y culpas e instaura un régimen de ruptura del vínculo matrimonial basado exclusivamente en la voluntad de las partes.

En la norma codificada ya no existen causales subjetivas u objetivas que sean el presupuesto de la supresión del vínculo conyugal: es suficiente la voluntad de uno o de ambos cónyuges para petitionar el divorcio.

Asimismo, tampoco se exigen plazos de duración del matrimonio o de una eventual separación previa, para pedir el divorcio: en la nueva norma podría solicitarse al día siguiente de la celebración del matrimonio.

---

(6) PITRAU, Osvaldo *El Divorcio protectorio y los hijos* en Estudios de Derecho de Familia en Suplemento de la Academia Nacional del Derecho, Editorial La ley, 2019.

Los Fundamentos del Anteproyecto identifican esta reforma con un avance de la autonomía de la voluntad en materia de derecho de familia: “La mirada rígida sobre la relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites” (7).

Es claro que no todo debe considerarse de orden público, sería una demasía, pero si debe respetarse lo mucho o poco que sea de orden público. Por ello, en la contradicción práctica que pueda plantearse entre la autonomía de la voluntad individual y una norma de orden público, sin dudas debería prevalecer esta última.

Este modelo de divorcio simplificado parece muy conveniente a los efectos procesales: ya no hay causas, ni culpas, ni plazos que puedan alegarse o que signifiquen algún tipo de complejidad probatoria, ya casi no hay motivos de litigio que puedan plantearse.

Esta supresión legal de causas y culpas proporciona una aparente tranquilidad sólo en lo que refiere al propio proceso judicial de disolución del vínculo: en la realidad familiar siguen existiendo las mismas causas de la disolución de siempre, en forma subyacente habrá un conflicto conyugal y posiblemente también se habrán producido conductas culpables.

Sin embargo, todos estos hechos y actos de los cónyuges, ya no son visibles, ni tienen un remedio específico en la normativa de divorcio, de modo que, en el caso que corresponda, las injusticias deberán repararse por otras vías jurídicas.

Y esta es la cuestión que tratamos aquí: para la norma ya no existen causas, ni culpas en los divorcios, ahora bien, ¿esto es así en la realidad?, ¿qué establece la norma ante los injustos actos de violencia de género cometidos durante el matrimonio? y más aún, ¿qué respuesta nos da el código a las consecuencias de esos actos matrimoniales injustos?

¿No son injustos los actos de violencia de género matrimonial como para ameritar alguna norma de resguardo de las consecuencias que provocan? ¿Por qué el código anterior reflejaba en varias causales de divorcio los hechos de violencia de género resguardando las vulnerabilidades

---

(7) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

consecuentes y ahora toda esa regulación ha desaparecido de la legislación de fondo, que pretende aun así tener una perspectiva de género?

Y en ese sentido, ¿Con la supresión de las causales por violencia podemos sostener que el divorcio actualmente tiene una perspectiva de género real y efectiva?

En el nuevo código se ha promovido una igualdad jurídica entre cónyuges muy loable, pero al suprimir algunas de las causales de divorcio, se terminan ocultando los casos de violencia de género y sus funestas consecuencias en el divorcio para el cónyuge débil.

Para ilustrar estos supuestos injustos, nos anticipamos a próximos acápite y planteamos el caso que nos ocupa en el presente trabajo: un supuesto de violencia de género crónica o extrema, como causa real subyacente del pedido de divorcio, donde uno de los cónyuges pudo haber llegado a lesionar física o psicológicamente al otro o incluso intentar contra la vida del otro provocándole heridas permanentes, no posee actualmente ninguna regulación normativa en el Código de fondo.

Con el nuevo ordenamiento, hasta el propio cónyuge agresor puede pedir el divorcio, a través de un proceso simple y rápido donde no se reflejará culpa alguna, aunque ésta culpa haya existido en la realidad de esa violencia.

En este caso, ahora ya la norma no atiende a los derechos de la víctima de violencia como antes lo hacía el código, considerándola cónyuge inocente y por tanto acreedora de una asistencia.

El Código de 2015 ahora, siguiendo el mejor estilo del art.438 <sup>(8)</sup>, manda a la víctima a acudir con incertidumbre a otros juicios futuros y bien alejados del divorcio, de carácter resarcitorio, para reparar los daños reales provocados o a pedir una compensación económica, que no sería aplicable a un caso de violencia de género de tipo física.

Es así que actual proceso de divorcio parece desvincularse de la realidad que subyace en el derecho de familia, parece desconectarse de la familia misma, y remitirse sólo a la persona individual de cada cónyuge y a sus intereses particulares.

En este punto podría sostenerse que resulta lógico que el proceso de divorcio se vincule a la autonomía de la voluntad individual de los cón-

---

(8) PITRAU, Osvaldo *El Divorcio protectorio y los hijos* en Estudios de Derecho de Familia en Suplemento de la Academia Nacional del Derecho, Editorial La ley, 2019.

yuges porque en definitiva se relaciona con la ruptura de un matrimonio, y ya no serán más esposos, sin embargo, la norma parece ignorar que la familia que han formado en la mayoría de los casos va a continuar sin que exista la unión jurídica conyugal, en espacial cuando existen hijos e hijas menores de edad.

Según una parte de la doctrina anterior a la reforma, el proceso contradictorio de divorcio con causales subjetivas generaba demasiados litigios interminables y entonces se postulaba que había que modificar ese modelo procesal.

Pero quizás no era el modelo de proceso de las causales de divorcio el que generaba dolor, como se relata en los Fundamentos de la reforma, sino que la causa de la desolación era el propio conflicto familiar subyacente entre esas dos personas, los cónyuges, que solo se servían de ese procedimiento para continuar la pelea en tribunales.

No hay constancias estadísticas que demuestren que esos conflictos conyugales subyacentes con hechos de violencia hayan disminuido luego del cambio de norma hacia un divorcio sin causales, sino que aparentemente ha ocurrido lo contrario.

En los últimos años de vigencia del Código Civil, los casos de divorcios contenciosos basados en causales objetivas o subjetivas en la Ciudad de Buenos Aires no superaban el 10 %. El divorcio de presentación conjunta, mal denominado “por mutuo acuerdo” representaba más del 90% de los casos <sup>(9)</sup>, de modo que la utilización del tipo de causal subjetiva de divorcio contradictorio, no era por lo menos desde lo cuantitativo la causa del supuesto dolor en la institución matrimonial <sup>(10)</sup>.

Sin embargo, a pesar de la facilidades procesales actuales y de la supresión del divorcio por causales, puede verificarse que los casos denunciados de violencia de genero han aumentado notoriamente, de modo que con el nuevo proceso de divorcio sin causas ni culpas, los casos de

---

(9) Himitian, Evangelina “Hubo más de medio millón de divorcios en la última década” artículo publicado en la Nación el 4 de marzo de 2012; Ver también Dirección General de Estadísticas y Censos del Gobierno de la Ciudad “Los divorcios en la Ciudad de Buenos Aires en 2012”. Informe de resultados N°571, septiembre de 2013.

(10) Cabe destacar que entre el grupo estadístico relevado de divorcios basados en causales también la diferencia era muy grande: el 75% se basaba en causales objetivas como la separación de hecho previa y solo el 25% de ese grupo se basaba en causales subjetivas. De modo que en términos generales el porcentaje de divorcios con causales subjetivas solo ascendía a un 2,5% aproximado del total de causas de divorcio.

violencia de género no han disminuido como se preveía, sino que han aumentado en forma considerable <sup>(11)</sup>.

Y esto así porque los procedimientos judiciales no necesariamente van a resolver los problemas reales de un matrimonio, estas dificultades seguirán existiendo, sea cual fuere el tipo de divorcio que se haya utilizado, ya que provienen de otras causas y requieren tratamientos interdisciplinarios.

Del análisis de las estadísticas creciente de casos de violencia de género, cabe destacar que en el 82% por ciento de los casos el agresor se trata de la pareja o expareja conyugal o no conyugal de la víctima <sup>(12)</sup>.

De modo que en el actual contexto, ya no será importante “evitar el dolor del proceso contencioso” <sup>(13)</sup>, pues ya no existe ese tipo de juicio por causales subjetivas, sino que ahora lo prioritario será atender a un divorcio que visibilice a la familia subyacente y proteja a las vulnerables víctimas de violencia de género que se ven afectadas por la disolución y deben enfrentar una situación de extrema dureza.

Al cónyuge víctima de violencia no le resuelve nada que ya no existan ni causas, ni culpas en la ruptura matrimonial, por el contrario, esa aparente falta de responsabilidades encubre injustas situaciones, como aquellas propias de la violencia familiar o de género.

La eliminación de todas las causales de divorcio —tanto de las denominadas objetivas como de las subjetivas— no significa necesariamente un progreso desde el punto de vista social o jurídico, sino por el contrario, un serio retroceso, puesto que, de tal manera se vuelve a tiempos

---

(11) Ver Informe del Instituto nacional de estadísticas y censos (INDEC) sobre *Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres* (RUCVM) de marzo de 2019, Resultados estadísticos 2013-2018, página 31: Según los datos recogidos en todos los juzgados y comisarías de Argentina, 143.112 mujeres denunciaron en 2018 algún caso de violencia de género. Este número casi decuplica el registrado cinco años antes, en 2013, cuando los casos sumaron 17.132 más un histórico previo de 22.577 casos.

(12) Informe del Instituto nacional de estadísticas y censos (INDEC) sobre *Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres* (RUCVM) Resultados estadísticos 2013-2018, página 33, marzo de 2019.

(13) En los *Fundamentos* se sostiene que el objetivo buscado es “contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial”; de forma tal que el divorcio se concrete “de la manera menos dolorosa posible”. (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.)

pretéritos, esto es, a una cierta forma de repudio de uno de los esposos por parte del otro <sup>(14)</sup>.

Tal como sostiene Lidia Hernández la nueva normativa en materia de matrimonio y divorcio favorece al más fuerte y desprotege al más débil, desvalorizándose a la familia, ya que ni siquiera se ha previsto la intervención de alguna institución de mediación familiar, de la manera en la que está legislado el divorcio, no se logra la pacificación de los esposos, pues el malestar se manifestará sea por medio del juicio de alimentos, régimen de cuidado o de comunicación con los hijos, juicios de responsabilidad o de liquidación de los bienes gananciales <sup>(15)</sup>.

La exposición de los deberes matrimoniales y de las conductas conyugales culpables en el texto legal previo, no resolvía las injusticias, pero era una especie de patrón de conducta que ahora no existe.

El vaciamiento de los deberes y derechos conyugales es un nuevo parámetro que alienta a nuevas situaciones de injusticia y de dolor, ya que esas inconductas no tienen sanción alguna y por tanto son interpretadas equivocadamente por la sociedad como aceptables por la ley.

En este sentido, cabe preguntarse si el divorcio incausado, sin culpas y desvinculado de los deberes conyugales, tiene una efectiva perspectiva de género, ya que en su afán de evitar el dolor de los procesos contenciosos y no contemplar causa o culpa alguna de la ruptura, desconoce la existencia de numerosos casos de violencia de género que motivan divorcios supuestamente igualitarios pero que esconden la primacía en que se encuentra el ex cónyuge varón en relación con la ex cónyuge mujer.

Y esa ex cónyuge mujer víctima de violencia, en el marco de esa ruptura aséptica, se vuelve vulnerable y debe afrontar con dificultades el camino del resarcimiento de los daños sufridos por la violencia y rehacer como pueda su vida económica y laboral.

---

(14) MEDINA, Graciela “Las diez grandes reformas al derecho de familia”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 14, 3. Esta autora afirma que en el nuevo Código, el divorcio “recuerda al repudio”, aunque aclara que “tiene vastas diferencias con el repudio, ya que contempla algunas instituciones solidarias como la compensación económica y la atribución de la vivienda familiar a quien más la necesite...”

(15) Hernández, Lidia B., “El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, n° 10, noviembre de 2014, p. 41, 3, b) y c).



Una regulación sustantiva de la disolución del vínculo conyugal no puede desentenderse de las causas que la provoca, ni de las consecuencias que ella genera.

Por otra parte, el problema de regular el divorcio solo a través de normas procesales, algo casi indebido en un código de fondo, proporciona el ámbito propicio para que no exista entonces, una regulación real de las causas y efectos de la disolución, ni una protección efectiva de los vulnerables.

En este sentido, la más reciente reforma del Código Civil francés de 2016, incorpora una moderna forma de divorcio por acto privado ante abogados (*le divorce privé*), pero de ningún modo suprime el sistema de causales subjetivas y objetivas. En ese sentido, el procedimiento de divorcio conocido como divorcio por falta o *divorce pour faute* puede utilizarse en caso de que uno de los cónyuges cometa una falta grave, por ejemplo, en casos de violencia doméstica <sup>(16)</sup>.

La supresión de culpas no requería necesariamente haber suprimido las causas del divorcio y subestimado sus efectos. Y esto así, porque las causas y los efectos del divorcio en muchos casos se refieren a personas vulnerables que son integrantes de la familia como el cónyuge víctima de violencia.

En el mismo camino de evitar culpas, se podría haber mantenido alguna de las causales objetivas como la separación de hecho previa que no implicaba una calificación de conducta, y adjudicaba los efectos de inocencia a aquel que no había sido responsable de la separación, sin calificación de culpabilidad para el otro <sup>(17)</sup>.

Solo aparece la compensación económica como único instrumento protectorio para remediar las vulnerabilidades del divorcio, sin embargo como veremos, en su actual redacción es un instituto que resguarda desigualdades o perjuicios económicos, pero sin contornos claros, que pro-

---

(16) CODE CIVIL francés Article 229 (Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 50):

*“Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d’un notaire.*

*Le divorce peut être prononcé en cas :*

- soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l’article 229-2 ;*
- soit d’acceptation du principe de la rupture du mariage ;*
- soit d’altération définitive du lien conjugal ;*
- soit de faute.”*

(17) Arts.204 y 214 2° del Código Civil velezano con la reforma de la ley 23.515.

mueven interpretaciones diversas de los jueces, se trata de un texto sin una intención asistencial definida y con un plazo de caducidad que es completamente agravante desde una perspectiva de género.

En conclusión, el nuevo modelo de divorcio presenta un procedimiento judicial simplificado que ha venido a superar el mencionado “dolor” de los procesos contenciosos y otorgar nuevo terreno a la igualdad de los cónyuges y a la autonomía de su voluntad individual, pero finalmente termina siendo un modelo desconectado de la familia y de sus miembros vulnerables como el cónyuge víctima de violencia, sin contemplar una perspectiva de género que ofrezca respuestas normativas para remediar las consecuencias de esos actos de violencia.

Por ello, un divorcio con perspectiva de género debe consistir en una regulación protectoria que atienda a las causas de violencia en la ruptura y al resguardo de las vulnerabilidades que surgen entre sus consecuencias.

## VI. LAS VULNERABILIDADES QUE SURGEN DEL DIVORCIO Y DEL QUIEBRE DEL PROYECTO DE VIDA EN COMÚN

El divorcio es la representación final del quiebre del proyecto de vida en común y genera efectos directos sobre los cónyuges y sobre otros integrantes de la familia como los hijos menores.

En ese sentido, los hijos menores y muchas veces alguno de los esposos, presentan situaciones de alta vulnerabilidad o enfrentan circunstancias de excepcional dureza ante aquella del fin de ese proyecto y de la desvinculación matrimonial.

Es por ello que el proceso de divorcio, que tiene un objetivo inmediato indiscutible que es la disolución del vínculo, debería tener una *función de protección* de esos vulnerables afectados por la ruptura.

Esta es una exigencia que imponen los más esenciales principios jurídicos en esta materia: la Solidaridad Familiar, la Perspectiva de género y el Interés Superior del Niño.

Y esa necesidad de tutela en relación con el cónyuge o los hijos e hijas menores víctimas de violencia proviene de las diversas Convenciones Internacionales y de la Constitución Nacional.

Por ello, en el derecho comparado existen legislaciones que han tenido la preocupación de resguardar a los hijos o al cónyuge débil frente

al divorcio, y lo han hecho, a través de las denominadas cláusulas de dureza, de rigor o de salvaguarda <sup>(18)</sup>.

Hace más de 25 años presentamos sendas ponencias en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1997) y en el Congreso Internacional de Derecho de Familia de Mendoza (1998) proponiendo algún tipo de medida procesal que permitiera encauzar el proceso de divorcio contemplando la protección de los derechos de los hijos <sup>(19)</sup>.

Una ruptura matrimonial en su regulación no puede eludir la realidad que la provoca y las consecuencias dañosas que puede generar, de modo que si no existen normas que tengan en cuenta estos datos de la realidad, habrá que crearlas, de lo contrario persistirán situaciones injustas de vulnerabilidad.

La vulnerabilidad post ruptura refiere entonces a las causas y a las consecuencias de un divorcio y allí es donde la norma debe tener una perspectiva de género que necesariamente desnude la igualdad ideal y teórica entre cónyuges que plantea nuestro Código.

---

(18) En ese sentido, el Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) mantiene en su artículo 1568 una cláusula de rigor o salvaguarda (Härteklause) : “1. No habrá lugar al divorcio, si bien existe ruptura matrimonial, siempre y cuando la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad nacidos gracias al mismo, o cuando el divorcio supondría a causa de circunstancias extraordinarias, una carga tan grave para el cónyuge opuesto al mismo que haga que la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente imprescindible, incluso teniendo en cuenta los intereses del otro cónyuge solicitante.

En Inglaterra, se ha establecido una hardship clause para el caso de demanda unilateral por cese de la convivencia de más de 5 años: “El demandado puede oponerse alegando que la disolución del matrimonio le causaría un grave perjuicio económico o de otra índole, o que sería dañoso en cualquier caso disolver el matrimonio (sec. 5, Matrimonial Causes Act 1973)”. A partir de esta cláusula el demandado podría oponerse a la pretensión de divorcio, si la disolución le causa un perjuicio o un daño.

En el art.55 inciso 3º, la nueva Ley de Matrimonio Civil de Chile introduce una especie de cláusula de dureza, que permite al juez rechazar el divorcio por cese de convivencia solicitado unilateralmente, cuando a solicitud de la parte demandada, verifique que el demandante, durante el período de cese de convivencia, no dió cumplimiento, en forma reiterada, a su obligación de alimentos, respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

(19) PITRAU, O. - MASCARO, A. (1998) “El derecho del Niño a ser oído y la consideración del Interés Superior del Niño en los procesos de divorcio” Ponencia presentada en las XVI Jornadas nacionales de Derecho Civil organizadas en la UCA, Ciudad de Buenos Aires, 1997 y en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia organizado en Mendoza en septiembre de 1998.

En el análisis de las causas reales del divorcio nos encontraremos con desigualdades propias de la violencia de género y de una distribución de roles matrimoniales que sigue respondiendo a cánones tradicionales.

Por ello, una normativa de divorcio con perspectiva de género debe atender nuevamente a las causas de esa ruptura.

En ese orden, la idea de un *divorcio de contenido protectorio* no debe identificarse con una posición negatoria del derecho a divorciarse, ni debe significar un castigo u obstáculo para los cónyuges que quieren libremente hacerlo, sino que solo presupone una estructura de normas que represente un resguardo para aquellos vulnerables que se encuentran afectados, luego de la disolución, en ciertos casos de particular dureza como es el caso de los supuestos de violencia de género.

En este punto, y en relación con esta necesidad de proteger a un vulnerable, no necesariamente debe existir como único camino un planteo de cuestiones de culpabilidad o de análisis del pasado matrimonial, sino la simple finalidad de resguardar a los vulnerables para el futuro, sobre la base de los principios de solidaridad familiar y de interés superior del niño.

Por ello, si bien pueden existir posibles juicios de culpabilidad, civil o penal, por ejemplo, por violencia de género o maltrato infantil, que acompañen un caso de vulnerabilidad post divorcio, no se trata aquí de reinsertar como única solución el divorcio con culpas, sino de proteger a aquel que ha quedado muy afectado por esos hechos que han motivado el divorcio.

Ahora bien, resulta indispensable a una normativa con perspectiva de género que esa causa de violencia que motivó el divorcio se explicita en el propio proceso de divorcio de modo que luego se pueda habilitar prontamente la solución protectoria que remedie la vulnerabilidad, sin tener que remitir las respuestas a juicios futuros e inciertos.

La mujer víctima de violencia de género que se divorcia requiere una respuesta inmediata de asistencia material y vivienda y para ella ese divorcio debe estar explícitamente calificado y diferenciado de otros casos.

Del mismo modo y como veremos mas adelante si queremos instrumentar un fuero especial mixto de violencia de género, estos casos de divorcio allí deben tramitarse, como ocurre en el derecho español y para ello entonces deben ser divorcios calificados por su causa en la violencia de género.

El paradigma de protección en el divorcio surge de una situación objetiva de vulnerabilidad y halla un primario fundamento en el principio jurídico de *solidaridad familiar* que tiene plena aplicación en este caso y excede el ámbito de las obligaciones morales. Y esto es así según Córdoba, porque la familia es un grupo de personas vinculadas por deberes jurídicos de naturaleza solidaria <sup>(20)</sup>.

La necesaria consagración de la Solidaridad Jurídica como principio general del derecho es una exigencia que debiera contemplar nuestro sistema normativo <sup>(21)</sup>, en orden a proteger al vulnerable.

Nuestro Código Civil y Comercial introduce la idea de protección de los vulnerables ante la ruptura, ya que incluye algunas normas que son propias de un divorcio protectorio, tales como la compensación económica, pero también incorpora otras que se alejan notoriamente de la salvaguarda de los derechos de un cónyuge víctima de violencia.

Ante la vulnerabilidad provocada por la violencia de género matrimonial y frente al posible divorcio por tal causa, se requiere instrumentar soluciones prácticas y urgentes, como una obligación alimentaria específica para la víctima excónyuge y una atribución de vivienda directa y cautelar.

La gravedad de la violencia de género injustificada e injusta amerita un análisis de conductas y culpas consecuentes, sin embargo ese no debería ser el único camino a tener en cuenta, ya que existen múltiples alternativas de protección

En una regulación de divorcio con perspectiva de género debe identificarse el divorcio por causa de violencia y luego determinar la protección que corresponda.

## VII. EL DIVORCIO PROTECTORIO

El *divorcio protectorio* es un modelo normativo de disolución del vínculo matrimonial que atiende en forma primaria a la cobertura de los derechos de las personas vulnerables de la familia. Entre esos vulnerables podemos mencionar a los hijos menores, al cónyuge débil y a

---

(20) Córdoba, M. M. - Vanella, V. R. - Vázquez, Á. C. (2002), Derecho de familia. Parte general, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 6.

(21) LAJE, Alejandro.(2016) *El principio general de solidaridad en el derecho argentino* en Diario La Ley del día 1º de abril de 2016.

otros familiares afectados como los adultos mayores, que en un sentido amplio compartían el hogar conyugal o centro de vida familiar.

Este modelo de *divorcio que incorpora el paradigma protectorio y la perspectiva de género y de niñez*, se integra con normas sustanciales y procesales.

En cuanto a las normas sustanciales, el divorcio que es causa de extinción del vínculo matrimonial, se encuentra acompañado por la aplicación efectiva de los principios jurídicos de solidaridad familiar, perspectiva de género e interés superior del niño y del resto de la regulación protectoria del Código Civil y Comercial, en especial la que está relacionada con la responsabilidad parental y que incluye normas como el derecho del niño o niña a ser escuchado.

Sobre dichas normas sustanciales se debe estructurar un proceso de divorcio que será *judicial y contencioso* y proveerá la disolución del vínculo, pero a la vez, debería disponer la protección necesaria a los vulnerables de la familia.

Por ello, cuando ante una pretensión de divorcio se afectan derechos de orden público, la sentencia de disolución en algunos casos debería calificar el divorcio según sus causas, como en el supuesto de violencia de género, y contemplar la efectiva regulación de sus efectos.

El derecho a divorciarse es de orden público y por ello no puede renunciarse (art.436), pues bien, los derechos de los vulnerables de la familia que se ven afectados por esa disolución también son imperativos y en ciertos casos, tienen una jerarquía prevalente, como es el caso de género, o el de los niños y niñas y su interés superior.

El divorcio no puede presentarse solo como una regulación procesal desvinculada de las normas y principios sustanciales del Código Civil y Comercial. Y en ese mismo orden de ideas, el disolución conyugal no puede ser un acontecimiento matrimonial de exclusiva incumbencia e interés de cada uno de los cónyuges individualmente, sin consideración de la vulnerabilidad de los integrantes familia que ellos han conformado.

En conclusión, el divorcio debe tener, además de la función disolutiva del vínculo, una *función protectoria* de los derechos de los vulnerables de la familia, como el cónyuge víctima de violencia o los hijos e hijas menores..

El mencionado carácter o paradigma protectorio del divorcio se integra a la perspectiva de género y de niñez y se funda en los principios ju-

rídicos de Solidaridad familiar, Perspectiva de género e Interés Superior del Niño, en la normativa sustancial del Código Civil y Comercial, en las Convenciones Internacionales y en la Constitución Nacional.

### **VIII. LAS CAUSAS Y EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN CON EL CÓNYUGE VÍCTIMA DE VIOLENCIA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

El divorcio en su actual configuración no requiere de causas y la petición puede ser unilateral. En la celebración matrimonial existió una voluntad bilateral, sin embargo la disolución de ese vínculo y la ruptura de ese proyecto de vida en común puede ser unilateral, lo que en muchos casos supone situaciones de injusticia.

La propia distribución de roles conyugales que se definiera en ese proyecto de vida en común, puede significar ahora en el momento de quiebre de ese proyecto, una situación disvaliosa para uno de los cónyuges.

Esa aceptación voluntaria al casarse no podría haber contemplado nunca la injusticia de la violencia de género y la consecuente vulnerabilidad.

Existen entonces vulnerabilidades que se corresponden con conductas humanas antijurídicas, como es el caso de la violencia de género o el maltrato infantil. En este sentido, estas conductas no son generadas específicamente por la actual normativa matrimonial, y en prueba de ello, ya existían durante la vigencia del Código Civil con una regulación matrimonial diversa.

Pero también es cierto que, en el anterior régimen la norma identificaba las causas del divorcio para calificarlo y luego otorgaba un resguardo jurídico en el caso de vulnerabilidades que podían provocarse. Y mas aún esa explicitación de culpabilidades e inocencias se convertía en un patrón de conducta útil para la sociedad que observaba lo que la ley consideraba bueno y malo.

Actualmente la normativa de fondo del Código Civil y Comercial no establece juicios de valor normativo sobre la violencia de género matrimonial, ni siquiera existe una norma como la del art.647 sobre la prohibición de malos tratos en relación con los hijos menores.

Ningún proyecto de vida en común puede incluir la violencia como parte integrante del estatuto matrimonial.

La primera conclusión que podemos extraer es que si existen rupturas matrimoniales provocadas por casos de violencia de género, estas deben ser calificadas en forma particular, como divorcios por causa de violencia de género.

Pero en nuestro régimen vigente, estos divorcios no siempre son solicitadas por la víctima, en muchos casos, es el propio victimario que en su escalada de violencia, incluye también la petición de divorcio a sabiendas de que nuestro sistema jurídico se lo permitirá rápidamente, sin dar razones y sin consecuencias para él. Con ello habrá perpetrado un nuevo acto de violencia contra su víctima, inesperadamente a través del instrumento legal de la petición de divorcio.

La víctima quedará en una situación de vulnerabilidad generada por la violencia de su cónyuge y por la indiferencia de la ley.

Ahora bien, la situación no cambiará si la víctima es quien interpone la petición, ya cansada de sufrir violencia, como modo de liberarse de su verdugo. Del mismo modo, obtenido el divorcio, se encontrará vulnerable frente al futuro, sin ninguna tutela o protección jurídica.

Esa situación de vulnerabilidad y desamparo normativo efectivo es la que lleva a muchas mujeres a callar sobre la violencia que sufren, pues si la denuncian y piden el divorcio prontamente se quedarán sin vivienda y sin sustento material, por aquella primaria distribución de roles conyugales que constituye un caso de violencia de género en sí mismo.

La compensación económica que incorpora nuestro Código es una respuesta legal protectoria muy buena, pero limitada ya que se refiere a perjuicios o desmejoramientos en la ecuación económica que haya sufrido alguno de los cónyuges en atención al matrimonio y al divorcio. No es una norma asistencial específica dirigida remediar vulnerabilidades de violencia de género de amplio espectro. Con el texto actual del art.441 solo podría aplicarse a ciertos casos de violencia económica.

La compensación económica supone un cónyuge que se haya perjudicado económicamente durante el matrimonio, ya que al casarse tenía determinada situación económica y ésta ahora con el divorcio, ha empeorado y todo ello, generalmente por la asignación de roles que ambos cónyuges definieron en su proyecto de vida en común que generalmente proviene de ciertos mandatos de nuestra sociedad.



El Código Civil y Comercial ha seguido al art.97 del Código español, pero incluso ha aligerado su texto quitándole cierto elemento comparativo entre cónyuges <sup>(22)</sup> que podía permitir fundar de mejor forma el derecho a solicitar esta compensación por el mero desequilibrio económico entre cónyuges. Por el contrario, se trata de un texto más cerrado que ha derivado en interpretaciones diversas de la jurisprudencia en algunos casos amplias y en otros restringidas <sup>(23)</sup>.

En ese sentido resulta agravante el plazo de caducidad de seis meses que se incorpora al artículo 442, de imposible cumplimiento en muchos casos de violencia económica grave, por la vulnerabilidad en que se encuentra el cónyuge víctima, nos muestra la falta de perspectiva de género que tiene un texto legal que es coherente con el modelo de divorcio sin obstáculos ni consecuencias, que tampoco quiere plazos extensos para iniciar acciones derivadas de la sentencia de divorcio.

A pesar de la posibilidad legal del victimario de peticionar unilateralmente el divorcio, pensamos que aquel que ejerció esa violencia económica en la distribución de roles no podrá reclamar compensación económica aun cuando se haya desmejorado su situación económica por el divorcio, ya que, tal como bien dice Sambrizzi <sup>(24)</sup> por esos actos de violencia habría quebrado las condiciones de equidad y solidaridad familiar que son la base del instituto, y por tanto, abusaría de su derecho.

En este contexto, el art. 441 es una norma limitada en su alcance protectorio, por ello, propondremos más adelante ampliarla para abarcar todos los casos de violencia y que sólo pueda ser reclamada por la víctima.

---

(22) Código Civil español art. Art. 97: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro...” He aquí el elemento comparativo entre cónyuges que no se ha trasladado a nuestro artículo 441.

(23) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I • 19/04/2021 • Lorkovic, Marcela c. Hollatz, Roberto s/ compensación económica p/ recurso extraordinario provincial • La Ley Online • TR LALEY AR/JUR/11609/2021.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E • 11/12/2019 • M. G. M. c. H. E. E. s/ Fijación de compensación económica - Arts. 441 y 442 CCCN • LA LEY 01/06/2020 , 7 con nota de Cristina I. Silva y Julio A. Martínez Alcorta.

(24) Sambrizzi, Eduardo A. • Requisitos de la procedencia de la compensación económica en el divorcio • LA LEY 23/08/2022 , 1 • LA LEY 2022-E , 15.

## IX. LA VIOLENCIA DE GÉNERO MATRIMONIAL COMO CAUSA DE DIVORCIO

El sistema de matrimonio y de divorcio no ha contemplado las situaciones de violencia de género matrimonial, y como ha desvinculado el incumplimiento de los deberes matrimoniales de las causas de ruptura, haciendo lugar a un divorcio incausado, actualmente no hay efectos específicos previstos en la norma familiar para este tipo de casos de violencia.

La violencia de género durante el matrimonio excede cualquier parámetro razonable, de modo que en ningún caso podría formar parte de un proyecto de vida en común del art. 431, por el contrario presupone una frustración de ese proyecto a partir de un acto antijurídico y dañoso.

Sin embargo, la primera situación violencia surge del propio diseño del proyecto de vida en común, cuando entre los cónyuges plantean la distribución de roles conyugales siguiendo los parámetros de la primacía del varón por sobre la mujer.

En esta distribución típica la mujer se ocupa de lo doméstico y de cuidar a los hijos y el varón sale a trabajar y estudiar obteniendo una retribución económica y de desarrollo personal.

En esta primaria distribución de roles que alcanza a muchas parejas de nuestro país ya se identifica, la raíz de la vulnerabilidad futura que sufrirá la mujer al divorciarse.

Pero la violencia no solo se remite a la cuestión de los roles conyugales, sino que bajo esa misma matriz, el varón ejercerá un poder que derivará a otras situaciones de violencia física, psicológica, sexual, económica y simbólica <sup>(25)</sup>, quebrando en forma completa aquel proyecto de vida en común.

Posiblemente, todos esos hechos de violencia de género, sean las causas del divorcio que es anhelado por la víctima, pero postergado por el temor a la represalia del violento y a la situación de desamparo en que quedará, siendo entonces muchas veces solicitado por el propio victimario que de esa forma pretende seguir ejerciendo el poder, a sabiendas de

---

(25) Art.5 Ley 26.485 *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*. En su art. 2 inciso b) establece "el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia".

que dejará a su víctima en la calle, vulnerable y sin resguardo económico alguno.

En este panorama de violencia de género como causa del divorcio y de la ruptura como causa de la vulnerabilidad de la víctima de esa violencia, el derecho debe proveer respuestas urgentes.

## **X. REGULACIONES POSIBLES PARA CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO MATRIMONIAL COMO CAUSA DE DIVORCIO**

### **X.1. Deber matrimonial de convivencia pacífica o no violencia como contenido explícito del proyecto de vida en común, incorporado en el art. 431 del Código Civil y Comercial**

Una primera posibilidad de regulación consistiría en modificar el art. 431 para incorporar el deber matrimonial de convivencia pacífica o no violencia específica como estándar mínimo de relación entre cónyuges.

En esta línea, se debería establecer alguna consecuencia o efecto en los casos de incumplimiento por hechos de violencia de género matrimonial. Esta consecuencia podría consistir en la determinación de una protección asistencial alimentaria específica para el cónyuge víctima de violencia de género durante el matrimonio o para el caso en que se produzca el divorcio.

### **X.2. Calificación del divorcio por causa de violencia de género durante el matrimonio, sin juicio de culpabilidad del victimario**

En este caso, el divorcio que se haya motivado en un caso de violencia de género merece una calificación especial, sin que exista un tratamiento de culpabilidad de la conducta del victimario. Solo se califica el divorcio en la sentencia enunciando que la causa consiste en hechos de violencia de género.

En este caso no se modificaría el estatuto matrimonial actual del art.431, sino el art. 438, incorporando la posibilidad de enunciar los hechos o antecedentes administrativos o judiciales de violencia en la petición de divorcio.

La sentencia no califica la conducta del victimario, sino que solo establece que la causa del divorcio ha sido la violencia de género.

Dentro de los efectos de este tipo de divorcio se puede contemplar la asistencia alimentaria de la víctima que podría ser introducida como un tercer inciso del art. 434. Sin perjuicio de ello, la víctima, a partir de esa calificación de conducta también podrá accionar por daños y perjuicios buscando un resarcimiento <sup>(26)</sup>.

De modo que no se trata de un divorcio culpable o subjetivo, sin embargo, el divorcio en este caso será causado, se explicitará su causa.

Otro de los efectos de la calificación de ese divorcio causado será la atracción que sobre él ejercerá un futuro tribunal de violencia de género.

En el caso de crearse un fuero especial de violencia de género, tal como ocurre en el modelo español <sup>(27)</sup>, todas las causas que presenten situaciones de violencia de género son atraídas por esos tribunales, incluso los juicios de divorcio <sup>(28)</sup> para que estos tengan un tratamiento específico relacionado a la violencia.

---

(26) Mendelewicz, José Daniel • El resarcimiento de los daños cuando la mujer es víctima de violencia. La justicia terapéutica como prevención de nuevos daños • RC-CyC 2022 (abril), 164 • TR LALEY AR/DOC/870/2022; Pietra, María Luciana • Daños y perjuicios derivados de la violencia de género... Una deuda que se hallaba pendiente • LA LEY 05/10/2021, 6 • TR LALEY AR/DOC/2841/2021.

(27) Código Civil español art.81: "Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:...

"...2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio".

(28) Como ocurre en el Derecho Español a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 87 ter, y en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, donde se establece que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán competencia exclusiva y excluyente para distintas materias civiles, entre las que se encuentra el conocer de los procedimientos de divorcio, guarda y custodia de los hijos, alimentos, entre otras. El art. 44 de esta Ley le otorga competencia exclusiva y excluyente: "inciso 3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

"b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.

Esta causal solo podrá ser ejercida por la víctima que deberá acreditar la existencia de violencia de género, ya bien en el propio proceso o bien trayendo al divorcio las pruebas que consten en otros procesos previos o concomitantes.

### **X.3. Causal subjetiva de divorcio por causa de violencia de género durante el matrimonio que comprenda una regulación de protección a la víctima posdivorcio**

En este caso se incorporaría nuevamente una causal subjetiva de divorcio por violencia de género y se establece una cobertura jurídica para la víctima, con una cuota alimentaria semejante a la que tenía derecho durante el matrimonio. En este caso también se podría agregar un tercer inciso al art. 343.

Entre los efectos de resguardo de la víctima, se encuentra la atribución de vivienda que en este especial caso podrá definirse en forma directa e inmediata en favor de la víctima. Por último, podría considerarse la posibilidad de mantener ciertos alimentos sucesorios para la víctima en relación con el victimario.

Esta causal solo podrá ser ejercida por la víctima de la violencia que deberá acreditar la existencia de violencia de género, ya bien en el propio proceso o bien trayendo al divorcio las pruebas que consten en otros procesos previos o concomitantes.

### **X.4. Causal de divorcio por causa de violencia de género durante el matrimonio, sin calificación de conducta del victimario, pero estableciendo efectos asistenciales para la víctima**

En este caso, se crea una causal de divorcio objetiva que se peticiona acreditando el hecho de violencia de género, adjudicando a la víctima derechos semejantes a los que tenía durante el matrimonio pero sin declaración de culpabilidad.

Se utilizaría la misma técnica legislativa que regía el divorcio por causal objetiva por separación de hecho previa, en el caso en que uno de los cónyuges había sido el responsable de la separación (Arts.204 y 214 2p. Código Civil). En aquella norma se atribuían los derechos de inocen-

---

“c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

“d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género”.

cia para el que no había causado la separación pero no había culpabilidades declaradas.

La víctima tendría entonces una asistencia alimentaria en términos semejantes a los que le correspondían durante el matrimonio.

### **X.5. Asistencia alimentaria y atribución de vivienda para la víctima de violencia de género matrimonial sin establecer causas o causales de divorcio**

En este caso no hay una calificación del divorcio por causa de violencia, ni tampoco causales subjetivas u objetivas.

En este caso se ha previsto una normativa que directamente, acreditada la violencia en el divorcio adjudique derechos alimentarios y de vivienda para la víctima de violencia de género luego de la ruptura.

Tal como se ha visto en acápite anteriores, una posibilidad de implementación de esta alternativa consistiría en la ampliación del art.434 agregando un inciso c) que contemple el caso del excónyuge víctima de violencia de género, como beneficiario de una alimentaria, estableciendo las condiciones para que pueda reclamarse esta asistencia.

En muchos casos, la violencia de género durante el matrimonio consistió precisamente en el incumplimiento del deber alimentario conyugal<sup>(29)</sup>, lo que motivó el divorcio mismo. Por ello, parece lógico que ese deber incumplido pueda efectivizarse aun luego de disuelto el vínculo.

Del mismo modo, podría incorporarse a la regulación de la atribución de vivienda el supuesto de violencia de género a favor de la víctima, como elemento directo de determinación de esa atribución.

Otra regulación protectoria especial podría consistir en el establecimiento de algún tipo de alimento sucesorio para la víctima divorciada en el caso de muerte del victimario<sup>(30)</sup>.

---

(29) Ramos, Florencia Carolina - Cruz Matteri, Juan Ignacio •El incumplimiento de la cuota alimentaria como factor distintivo de la violencia de género • RCCyC 2021 (marzo), 111 • TR LALEY AR/DOC/113/2021

(30) Gales e Inglaterra se pueden reclamar alimentos a cargo de la herencia establecidos en la *Inheritance Provision for Family and Dependants Act 1975*, que contempla una provisión financiera (*reasonable financial provisions for dependants*): pudiendo ser solicitada por el ex cónyuge que no haya contraído nuevas nupcias.

## X.6. Ampliación del alcance y aplicación de la compensación económica

El Código civil y Comercial introdujo el instituto de la compensación económica en el art.441, siguiendo el texto del art. 97 del Código español <sup>(31)</sup>, y como ya hemos visto no tiene un explícito carácter asistencial, ni resarcitorio, sino que parece ser una remediación económica ante un desmejoramiento, que restaura el equilibrio perdido.

Esta norma protege al cónyuge que se ha visto perjudicado económicamente por el divorcio, pero no parece ser una solución específica aplicable a la necesidad de asistencia en casos de violencia de género.

En cierta forma podría llegar a alcanzar el caso de una injusta distribución de roles como un supuesto de violencia económica, aun cuando el texto de la norma no lo explicita claramente.

En este punto debemos destacar que en el código español se hacía referencia a un “desequilibrio económico en relación con la posición del otro” cónyuge, texto que no aparece en nuestro art. 441 y que le quita un matiz de comparación económica entre cónyuges que hubiera podido introducir más fácilmente la cuestión de la distribución de roles en el matrimonio.

Algunos autores incorporan en la interpretación de la norma el concepto de desigualdad en la distribución de roles parentales para habilitar la aplicación de esta compensación aun cuando no exista ese estricto desmejoramiento <sup>(32)</sup>.

La jurisprudencia no es homogénea en la interpretación del art. 441 y el alcance de la compensación económica.

En la Cámara Nacional Civil, la Sala A sostuvo que “a tenor de la producción de las pruebas, la situación económica de la actora luego de la separación ha sido y es mala, lo que da cuenta que el desequilibrio patri-

---

(31) Código Civil español art. Art. 97: “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, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

(32) La compensación económica ante la finalización del proyecto de vida en común. Superación de la desigualdad estructural originada en los estereotipos de género • Chechile, Ana María - Lopes, Cecilia • LA LEY 27/09/2021 , 1 • TR LALEY AR/DOC/2745/2021

monial con relación al que fue su esposo es importante. Se encuentran reunidos los elementos relevantes para la procedencia y fijación de la compensación económica... Se tiene por acreditado que la desproporción encuentra su fundamento en el proyecto familiar y su ruptura, es decir, en la elección de un modelo de desarrollo del proyecto familiar que implicó la adopción de roles fijos respecto de los miembros de la pareja, que configura, sin dudas, una situación desequilibrante en términos económicos entre ellos”<sup>(33)</sup>.

La sala E de la misma Cámara Civil por su parte ha sostenido muy recientemente que “la compensación económica solicitada en los términos del art. 441 Cód. Civ. y Comercial por una mujer que se dedicó a la crianza y educación de sus tres hijos durante la convivencia matrimonial, que duró algo menos de veintidós años debe rechazarse, pues la hipótesis que contempla la norma apunta al desequilibrio manifiesto que produce a uno de los cónyuges el divorcio, que signifique el empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, lo que en el caso no se encuentra acreditado”<sup>(34)</sup>.

Como para completar el cuadro de diversas visiones sobre el alcance y configuración del instituto, la Sala I del mismo Tribunal antes citado dijo que “la compensación económica es una protección legal con fundamento en la solidaridad familiar; por ello es una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, lo que conduce a la necesidad de analizar comparativamente la situación patrimonial de cada cónyuge al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio; y ante la falta de equilibrio, se puede pedir su recomposición”<sup>(35)</sup>.

Y esa misma sala I también resolvió que “la excónyuge tiene derecho a percibir una compensación económica en los términos del art. 441 del Cód. Civ. y Com. de parte de su exmarido, toda vez que a partir del cese de la convivencia conyugal de 27 años, su situación patrimonial se vio gravemente desmejorada, a diferencia de lo que ocurrió con aquel, quien

---

(33) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A • 30/03/2022 • O’NEILL, M. D.L. c. BOTTARI, M. J. s/FIJACION DE COMPENSACION ECONOMICA - ARTS. 441 Y 442 CCCN • TR LALEY AR/JUR/38737/2022.

(34) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E • 11/12/2019 • M. G. M. c. H. E. E. s/ Fijación de compensación económica - Arts. 441 y 442 CCCN • LA LEY 01/06/2020 , 7 con nota de Cristina I. Silva y Julio A. Martínez Alcorta

(35) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I • 17/12/2020 • R. P. C. c. F. J. P. s/ Fijación de compensación económica - Arts. 524 y 525 CCCN • LA LEY 07/04/2021 , 3 Con nota de Cristina I. Silva y Julio A. Martínez Alcorta RCCyC 2021 (julio) , 96 Con nota de Jorge A. M. Mazzinghi • TR LALEY AR/JUR/67569/2020.



tuvo un buen pasar, provocándose así un desequilibrio que tuvo causa adecuada en la ruptura del vínculo; máxime al tener en cuenta que, durante la vigencia del matrimonio, la mujer puso bienes propios —casa de veraneo y hogar conyugal— al servicio de la vida familiar”<sup>(36)</sup>.

Como puede observarse en algunos casos la compensación queda acreditada con el desequilibrio económico comparativo entre cónyuges, en otros casos se acredita con el desequilibrio que provoca la ruptura teniendo en cuenta la situación en que queda uno de los cónyuges, mientras que también se sostiene que hay compensación cuando hay empeoramiento económico.

Lo cierto es que desde la norma actual, solo podría alegarse alguna cuestión vinculada a la violencia económica, pero esto no surge en forma expresa del texto legal.

Por otra parte, resulta agravante a una perspectiva de género que el plazo de caducidad para solicitar esa compensación sea de solo 6 meses.

Por ello, se plantea la ampliación del alcance del concepto de compensación económica del art. 441 para que incluya claramente a los supuestos de violencia.

En este sentido, podemos identificar algunas posibles reformas, que le darían a la compensación económica un carácter más asistencial, como las que se detallan a continuación.

a) La incorporación al artículo 441 de la compensación económica para el caso de vulnerabilidad de uno de los cónyuges en atención a una injusta distribución de roles conyugales, aun cuando no exista un desmejoramiento económico estricto, de esta forma lo ha previsto la Nueva Ley de Matrimonio de Chile<sup>(37)</sup>.

b) Otorgamiento explícito de la compensación económica para el cónyuge que ha sufrido violencia económica durante el matrimonio, muchas veces como consecuencia de la injusta distribución de roles conyugales.

---

(36) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I • 31/05/2019 • M. L., N. E. c. D. B., E. A. s/ fijación de compensación • LA LEY 11/07/2019, 7 con nota de Néstor E. Solari

(37) LEPIN MOLINA, Cristian El Principio de Protección del Cónyuge más débil en el moderno derecho de familia. Revista Chilena de Derecho vol.40 no.2, Santiago ago. 2013.

c) Asignación explícita de la compensación económica para los cónyuges que sufran cualquier tipo de violencia de género aunque no tenga carácter económico. En este caso el instituto pierde su finalidad de resguardo de cuestiones económicas de los cónyuges para acercarse a ser directamente un instrumento asistencial.

### **X.7. Creación de un Tribunal específico de Violencia de Género**

Se propone la creación de un fuero específico de violencia de género, siguiendo en ciertos aspectos, el modelo español, donde el Tribunal de Violencia de Género atrae a todo juicio de divorcio que se inicie en tanto exista una causa de violencia.

El código civil español de 2005 no incorpora un divorcio específico por causa de violencia, sino que del mismo modo que nuestra reforma de 2015, incorpora un divorcio voluntario e incluso unilateral.

Sin embargo, el inciso segundo del art.81 del código civil español reformado introduce una excepción al plazo de tres meses de matrimonio, requerido para pedir el divorcio, en casos “de la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio” <sup>(38)</sup>.

De modo que aquí el derecho español incorpora el concepto de violencia de género para excepcionar uno de los requisitos del divorcio. Desde esa perspectiva los divorcios iniciados con denuncia de malos tratos o la violencia denunciada durante el juicio, llevan el tratamiento del

---

(38) Código Civil de España según reforma de 2005 art. 81: Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

expediente al Tribunal de Violencia sobre la Mujer que se ocupará del proceso de divorcio <sup>(39)</sup>.

Las ventajas de la creación de un fuero específico de violencia en nuestro derecho serían muchas. En primer lugar, la posibilidad de atender mejor a la gran cantidad de procesos de violencia que existen en nuestros tribunales y que la convierten en una de las materias con mayor número de procesos judiciales de nuestro sistema jurídico.

En segundo lugar, por la posibilidad de que este tribunal de violencia sea un fuero mixto civil y penal que pueda disponer un tratamiento interdisciplinario y sanciones tanto civiles como penales.

El actual tratamiento de la violencia de género que combina etapas administrativas y judiciales, a pesar del arduo trabajo que en ellas se lleva a cabo, no resuelve en forma efectiva los casos de vulnerabilidad en entornos de violencia de género.

El tratamiento de la violencia en nuestro derecho transita por esfuerzos de prevención para evitar la violencia futura, procesos penales que no alcanzan a todos los tipos de violencia y una idea de “violencia ya cesada” o “aún vigente” que muchas veces impide continuar las causas y no tiene parámetros de realidad, representando ese análisis conceptual que realizan algunos operadores y jueces, como una nuevo hecho de violencia para la víctima.

De modo que de optarse por crear un fuero de violencia, esta reforma procesal debe estar acompañada por normas de fondo que protejan a la víctima de violencia de género.

La violencia de género durante el matrimonio, pone a prueba la entidad de la institución, quien se ha casado y ha ingresado en el régimen jurídico matrimonial, debe tener algún tipo de cobertura para estos casos, en los que el quiebre de la relación se produce por actos de violencia, de forma absolutamente antijurídica e injusta.

---

(39) España: Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 87 ter, y en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que establecen las competencias de los Tribunales de Violencia sobre la Mujer.

## XI. CONCLUSIONES

1. El régimen matrimonial del Código Civil y Comercial quita efectos jurídicos a los principales deberes conyugales e inclina el estatuto matrimonial hacia el concepto indeterminado del proyecto de vida en común que define cada pareja, sin un instrumento que lo explicita, por lo que resulta difícil luego reclamar su cumplimiento.

2. Sin perjuicio de la indeterminación del proyecto de vida en común matrimonial, puede suponerse que la no violencia y la convivencia pacífica e igualitaria entre cónyuges es un elemento no expresado en la norma pero que resulta necesario al desarrollo de un matrimonio.

3. Desde esta perspectiva la violencia de género durante el matrimonio es causa de ruptura de ese proyecto de vida en común y por tanto, es un motivo lógico del divorcio de la pareja.

4. Al eliminar algunos de los deberes conyugales, el Código Civil y Comercial también suprimió las causas subjetivas del divorcio y por ende, las culpabilidades e inocencias derivadas de aquellas. Del mismo modo desaparecieron las causas objetivas de divorcio que no motivaban calificaciones de conducta.

5. Aun siendo un divorcio procesalmente incausado y sin culpas, en algunos casos se encuentra motivado por situaciones de violencia de género que tienen como consecuencia importantes vulnerabilidades para el cónyuge débil y sus hijos e hijas menores de edad.

6. La situación desigual motivada en la violencia de género como causa de la ruptura del vínculo, no tiene resguardo normativo alguno en la legislación de derecho de familia. La protección legal provendrá de los procesos penales y civiles que pueda llevar a cabo la víctima y que no siempre aportan soluciones prácticas en un caso concreto de violencia.

7. Lo cierto es que no hay respuestas normativas específicas para una mujer divorciada víctima de violencia que se ha quedado sin sustento material y también sin vivienda porque no puede volver al hogar para seguir sufriendo.

8. El victimario, si ha podido sortear el proceso penal, por el tipo de acto de violencia de lesiones leves, no tendrá demasiados contratiempos, solo deberá evitar a la víctima, podrá pedir el divorcio y re-

hacer su vida, mientras su excónyuge se ha convertido en un sujeto vulnerable y sufre las consecuencias de su conducta injusta.

9. Por ello resulta necesario buscar respuestas en la legislación de fondo y de forma que puedan mejorar la situación de vulnerabilidad de la excónyuge víctima de violencia de género.

10. Una primera respuesta se refiere a la incorporación de la obligación de convivencia pacífica y no violencia como parte del proyecto de vida en común matrimonial, en el art. 431 del Código. Este derecho deber tendrá una sanción por incumplimiento y consistirá en la obligación alimentaria post divorcio del violento en favor de la víctima.

11. Otra de las propuestas consiste en calificar al divorcio como causado por violencia de género, sin necesidad de determinar culpas. A partir de esa causa de violencia, que consta en la sentencia de divorcio, se le otorgarán a la víctima los derechos específicos para acceder a una asistencia alimentaria inmediata.

12. Otra alternativa se presenta con la creación de una causal de divorcio subjetiva de violencia de género, con calificación de conducta para el victimario. En la sentencia se determina la culpa del violento y la inocencia de la víctima con efectos alimentarios y de vivienda en favor de ella.

13. En otro escenario se puede plantear una normativa específica de protección asistencial para la víctima sin recurrir a una causa o causal de divorcio. En este punto se propone un nuevo tipo de alimento post matrimonial en un tercer inciso del art. 434 del Código Civil y Comercial y la atribución directa del hogar conyugal.

14. En todos los casos anteriores, la asistencia podría tener alguna dimensión en la sucesión del victimario como la determinación de alimentos sucesorios en favor del excónyuge víctima de violencia.

15. También se propone alternativamente la ampliación del instituto de la compensación económica para ser aplicado a casos de divorcio vinculados a hechos de violencia de género.

16. La creación de un fuero mixto de Violencia de género proporcionará mejores soluciones a los casos de violencia en general y en particular en los supuestos de violencia matrimonial, sin embargo requerirá de regulaciones de fondo que aseguren los derechos del excónyuge vulnerable víctima de violencia.

17. La violencia de género durante el matrimonio, pone a prueba la dignidad misma de la institución, quien se ha casado y ha ingresado en el régimen jurídico conyugal, debe tener algún tipo de cobertura normativa para estos casos, en los que el divorcio se produce por actos de violencia, de forma absolutamente antijurídica e injusta.

# CUESTIONES VARIAS SOBRE PROCREACIÓN ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

## **I. LA PROCREACIÓN ASISTIDA RECIÉN SE INCORPORÓ A LA LEGISLACIÓN DE FONDO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Si bien la ley 26.862, sancionada el 5 de junio de 2013, se ocupó del “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” -como ha sido titulada dicha ley-, la legislación de fondo recién incorporó disposiciones relacionadas con el tema en el Código Civil y Comercial -fundamentalmente en el Título V del Libro 2º-, que, como es sabido, comenzó a regir el 1º de agosto de 2015.

Sin pretender agotar el tema -cuyas aristas son innumerables-, en esta nota nos ocuparemos de distintas cuestiones relativas a la procreación asistida, comenzando por la finalidad que se persigue con la realización de esa especie de técnicas. Luego efectuaremos una crítica a estas prácticas, así como un análisis ético de las mismas. Nos ocuparemos asimismo de la voluntad procreacional como fuente de la filiación y a distintos aspectos y riesgos relacionados con las referidas técnicas, para concluir con un análisis de ciertos aspectos de la maternidad subrogada, a la que se ha llegado con motivo del desarrollo cada vez más amplio de la procreación asistida.

## **II. LA FINALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA**

Estos procedimientos, que Pedro Hoofst ha dado en calificar de *revolución biológica*<sup>(1)</sup>, nacieron con la finalidad de superar una situación

---

(1) Hoofst, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Bs. As., 1999, p. 28. Dice dicho autor que a esta revolución suele vincularse el nacimiento de

patológica de esterilidad que impedía concebir hijos por la vía natural, para haber pasado a ser en la actualidad, en la práctica, una forma alternativa de procreación, habiendo sido también utilizados como una manera de detectar enfermedades en el embrión, ya sea para curarlas, o directamente para suprimir al embrión.

Debemos sobre esta cuestión señalar que el informe final correspondiente a las sesiones de trabajo celebradas en Estrasburgo en el mes de octubre de 1984 por el Comité de Expertos del Consejo de Europa, limitaba “el uso de las técnicas de reproducción artificial en parejas heterosexuales cuando hayan fallado otros tratamientos de la infertilidad o si existiera un riesgo serio de transmitir al niño una enfermedad hereditaria grave, si hay posibilidad de éxito, y si no existen riesgos significativos que puedan afectar la salud y el bienestar de la madre o del niño”. Ese mismo Comité de Expertos emitió en el año 1989 un documento denominado *Procreación Artificial Humana*, en el que insistió con la doctrina recién transcripta, al afirmar que “la posibilidad de procrear recurriendo a métodos artificiales no debe considerarse como una simple alternativa a la procreación natural, que uno sería libre de elegir por cualquier razón. Sólo debería realizarse como último remedio para solucionar la infertilidad de una pareja o para evitar la transmisión a su descendencia de una grave enfermedad”<sup>(2)</sup>. Esa conclusión ha sido asimismo la aprobada

---

una nueva era en la historia de la humanidad, que probablemente tendrá consecuencias imprevisibles, tal vez mayores a las que derivaron del desarrollo y aplicación de la energía nuclear. Mirta Videla habla del oscurantismo biólogo, “que pretende hacer de la naturalidad de la vida una sofisticada técnica, del milagro de la maternidad una locación...” (Los derechos humanos en la bioética, Bs. As., 1999, p. 31).

(2) Bustos Pueche, José Enrique, *El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética*, Madrid, 1996, p. 125. Conf., Lorenzo de Ferrando, María Rosa, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, en *Derecho de Familia*. Libro en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 316, 2; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *Bioderecho*, Bs. As., 1998, p. 65; Velazco, José Raúl, “Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial”, *JA*, 1989-II-947; Iñigo, Delia, “Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”, en *Derecho de Familia*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 2, año 1989, ps. 60 y 61; Matozzo de Romualdi, Liliana A., “Cómo proteger la evolución biológica natural de la especie humana frente a los avances del biopoder”, ED, 167-1119. Zannoni requiere únicamente que las técnicas en cuestión garanticen “la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre”. Las mismas, agrega, deben aplicarse al solo fin de procrear, debiendo acudir a ellas cuando son requeridas por quienes, no obstante la esterilidad que padecen, se encuentran en condiciones de asumir la paternidad y la maternidad en razón de un emplazamiento matrimonial estable que garanticen al hijo un medio familiar adecuado que no lo exponga a situaciones de in-



en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Lima, Perú, en el mes de septiembre de 1992.

Análogamente, Catalina Elsa Arias de Ronchietto opina que las técnicas en cuestión deben ser reservadas para matrimonios infértiles, con tres años de casados, con la finalidad de resguardar el principio del interés superior del niño y el de prioridad de la familia matrimonial<sup>(3)</sup>. También Loyarte y Rotonda, entre otros autores, señalan que las técnicas de reproducción asistida deben aplicarse bajo la misma esfera de situación en la que nacieron, o sea, como un remedio para superar la infertilidad, cuando las demás terapias han resultado infructuosas<sup>(4)</sup>.

Y si bien en la mayor parte de los casos comenzaron a aplicarse en esos supuestos, al cabo de un tiempo podría decirse que se desbocaron, requiriéndose su aplicación aun en casos en que no existían impedimentos para procrear naturalmente, o inclusive, tal como veremos, también a mujeres solas. Por lo cual, la procreación médicamente asistida dejó de constituir lo que en un comienzo fue un acto médico, que requiere que exista una necesidad terapéutica relacionada con la intervención médica. Roberto Andorno señala con cita de Jacques Testard, que en el año 1988 sólo el 20 % de las parejas aceptadas para la fertilización *in vitro* presentaban una esterilidad tubárica definitiva, no obstante haber sido esa indicación médica la que justificó años antes la invención misma de dicha técnica<sup>(5)</sup>. En la práctica, por tanto, la aplicación de estas técnicas

---

certidumbre en cuanto a su filiación (Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Bs. As., 2006, t. 2, ps. 542 y sigtes., parágr. 1149).

(3) “Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones criopreservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de la madre”, ED, 188-993, nota 13. Esa prevalencia del interés del niño cuando entra en colisión con otros intereses, o cuando se enfrenta a la posibilidad de avance de la investigación científica por sobre el mismo, es también destacado por Bossert, Gustavo A., en su nota “Fecundación asistida”, JA, 1988-IV-872.

(4) Procreación humana artificial: Un desafío bioético, Bs. As., 1995, p. 386. Señalan dichas autoras que no se debe alentar la utilización de la medicina procreativa para satisfacer una veleidad personal o un capricho, o para la investigación embrionaria o fetal. Conf., Carranza, Jorge A., “Acerca de la concepción extracorporal de la persona de existencia visible”, JA, 1978-IV-724; Bustamante Alsina, Jorge A., “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, p. 1215; Fontao, Aldo J., “Ética y fertilidad asistida”, en Ginecología y Reproducción, Publicación de la Fundación Edgardo Nicholson, AA.VV., septiembre-diciembre de 1997, volumen IV, n° 3/4, p. 147.

(5) “La procreación artificial: actual problemática jurídica en Francia”, ED, 146-596. Agrega Andorno que la fecundación extrauterina es inclusive propuesta fuera de toda situación de esterilidad, con la sola finalidad de efectuar un diagnóstico previo

de procreación no se han limitado a los supuestos de infertilidad de las parejas casadas, ni tampoco de las convivientes.

Recordamos que en una de las Comisiones de las III Jornadas sobre Derecho de Familia y Sucesiones, celebradas en la ciudad de Morón en el año 1993, se concluyó, siguiendo las mismas pautas que habían sido establecidas en distintos proyectos de ley presentados en nuestro país, entre otros, el del año 1991 de la Diputada Florentina Gómez Miranda, que “sólo se admitirán las nuevas técnicas de reproducción humana para superar la esterilidad y con el solo fin de reproducir seres humanos”. Similar fue el Despacho de Comisión de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de San Juan en el año 1989. Esa doctrina ha sido asimismo sostenida en una Declaración emitida en el mes de marzo de 1996 por el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires. En igual sentido, en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, celebrado en Panamá en el año 1997, se recomendó que las técnicas de reproducción artificial sean limitadas a los supuestos de infertilidad y esterilidad.

Lamentablemente, esas limitaciones no han sido establecidas en la ley 26.862 del año 2013 -reglamentada por el Decreto 956/2013-, de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. En efecto, por aplicación del artículo 7º de esa ley, tiene derecho a acceder a los procedimientos de que se trata *toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado*<sup>(6)</sup>. Además, no sólo no resulta necesario que la mujer se encuentre casada para poder acceder a estas técnicas, sino que ni siquiera tiene que vivir en pareja, pues cualquier mujer puede requerir la aplicación de un procedimiento de procreación asistida, no pudiendo la autoridad de aplicación *introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios* (art. 8º, 1ª parte *in fine*). Aparte de lo cual, la ley tampoco establece una edad

---

para suprimir al bebé en el caso de detectar alguna enfermedad. Ver también, Videla, Mirta, Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 106.

(6) No obstante, dicho principio tiene una excepción, que resulta de la última parte del artículo 8º, del que surge que además de las personas mayores de edad, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos también pueden ser utilizados por los menores de diez y ocho años que aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

máxima, por lo que podrán acceder a las prácticas mujeres de muy elevada edad, lo que además de la mayor pérdida de embriones que posiblemente se produzca en razón de la mayor dificultad por parte de la mujer para lograr el embarazo, claramente atenta contra el *interés superior del niño*, que puede quedar huérfano a relativamente corta edad.

### III. CON RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE PROCREACIÓN ASISTIDA

Debemos señalar nuestra disconformidad con la realización de los procedimientos de procreación asistida, que al disociar la procreación de la sexualidad, deja de lado el carácter unitivo y procreativo de la procreación resultante de la unión sexual de un hombre y una mujer, convirtiendo al “producto” obtenido –puesto que se trata de una lógica de producción de la vida humana- en un resultado derivado de la aplicación de técnicas científicas llevadas a cabo en un laboratorio por personas distintas a los progenitores, muchas veces mediante la unión de gametos que ni siquiera han sido aportados por quienes en el futuro van a ser reconocidos como padres del nacido.

Como hemos recordado en otra ocasión<sup>(7)</sup>, estos procedimientos han llegado a ser calificados de *inmorales*, debido al hecho de que constituyen un modo de comenzar a existir no acorde con la dignidad del ser humano, que exige ser fruto de un acto de amor de los padres, y no el resultado de una creación en el laboratorio. Creo oportuno recordar que en el Discurso del 29 de septiembre de 1949 en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, el Papa Pío XII señaló que “1) La práctica de esta fecundación artificial, en cuanto se trata del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente, ni aun principalmente, desde el punto de vista biológico y médico, dejando de lado el de la moral y el derecho. 2) La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de condenarse pura y simplemente como inmoral... 4) En cuanto a la licitud de la fecundación artificial en el matrimonio, bástenos por el instante recordar estos principios de derecho natural: el simple hecho de que el resultado al cual se aspira se obtenga por este camino no justifica el empleo del medio mismo; ni el deseo en sí muy legítimo, de los esposos de tener un hijo, basta para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial, que realizaría este deseo”.

---

(7) Véase nuestro Tratado de Derecho de Familia, 3ª ed., Bs. As., 2021, t. II, págs. 782 y sigs.

Señala Andorno al respecto que la FIV implica un dominio de la técnica sobre el origen de un ser humano, lo que de por sí es contrario a la moral<sup>(8)</sup>. Por su parte, García de Haro ha dicho con relación a estas técnicas, que la dignidad de la persona humana se compagina mal con las técnicas de fecundación *in vitro* y el entorno que de hecho las acompaña, tales como los bancos de semen, la congelación de embriones humanos, el control de calidad sobre el concebido, así como los abusos nacidos de esas prácticas, como la utilización de embriones con fines de experimentación y comercio, el uso de los mismos para productos industriales, etc<sup>(9)</sup>.

Al referirse al artículo 6 de la ley española 14/2006, que dispone que toda mujer mayor de dieciocho años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, con independencia de su estado civil y orientación sexual, el jurista español Magariños Blanco afirma que “el primer problema que se plantea es el de la pertinencia de la utilización de las técnicas al margen de su finalidad terapéutica, como medio alternativo de procreación (mujeres solas que desean tener un hijo sin padre). Pues conduce a un uso desnaturalizado de las mismas, predominio de la voluntad e interés individual y egoísta de la madre, debilitamiento de la figura del padre, y desvalorización del papel del hombre en la relación familiar, haciéndolo prescindible; lo que cuadra mal con la igualdad. En efecto, el hombre tiene que contar siempre con una mujer para ser padre, pues la ley española prohíbe la maternidad subrogada... La mujer, en cambio, puede ser madre sin contar con la colaboración directa de un hombre, acudiendo a las técnicas de reproducción asistida, utilizando el semen de un donante o un embrión de donantes. Problema de desigualdad que, unido al de los posibles efectos negativos para el hijo, nos llevaría para resolverlo a la prohibición de acudir a la técnica de reproducción asistida en solitario, ya sea mediante donante anónimo en el caso de la mujer, o a través de la maternidad subrogada en el caso del hombre. Por otra parte, el derecho del niño a tener un padre y una madre debe prevalecer frente al deseo individual de la mujer de procrear al margen de un ámbito familiar pleno. Y no cabe argumentar en base al derecho de la mujer a elegir el tipo de familia que

---

(8) Andorno, Roberto L., “El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)”, ED, 131-909. Véase, asimismo, de dicho autor, “Procreación asistida: posiciones contrapuestas en el Derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos”, JA, 1994-III-927, y “Fecundación Asistida: Consideraciones éticas, legales y religiosas”, en Ginecología y Reproducción, publicación de la Fundación Edgardo Nicholson, AA.VV., cit., volumen IV, n° 3/4, p. 146.

(9) “Amor y sexualidad: fundamentos éticos y antropológicos de la procreación humana”, ED, 130-969, I, y 976.

deseo (monoparental, por ej.), pues entra en colisión con el interés superior del niño a tener una familia completa...”<sup>(10)</sup>.

Destaca Mónica Navarro Michel, Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona, que “las parejas formadas por personas del mismo sexo tienen vedado, en la mayoría de los países europeos, el acceso a las técnicas de reproducción asistida, ya que su regulación legal exige como requisito de acceso que las parejas sean heterosexuales (Italia, Francia, Austria, Portugal)”<sup>(11)</sup>. Y menos aún, agrega, se les permite a las parejas de hombres, ya que las legislaciones europeas que admiten el acceso a dichas técnicas sólo lo aceptan para las mujeres, por lo que, en todo caso, los mismos deberán acudir a la adopción o a la maternidad subrogada, práctica esta última vedada en casi todos los países europeos.

Como bien afirma Catalina Elsa Arias de Ronchietto, estas técnicas “desbordan el ámbito de la conducta privada para comprometer el orden público, porque jaquean el propio pilar de la sociedad civil: la institución de la familia y el fin del Estado, el bien común o bienestar general”<sup>(12)</sup>. José Ignacio Cafferata señalaba en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en el año 1962, que aun la inseminación con semen del marido desvirtúa el cumplimiento normal del acto conyugal, precisamente porque no media acto conyugal, porque no aparece esa “relación íntima que está constituida por dos clases de elementos, el elemento material y el elemento psíquico, porque no se producirán esas reacciones de tipo psíquico que nacen entre los esposos con el cumplimiento del acto conyugal y que son decisivas para la vida matrimonial”<sup>(13)</sup>.

---

(10) MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, en *Gestación subrogada. Principales cuestiones Civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, AA.VV., Madrid, 2019, pág. 80. En la pág. sig. dicho autor afirma que “en principio, se podría considerar un progreso que el hombre y la mujer puedan acudir a los medios que la ciencia y la técnica les brinda para remediar el obstáculo de la esterilidad, y el deseo de tener descendencia. Pero habrá que establecer los límites necesarios para evitar que la técnica deshumanice las relaciones personales. Lo que nos lleva a plantear el problema de la conveniencia y licitud o no de su admisión, en especial, cuando interviene una tercera persona que ofrece la gestación, o sea, en la maternidad subrogada”.

(11) “Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España”, RDE, n° 57, noviembre de 2012, pág. 91.

(12) ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E., “Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?”, en *El Derecho frente a la Procreación Artificial*, AA.VV., Bs. As., 1997, pág. 91.

(13) Cit. por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La Filiación*, Santa Fe, 1986, pág. 205.

Mazzino, por su parte, señala que la fecundación *in vitro* se asemeja a un proceso de fabricación en el que los progenitores concurren con la materia prima —los gametos—, cuya unión en un laboratorio mediante una manipulación técnica se encuentra sujeta a los recaudos propios de la elaboración industrial<sup>(14)</sup>. Dicho autor ya había fundamentado su disconformidad con estos métodos de procreación, no sólo por la forma de obtención del semen, sino también por el hecho de que además de constituir una violación del orden natural al separar el acto sexual y la procreación, la técnica empleada generalmente implica la muerte de los embriones que se desechan<sup>(15)</sup>. O sea, la muerte premeditada de un ser humano<sup>(16)</sup>, que existe desde su concepción<sup>(17)</sup>, tal como, por otra parte, ha sido reconocido expresamente, entre otros, en el artículo 4º inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —aprobada por la ley 23.054—, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, así como en el artículo 2º de la ley 23.849 que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, ambas con jerarquía constitucional (conf., art. 75 inciso 22, CN).

Lamentablemente no siempre ha sido reconocida la existencia del ser humano desde la concepción, y, por tanto, no siempre se lo ha respetado desde el comienzo de la vida, posiblemente como consecuencia de la época en la que vivimos, en la que prima una mentalidad hedonista y utilitarista que lleva a darle a los intereses económicos —que en este tema juegan un importante papel— una errónea preeminencia por sobre

---

(14) Mazzino, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., Bs. As., 2008, t. 4, pág. 104, parágr. 720.

(15) Mazzino, Jorge A., “Breve reflexión sobre la fecundación *in vitro*”, LA LEY, 1978-C, 993 y sigtes. Al hecho de la destrucción de los embriones de menor vitalidad también se había referido por la misma época Belluscio, en su trabajo “Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal”, LA LEY, 1978-C, 929.

(16) Ver sobre ello, entre otros, Llambías, Jorge J. “La fecundación humana *in vitro*”, ED, 79-896, V. Varios son los juristas que han puesto de relieve los peligros que las técnicas de reproducción asistida traen aparejados con respecto a la violación de los derechos esenciales de la persona humana, recordando, entre otros, a López, Daniel Ricardo, Mortara, Silvia L. y Ricardone, María I. A. A., “Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades congénitas, genéticas hereditarias, derivadas de las técnicas de reproducción asistida heteróloga”, ED, 183-1392. Véase, asimismo, sobre la no aceptación de los embarazos múltiples, lo expresado por Basso, Domingo M. y otros, Problemas éticos que plantean los técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX, AA.VV., Buenos Aires, 1995, págs. 208 y 209; Matozzo de Romualdi, Liliana A., “Sobre derechos reproductivos”, ED, 188-974.

(17) Alberto Rodríguez Varela señala que ha sido la prédica judeocristiana el principio y el fundamento de un nuevo humanismo, que afirmó el valor inmenso de la vida humana desde el momento de la concepción (“El derecho a nacer”, ED, 96-859, I).

los valores morales, o al menos se ha relativizado a éstos de tal manera, que es casi como si ya no tuvieran vigencia. De allí las múltiples prácticas médicas en las que se ha dejado de lado el hecho de que el embrión es un *ser humano* y no una *cosa*; y aunque se dudara de dicha circunstancia, la sola duda haría que se lo debiera respetar. Cossari afirma al respecto que “de existir falta de certeza acerca de la humanidad del embrión, más allá de las discusiones acerca de las normativas aplicables y la terminología utilizada en cada texto, tanto el legislador como el magistrado deben orientar sus conclusiones en virtud de la aplicación del principio precautorio para evitar daños innecesarios a los embriones en los que hace a su vida, salud, personalidad o identidad”<sup>(18)</sup>.

El “olvidar” o no tenerse en cuenta la categoría de humano por parte del embrión, ha llevado a situaciones aberrantes, tales como la destrucción de embriones no implantados, o la de investigaciones o experimentación sobre embriones con finalidades eugenésicas, o la eliminación de uno o más embriones transferidos a la mujer y que habían sido obtenidos como consecuencia de la fecundación *in vitro*, con la finalidad de evitar embarazos múltiples, todo lo cual ha sido posibilitado por la ausencia de controles sobre estas prácticas. En un reportaje publicado en el Diario La Nación del mes de agosto de 1993, el doctor Ricardo H. Asch —médico argentino que ideó el método denominado GIFT (transferencia intratubárica de gametos)—, ha señalado que en los Estados Unidos hay centros de reproducción humana que con 150 casos de fertilización extracorpórea no hayan obtenido ningún éxito, lo que Asch califica como irrazonable<sup>(19)</sup>.

No puede dejarse de lado en la consideración de las técnicas de procreación asistida, la cantidad de abortos espontáneos producidos con motivo de su aplicación, así como las malformaciones cardíacas y espinales resultantes de ellas, a que se refiere Mirta Videla<sup>(20)</sup>, o los efectos no sólo psíquicos sino también físicos que podrían llegar a producirse a quienes han nacido de embriones congelados, o sin que en la procreación haya tenido espacio la sexualidad: niños con bajo peso (por estar asociado a una alta tasa de gemelaridad), con riesgos de incapacidad o muerte; riesgo aumentado de desarrollar problemas cerebra-

---

(18) COSSARI, Maximiliano N.G., “Fecundación in vitro: la aplicación del principio precautorio para la protección de embriones no implantados”, E.D., diario del 20 de abril de 2016.

(19) Cit. por Basso, Domingo y otros, Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX, cit., p. 209.

(20) Los derechos humanos en la bioética, cit., pág. 106.



les, en particular, parálisis cerebral; demoras en el desarrollo; riesgos psicológicos<sup>(21)</sup>.

#### IV. ASPECTOS ÉTICOS DE LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA

Ampliando el análisis que antecede, debemos poner de relieve que en este tipo de cuestiones no son sólo técnicas lo que se halla en juego, sino también y fundamentalmente, la propia dignidad del hombre<sup>(22)</sup>, tanto de los padres como del hijo, por lo que a las mismas debe incorporarse una visión ética de la paternidad y maternidad responsables, no debiendo a su vez dejarse de lado que, tal como señala Vidal Martínez al referirse a la legislación española —lo que también es aplicable a la nuestra—, las técnicas en cuestión subvierten totalmente, entre otros aspectos, las bases biológicas de nuestro derecho civil de filiación, según las cuales la procreación presupone la unión física entre un hombre y una mujer<sup>(23)</sup>.

Es por todo ello que debe exigirse una prudencia muy grande en el análisis de estos temas, no debiéndonos dejar seducir por el deslumbrante adelanto de la ciencia, ni mucho menos, por cierto, por las seductoras promesas de larga y sana vida, efectuadas muchas veces en forma por demás vaga y con un afán exclusivamente utilitarista, con la finalidad de inducirnos a aceptar determinadas conductas en las cuales se halla involucrada la dignidad de la persona humana, e inclusive -pues no debemos descartarlo en absoluto- el futuro de la humanidad. En igual sentido, Luis O. Andorno ha señalado que “las formas de agresión a la persona humana hoy se multiplican, por lo que médicos, técnicos, juristas y legisladores no pueden ceder al utilitarismo que, bajo la seducción de los avances científicos, conlleva la manipulación de la vida humana

---

(21) Conf. la entrevista realizada al Dr. Carlo Bellieni, profesor de Terapia Neonatal en la Escuela de la Especialización de Pediatría de la Universidad de Siena (Ag. de Noticias Zenit, del 02-06-2004)

(22) Domingo M. Basso señala que la afirmación de la existencia de un alma racional y espiritual se convertirá en el fundamento y la clave para definir la dignidad de la vida humana, con todas las consecuencias implicadas en ella. Dicho autor pone asimismo el acento con relación a la dignidad del hombre, en el hecho de haber sido el mismo hecho a imagen y semejanza de Dios, así como el de estar en camino hacia una vida inmortal (Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª ed., Bs. As., 1993, ps. 30 y 44).

(23) Vidal Martínez, Jaime, “La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos (Introducción, panorama general, y referencia específica a los derechos argentino y español)”, LA LEY, 1986-D, 1013.



en aras del progreso irreversible de la ciencia humana”<sup>(24)</sup>. Es que como ha destacado la jurista mexicana Juliana González, junto con sus bienes positivos, la ciencia aplicada y la tecnología, así como sus productos, no siempre son inocuos, sino que su uso —la aplicación práctica— trae a veces aparejados ciertos riesgos y amenazas, en especial cuando la capacidad humana de intervenir en la naturaleza toca los fundamentos mismos de la materia y de la vida, abriendo potencialidades que en ocasiones son previsiblemente amenazantes para la existencia, situación en la cual el saber de los fines y los significados éticos adquieren radical importancia<sup>(25)</sup>.

La aplicación de las técnicas de procreación asistida a la especie humana ha producido una entendible conmoción, y dado nacimiento a una serie de nuevos problemas, fundamentalmente en el campo de las relaciones familiares, que el Derecho no puede dejar de contemplar. Conmoción que se explica debido a que se trata de técnicas capaces de afectar seriamente o de poner en peligro la vida humana cuando ésta se encuentra en las primeras etapas de su desarrollo, tratándose de valores indisponibles para el hombre<sup>(26)</sup>. No debiendo olvidarse —cosa que no nos cansaremos de repetir— que en estos temas no se encuentra únicamente involucrados el matrimonio, o la pareja conviviente, sino también el niño que se espera que nazca<sup>(27)</sup>, por lo que la cuestión escapa de lo individual, para tener además una trascendencia social, y también ética. En ese sentido, Alejandro Molina afirma que “el primer derecho que entra en crisis es el derecho a la vida por cuanto todo procedimiento de fecundación y transferencia artificial de embriones conlleva un alto

---

(24) “Responsabilidad civil en materia de genética y filiación”, en Libro en Homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 397.

(25) González, Juliana, “Valores éticos de la ciencia”, en *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, AA.VV., México D.F., 1999, p. 30. Agrega más adelante dicha autora que los avances científicos y tecnológicos tendrán que “regirse siempre por el más universal imperativo ético: cuidar la humanidad misma del hombre, su *humanitas*: su libertad y su dignidad” (p. 33).

(26) Bustos Pueche, José Enrique, *El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética*, cit., p. 30.

(27) Cuyo interés es el que se debe proteger con preferencia, por sobre el de los padres, habiendo al respecto recordado José Ignacio Cafferata, que “los nuevos seres tienen una serie de exigencias de carácter biológico, intelectual, afectivo y moral, que deben serle satisfechas para que puedan alcanzar un día el pleno desarrollo de todas sus potencias, llegar a la adultez de su personalidad y convertirse, a la vez, en un eslabón más en el sucederse de las generaciones”, debiendo ser los padres quienes deben cumplir con esa alta misión (“Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, ED, 130-730).

riesgo de muerte de la persona por nacer”, lo que lo lleva a señalar que “el bien común no admite procedimientos generalizados de muerte para la eventual generación de vida”<sup>(28)</sup>.

Se ha dicho, asimismo, que en las prácticas de fecundación artificial se vulneran derechos fundamentales de las personas, tales como el de nacer en el seno de una familia normalmente constituida<sup>(29)</sup>; el de no ser utilizado como experimento de laboratorio; el de no ser disociado en el tiempo del proceso natural de gestación, como en el supuesto de congelación del embrión, pues contrariamente a lo que resulta de la naturaleza, que establece un período de gestación de nueve meses, en el laboratorio se hace esperar a los embriones a veces años, con el consiguiente peligro de morir; el derecho a que se respete la filiación natural del hijo concebido, y no ser, en cambio, convertido en un objeto contractual; el derecho a conocer a los padres biológicos, lo que constituye una forma de salvaguardar la integridad psíquica de la persona<sup>(30)</sup>.

Cabe por otra parte señalar que las soluciones que se admitan en el análisis y juzgamiento de los diversos supuestos que se presenten, “no deben trasponer el marco bioético representado por el necesario respeto a la vida y a la dignidad del hombre, que son la obra sublime y exclusiva del Creador”<sup>(31)</sup>. Bioética que ha nacido como una respuesta necesaria al avance indiscriminado de la ciencia y que, como señala Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, con cita de Víctor Massuh, debe apoyarse en los derechos humanos, comprensivo de la libertad humana y la in-

---

(28) “La fecundación artificial en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia - Consideraciones y aplicaciones a nuestra realidad actual”, ED, 175-603.

(29) Recordamos como un claro ejemplo el caso ocurrido hace unos años en la ciudad de Córdoba, en que una mujer que integraba una pareja de lesbianas fue fecundada con esperma obtenido en un banco de donantes anónimos, habiendo nacido una beba en el mes de agosto de 2005 (Diario La Nación, en sus ediciones del 2 y 28 de agosto de 2005). Parece claro que una situación de esa naturaleza no es precisamente lo ideal para un desarrollo armónico de la personalidad del niño.

(30) Basso, Domingo M. y otros, Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX, cit., p. 245. Véase, CARCABA FERNÁNDEZ, María, “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Barcelona, 1995, pág. 26.

(31) Bustamante Alsina, Jorge A., “Bioética y responsabilidad”, en La Responsabilidad, libro en homenaje al doctor Isidoro H. Goldenberg, AA.VV., Bs. As., 1995, ps. 43 y 44; y “La responsabilidad de los médicos como una cuestión social”, LA LEY, 1993-C, 897 y sigtes. Para un mayor desarrollo del tema, remitimos al análisis efectuado por Blanco, Luis Guillermo, “Bioética: proyecciones y aplicaciones jurídicas”, ED, 158-932 y sigtes.

dividual, la igualdad de derechos, la dignidad y la solidaridad<sup>(32)</sup>. Bus-  
tamante Alsina agrega a su vez que la regulación normativa deberá in-  
spirarse sobre los principios fundantes de la naturaleza del hombre que  
conducen a la protección de su dignidad, debiendo al mismo tiempo  
contemplar que los límites que se fijen no cierren el camino del saber  
científico, considerado como patrimonio de la humanidad<sup>(33)</sup>.

Como también tenemos que tener en cuenta que los nuevos avan-  
ces de la biología y la incorporación acelerada de tecnología de punta en  
el campo de la medicina humana, requieren de una profunda reflexión  
ética “que logre integrar todo dentro de una dimensión verdaderamente  
humana”<sup>(34)</sup>. Lo que es así debido a la afectación que los descubrimien-  
tos científicos derivados de la aplicación de las técnicas biogenéticas,  
han producido tanto en la esencia como en la dignidad de la persona<sup>(35)</sup>.  
Sobre lo cual no podemos sino recordar lo afirmado por Víctor Massuh,  
en el sentido de que la tecnociencia “tiene un costado inquietante: im-  
plica un cambio incesante, una innovación que no se detiene, una sus-  
titución de objetos que caducan sin haber envejecido, el vértigo de un  
movimiento que tiende a independizarse no sólo de la ciencia sino sobre  
todo de la sabiduría, es decir, de esas cuatro metas que la constituyen: la  
verdad, el bien, la belleza y lo sagrado. En tales casos el medio tiende a  
volverse un fin. El instrumento se vuelve un ícono que es objeto de idola-  
tría o fetichismo: formas falseadas de una nueva devoción”<sup>(36)</sup>.

## V. LA PROCREACIÓN ASISTIDA COMO FUENTE DE FILIACIÓN

### V.1. La procreación asistida no es una fuente de filiación

Cabe en primer lugar señalar que no obstante el contenido del ar-  
tículo 558 del Código Civil y Comercial, que en su primer párrafo esta-

---

(32) Bioderecho, Buenos Aires, 1998, p. 93.

(33) “Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho”, LA LEY, 1996-C, 1022, VI.

(34) Hooft, Pedro Federico, “Bioética y Derecho”, ED, 132-880. Conf., entre muchos otros, Banchio, Enrique Carlos, “Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida”, LA LEY, 1991-B, 839.

(35) Banchio, Enrique Carlos, “Daño al concepturus (A propósito de la manipulación génica)”, en La responsabilidad, Libro en homenaje al doctor Isidoro H. Goldenberg, Bs. As., 1995, p. 179.

(36) “De la ciencia a la sabiduría”, nota en la Sección Cultura del diario La Nación del 04/06/2000.

blece que *la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción*, entendemos que, como hemos sostenido en otra ocasión<sup>(37)</sup>, la procreación asistida no constituye una fuente distinta a la filiación por naturaleza. Lo que es así, ya que tanto en ese supuesto como en el de una relación sexual, es la naturaleza la que actúa para producir la concepción, mediante la fecundación del óvulo por el espermatozoide<sup>(38)</sup>; a lo que no obsta la intervención -secundaria- de profesionales de la medicina para producir dicha unión. Y como natural consecuencia de esa concepción, desde ese instante se produce la existencia de un nuevo ser humano, dotado de todo lo necesario como para continuar desarrollándose en forma gradual hasta producirse el nacimiento.

De no entenderse de esa manera deberíamos concluir -lo que sería claramente erróneo- en lo siguiente: a) que las numerosísimas prácticas de procreación asistida que hasta ahora se han efectuado en nuestro país, no se encontraban contenidas en el art. 240 del Código Civil derogado, que en su primera parte disponía que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, por lo que no contemplada la filiación por procreación asistida; y b) o lo que es lo mismo, que quienes nacieron por aplicación de una cualquiera de las referidas técnicas, no tienen una filiación legalmente establecida, por no estar comprendidos en la enumeración taxativa de las fuentes de filiación efectuada en el precitado artículo 240. En igual sentido, Belluscio considera errónea a la clasificación del artículo 558, puesto que, afirma, “el hecho de que la concepción se haya logrado mediante el auxilio de la medicina no quita que sea el

---

(37) “Apuntes sobre la Filiación en el Anteproyecto de Reformas a los Códigos Civil y de Comercio”, RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 129.

(38) Conf., PERRINO, Jorge Oscar, “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, LA LEY, 2012-A-580 y sig., I; e “Hijos de primera e hijos de segunda”, E.D., 255-786, I y III; AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año IV, n° 6, julio de 2012, págs. 115 y sig., 2; QUINTANA, Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, RDFyP, año VI, n° 8, Septiembre de 2014, pág. 218, 2.1.; ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “La filiación y el parentesco por adopción”, en Derecho de Familia y de las Personas, Córdoba 2014, pág. 171; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 142, II. No obstante admitir la filiación por procreación asistida, del art. 108.1 del Código Civil español se desprende que la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción. Lo mismo resulta del Código Civil de Cataluña (art. 235-3), que integra expresamente a la procreación asistida dentro de la categoría de la filiación por naturaleza (FARNÓS AMORÓS, Esther, “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: Estado de la cuestión, propuestas y retos”, RDE, n° 49, año 2011, pág. 175).

resultado de la unión de dos células reproductivas, una femenina y la otra masculina. Luego, por más que se haya llegado a ella gracias a la asistencia médica, la filiación será siempre obra de la naturaleza”<sup>(39)</sup>.

Como seguidamente veremos, lo que sí constituye, en cambio, una nueva fuente de filiación en los supuestos en que el niño nace mediante una de las técnicas de procreación asistida, es la denominada *voluntad procreacional*<sup>(40)</sup>, tan es así que en los Fundamentos del Proyecto de Código se afirma que “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. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”<sup>(41)</sup>.

---

(39) BELLUSCIO, Augusto César, “La filiación en el Código Civil y Comercial”, J.A., diario del 27 de mayo de 2015. Agrega dicho autor que “el error en que se ha incurrido al considerar a las técnicas de reproducción humana asistida como una fuente de la filiación distinta de la naturaleza implica además involucrar los casos en que dichas técnicas consistan en facilitar la fecundación homóloga, esto es, la inseminación artificial de la mujer con semen del marido o del concubino o la fecundación in vitro del óvulo de ella igualmente con semen del marido o del concubino seguida de la implantación del óvulo fecundado en su útero”.

(40) Véase al respecto, entre otros, ZABALETA, Daniela, “La falta de reconocimiento del derecho a la identidad de los niños nacidos por fecundación artificial en el Proyecto de Código Civil”, E.D., 249-882; AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, cit., RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, pág. 116, 2; FAMÁ, María Victoria, “Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, RDE, n° 63, marzo de 2014, pág. 293.

(41) Conf. Marisa Herrera y Eleonora Lamm, quienes agregan que “la regla es que en todos los casos en los que se recurre a las TRHA, ya sea que se trate de una mujer casada o no, heterosexual u homosexual, que ha recurrido a TRHA homólogas o heterólogas, la filiación -maternidad o paternidad- se determina por la voluntad expresada a través de los consentimientos legales, con independencia de quién haya aportado los gametos” (“Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014” AA.VV., Santa Fe, 2014, t. II, págs. 508 y sig., n° 3.1. y A). Destacan dichas autoras que “el artículo no habla de mujer, sino de “quien dio a luz”, en concordancia con la Ley 26.743 de Identidad de Género, atento a que como esta ley no exige operación de reasignación sexual para el cambio registral de nombre y sexo, perfectamente pueden presentarse, y ya se han presentado en nuestro país, hombres embarazados, que han acudido o no a las TRHA” (pág. 509, n° 3.1.)

## V.2. Lo que sí constituye en el Código una fuente de filiación es la voluntad procreacional

Recién afirmamos que, en realidad, lo que el Código Civil y Comercial establece como nueva fuente de la filiación no es la procreación asistida, sino la voluntad procreacional del o de la cónyuge o de la pareja de la gestante y el consiguiente consentimiento, doctrina a la que ya había hecho referencia Enrique Díaz de Guijarro en el año 1965, aunque no precisamente en materia de procreación asistida<sup>(42)</sup>. Ello resulta, en efecto, del artículo 562 de dicho Código, que establece que *los hijos 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*<sup>(43)</sup>.

Como se advierte, contrariamente a la anterior normativa, en los supuestos del nacimiento de una persona por uno de los procedimientos de procreación asistida, el artículo recién transcrito deja de lado a la aportación genética o biológica para la determinación ya sea de la paternidad o de la comaternidad, apartándose de tal manera de la relación genética como determinante de la filiación<sup>(44)</sup>, ya que lo único que importa al respecto es el consentimiento previo para ser padre o madre (aparte de la gestante). Por lo que en los supuestos de procreación asistida, cualquier persona, haya o no aportado los gametos, queda emplazada en el estado de padre del nacido –o comadre, aparte de la gestante–, con sólo prestar en forma previa consentimiento a tal efecto; no interesa, por tanto, que –aparte de la gestante– la otra persona que presta el consentimiento sea hombre o mujer, estén o no casados, vivan o no juntos, y ni siquiera que

---

(42) Ver, entre otros muchos trabajos de este autor, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, J.A., 1965-III, Secc. Doctrina, págs. 21 y sigs., especialmente pág. 25, n° 14. En la nota “Las modificaciones del Derecho de Familia ante la realidad social y la técnica moderna”, Díaz de Guijarro afirma que, a su juicio, la voluntad y responsabilidad procreacionales son los elementos básicos de las teorías que establecen los procedimientos para llegar a la determinación jurídica de la filiación (J.A., 1965-VI-125).

(43) Según afirma Ignacio González Magaña, el método establecido en el Código para la filiación en los supuestos de procreación asistida, ha tenido como fuente la ley 32/2006 de Portugal sobre Procreación médicamente asistida (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, en RIVERA, Julio C., (dir.) y MEDINA, Graciela y Esper, Mariano (coord.), Bs. As., 2015, t. II, pág. 351, n° 1.2.4.)

(44) Véase BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, cit., RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 143.

se conozcan entre ellos, debiendo no obstante señalar que lo cierto es que la norma deja fuera de su ámbito a las parejas de dos hombres, ya que de acuerdo a su contenido, siempre hay una mujer gestante como madre del nacido.

Lo recién expresado puede llevar a una clara afectación del derecho a la identidad del hijo, al que, como señala Lafferrière, en el supuesto de que la persona no gestante sea también una mujer, se lo priva deliberada y planificadamente de la complementariedad antropológica de varón y mujer en la conformación de su carácter y proceso de crecimiento y madurez, ocultándose en el caso de la fecundación artificial la identidad de los dadores de gametos bajo un aparente anonimato que priva al niño de conocer su origen<sup>(45)</sup>.

La admisión del consentimiento para determinar la filiación como una nueva pauta distinta a la de presunción de paternidad matrimonial en los supuestos de procreación asistida comenzó a imponerse principalmente en los Estados Unidos de América, en los casos de maternidad subrogada, por lo general en los supuestos de conflicto entre la madre que gestó un hijo para quienes se lo encargaron, y estos últimos, habiendo distintos tribunales admitido las teorías basadas en la voluntad como atributiva de filiación<sup>(46)</sup>. Pues bien, como se advierte y resulta de lo más arriba dicho, la prestación del consentimiento previo, informado y libre en materia de procreación asistida es, según la normativa actualmente vigente en nuestro país, atributivo de filiación, no sólo cuando se trata de filiación extramatrimonial, sino también con respecto a las personas casadas<sup>(47)</sup>. Lo cual supone una alteración injustificada de los

---

(45) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, RDFyP, año IV, n° 2, marzo de 2012, pág. 37. Remitimos asimismo con respecto a la crítica de la denominada “voluntad procreacional”, a la nota de QUINTANA, Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, cit., RDFyP, año VI, n° 8, Septiembre de 2014, págs. 217 y sigs., donde entre otras afirmaciones, dice que “la nueva categoría introducida en la reforma obedece a la intención de superar cualquier resabio natural presentando un procedimiento procreador consecuencia de una construcción semántica cuya finalidad reside en el establecimiento de que esta novedosa filiación tenga sus fines y reglas específicas totalmente ajenas a la realidad”.

(46) Véase al respecto, FARNÓS AMORÓS, Esther, “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: Estado de la cuestión, propuestas y retos”, cit., RDE, n° 49, mayo de 2011, págs. 170 y sig.

(47) En tal sentido, el artículo 575 del Código Civil y Comercial establece lo siguiente: *Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva*



principios fundamentales para la determinación de las relaciones filiatorias<sup>(48)</sup>, llegándose a la disponibilidad de los vínculos filiatorios, que de por sí son indisponibles.

Sebastián Fortuna afirma que las nuevas normas constituyen una respuesta al requerimiento de aquellas parejas que desean tener un hijo y no pueden concretar ese deseo mediante el camino tradicional, “so pena de perder absoluto sentido para realidades que han sido excluidas de lo legislativo”, así como también, que sobre el afecto “también se construye identidad”<sup>(49)</sup>. Con lo que olvida que en tales casos, el verdadero camino es, en todo caso, la adopción, que es también al que deben acudir en el caso de los matrimonios o parejas de dos hombres; y que la identidad no puede construirse sobre algo tan voluble como el afecto, que así como puede existir, también puede en algún momento desaparecer.

Por otra parte, del artículo 562 del Código surge claramente que en la procreación asistida la fecundación heteróloga ningún efecto tiene con respecto a la filiación, lo que afirmamos en el sentido de que para su determinación no interesa la persona que haya aportado los gametos,

---

*del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.* La norma no hace más que traducir lo que resulta de los Fundamentos del Anteproyecto del año 2012, donde se afirma lo siguiente: “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 ajenos a ellos”.

(48) Véase al respecto, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás y BASSET, Úrsula C., “Dos madres, padre anónimo presunción de maternidad en parejas de hecho no comprobadas, un niño con identidad paterna pretoriamente silenciada”, RDFyP, año 3, n° 6, julio de 2011, pág. 57, 5. Conf., LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “El nuevo Código Civil y Comercial y la Bioética”, E.D., diario del 21-08-2015, donde dicho autor agrega que “en materia filiatoria, resulta aplicable –por regla– el principio de la verdad biológica, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. Ello no es caprichoso, sino que obedece a un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas ni siquiera se respeta la utilización de los gametos de los esposos que recurren a las técnicas”.

(49) FORTUNA, Sebastián I., “Comentarios a la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, RDF, n° 57, noviembre de 2012, págs. 268 y sig.



pareciendo claro que dicha procreación con gametos de terceros agrava los problemas propios de la fecundación artificial<sup>(50)</sup>. Mercedes Ales Uría afirma al respecto que la aparición de las técnicas de procreación asistida “representan un quiebre asumido por el legislador al principio de verdad biológica en aras a la promoción de ciertos intereses y derechos que no son los de los menores”, introducen el principio de autorresponsabilidad en el campo de la filiación como criterio de determinación, e implican el postulado de que la paternidad y la maternidad son roles imputables a partir de la voluntad, y con una predominancia de valores afectivos y sociales. Como también, que dichas técnicas han planteado el debate en torno a la existencia de un derecho a la reproducción, que enfrenta al intérprete con la necesidad de equilibrar los intereses de todos los intervinientes, entre los cuales no puede obviarse al hijo, volviéndose esa necesidad más apremiante en los supuestos de procreación heteróloga. Agrega dicha autora que el niño nacido por aplicación de una de esas técnicas no puede ser tratado de manera desigual que los concebidos por una relación sexual, teniendo el mismo el derecho –entre otros- a saber quiénes son sus padre, en otras palabras, “en poseer una filiación completa y la posibilidad de conocer sus verdaderos orígenes”<sup>(51)</sup>.

La voluntad procreacional constituye una creación del nuevo Código sin antecedentes en nuestra legislación, que lleva a conclusiones inaceptables. Por nuestra parte, discrepamos con el hecho de que se haya establecido esa nueva fuente de filiación<sup>(52)</sup> que, salvo con relación a la gestante –que según el nuevo Código, sea que se trate o no de procreación asistida, siempre es la madre del nacido-, deja de lado un aspecto obje-

---

(50) Véase al respecto, LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, cit., RDFyP, año IV, n° 2, marzo de 2012, pág. 37, 2.

(51) “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado, RDFyP, año V, n° 2, marzo de 2013, págs. 119 y sig., 1 y 2, y pág. 132, 4. Agrega dicha autora que “ambos intereses son comunes a todos los nacidos y, junto con la lucha por alcanzar la igualdad, constituyen los motivos esenciales –como vertientes de la protección del interés del menor y la igualdad de los hijos- que vertebran la transformación sufrida por el Derecho de Filiación a partir de la segunda mitad del siglo XX”. Véase, de la misma autora, “Reproducción heteróloga y determinación de la filiación”, RDFyP, año V, n° 6, julio de 2013, pág. 207, donde afirma con relación al Anteproyecto de 2012, que si bien sostiene en sus Fundamentos la importancia de algunos derechos y principios rectores, como el derecho a la identidad y la verdad biológica como criterio guía, “presenta serias dificultades al momento de conjugar de manera coherente estos principios con las disposiciones del régimen de filiación que propone”.

(52) Conf., AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, cit., RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, pág. 116, 3.

tivo para la determinación de la filiación, como lo es, como norma general, la relación genética, que es desplazada, para pasar a depender en los supuestos de procreación asistida, de un aspecto subjetivo, como lo es la voluntad, que puede dar lugar a situaciones que bien pueden ser calificadas como inadmisibles. Como se advierte, los redactores del nuevo Código no tuvieron en cuenta la ponencia aprobada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Tucumán en el año 2010, sobre que *la voluntad procreacional no podía ser el elemento único de determinación de la filiación*.

Perrino afirma con relación a esta pretendida nueva fuente de filiación, que “no se necesita mucho esfuerzo para concluir que lo perseguido con esta incorporación es apartarse de la verdadera naturaleza de la filiación para incorporar una categoría, por medio de la voluntad procreacional y, por tanto, con fundamento tan débil, que han debido dotar de absoluta inmutabilidad a ese vínculo filiatorio, a punto tal que la persona nacida de estas prácticas no tiene acción contra quien aportó el material genético”. Así como también, que la norma “viola el orden público, al incorporar la voluntad procreacional como una de las fuentes de la filiación, y omitir considerar que la filiación no puede subordinarse a la libérrima voluntad de las partes”, lo que es así en grado tal que no se puede renunciar al estado de padre, de madre o de hijo, y que “el régimen que se pretende imponer le impide a la persona que nazca como consecuencia de las técnicas de referencia poder conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural del ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende”<sup>(53)</sup>. En otra nota afirma dicho autor que “la voluntad procreacional no hace más que crear una identidad ficta o simbólica de la persona, haciendo caso omiso a que el conocimiento del origen es condición ineludible para el desarrollo de la personalidad”, por lo que el Código “viola el derecho a la identidad porque se le impone al hijo una identidad proveniente de la voluntad procreacional de un tercero ajeno totalmente a la relación materno-filial, que no puede ser contestada, negándole a quien aportó los gametos vínculo alguno con el hijo, e impidiendo toda acción ordenada a la impugnación o reclamación de la filiación”<sup>(54)</sup>.

---

(53) PERRINO, Jorge Oscar, “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, cit., LA LEY, 2012-A-581, I, y págs. 582 y 588, VI. Véase también del mismo autor, “Hijos de primera e hijos de segunda”, cit., E.D., 255-786, III.

(54) “Hijos de primera e hijos de segunda”, cit., E.D., 255-789, VI, donde, además, agrega que “el derecho a la identidad, presidido por el derecho a la vida y junto al derecho a la dignidad y la libertad, constituye un pilar básico para determinar la verdad de la persona humana”.

Parece claro que, como norma general, la identidad de toda persona en relación con sus predecesores o ancestros resulta del nexo genético y no, en cambio, de la voluntad procreacional, tan es así que en los supuestos de procreación asistida se admite con mayor o menor amplitud el derecho que les asiste a los nacidos por la aplicación de alguna de esas técnicas, de informarse ya sea sobre los datos médicos del donante, o hasta de su identidad. Lo que obviamente es así, porque no puede desconocerse que la verdadera identidad está regida, como norma general, por el nexo genético, y no por la voluntad. Es curioso que, como bien recuerda Pedro Di Lella, la Argentina, que tan enconadamente defendió el principio de “verdad biológica” en el debate en las Naciones Unidas previo a la aprobación en el año 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tan solo veinticinco años después deja en buena parte de lado ese principio a los efectos de determinar la filiación en los supuestos de procreación asistida, lo que se hace con fundamento en el *interés superior* del niño, que consistiría en que el nacido pueda ser inscripto como hijo de dos mujeres, cuando en realidad el interés que realmente se busca es el de las cónyuges, o de la pareja formada por dos mujeres<sup>(55)</sup>.

Azpiri afirma que la admisión de la voluntad procreacional como una fuente de filiación “centra su atención en la situación de los adultos que han expresado su voluntad, cambiando el eje de la protección legal”, que deben ser los niños<sup>(56)</sup>. En ese mismo sentido, Mizrahi entiende que las normas del nuevo Código en materia de procreación asistida “no responden al interés superior del niño... el verdadero interés privilegiado es el del adulto que aspira a procrear, subordinando entonces a este interés –elevado a categoría casi suprema– los derechos del niño que ha de nacer...”. Y agrega que “la desbiologización resulta atinada para dar una justa solución a *situaciones de hecho*, pero no debe ser provocada deliberadamente” por medio de las técnicas de procreación asistida<sup>(57)</sup>. A su vez, Berbere Delgado sostiene que la voluntad procreacional sería una *factio iuris* sin el sustento biológico que caracteriza la naturaleza reproductiva humana, habiendo incorporado de tal manera el nuevo Có-

---

(55) DI LELLA, Pedro, “Filiación y autonomía de la voluntad (A propósito de la ley 26.618”, cit., RDF, n° 50, julio de 2011, págs. 137 y sigs., y 147.

(56) AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, cit., RDFyP, IV, n° 6, julio de 2012, pág. 116, 3. Conf., BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, cit., RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 143, donde pone de relieve que el niño es tratado como un objeto, destacando asimismo el grado de vulnerabilidad en que puede ser colocado.

(57) MIZRAHI, Mauricio Luis, “Observaciones al Proyecto en materia de filiación”, RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, págs. 124 y sig., II.

digo una distinción entre los niños concebidos por una relación sexual y los nacidos por la aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida, en que se provoca una disociación definitiva de la identidad genética, vulnerando irremediablemente de manera directa su derecho a la identidad<sup>(58)</sup>.

Con relación al tema en análisis, Corral Talciani dice que si para determinar la filiación se privilegiaran elementos de tipo voluntarista en lugar del dato biológico —esto es, la aportación genética—, que según afirma dicho autor, debe ser considerada la piedra fundamental que da seguridad al edificio, se llegaría a consagrar jurídicamente que padre es sólo quien quiere asumir la posición jurídica y social de tal, con lo cual se consagraría el principio de que “es padre el que quiere serlo”<sup>(59)</sup>. Belluscio afirma con relación a la voluntad procreacional, que nada bueno puede esperarse de atribuir legitimidad a la falsedad, y que, en todo caso, “más lógico habría sido aceptar una adopción plena de trámite simplificado para quienes aceptan convertirse en padres o madres de quienes no llevan sus genes”. Agrega dicho autor que “la nueva legislación se desentiende del interés superior del menor, consagrado por el bloque constitucional comprensivo de la Constitución misma y de los tratados internacionales de derechos humanos, amparando el interés de los adultos y desentendiéndose del de los futuros seres concebidos mediante el aporte a la pareja de células reproductivas de extraños, seguramente en la mayor parte de los casos movidos por el interés económico de negociar elementos de su cuerpo. Es la demostración de que el hilo conductor de las soluciones consagradas no es siquiera el individualismo sino el más crudo egoísmo. Así, en este caso se privilegia el deseo de aquellos a quienes la naturaleza les niega la posibilidad de procrear y que alimentan el circuito comercial de una dudosa ética, desentendiéndose del interés de los futuros nacidos...”<sup>(60)</sup>.

---

(58) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, cit., RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 144, III.

(59) Corral Talciani, Hernán, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago de Chile, 1994, págs. 167 y sigte.

(60) “La filiación en el Código Civil y Comercial, cit., J.A., diario del 27-05-2015, I. Mercedes Ales Uría afirma que la exigencia de que biología y filiación formal coincidan responde a que usualmente es la vía más idónea para tutelar los intereses del menor, no sólo como instrumento de salvaguarda legal del derecho a la identidad del nacido y que el hombre y la mujer que lo engendraron sean conocidos por aquél, sino también porque implica que los progenitores van a asumir frente a él los derechos y deberes propios de la patria potestad (“Las disociaciones de la maternidad y pater-

Belluscio habla de falsedad con relación a la voluntad procreacional, y similarmente, Berbere Delgado afirma que esa voluntad como expresión de la autonomía privada que se pretende incorporar en los supuestos de fecundación heteróloga, materializa una situación artificial y adulterada para la construcción de la identidad, estableciendo un ámbito de realidad simulada o ficticia que en la mayoría de los casos provoca una sensación de no pertenencia a la familia impuesta<sup>(61)</sup>. A su vez, Mazzinghi considera excesiva la valoración del elemento intencional como determinante de la filiación, y afirma que dicho criterio de alguna manera transforma al hijo en algo muy semejante al objeto de un contrato, respecto del cual la intención de las partes puede ser decisiva. Sostiene dicho autor que “cuando se trata de filiación, el *objeto* es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos”<sup>(62)</sup>.

Lafferrière, por su parte, entiende que la norma según la cual la voluntad procreacional define la identidad del niño, conduce a su cosificación, puesto que de tal manera deja de ser persona para pasar a ser un objeto a merced de la decisión voluntaria de sus padres en la definición de los elementos más determinantes de su identidad. Como también, que “la determinación de la filiación a través del nexo biológico y las consecuencias que de ello se siguen no surgen de una convención voluntarista, sino de una sana concepción antropológica en la que se reconoce a la persona en su dimensión de cuerpo y alma. Las relaciones de filiación, por tanto, no pueden quedar a merced de la voluntad de los particulares sin un grave perjuicio para los niños y para las mismas relaciones sociales”<sup>(63)</sup>. Con relación a lo cual debemos recordar que de conformidad al artículo 3° *in fine* de la ley 26.061, *cuando exista confusión entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*, lo que constituye una idea rectora que, como dice Mizrahi, en el Código Civil y Comercial aparece invertida, pues “el interés que sin el menor asomo de duda se

---

nidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado, cit., RDFyP, año V, n° 2, marzo de 2013, págs. 121 y sig.)

(61) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, cit., RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 145, III.

(62) Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 4, pág. 126, parágr. 727, a).

(63) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “Dos madres por reconocimiento sucesivos, voluntad procreacional y manipulación de la de la identidad de los niños por activismo judicial en la Ciudad de Buenos Aires”, E.D., 243-754, 3. Conf., en que la voluntad procreacional como atributiva de filiación cosifica al hijo, ORTELLI, Ana, “Dos madres para un niño sin derechos. Entre la verdad y la voluntad”, E.D., 243-774.

hace prevalecer es el llamado derecho a la reproducción del *adulto*, más allá de que se afecte o no al niño por nacer”<sup>(64)</sup>. Lo cual constituye una flagrante violación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (conf. art. 75 inciso 22 CN), como también de la ley 26.061<sup>(65)</sup>.

Recordamos asimismo a Úrsula Basset cuando sostiene que “transformar la concepción y la identidad del niño en un contrato sujeto a la autonomía de la voluntad de los adultos es una de las acuñaciones más atroces que puedan pensarse en materia de afectación de los derechos del niño. Es un agravio a la dignidad de todos los niños (concebidos por hetero y homosexuales con el concurso de una persona del sexo opuesto)”<sup>(66)</sup>. En otro trabajo Basset afirma que en la regulación de las técnicas de procreación asistida, el Código Civil y Comercial demuestra el mayor desinterés por los niños nacidos de esas técnicas, como también, que la imposibilidad que resulta del Código de poder impugnar la filiación por parte de los nacidos por procreación asistida “es la consagración jurídica definitiva del divorcio entre verdad y derecho, en aras de una regulación adultocéntrica, a la que le cuesta encontrar un equilibrio razonable en el movimiento pendular entre el ansia de los padres de tener un hijo y los derechos de los hijos concebidos”<sup>(67)</sup>. También González

---

(64) MIZRAHI, Mauricio Luis, “Observaciones al Proyecto en materia de filiación”, cit., RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, pág. 124, II. Recuerda dicho autor la jurisprudencia invariable de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el interés primordial de los niños orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, lo que hace que se requiera adoptar medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad. Conf. en que el nuevo Código protege el interés de los que quieren tener un hijo, que es inferior al del interés superior del niño, LAJE, Alejandro, “Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial por el Proyecto”, RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 138, III; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, cit., RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 142, II.

(65) Conf., QUINTANA, Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, cit., RDFyP, año VI, n° 8, Septiembre de 2014, págs. 218, 2.1. y 219, 2.3. Sostiene dicho autor que mediante las técnicas de procreación asistida “se pretende satisfacer la voluntad y el deseo de los adultos, aún corriendo el riesgo de vulnerar el derecho a la identidad del menor al eliminar de su historia a sus padres biológicos”.

(66) “La suprema potestas del juez contencioso administrativo porteño para gestar la paternidad, hacer la ley y negar la identidad. Otro niño que tendrá dos madres y ningún padre”, E.D., 243-783, h).

(67) “La democratización de la filiación asistida”, ADLA, Boletín Informativo, año LXXIV, n° 30 del 17-11-2014, págs. VI y VII. Véase asimismo de Basset, Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 1ª ed., Bs. As., 2015, t. III, págs. 418 y sig.

Magaña afirma que el nuevo texto impone un criterio adulto céntrico, a diferencia del criterio rector de la ley 23.264, “cuyo centro para determinar vínculos filiales era el hijo, a quien la ley le brindaba los elementos necesarios para que –dentro de lo posible- pudiera adecuar su realidad biológica a sus vínculos filiales”<sup>(68)</sup>. Mientras que Verónica Polverini sostiene que la voluntad de los adultos y no la identidad de los niños, pasa a ser el eje para determinar la paternidad y la maternidad bajo la forma de un consentimiento informado expresado con determinados requisitos<sup>(69)</sup>.

La diferenciación que efectúa el nuevo Código con relación al ejercicio de derechos entre quienes nacieron con motivo de una relación sexual y los que lo hicieron por aplicación de uno de los procedimientos de procreación asistida, es notoria e injustificable, y ello a pesar de ser la filiación una sola –aunque con distintas fuentes-, lo que hace que los niños deben tener los mismos derechos. Sin embargo, el Código Civil y Comercial discrimina a los hijos según el origen de acuerdo al cual fueron creados, esto es, si lo fueron por procreación asistida o mediante una relación sexual, por cuanto veda a los primeros pero no a estos últimos impugnar la filiación (arts. 588 y sigs.)<sup>(70)</sup>, lo que viola claramente la norma constitucional que dispone que todos los hijos son iguales (Pacto de San José de Costa Rica, Convención sobre los Derechos del Niño), igualdad que, en cambio, resultaba de las disposiciones de la ley 23.264. Esa discriminación permite afirmar que en el caso no se ha cumplido con lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto de Código presentado en el año 2012, donde entre los principios que lo han guiado, se enuncian los siguientes: “*Código de la igualdad*. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. *Código basado en un paradigma no discriminatorio*. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza...”

---

(68) GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, cit., t. II, pág. 350, nº 1.2.3.

(69) “La voluntad procreativa como causa fuente de filiación”, en Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, AA.VV., Bs. As., 2012, pág. 305, B).

(70) Conf., entre muchos otros, GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia, “Filiación por naturaleza o biológica”, en Derecho de Familia y de las Personas, AA.VV., Córdoba, 2014, págs. 138 y sig.



No obstante, para tratar -inútilmente, por cierto- de eludir la imputación de discriminación, se hace referencia a la “verdad jurídica” que “garantice el derecho a la identidad de las personas involucradas”<sup>(71)</sup>. Basset afirma al respecto al analizar la nueva normativa relativa tanto a la procreación asistida como al matrimonio entre personas del mismo sexo, que “la filiación se vuelve más una construcción jurídica que el resultado de una realidad social o biológica. No está inspirada en los hechos (posesión de estado de hijo, trato de hijo), ni en la biología. Es una construcción jurídica fundada esencialmente en un derecho subjetivo a la realización de la vida familiar, que se instrumenta contractualmente”<sup>(72)</sup>. Con relación a lo cual, debe tenerse presente que para poder la filiación ser calificada como “verdad jurídica”, debe asentarse en bases objetivas, y no en la simple voluntad del legislador. Y no es precisamente eso lo que ocurre con la normativa actual. Es por ello que en el trabajo recién citado, Basset afirma, con razón, que “la biología no es todo en la filiación, pero tampoco puede pretenderse que no es nada, o que no tiene significación alguna en la identidad de la persona y que el derecho puede disimular o escamotearla sin consecuencias. Tapar los ojos frente a esa realidad puede ser una decisión a largo o corto plazo insostenible”.

Por nuestra parte y como resulta de lo hasta aquí expresado, no creemos que la voluntad procreacional constituya una pauta valiosa para la determinación -que bien puede ser calificada de *falsa*- de la comaternidad o la paternidad en la procreación asistida, pareciendo, por el contrario, que crea graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia, no debiendo olvidarse que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en importante medida el orden público, que no deja casi margen para la actuación de la voluntad de las personas involucradas. Además, no advertimos la razón lógica por la cual la voluntad procreacional va a constituir una fuente de filiación en los supuestos de procreación asistida, pero no, en cambio, en la filiación cuya fuente es la naturaleza, aunque en ninguno de esos supuestos debería admitírsela.

En definitiva, creemos inconveniente que para la determinación de la filiación en los supuestos de la aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida, se haya dejado total y absolutamente de lado -cualesquiera sean las circunstancias- la aportación genética, que constituye

---

(71) Véase al respecto, PERACCA, Ana G., “Principales modificaciones en materia de acciones de filiación y prueba”, pág. 7, n° 4.2.

(72) BASSET, Úrsula C., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, cit., t. III, pág. 420. En la pág. sig. afirma que el sustrato más fundamental de la identidad es el genético, que es probablemente la base más estable de la identidad.



uno de los pilares en el que se fundamenta la paternidad, a lo cual se arribó luego de un arduo camino.

## VI. DISTINTOS ASPECTOS Y RIESGOS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA

La fertilización médicamente asistida da nacimiento a una serie de relaciones que no se agotan en las que se producen entre la pareja que desea tener un hijo y los médicos tratantes o la Clínica médica, sino que también se dan entre aquélla y los hijos —en especial, en el caso de la fertilización heteróloga<sup>(73)</sup>—, o entre la pareja y los donantes del material genético, o entre éstos y los llamados bancos de semen, o entre el donante y los hijos nacidos con motivo de la utilización de los gametos de aquéllos. Además, también existen otras relaciones, tales como entre la pareja y los embriones que no fueron implantados<sup>(74)</sup>, así como las que surgen del secreto —de mayor o menor alcance— que existe con relación a los donantes.

---

(73) Se ha afirmado al respecto el derecho del hijo a tener sólo dos padres —en lugar de tres o más—, lo cual, se afirma, constituye una exigencia antropológica primaria que debe ser protegida frente a otros intereses opuestos. Véase al respecto, Cafferata, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, cit., ED, 130-732.

(74) Esta cuestión fue ampliamente discutida en el conocido caso judicial fallado en el año 1992 por el Supremo Tribunal de Tennessee, de los EE.UU. de América, entre los ex cónyuges Junior Lewis Davis y Mary Sue Davis, en el que un Tribunal otorgó la tenencia al esposo, de los embriones crioconservados formados por los gametos de ambos, que habían sido fecundados *in vitro*; finalmente la Corte Suprema de Tennessee resolvió que el ex marido tenía derecho a rehusar que su ex esposa llevara adelante la gestación de los embriones, y que la Clínica donde los mismos se hallaban era libre de decidir sobre su destino. Para un comentario del caso, remitimos a la nota de De Dios, Miguel A., “El derecho a la procreación en el marco de la fecundación asistida (Junior Lewis Davis v. Mary Sue Davis)”, ED, 153-900. Loyarte y Rotonda afirman al referirse a dicha controversia, que deben priorizarse los derechos de la persona por nacer, debiendo la madre ser autorizada a que se le implanten los embriones, aún ante la negativa del progenitor (Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., p. 306). Cabe señalar que hace unos años el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey tenía a decidir un caso similar —cuya resolución ignoramos—, en que el padre, divorciado de su esposa en el año 1998, pidió que la vida de sus siete hijos (en estado embrionario por una fecundación *in vitro* practicada antes del divorcio, y crioconservados), sea preservada, así como que los embriones fueran dados en adopción a una pareja infértil o puedan ser implantados en su eventual futura esposa. La madre, en cambio, solicitó su destrucción —cosa que ordenó el tribunal de 1ª Instancia—, alegando al respecto que no quería ser madre en contra de su voluntad, pareciendo de tal manera olvidar que, en realidad, ya lo es.

Además de lo ya expresado al respecto, la aplicación de estas técnicas puede en ocasiones conducir a ciertas situaciones de las que derivan problemas de no siempre sencilla solución, en especial cuando en la procreación intervienen gametos donados por terceros, surgiendo de tal manera las técnicas denominadas *heterólogas*<sup>(75)</sup>, o cuando la gestación es realizada por una tercera persona con óvulos que pueden o no ser de ella —madre portadora o subrogada—, con la cual se ha convenido previamente la entrega del hijo que gestó, a quien o quienes se lo han encargado.

También, y con esto no pretendemos ni mucho menos agotar los supuestos existentes, cuando la mujer gesta un hijo utilizando embriones congelados, o gametos criopreservados del marido muerto tiempo antes; o inclusive, mediante la extracción de semen de los testículos del marido fallecido, todo lo cual resulta inadmisibles, debido a que en tal caso se colocaría al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, por falta del padre, privándolo de tal manera de la atención y la relación con el otro, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo<sup>(76)</sup>. Argumento que es asimismo aplicable a los supuestos de parejas de homo-

---

(75) Se ha criticado la terminología, con la afirmación de que al tratarse de semen de la misma especie, en todos los casos se trataría de inseminación homóloga, por lo cual, se ha dicho, resulta preferible hablar de inseminación artificial conyugal, e inseminación artificial por donante (Gafo, Javier, *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, p. 16, cit. por Bustos Pueche, José Enrique, *El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética*, cit., p. 22); ver, también de este mismo autor, p. 133. Conf., Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, cit., ps. 288 y 289. Barbero afirma con relación a la fecundación heteróloga, que en el fondo no deja de ser moralmente una forma moderna de adulterio, que no deja de ser tal por el hecho de estar consentido por el marido (Barbero, Omar U., "Aspectos éticos de la biotecnología y manipulación de la vida humana", ED, 1988-D, 919).

(76) Se ha sostenido que debe prohibirse la reproducción humana *post mortem*, debido a que el niño tiene derecho inalienable a ser concebido por padres vivos (Mattozzo de Romualdi, Liliana A., "Cómo proteger la evolución biológica natural de la especie humana frente a los avances del biopoder", ED, 167-1119). Asimismo, se ha afirmado que los llamados derechos reproductivos no pueden atentar contra los derechos fundamentales o libertades del ser humano, entre los cuales se encuentra el de la integridad física, psicológica y existencial que condicionan el libre desarrollo de la personalidad, atentado en los casos de procreación heteróloga seguida de una convivencia con el padre o madre social de igual o de diverso sexo que el progenitor biológico, o en los casos de experimentación embrionaria y de inseminación post mortem, así como el derecho a una familia, no respetado en los supuestos de inseminación post mortem o en la practicada por homosexuales o mujer sola (Vega Gutiérrez, Ana María, "Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?", en VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, BENÍTEZ ORTÚZAR, José I., VEGA GUTIÉRREZ, Ana M., Granada, 1998, ps. 40 y 41). Véase, asimismo, Cafferata,

sexuales, debiendo al respecto recordar que la Instrucción *Donum Vitae* ha enfatizado el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres. O sea, agregamos nosotros, por *ambos* padres —mujer y varón-, y no sólo por uno de ellos.

Lo anterior, sin perjuicio de señalar la dificultad existente en cuanto a decidir el destino del embrión, cuando luego de congelado la mujer resuelve no implantarlo, o cuando ambos padres o uno de ellos muere, o se separan. Coincidimos plenamente con Pedro Federico Hooft, al considerar correcta la decisión de un juez de los Estados Unidos de Norteamérica —luego revocada—, que resolvió que el embrión humano, aun congelado, tiene derecho a vivir<sup>(77)</sup>.

Cabe desde otro ángulo poner de relieve, de una manera general, que estos procedimientos van en contra del principio de indisponibilidad del estado civil, que impide donar la paternidad o la maternidad, pudiendo asimismo algunos de ellos implicar un daño al niño, al disgregar el vínculo parental en más de una persona<sup>(78)</sup>.

Asimismo, deben tenerse en cuenta los casos de embarazos múltiples resultantes de la aplicación de estas técnicas<sup>(79)</sup>, en que para hacer más lugar en el útero de la madre para que puedan sobrevivir los hermanos, suele ocurrir que se sacrifica a uno o más de los fetos, lo cual, bien llamado por su nombre, no constituye sino un asesinato. Es por ello que en muchas leyes se fija un número máximo de embriones a transferir a la mujer, como, por ejemplo, en Alemania e Italia, como también en España, en donde se autoriza al respecto un máximo de tres embriones en cada ciclo reproductivo (art. 3º, 2, ley 14/2006).

Además, no debe obviarse el riesgo de la ectogénesis —consistente en la gestación de un niño en un laboratorio, fuera del útero materno—, con

---

José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", cit., ED, 130-732, 5.

(77) Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos, Buenos Aires, 1999, p. 44.

(78) Corral Talciani, Hernán, "Procreación médicamente asistida", Separata del Seminario sobre matrimonio y familia, Santiago de Chile, 1996, p. 47. Ver también de este mismo autor, en igual sentido, Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia, cit., p. 184. Conf., Andorno, Roberto, "Procreación asistida: Posiciones contrapuestas en el Derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos", cit., JA, 1994-III-928.

(79) Entre los casos recientes de embarazos múltiples, recordamos el de octillizos nacidos en California, Estados Unidos de América, en el mes de enero de 2009, conforme resulta de lo informado por el Diario La Nación en su edición del 28/01/2009.

relación a lo cual se han hecho distintos experimentos<sup>(80)</sup>, aun cuando constituye un supuesto que por lo general se encuentra prohibido en las legislaciones que se ocupan del tema.

Los problemas que pueden resultar de todo esto son sin duda complejos, y para muchos de ellos no existen normas jurídicas que los resuelvan, existiendo involucrada en las técnicas de que se trata intereses no sólo de quienes desean tener un hijo y no pueden hacerlo por otros medios, sino también del propio hijo, de la ciencia —cuyo avance incontenible muchas veces parece no tener fronteras—, y de la comunidad, interesada en que esos avances científicos no se desborden de manera incontrolada, poniendo en peligro inclusive hasta a la familia, como institución básica de la sociedad<sup>(81)</sup>.

Se ha resuelto con relación al tema, que “la acción de amparo destinada a que se ordene a la obra social demandada la cobertura íntegra del tratamiento de fertilización con donación de gametos debe rechazarse, pues nos encontramos frente a una técnica de reproducción sumamente delicada y de la cual pueden derivar efectos gravísimos e irreversibles, como sería el caso de la destrucción de una futura vida humana en el supuesto de que así lo decidieran los padres tratantes, entre otros efectos no menos importantes”<sup>(82)</sup>.

## VII. LA CUESTIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

### VII.1. Los procedimientos de procreación asistida han permitido la práctica de lo que se entiende por maternidad subrogada

Cabe ante todo señalar que por *maternidad subrogada* se entiende la gestación por parte de una mujer de un óvulo suyo<sup>(83)</sup> o de quien encargó

---

(80) Véase lo informado al respecto por Mirta Videla, que entre otros casos, recuerda que la Facultad de Medicina de la Universidad de Nueva York estudia desde hace ya largo tiempo la posibilidad de construir una placenta artificial que alimente y transmita oxígeno al feto (Los derechos humanos en la bioética, cit., ps. 159 y 160).

(81) Ver sobre esto, Corral Talciani, Hernán, “Procreación médicamente asistida”, cit., ps. 27 y 28.

(82) Juzg. Fed. N° 4, Mar del Plata, fallo del 20-09-2019, RDE 2020-III, del mes de junio, con nota de LEÓN, Virginia, “El comienzo de la persona y las técnicas de reproducción humana asistida: Cuando la creencia es más fuerte que el derecho”

(83) Aunque se dice que este supuesto no es el más común ni el característico de esta figura, o, al menos, no es el genuino. Véase al respecto, Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, ps. 558 y sigte., parágr. 1154; Loyarte,

al niño —aunque también puede ser de una tercera persona—, fecundado con gametos ya sea del marido o la pareja de la requirente o de un tercero, para luego entregar al hijo a la o las personas que lo encargaron<sup>(84)</sup>. Lo que ha sido posible con motivo del desarrollo de las técnicas de procreación asistida.

Victorio Magariños Blanco ha afirmado al respecto que “tiene poco sentido acudir a la maternidad subrogada si los gametos masculino y femenino son de donante anónimo. Pues el interés de los futuros padres, basado en una presunta necesidad psicológica de trascender a través de la procreación perpetuando su genética, y superar, en su caso, la frustración que pudiera producir la esterilidad, no justifica acudir a un procedimiento que... plantea serios problemas de compatibilidad con el interés y dignidad de otras personas, como los de la madre gestante y el hijo. Pues en tal supuesto el hijo no tiene vinculación genética ni biológica con los comitentes; y entonces sería la adopción el recurso idóneo para la consiguiente filiación. El problema de la maternidad subrogada quedaría pues reducido al caso de una pareja en la que la mujer no pueda procrear por razones médicas”<sup>(85)</sup>.

## VII.2. La maternidad subrogada nace del erróneo concepto de que las personas tienen un derecho a tener un hijo

En efecto, la cuestión de la maternidad subrogada nace de un concepto que creemos erróneo, que consiste en la existencia de un pretendido e inexistente derecho muy peculiar: el derecho a tener un hijo. Fun-

---

Dolores y Rotonda, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., p. 319; Wagmaister, Adriana M., “Maternidad subrogada”, en RDE, n° 3, Buenos Aires, 1989, p. 20, II, y “Maternidad subrogada”, publicado en el n° 43, de julio/agosto 2009 de esa misma Revista, p. 419; Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, Asunción, Paraguay, 1998, p. 139, que afirma que en este caso no se está en presencia de un mero alquiler de vientre, sino de una compraventa de niños; Silva Ruiz, Pedro F., “Manipulación de embriones humanos”, en RDE, n° 7, p. 87; Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. y Massigoge Benegiu, J. M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español, Madrid, 1994, p. 68, quienes manifiestan que el fenómeno genuino se presenta en el contraste entre lo genético y lo biológico, entre la fecundación y el parto; LAHL, Jennifer, “Embarazos contratados expuestos: los contratos de maternidad subrogada no protegen a las madres sustitutas y sus hijos”, publicado el 01-11-2017 en *Public Discourse*: <http://thepublicdiscourse.com/2017/11/20390>.

(84) Véase al respecto, entre otros muchos autores, SCOTTI, Luciana B., “Un giro en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de gestación por sustitución”, en *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, abril de 2017, pág. 222.

(85) MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, cit., pág. 77, I.

damentalmente en los países desarrollados se ha llegado a admitir la existencia de una especie de *derecho al hijo*<sup>(86)</sup>, considerado éste, según señala Jaime Vidal Martínez, como un medio de satisfacer una necesidad que de alguna manera se encuentra inducida por el desarrollo de las propias técnicas de procreación asistida<sup>(87)</sup>. O quizás por la necesidad innata del ser humano de perpetuarse, o hasta inclusive por una especie de atavismo cultural ínsito en el ser humano y cuyas raíces se pierden en el tiempo, del cual constituye un testimonio lúcido el hecho admitido en distintas culturas de la antigüedad, de considerar a la fecundidad como una bendición de los dioses, y a la esterilidad, en cambio, como una maldición.

En esto se suele mirar más hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos -llámense padres, donantes, científicos-, que hacia el desprotegido ser que nada puede hacer para defender su vida<sup>(88)</sup>, como si aquéllos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo -olvidando que la persona no puede ser *objeto* de un derecho-, que debe satisfacerse no importando a costa de qué o de quién<sup>(89)</sup>. Andorno afirma en ese mismo sentido, que en el caso no solo falta el sujeto activo, sino también el sujeto pasivo de ese pretendido derecho<sup>(90)</sup>. A su vez, Bustamante Alsina pone de relieve lo que denomina *ensañamiento procreativo*, que resulta del afán posesivo de pretender tener un derecho al hijo y la consecuente búsqueda neurótica del nacimiento a cualquier costo, lo cual persigue la satisfacción de un deseo personal, olvidando de tal manera que el pro-

---

(86) Mazinghi señala que esa suposición constituye uno de los errores que se proyectan con mayor fuerza sobre los métodos de fecundación artificial (Derecho de Familia, 4ª. ed., cit., t. 4, pág. 101, n° 719).

(87) Esto lo afirma en el prólogo del libro Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, de VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, BENÍTEZ ORTUZAR, José Ignacio y VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, cit., pág. XVII.

(88) Domingo M. Basso pone de relieve al respecto el hecho de que cada día existe un "menor interés por el individuo-niño, que se opera en beneficio del individuo adulto", debido a la idolatría de la técnica (Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª ed., cit., pág. 333).

(89) Si el marido no puede proveer el semen, resulta inimaginable la exigencia de obligar a un tercero a proveerlo. Bustos Pueche, entre otros, se manifiesta en forma expresa contra la posibilidad de que se considere que la persona tiene un derecho subjetivo a tener un hijo, dado que la persona humana no puede ser objeto de un derecho (El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética, cit., págs. 91 y sigs.).

(90) ANDORNO, Roberto L., "El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)", cit., E.D., 131-904.

crear no es un derecho del ser humano sino un don de la naturaleza, así como que el hijo tiene el derecho natural a nacer con dignidad<sup>(91)</sup>.

Si fuera cierto que las personas tuvieran un derecho para exigir un hijo, siguiendo esa misma pauta, cualquier persona también podría exigir que se le proporcione felicidad, o salud, porque tiene derecho a ser feliz, como también a tener una buena salud, lo cual, como es natural, no se le puede proporcionar, sino, a lo más, en cuanto a la salud, se le debe otorgar -y, por tanto, puede exigir- una adecuada atención médica, lo que como es obvio, no le garantiza una buena salud. En realidad lo que las personas tienen no es un derecho subjetivo a tener un hijo, sino un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión relativa a procrear en forma natural<sup>(92)</sup>, lo cual no ocurre en el supuesto de la procreación asistida, en que necesariamente se requiere la intervención de otras personas distintas a la pareja.

En tal sentido, Chiesa expresa que “los cónyuges no tienen derecho al hijo, tienen derecho al acto sexual. El hijo es un don que Dios puede conceder o no, pero aunque no lo conceda, el acto sexual ya tiene una finalidad que lo dignifica: unir a los esposos”<sup>(93)</sup>. Admitir la existencia de un derecho al hijo, señala con razón Mazzinghi, sería reducir a éste

---

(91) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge A., “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, cit., LA LEY, 1997-D-1212 y sig. Agrega dicho autor que, de la misma manera, “el derecho o la libertad de casarse no equivale a la atribución de un marido o una esposa”.

(92) En ese mismo sentido, Vicente Bellver Capella sostiene que a nadie se le puede obligar ni prohibir tener hijos, existiendo sólo derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida. Y agrega que la libertad para tener o no hijos, no incluye la voluntad de tenerlos de cualquier manera, o de reproducirse a cualquier precio (¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana, Granada, 2000, págs. 120 y sig.). Conf., MAZZINGHI, Jorge A., “Reproducción asistida: Sensatez con media sanción”, E.D., 173-1107. Señala Mazzinghi que desde que la esclavitud fue abolida en el mundo, se acepta que el hombre no puede ser objeto del derecho de otro; MOLINA, Alejandro, “La fecundación artificial en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia – Consideraciones y aplicaciones a nuestra realidad actual”, E.D., 175-603; SAPENA, Josefina, Fecundación artificial y derecho, cit., quien señala que el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto que pueda ser exigido al margen de cualesquiera consideraciones sociales, o sin considerar el bien de otros, o de la sociedad (págs. 43 y 119).

(93) Presbítero CHIESA, Pedro José María, “El estatuto biológico-moral. Sobre la procreación humana y las denominadas técnicas de reproducción artificial”, en El Derecho frente a la procreación artificial, AA.VV., Buenos Aires, 1997, pág. 52. Ver, en igual sentido, MOLINA, Alejandro, “La Argentina y la adopción internacional”, E.D., 186-1114, n° II.



a una condición semejante a la de las cosas<sup>(94)</sup>. Y Arias de Ronchietto se pregunta si “el *derecho al hijo* incluye el *derecho* a la criopreservación y al eventual descarte -muerte- de los otros *hijos*”<sup>(95)</sup>.

La eventual admisión del derecho a tener un hijo implicaría, como una consecuencia lógica, el reconocimiento del derecho a no tenerlo. Como señala Ana María Vega Gutiérrez, “de admitirse el derecho a tener un hijo, el contenido de los denominados *derechos reproductivos* implicaría un atentado contra los propios derechos humanos, como se deduce de alguna de las reivindicaciones exigidas por quienes están de acuerdo con la existencia de ese derecho: el derecho al aborto libre y gratuito, el derecho a tener el hijo mediante el recurso de las técnicas de reproducción asistida sin cortapisa legal alguna, o el derecho a la esterilización y a la elección de cualesquiera métodos anticonceptivos, etc. Y agrega que la responsabilidad procreadora supone el rechazo absoluto de toda libertad para decidir acerca de la vida de un hijo, tanto para desearla a toda costa, como para rechazarla en forma absoluta y por cualquier medio<sup>(96)</sup>. Chiesa expresa, siguiendo lo dicho por el Papa Pío XII el 19 de mayo de 1956 en el Discurso más arriba recordado al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad, que “los cónyuges no tienen derecho al hijo, tienen derecho al acto sexual. El hijo es un don que Dios puede conceder o no, pero aunque no lo conceda, el acto sexual ya tiene una finalidad que lo dignifica: unir a los esposos”<sup>(97)</sup>.

Recordamos asimismo que como se ha expresado en la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocida comúnmente como Instrucción *Donum Vitae*, que fuera aprobada por el Papa San Juan Pablo II el 22 de febrero de 1987, “un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad: es más bien un don, *el más grande* y el más gratuito del matrimonio, y es el

---

(94) MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 4, págs. 101 y sigs., parágr. 719.

(95) ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E., “Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?” en *El Derecho frente a la procreación artificial*, AA.VV., Bs.As., 1997, pág. 74.

(96) VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, “Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?” cit., pág. 44.

(97) Presbítero CHIESA, Pedro José María, “El estatuto biológico-moral. Sobre la procreación humana y las denominadas técnicas de reproducción artificial”, cit., pág. 52. Ver, en igual sentido, MOLINA, Alejandro, “La Argentina y la adopción internacional”, cit., E.D., 186-1114, n° II.



testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho... a ser el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción”<sup>(98)</sup>. A su vez, en el *Angelus* del 31 de julio de 1994, San Juan Pablo II expresó que “el legítimo deseo de un hijo no puede ser interpretado como una especie de derecho al hijo que se puede satisfacer a toda costa. ¡Eso significaría tratarlo como si fuera una cosa! Y por lo que se refiere a la ciencia, ésta tiene la obligación de mantener los procesos procreadores naturales, y no la función de sustituirlos artificialmente”.

Cabe por último señalar que hasta donde nosotros tenemos conocimiento, en ninguna Declaración internacional relativa a los derechos humanos ha sido reconocido el derecho a tener un hijo como una concreción del derecho a la reproducción; pero, en cambio, sí se ha reconocido el derecho del niño a tener unos padres y una familia<sup>(99)</sup>. Y como bien señala Vicente Bellver Capella, “el interés del niño excluye del derecho a la procreación el tener un hijo por cualquier medio y a toda costa”<sup>(100)</sup>.

### **VII.3. La gestación por sustitución constituye una criticable modalidad reproductiva**

Con la maternidad subrogada se produce una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer el deseo de ser madre, que si en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo.

Un convenio como el que analizamos ha sido considerado inmoral, habiendo Mazzinghi afirmado que la práctica de la maternidad subrogada debe prohibirse por ser repugnante a la moral y buenas costumbres. Es que no se puede pretender ser madre a cualquiera precio. No cabe a nuestro juicio duda alguna de que en nuestro país se debería decretar la nulidad de un acto de esa naturaleza, por aplicación de los artículos 279, 958 y 1004 del Código Civil y Comercial, ya que no pueden ser objeto de los contratos los hechos que sean contrarios a la moral y las buenas costumbres, al orden público o a la dignidad de la persona, los cuales no

---

(98) Esto es reiterado en el n° 2378 del Catecismo de la Iglesia Católica.

(99) Conf., entre otras, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966, y la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1990.

(100) ¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana, cit., pág. 83.

puede ser objeto de relaciones jurídicas<sup>(101)</sup>, puesto que a ello se opone su dignidad, el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada<sup>(102)</sup>. El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, o ser producido a cambio de dinero. Kant decía que “aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equiva-

---

(101) Conf. durante la vigencia del Código Civil, con fundamento en el art. 953 de dicho Código, Tobías, José W., *Derecho de las Personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, 2009, p. 85; Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de Familia*, 4ª. ed., cit., t. 4, p. 125, parágr. 727; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “Responsabilidad derivada de la biotecnología”, en *Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg*, AA.VV., Buenos Aires, 1995, p. 206; y Bioderecho, cit., ps. 76 y 166; Hooft, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, cit., p. 45; Méndez Costa, María Josefa, *La Filiación*, Santa Fe, 1986, ps. 209 y 210; Bossert, Gustavo A., “Fecundación asistida”, cit., JA, 1988-IV-879 y sigte. (este autor afirma, sin embargo, que le parece excesiva la prohibición en sí misma de la práctica); Wagmaister, Adriana M., “Maternidad subrogada”, RDE, n° 3, p. 25; Wagmaister, Adriana M. y Levy, Lea M., “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Transcendencia jurídica”, JA, 1995-I-451; Vidal Martínez, Jaime, “La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos”, cit., LA LEY, 1986-D, 1041, n° 7; Cafferata, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, cit., ED, 130-740; Basso, Domingo M. y otros, *Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX*, cit., ps. 232 y 233; Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, cit., p. 322; Lorenzo de Ferrando, María Rosa, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, cit., p. 325, 12; Sapena, Josefina, *Fecundación artificial y derecho*, cit., p. 144; Sánchez Gómez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, p. 141; Parellada, Carlos Alberto, “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético”, en *Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, cit., p. 425, f); Osset Hernández, Miquel, *Ingeniería genética y derechos humanos*, Barcelona, 2000, p. 90; Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. y Massigoge Benegiu, J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, cit., p. 139, donde citan en apoyo de su posición los arts. 1271 y 1275 del Cód. Civil español, similares a nuestro art. 953 del derogado Cód. Civil. Xavier O’Callaghan Muñoz considera que se ha actuado con una cierta dosis de hipocresía en el ataque que se ha efectuado con relación al pago que se hace a la madre portadora, debido a que, según afirma, un servicio de un ser humano se paga, sea éste físico o intelectual (Prólogo más arriba citado, del libro *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, p. 12). Conf. con la maternidad subrogada: Bullard González, Alfredo, “El derecho de nacer. Sobre alquiler de vientre y maternidad subrogada”, en RDE, n° 42, marzo/abril 2007, p. 21.

(102) Conf., Mosso, Carlos José, “Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial”, ED, 167-961. Victorio Magariños Blanco afirma que tanto si la mujer aporta óvulo y vientre, como si sólo gesta al niño, por mucho que se disfrace el contrato, estamos ante una venta o cesión del hijo (“Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, cit., pág. 85).

lente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”<sup>(103)</sup>.

Por otra parte, en ocasiones se utiliza o puede utilizarse la práctica de la maternidad subrogada por una persona sola, sea mujer o varón, y de tal manera constituir una familia monoparental, por lo que, tal como hemos afirmado más arriba, no debe a nuestro juicio ampararse “una situación de orfandad biológica planificada”. Victorio Magariños Blanco ha señalado al respecto que en tales supuestos se podrá acudir a la institución de la adopción, cuya finalidad es la protección del niño desamparado por orfandad o abandono. Y que si, en principio, se podría considerar positivo que se pueda acudir a los progresos de la ciencia para remediar la esterilidad y el deseo de tener descendencia, “habrá que establecer los límites necesarios para evitar que la técnica deshumanice las relaciones personales”. Como también, que la ley no debe amparar el nacimiento de un niño con un solo padre; “la orfandad es causa de sufrimiento del niño al que la sociedad que le rodea compadece. Los niños huérfanos de padre y madre o de padre o madre se vieron siempre con tristeza, con una carencia que es causa de sufrimiento. La orfandad a causa de la muerte o de relaciones esporádicas es algo inevitable, que el legislador no tiene más remedio que reconocer y proteger. Pero el legislador no puede impulsar o favorecer que un niño llegue a esta vida planificadamente huérfano”<sup>(104)</sup>.

Úrsula Basset recuerda con relación al tema, que la Informante Especial de las Naciones Unidas sobre trata y explotación sexual –incluyendo prostitución y pornografía de niños–, sostuvo en un informe presentado en el mes de enero de 2018 en el marco de la Asamblea General de la ONU, que frecuentemente la maternidad subrogada equivale a la trata de niños; y recomienda, según señala la autora recién citada, “prohibir la maternidad subrogada comercial, determinar en todos los casos la maternidad por el parto y no admitir contratos que impliquen la renuncia a la responsabilidad parental por parte de la madre”<sup>(105)</sup>.

Liliana Matozzo de Romualdi afirma al referirse al tema, que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación

---

(103) Cit. por Aparisi Miralles, Ángela, “Aspectos Científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”, ED, 179-963.

(104) MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, cit., págs.81, 1.3., y 83.

(105) BASSET, Úrsula C., “La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe oficial de la Asamblea General de la ONU”, LA LEY, 2018-E, 728.

contractual, se viola todo principio de dignidad humana<sup>(106)</sup>. Dicha crítica también es efectuada por María Josefa Méndez Costa, quien afirma que la dicotomía entre una madre biológica y una gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses<sup>(107)</sup>. A su vez, Mercedes Ales Uría sostiene que “en el caso de la disposición que una mujer hace de sí misma en el acuerdo de maternidad subrogada, no existe una afirmación de la *dignidad humana*, sino un socavamiento de ésta como fundamento de los derechos. Ello desde la utilización del cuerpo y la psique para obtener un resultado que queda fuera de la vida de la mujer al entregar al ser humano, fruto de su vientre, a terceros en el contexto de una transacción”<sup>(108)</sup>.

Como dijimos, la dignidad de la persona no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que los padres biológicos sean, también, los padres legales, que no le oculten al hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones<sup>(109)</sup>. La maternidad subrogada no protege a las mujeres ni a los niños, puesto que sólo los mercantiliza más, facilitan su uso como meros *commodities*<sup>(110)</sup>.

Recordamos sobre el tema lo expresado por José M. Monzón, quien afirma la inexistencia de libertad contractual por parte de la gestante, y que en el caso “no interesa el tema del consentimiento (de las partes), porque la cuestión pasa por el respeto a la dignidad humana. Y esto no se observa, en principio, en los padres comitentes, quienes parten de una posición de mayor ventaja, porque pueden hacer ejecutable todas las cláusulas del acuerdo, porque además el consentimiento informado prestado por la madre gestante no es siempre comprensible si ella o su familia o su marido tienen un bajo nivel de educación o no tienen ninguna. Y hay que contar también con los casos en que la mujer gestante es explotada por aquellos que debieran cuidarla. Por eso, ella está expuesta

---

(106) “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?”, ED, 182-1656.

(107) Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Santa Fe, 1990, t. III, ps. 55 y 173, n° 73, b).

(108) ALES URÍA, Mercedes, “Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de Dignidad Humana fundante”, LA LEY, 2017-B, 888, V.

(109) Mosso, Carlos José, “Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial”, cit., ED, 167-961. Conf. en cuanto a que la maternidad subrogada no se compadece con el necesario respeto a la dignidad humana, Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, cit., p. 141.

(110) LAHL, Jennifer, “Embarazos contratados expuestos: los contratos de maternidad subrogada no protegen a las madres sustitutas y sus hijos”, cit.

a más violación de su dignidad cuanto más beneficioso es el contrato para quienes lo procuran”. Concluye el autor citado con la afirmación de que “... el hecho de dar a la *voluntad procreacional* una relevancia fuerte en orden a crear un estado civil, cuando menos comporta riesgos para la dignidad de la madre gestante o del menor o del ser por nacer, lo que nos previene de justificar su legalización”; y a continuación transcribe lo expresado en el Informe del Comité Bioético de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, en el sentido de que “el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio”<sup>(111)</sup>.

La admisión de estos pactos puede significar la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente, que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos —y que Mirta Videla califica de *anfitrionas del feto para otros*<sup>(112)</sup>— que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se considere el pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias por las que debió pasar<sup>(113)</sup>. Convenios de la naturaleza del analizado dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución, además de traer consigo problemas de distinta especie, entre los cuales señalamos, aparte de los ya mencionados, el que se produce cuando el estudio prenatal informa sobre malformaciones en el feto, situación para la cual generalmente se conviene como *solución* —si así pudiera llamarse— la del aborto<sup>(114)</sup>.

Vidal Martínez ha afirmado con relación a esta práctica de la maternidad subrogada o de sustitución, que su difusión resulta a todas luces indeseable por la instrumentalización a que se somete a la mujer y por la incompatibilidad con el proyecto de construir *el edificio de los derechos*

---

(111) “Cuestiones críticas en Bioética: el caso de la maternidad subrogada,” en *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, de Erreius, febrero de 2019, pág. 30.

(112) *Los derechos humanos en la bioética*, cit., p. 153.

(113) Parecería que diferenciar esos supuestos no constituye sino una mera hipocresía.

(114) Videla, Mirta, *Los derechos humanos en la bioética*, cit., p. 56.

*humanos de la infancia* a que alude la ley orgánica española de protección del menor<sup>(115)</sup>.

A su vez, Zannoni enumera como razones que lo persuaden a manifestarse en contra de esta práctica, que considera nula, de nulidad absoluta —con lo que concordamos—, sea que se trate de un acuerdo a título oneroso o gratuito, que la misma provoca, inicialmente, una situación de incertidumbre con relación a la filiación, debido a la dicotomía existente entre madre biológica y madre gestante, lo que hace que se desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses. Además —añade— se coloca al hijo como *objeto* de la relación jurídica establecida entre la portadora y los *dueños* del embrión, de la cual resultan una serie de obligaciones, tales como la de no interrumpir voluntariamente el embarazo, facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos, y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar a buen término el embarazo; de entregar al niño luego de nacido, recibiendo tanto la madre portadora y el embrión, primero, como luego el niño, el tratamiento de cosas. Agrega Zannoni que desde el punto de vista de la determinación de la maternidad, esta especie de acuerdos quiebran el principio tradicional que han permitido atribuir el hijo a la mujer que da a luz<sup>(116)</sup>.

Por otra parte y como señala Bustos Pueche, el riesgo de deslizarse hacia la pendiente eugenésica se descubre sin dificultad, por cuanto se escogerían mujeres de las características deseadas para su inseminación y posterior gestación, con la finalidad de obtener representantes cabales de la raza humana: la tentación del hijo *a la carta*, con desprecio de la dignidad humana y del valor intrínseco de la vida humana —dice dicho autor— vuelve a otearse en el horizonte<sup>(117)</sup>. El derecho a la dignidad humana significa que la persona sea tratada con una especial consideración en comparación con los demás seres vivos, no pudiendo el ser humano con fundamento en su libertad personal, darle a su cuerpo cualquier uso, como podría ser el del alquiler de su útero por parte de la

---

(115) Vidal Martínez, Jaime, “La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 123.

(116) Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, ps. 561 y sigtes., parágrafo. 1154. Josefina Sapena pone el acento en su crítica a la maternidad subrogada, en el hecho de que la misma es contraria a los intereses del niño así nacido, por estar dividido el vínculo materno-filial, dando lugar a conflictos muy difíciles de resolver en materia de filiación, aparte de generar en los afectos conflictos sociales y psicológicos irreparables (*Fecundación artificial y derecho*, cit., p. 143).

(117) *El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética*, cit., p. 183.

---

mujer, que usa su cuerpo exclusivamente como un organismo reproductor, lo cual afecta la dignidad tanto de la madre como del hijo.

En definitiva, la admisión de esta técnica supone, de alguna manera, un fraude al instituto de la adopción, en el sentido de que mediante ella se obvian los requisitos que la ley exige para que la misma pueda ser concedida.





# ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EUGENESIA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

## I. CONCEPTO DE EUGENESIA

La eugenesia, entendida como las acciones o procedimientos que tienen como finalidad la mejora de la raza humana, constituye un tema que ha estado en la mente del hombre desde hace ya mucho tiempo, aunque en realidad solo 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*, el cual deriva del griego *eu* (bien, bondad, perfección, normalidad) y *genesis* (engendramiento o nacimiento), habiendo definido ese término como “la ciencia que trata de todos los factores que mejoran las cualidades propias de la raza, incluidas las que la desarrollan de forma óptima”<sup>(1)</sup>.

Romeo Casabona, por su parte, ha dicho que por eugenesia se entienden los procedimientos capaces de mejorar la especie humana<sup>(2)</sup>; mientras que Díaz de Guijarro entiende que la misma consiste en la “aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana”<sup>(3)</sup>. A juicio de la genetista María Isabel Tejada Mínguez, la eugenesia es “la disciplina que intenta mejorar el patrimo-

---

(1) Cit. por ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”, en *La eugenesia hoy*, Bilbao-Granada, 1999, págs. 5 y 6.

(2) 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.

(3) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, “El impedimento matrimonial de enfermedad. Matrimonio y eugenesia”, n° 8, cit, por ZANNONI en *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 2ª edición, Bs. As., 1989, t. I, pág. 210, n° 154. En la nota “Matrimonio y Eugenesia”, publicada en J.A., 1942-II, sec. doctr., pág 23, DIAZ DE GUIJARRO dice que “la eugenesia es disciplina que persigue el mejoramiento de la raza humana y que el matri-

nio genético humano”<sup>(4)</sup>. A su vez, en el Diccionario de la Real Academia Española se dice que eugenesia es la “aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana”. Siguiendo esas pautas, 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”<sup>(5)</sup>.

## II. DISTINTAS MODALIDADES DE LA EUGENESIA

Generalmente se hace un enfoque de la eugenesia desde dos ángulos distintos: por un lado, se habla de lo que se conoce como *eugenesia positiva*, que persigue la propagación o proliferación de las características genéticas consideradas como más deseables, mediante su transmisión a la descendencia. Lo que podría ocurrir por medio del fomento del casamiento de parejas seleccionadas a esos efectos, o mediante la utilización -en la procreación asistida- de gametos de personas sanas y con caracteres admitidos como óptimos, o por la clonación de personas de esas mismas características, así como también de otras diversas maneras, como podría ser, por ejemplo, por el desarrollo de acciones sanitarias para la prevención de enfermedades o para evitar su transmisión, o por acciones terapéuticas para tratar de lograr su curación.

Por otra parte, se hace referencia a la que ha sido denominada *eugenesia negativa*, entendiéndose por tal a aquella mediante la cual se pretende evitar la transmisión a la descendencia de genes considerados como defectuosos, por parte de las personas que se hallan afectadas por ellos, lo que se ha tratado de lograr por distintos medios: la prohibición de la celebración del matrimonio, la esterilización ya sea voluntaria o coercitiva, la contracepción o el aborto, o hasta inclusive, desde otro ángulo, la eliminación de la persona que ha nacido con graves enfermeda-

---

monio es la vía esencial para lograr ese fin; sólo el matrimonio de personas sanas dará descendencia sana’.

(4) “Genética médica y eugenesia”, en *La Eugenesia hoy*, cit., pág. 155.

(5) “El concepto de eugenesia y su evolución”, en *La Eugenesia hoy*, cit., pág. 37. Un concepto más amplio de la eugenesia ha sido expuesto por Jacques Roger, al decir 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” (cit. por ÁLVAREZ PELÁEZ, Raquel, “La eugenesia española a lo largo del siglo XX”, en *La Eugenesia hoy*, cit., pág. 87).

des, o con malformaciones. Resumiendo: “la eugenesia positiva fomenta la reproducción de quienes disponen de una mejor materia hereditaria; la eugenesia negativa procura impedir la reproducción de aquéllos cuyo componente hereditario se considera *deficiente* o de *calidad inferior*”<sup>(6)</sup>.

Como se advierte, ambos enfoques o modalidades de la eugenesia se manifiestan, por lo general, mediante una selección de las personas, lo cual puede sin duda afirmarse que constituye una circunstancia, por principio, negativa. Asimismo, los dos persiguen igual finalidad, consistente en el mejoramiento de la raza humana, de manera de lograr seres más sanos o más inteligentes, o mejor dotados. La diferencia entre ellos consiste, fundamentalmente, en los métodos puestos en práctica para lograr el fin al cual tienden.

Naturalmente que también podrían darse procedimientos que comprendan a las dos modalidades de eugenesia, como ocurriría en el supuesto de que se fecundaran gametos de personas con caracteres que se consideren como deseables, para luego hacer una selección de los embriones logrados de esa manera, eliminando a los menos dotados.

Daniel Soutullo afirma que la división que se hace en eugenesia positiva y negativa es un tanto artificial, pues el resultado final tiende a coincidir, no obstante lo cual, señala que la distinción puede resultar útil cuando se pone el acento en las acciones a tomar o en las técnicas para llevarlas a cabo, que pueden ser diferentes en ambos supuestos. Agrega Soutullo que la eugenesia negativa ha sido considerada mucho más problemática que la positiva, en razón de haber sido asociada a medidas represivas para evitar la perpetuación de la estirpe de personas consideradas un peligro para la sociedad, mientras que la eugenesia positiva –que era considerada elitista o clasista– no tenía por qué acarrear coerción sobre las personas; pero que en la actualidad, esas diferencias en la apreciación ética de las distintas modalidades de la eugenesia, prácticamente han desaparecido. Señala dicho autor que la eugenesia negativa

---

(6) 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).

goza de no pocos defensores, al centrarse en la posible eliminación de las enfermedades hereditarias, ya que considera que algunos de sus métodos serían aparentemente inocuos, como el diagnóstico prenatal y el consejo genético, aunque otros son bastante más problemáticos, como la utilización de la terapia médica germinal para la eliminación de los genes de enfermedades hereditarias; y que por lo que se refiere a la eugenesia positiva, el desarrollo de la biología ha puesto de relieve ciertos peligros que antes no eran considerados, como la posibilidad de actuar sobre las células reproductoras o directamente sobre los embriones para alterar su constitución genética<sup>(7)</sup>.

Por nuestra parte y tal como se verá a lo largo de esta nota, creemos que en la mayor parte de sus manifestaciones ambas modalidades de eugenesia son criticables por atentar contra la libertad y la dignidad del ser humano.

### III. CON RESPECTO A LA JUSTIFICACIÓN DEL PENSAMIENTO EUGENÉSICO

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 sociales del ser humano y de la colectividad, han sido la justificación del pensamiento eugenésico<sup>(8)</sup>.

El desarrollo exponencial que se ha producido en los últimos tiempos de la biología molecular y de la embriología, que ha llevado a la posibilidad cierta de la curación de enfermedades que antes debían ser sobrellevadas de por vida, o que acortaban la de quienes las padecían, ha dado un nuevo ímpetu a la eugenesia, habiendo afirmado Daniel Soutullo que los procedimientos que se realizan a esos efectos no son designados por su verdadero nombre, el de *eugenesia*, palabra que no tiene

---

(7) SOUTULLO, Daniel, *La Eugenesia*. Desde Galton hasta hoy, Madrid, 1997, págs. 73 y sig.

(8) ROMEO CASABONA, Carlos María, "Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas", cit., pág. 4.

buena fama<sup>(9)</sup>, en especial desde la época del nazismo, ideología con la cual se la asocia, lo que ha llevado a la creación de un lenguaje distinto, que pueda ser aceptado por la sociedad.

Lo cierto es que aunque se la siguiera denominando con la misma palabra -eugenesia-, debe hacerse una tajante distinción entre lo que era la eugenesia poblacional de comienzos del siglo XX, que exigía la esterilización coercitiva de determinados individuos afectados de ciertas enfermedades, o que -entre otros procedimientos- prohibía determinados matrimonios, la cual tenía un tinte racista o clasista, y la eugenesia actual, no coercitiva y de carácter individual, respetuosa de las decisiones de las personas, y particularmente, de las decisiones reproductivas de las parejas. Arthur Caplan señala al respecto que no hay nada moralmente malo en la eugenesia actual, pues lo que es malo es "la coerción, la coacción o el uso de la fuerza con respecto a las decisiones reproductivas", lo que lo lleva a afirmar que "no parece en principio haber una razón ética convincente para condenar los objetivos eugenésicos individuales" -y ello con independencia de si se trata de eugenesia positiva o negativa-, siendo lo relevante para llegar a dicha conclusión, agrega, que en el caso de la eugenesia individual se respetarían principios como la autonomía moral y la libertad de elección<sup>(10)</sup>. Siguiendo esas pautas, también se ha dicho que "el pasado no puede hipotecar permanentemente las posibilidades de futuro que nos abre la ciencia y la tecnología biomédica"<sup>(11)</sup>.

Nosotros creemos, en cambio, que la eugenesia no puede ser éticamente justificada con fundamento en la falta de coerción de los actos enderezados a llevarla a cabo, como tampoco por el hecho del respeto de la autonomía o de la libertad de elección de cada individuo en particular, pues aun cuando ello efectivamente ocurriera, no por eso la acción de que se trate pasa a tener un tinte ético del cual puede en sí misma carecer. Si la acción eugenésica enderezada a la mejora de la raza humana no contradice la moral natural, y procede con respeto a la dignidad y a la libertad de la persona, lo cual, entre otros aspectos, implica el reconocimiento de su existencia desde la concepción y el consiguiente respeto a esa vida y a su desarrollo pleno, tanto físico y psíquico como moral, como también si dentro del respeto de la persona se incluye el de la inviolabilidad de su

---

(9) "El concepto de eugenesia y su evolución", cit., pág. 57.

(10) *What is wroely wrong with eugenics*, cit. por LUJÁN, José Luis, "Eugenesia: de la ética a la política", págs. 251 y sig.

(11) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, "Derechos humanos y eugenesia", en *La Eugenesia Hoy*, cit., pág. 292.

patrimonio genético, entonces y sólo entonces esa acción podrá ser considerada como éticamente correcta. Pero no en caso contrario.

Tal como se ha sostenido, “resulta lógico que la ciencia biomédica se esfuerce por fomentar la calidad de vida y, al mismo tiempo, evitar el posible deterioro de la especie humana. No obstante, lo encomiable de tal finalidad no garantiza la legitimidad de todos los medios o procedimientos que se utilicen para lograrlo. *La mentalidad que considera a las personas con deficiencias génicas como equivocaciones de la naturaleza a quienes se les debería haber impedido nacer, resulta sumamente peligrosa* porque, aparte del hecho de que todos los seres humanos somos en realidad portadores de determinadas anomalías genéticas, contribuye de forma alarmante a propagar en la sociedad una especie de fiebre por liberarse de los minusválidos. Una caza genética de brujas. Y *esta tendencia choca frontalmente contra los más elementales principios del Evangelio. La ética de inspiración cristiana propone precisamente todo lo contrario*, la atención y el cuidado especial de los pobres, enfermos, inválidos, leprosos, dementes y demás marginados que puedan existir en la sociedad”<sup>(12)</sup>.

No puede admitirse como ética o moralmente lícito, por ejemplo, el acto de quien en ejercicio de su libertad personal y aun cuando exista una disposición legal que se lo permita, decida proceder a la eliminación de un embrión o de un feto por encontrarse afectado por una enfermedad grave o una malformación congénita (lo que habitualmente es denominado aborto *terapéutico* o *eugenésico*). O sea, como dice Basso, cuando se procede a la supresión del enfermo para que desaparezca la enfermedad<sup>(13)</sup>. Y ello, aun cuando no se conociera una terapia efectiva, o el hijo pudiera luego de nacido constituir una importante carga para sus padres o su familia.

Todo lo que se haga, en cambio, para mejorar la especie humana con respeto de los principios antes mencionados, ya sea por medio del desarrollo de acciones sanitarias para la prevención de enfermedades o de su transmisión, o terapéuticas para tratar de lograr su curación, constituyen actos eugenésicos moralmente admisibles. La intervención del hombre con esas finalidades es, por lo tanto, un acto éticamente positivo, lo cual lleva a afirmar que la eugenesia, entendida como los actos o procedimientos enderezados a la mejora de la raza humana, no es algo

---

(12) Véase en internet, <https://protestantedigital.com/conciencia/11814/eugenesia-etica-y-fe-cristiana>

(13) BASSO, Domingo M., *Nacer y Morir con dignidad*. Bioética, 3ª ed., Buenos Aires, 1993, pág. 402.

que lleve en sí mismo a la crítica, pues no son susceptible de crítica sino por el contrario, los actos cuya finalidad consistiera en procurar vencer a la enfermedad y al dolor. Daniel Soutullo afirma al respecto que el bienestar de tan siquiera una pequeña parte de la humanidad no depende en absoluto de una mejora del acervo 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<sup>(14)</sup>.

#### **IV. DEJAR QUE A LA LARGA SÓLO SOBREVIVAN LOS MÁS APTOS NO TIENE UNA SIGNIFICACIÓN MORAL POSITIVA**

De acuerdo a lo expresado, creemos indiscutible que es moralmente positiva la práctica de acciones sanitarias o terapéuticas para la prevención o la curación de enfermedades. No obstante, Xabier Etxeberria señala que para muchos pueblos, y en especial para los que están en el origen de nuestra cultura, la naturaleza tiene un sentido interno -un *logos*- que en último término puede atribuirse a un Dios o a los dioses, que hace que todo lo que sucede se encuentre encaminado a un fin, que todo tenga una razón, siendo la actitud ética correcta la que armoniza con esa dinámica, estando la procreación regida por unas leyes naturales -las de la herencia- encaminadas a un fin que es la perpetuación de la especie; y que la conducta humana debe acomodarse a ellas sin pretenderse intervenciones transformadoras que rompiendo ese orden traen la degradación, lo antinatural. Agrega dicho autor que esta orientación naturalista no está dirigida al bien del individuo sino al de la especie, y que la misma se tiene que enfrentar con la aparición de seres débiles o malformados que degeneran la especie, lo que en su momento fue atribuido a prácticas sexuales antinaturales o pecaminosas, habiéndose tendido ya sea a exterminar a esos seres, o a prohibir determinadas uniones y estimular otras; lo cual, en el fondo, constituía una contradicción entre el imperativo de dejar que la naturaleza siguiera actuando, y la que tendía a desa-

---

(14) 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.

rollar cierta actividad controladora de mejora. Señala asimismo Etxeberria que en la actualidad, aunque corregida desde sensibilidades como la cristiana y la de los derechos humanos para acoger a todo ser que nace, la señalada orientación de dejar actuar a la naturaleza sigue siendo defendida por todos aquellos que reclaman, desde una cierta sacralización de la misma, desde la convicción de que el seguimiento de las leyes de la naturaleza es la garantía del máximo bien para la humanidad, una negativa a todo tipo de intervención eugenésica, por considerar que rompe con ese orden natural (y divino)<sup>(15)</sup>.

Pero ocurre que dejar que la naturaleza actúe sin que intervenga el hecho del hombre, de manera de que a la larga sólo sobrevivan los más aptos, y aceptar que ello es bueno por sí mismo, adquiriría a partir de ese momento, como señala Francisca Puigpelat, una significación moral positiva, y llevaría a que la ley del más fuerte perdiera el disvalor moral con que tradicionalmente ha sido vista<sup>(16)</sup>. Con lo cual se omitiría la aplicación de un principio universalmente aceptado por quienes hacen de la solidaridad un credo, que consiste en el deber moral que todos tenemos de proteger a los más débiles, el cual tiene una base ética indiscutible.

#### **V. EL MEJORAMIENTO EN GENERAL DE LA POBLACIÓN NO PUEDE SER PRIORITARIO A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES**

Una de las críticas que se han efectuado con relación al pensamiento eugenésico consiste en el hecho de que se ha puesto el acento en el mejoramiento de la población, en general, pero dejándose de lado los derechos y necesidades de las personas en particular, lo que se ha hecho inclusive mediante actos coercitivos, como ha ocurrido, por ejemplo, en la primera mitad del siglo XX por medio de la esterilización masiva de individuos. Hoy, en cambio, la eugenesia se encuentra en buena parte dirigida a la eliminación de ciertos genes o inserción de otros, para formar grupos humanos de una mayor calidad.

Pero lo cierto es que los derechos de las personas no pueden ser obviados en aras del mejoramiento de la especie humana, mejoramiento que no puede ser definido por quien o quienes se hayan creído con dere-

---

(15) "Referentes éticos y mediaciones de la eugenesia", en *La Eugenesia hoy*, cit., págs. 189 y 190.

(16) "El movimiento eugenésico de principios de siglo: principios y enseñanzas", en *La Eugenesia Hoy*, cit., pág. 80.



cho a arrogarse esa prerrogativa. Por otra parte, en la inmensa mayoría de los casos, por no decir en todos, el bien de una determinada comunidad ha querido ser presentado -erróneamente, por cierto- como el bien de la especie humana, habiendo muchas veces la ideología utilizado a la ciencia para el logro de sus fines.

También se omite que la finalidad de la vida del hombre en la tierra no consiste en imponerse a todos los demás seres, ni él es un fin en sí mismo, sino que la persona humana tiene un fin trascendente, cuya relevancia y prioridad no puede ser desconocida. Se ha criticado al respecto que los eugenistas hacen primar las características biológicas de los organismos, por sobre los aspectos sociales y culturales como factores determinantes del proceso evolutivo humano<sup>(17)</sup>.

## **VI. EL PENSAMIENTO EUGENÉSICO HA DESCUIDADO LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS**

Si bien el pensamiento eugenésico ha sido desarrollado con la positiva finalidad de mejorar la raza humana, el mismo ha solido dejar de lado otras prioridades que, por ser tales, tienen una lógica preeminencia sobre la de la obtención de esa mejora. En ese sentido, la eugenesia ha descuidado en alto grado el necesario y prioritario respeto debido a la dignidad de la persona humana, que se ha visto muchas veces discriminada en el forzado camino de la búsqueda de los fines eugenésicos tenidos en vista por quienes querían lograr a toda costa la aludida mejora, muchas veces de buena fe, pero sin tener en cuenta ni parar mientes en los ineludibles límites éticos existentes al respecto, que no pueden ser violados sin mengua de la legitimidad de esos fines.

Pedro Federico Hooft afirma que la visión optimista del siglo XIX -del progreso indefinido- que partía de la creencia según la cual los progresos científicos y tecnológicos serían favorables al progreso humano, resultó una ilusión. Prueba de lo cual la constituyó 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 que si bien la ciencia y la técnica le han aportado a la humanidad beneficios relevan-

---

(17) PUIGPELAT, Francesca, "El movimiento eugenésico de principios de siglo: presupuestos y enseñanzas", cit., pág. 81.

tes, también existen serios peligros derivados de aplicaciones que son perjudiciales tanto para la dignidad del hombre, como para el progreso del valor “humanidad”<sup>(18)</sup>.

Debemos asimismo recordar lo expresado por Raquel Álvarez Peláez, que aparte de negarle a la eugenesia el carácter de *ciencia*, 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<sup>(19)</sup>. Messina de Estrella Gutiérrez dice, por su parte, que la manipulación de los genes con la finalidad de mejorar la raza humana es absolutamente condenable, no 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 seudo racionalismo científico. ¿Quién es el indicado para determinar el cambio de la especie?... A la locura de la pureza de la raza no debe suceder la de la pureza de los genes”<sup>(20)</sup>.

## VII. 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 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 consideraban como no dignas de reproducirse, o al menos, de hacerlo con quienes se decía que gozaban de un nivel superior. Esto ocurrió, por ejemplo, en la Alemania nazi, en donde se afirmaba que la raza aria era superior a otras razas (si es que

---

(18) HOOFT, Pedro Federico, “Bioética y Derecho”, E.D., 132-877 y sig.

(19) “La eugenesia española a lo largo del siglo XX”, cit., pág. 121.

(20) Bioderecho, Buenos Aires, 1998, págs. 92 y 93.

se puede hablar de distintas *razas*, pues esto se halla cuestionado<sup>(21)</sup>); 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 con la que se vio en aquel país<sup>(22)</sup>.

---

(21) Daniel Soutullo afirma que la existencia de distintas razas humanas no es evidente en absoluto, siendo lo único evidente la diversidad humana, ya sea por el color de la piel, la estatura, la forma de la cabeza, los labios el pelo, y otra serie de rasgos más. Dice Soutullo que “las razas son poblaciones de una especie caracterizadas por poseer un cierto grado de variación genética, reconocibles por sus rasgos morfológicos y que ocupan un área geográfica delimitada dentro de la distribución total de la especie... La noción de raza se utiliza para ordenar y clasificar la variación, de forma que permita un más fácil estudio y comprensión de la misma. No existen criterios biológicos objetivos para establecer sin ambigüedad una clasificación racial porque, a diferencia de las especies que tienen una identidad biológica que se puede establecer con precisión y rigor, las razas son categorías de conveniencia cuya delimitación exige siempre la toma de cierto número de decisiones arbitrarias. Las antiguas clasificaciones se establecían sobre la base de la coloración de la piel y de pocos rasgos fenotípicos más. Con el desarrollo de la genética, desde el redescubrimiento de las leyes de Mendel, este criterio clasificatorio carece totalmente de sentido. Es necesario representar no ya la variación observable, sino la variación genética subyacente, que no siempre se corresponde con los rasgos externos más conspicuos... En definitiva, la existencia de razas sustentada en la variabilidad genética presente en las poblaciones humanas no es ya una evidencia, ni tan siquiera es una realidad que se pueda establecer en base a los mínimos criterios de objetividad. La variabilidad es real, pero la distribución de 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.)

(22) Según señala Daniel Soutullo, 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).

Naturalmente que esa actitud era sumamente criticable, a lo cual no obstaban las buenas intenciones que pudieran haber tenido o exhibido los que propugnaban situaciones de esa naturaleza. Francisco Javier Blázquez Ruiz afirma que atenta contra la dignidad de las personas cualquier tipo de distinción y diferenciación basada en las características fenotípicas propias y específicas de diversas personas o grupos de personas, que comportase determinadas obligaciones que las demás no tendrían que padecer<sup>(23)</sup>.

La discriminación no concluye en una cuestión de razas. Si bien de una forma distinta y quizás menos virulenta, aunque posiblemente más insidiosa, 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<sup>(24)</sup>, 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*, lo que también ha sido aceptado en el artículo 11 del Convenio de Oviedo.

Existe asimismo discriminación, por ejemplo y entre otras situaciones, cuando se califica de defecto genético lo que no son sino meras alteraciones genéticas, o cuando se efectúa la selección de sexo mediante el análisis genético de los embriones, procedimiento que, como antes hemos puntualizado, nos parece repudiable, con mayor razón cuando esa selección implica la eliminación de los embriones del sexo no deseado. Como acertadamente señala Carlos Mosso, ya no se trata de la discusión -como ciertamente ha ocurrido- sobre la condición humana de individuos de otro color o de costumbres rudimentarias, sino de la aceptación de la posibilidad de que por razones atribuibles a la genética *se descubre* que, sin perjuicio de su naturaleza humana, algunos individuos pueden ser eliminados de la sociedad por no ser tan perfectos a la luz de criterios de perfección arbitrarios y dudosos (y aunque no lo fueran), tales como,

---

(23) "Derechos humanos y eugenesia", cit., pág. 278.

(24) 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; Daniel Soutullo recuerda al respecto 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.)

por ejemplo y entre otros, la belleza física o el nivel intelectual<sup>(25)</sup>. Nivel con relación al cual coincidimos con Daniel Soutullo, al afirmar éste que aun cuando su elevación fuera socialmente deseable, “resulta mucho más prometedor proceder actuando 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”<sup>(26)</sup>.

Puede haber también una discriminación genética en el campo laboral<sup>(27)</sup>, con respecto a la posibilidad de acceso a un empleo, que se puede ver limitada con motivo de la predicción de las enfermedades que con una cierta posibilidad sufrirá la persona en un futuro más o menos lejano, cuando, en realidad, esa posibilidad que resulta del análisis genético al que se sometió a un determinado individuo, no es más que eso, es decir, una *posibilidad*, que no necesariamente tiene por qué concretarse; como ha señalado el brasileño Joaquim Clotet, en ese caso no existe una garantía absoluta de desarrollar una enfermedad relacionada con un gen alterado del cual se es portador, ya que los factores que intervienen en el proceso de desarrollo de una enfermedad son múltiples<sup>(28)</sup>. O tam-

---

(25) “Clonación. Una mirada desde la Ética y el Derecho”, en *Vida y Ética*, AA.VV., publicación del Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, año 2, n° 2, Buenos Aires, 2001, pág. 186.

(26) *La Eugenesia*. Desde Galton hasta hoy, cit., págs. 138 y sig.

(27) Naturalmente que no dejamos de advertir la necesidad que puede existir por parte del empleador, de conocer si quien aspira a un determinado trabajo se encuentra afectado de alguna enfermedad que lo inhabilite para desempeñar la tarea de que se trata, lo cual, como bien señala Teodora Zamudio, se encuentra enraizado en el requisito de la idoneidad, siendo por otra parte obligación del empleador resguardar la integridad física de sus empleados por medio de la práctica de una política adecuada de seguridad e higiene, para lo cual podría ser conveniente conocer determinados datos que resultan de un análisis genético (Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones, [www.bioetica.org](http://www.bioetica.org)). Es que, tal como hemos 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.

(28) “Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina”, en *Bioética y Genética*, AA.VV., Buenos Aires, 2000, pág. 107. Ver también al respecto, PENCHASZADEH, Víctor B., “Aspectos éticos en genética médica”, en *Bioética y Genética*, AA.VV., cit., págs. 296 y 297. Esa inexistencia de “garantía absoluta de

bién 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 arribe por el análisis de sus genes, o por no poder hacerlo a un precio accesible<sup>(29)</sup>.

La enfermedad o la minusvalía son otras de las causas que han llevado a discriminar a quienes se encuentran afectados por ellas, lo que se suele advertir con motivo de los análisis genéticos, ya sean preconceptionales, preimplantatorios o prenatales, que llevan 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

---

desarrollar una enfermedad” a que nos referimos en el texto, ha sido puesta de relieve en uno de los borradores confeccionados por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, con motivo de la reunión celebrada en el mes de noviembre de 2002 en la ciudad de Montreal; se dijo en tal sentido, que las pruebas genéticas que indican la proclividad a una determinada enfermedad no da ninguna certeza de que el embrión se vea afectado clínicamente por la misma más adelante, sino que “no es más que una estimación de un riesgo” (Ag. de Noticias Zenit, del 14-12-2002).

(29) Debemos sobre ello recordar que en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas con fecha 11 de noviembre de 1997, se explicitó que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones deben respetar plenamente la dignidad y los derechos de la persona humana, disponiéndose, además, “la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas”. Se han denunciado discriminaciones en ambos supuestos; muchos son los casos conocidos, recordando, entre otros, el denunciado en Australia a fines del año 2001, con relación a un joven que en busca de su primer trabajo fue obligado a someterse a un *test* para determinar la presencia del gen de la enfermedad de Huntington, debido a que su madre la padecía. Según una información de *The Times* del 08-02-2001, ya hay compañías de seguros (al menos en Gran Bretaña) que para la contratación de un seguro de vida han utilizado pruebas genéticas no aprobadas (en el caso, pruebas de cáncer y del mal de Alzheimer) con la finalidad de detectar enfermedades potencialmente fatales a la hora de decidir si conceder o no un seguro de vida; ello viola el Código de conducta de la Asociación de Compañías de Seguros Británicas, que establece que las únicas pruebas admitidas son las aprobadas por la Comisión. De acuerdo a una información de *Associated Press* del mes de septiembre de 2002, la legislación en los EE.UU. ya está tomando cartas para evitar amenazas a los datos genéticos: son muchos los Estados que tienen leyes contra la discriminación genética en el puesto de trabajo, y 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.

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, lo que más que un progreso para la humanidad, significa un claro y verdadero retroceso, fundamentalmente desde un punto de vista moral.

Blázquez Ruiz afirma que la defensa de criterios de *normalidad* basados en la constitución genética es no tanto discutible como injustificable, debiendo las diferencias individuales ser el fundamento del principio de igualdad, máxime cuando cada persona es un ser único, distinto, diferente a los demás. Advierte dicho autor que la posibilidad de utilizar la información proveniente del cartografiado humano para *clasificar* a los individuos en diferentes grupos, constituye un evidente riesgo<sup>(30)</sup>. Por otra parte, tampoco parece enteramente claro el concepto de *normalidad* -con el cual se suele calificar o encasillar a las personas-, cuya significación bien puede ser considerada al menos de imprecisa, no obstante su relevancia. El autor recién citado afirma que no se trata tan solo de un concepto, sino también de un principio normativo, y que tanto el concepto *normal* como el *patológico* no se limitan a ser conceptos *descriptivos* que centren su atención en el plano empírico exponiendo una realidad fáctica, ya que también actúan como conceptos *normativos* que prescriben y que, en última instancia, se erigen en referencias de valor<sup>(31)</sup>. 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<sup>(32)</sup>. 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.

Se produce asimismo discriminación cuando se seleccionan embriones por considerarse que tienen características más deseables que otros; selección que, reiteramos, por lo general implica el descarte -y, por

---

(30) "Derechos humanos y eugenesia", cit., pág. 281.

(31) "Derechos humanos y eugenesia", cit., pág. 282.

(32) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, "Derechos humanos y eugenesia", cit., págs. 283 y 284.



tanto, la muerte- de los no seleccionados. Puede también ocurrir, y, de hecho, ha ocurrido, que para procrear se utilicen gametos seleccionados de personas que tienen características especiales en comparación con las de otros individuos, ya sea por su mayor inteligencia, fuerza, conocimientos determinados o características destacadas, como podría ser, por ejemplo, por el hecho de ser o haber sido músicos o matemáticos reconocidos, o atletas excepcionales, o mujeres de gran belleza, pudiendo de tal manera acentuarse las desigualdades ya existentes entre los individuos. Y ello debido al poder económico que podría hacer que fueran mejorando su desarrollo físico o intelectual únicamente determinados pueblos que hayan podido acceder por su desarrollo económico a esta tecnología; se ha llegado a hablar de la eventual existencia de una *injusticia genética*, que puede llegar a traducirse en una *injusticia social*<sup>(33)</sup>. Es conocido que desde hace años, en un lugar en California, en los Estados Unidos de América -aunque no descarto que ello también ocurra en otros lugares-, se guardan debidamente conservados gametos de personas que llenan alguno o varios de los requisitos o características genéticas recién aludidos.

Esas desigualdades pueden producirse no sólo entre las distintas personas de acuerdo a su poder económico, sino también entre los diversos pueblos, en especial con relación a aquellos en vías de desarrollo, lo que puede ocurrir debido al hecho de que para las investigaciones genéticas a ser realizadas se requieren ingentes recursos financieros, de los que esos pueblos suelen carecer<sup>(34)</sup>. De la misma manera, la terapia eugenésica de mejora sobre determinados rasgos de las personas, es discriminatorio<sup>(35)</sup>. No obstante, Arthur Caplan desecha esta crítica de la generación de mayores desigualdades, con la afirmación de que “en un mundo que tolera tanta desigualdad respecto a las circunstancias en que nacen los niños es difícil argumentar que hay algo más ofensivo o moralmente más problemático en las ventajas biológicas que en las ventajas sociales y económicas”<sup>(36)</sup>.

---

(33) Véase al respecto, BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, “Derechos humanos y eugenesia”, cit., pág. 280.

(34) En su Discurso del 24-02-1998 a los integrantes de la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida, San Juan Pablo II afirmó que para evitar las desigualdades a las que nos referimos en el texto, será de gran ayuda que las organizaciones científicas internacionales contribuyan a que los anhelados beneficios de la investigación genética también se pongan a disposición de los pueblos en desarrollo.

(35) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, “Derechos humanos y eugenesia”, cit., pág. 295.

(36) Cit. por LUJÁN, José Luis, “Eugenesia: de la ética a la política”, cit., pág. 251.



Muchas han sido las reuniones internacionales donde el tema de la discriminación genética ha sido objeto de preocupación, de las cuales nos hemos ocupado en otro lugar<sup>(37)</sup>, por lo que remitimos a lo allí dicho, a lo que queremos agregar por considerarlo de interés, lo expresado al respecto en el Apéndice a la Recomendación n° R (97) 5 del 13 de febrero de 1997 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos, donde, entre aspectos, se dijo que *los datos genéticos recogidos y procesados para el tratamiento preventivo, el diagnóstico o el tratamiento del afectado o para investigación científica sólo deben emplearse con esos fines o para permitir al afectado tomar una decisión libre e informada en estas materias (4.7.); que el procesamiento de datos genéticos con fines judiciales o de investigación criminal deben ser objeto de una ley específica que ofrezca medidas de salvaguarda adecuadas. Los datos sólo deben emplearse para establecer si hay un eslabón genético en el conjunto de pruebas aportadas, para prevenir un peligro real o para prevenir un delito específico. En ningún caso deben emplearse para determinar otras características que pueden ser establecidas genéticamente (4.8.)<sup>(38)</sup>, y que la recogida y procesamiento de datos genéticos con cualquier otro fin distinto de los previstos en los Principios 4.7. y 4.8. sólo debe permitirse, en principio, por razones de salud y en particular para evitar un serio perjuicio a la salud del afectado o de terceros. Sin embargo, puede permitirse la recogida y procesamiento de datos genéticos en orden a predecir enfermedades en casos en que exista un interés superior y bajo la sujeción a las medidas de salvaguardia definidas por la ley (4.9.)* También recordamos la prohibición de discriminación por características genéticas, que resulta del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 28 de septiembre de 2000.

---

(37) Véase nuestro trabajo La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, cit., págs. 251 y sigs.

(38) Sir Alec Jeffreys, profesor de genética en la Universidad de Leicester, Inglaterra, propuso la creación de una base nacional de datos para almacenar Registros de toda la población del Reino Unido, que debería ser manejada por un organismo independiente de la Policía, debiéndose permitir -agregó- consultar los nombres de las personas tras haber recogido evidencia biológica en la escena del crimen, y después de obtener una orden judicial permitiendo el acceso a la identidad de una persona (Ag. de Noticias Zenit, del 14-12-2002).

### VIII. LOS PELIGROS QUE RESULTAN DEL PENSAMIENTO EUGENÉSICO

De lo hasta aquí visto surgen a nuestro juicio con claridad los graves peligros que pueden llegar a resultar del pensamiento eugenésico, que si bien ha sido desarrollado con la positiva finalidad de mejorar la raza humana, ha solido dejar de lado otras prioridades que, por ser tales, tienen una lógica preeminencia sobre la de la obtención de esa mejora. En efecto, como hemos señalado, la eugenesia ha descuidado en alto grado el necesario y prioritario respeto debido a la dignidad de la persona humana, que se ha visto muchas veces discriminada en el forzado camino de la búsqueda de los fines eugenésicos tenidos en vista por quienes querían lograr a toda costa la aludida mejora, muchas veces de buena fe, pero sin tener en cuenta ni parar mientes en los ineludibles límites éticos existentes al respecto, que no pueden ser violados sin mengua de la legitimidad de esos fines.

Pedro Federico Hooft afirma que la visión optimista del siglo XIX -del progreso indefinido- que partía de la creencia según la cual los progresos científicos y tecnológicos serían favorables al progreso humano, resultó una ilusión debido a los acontecimientos luego ocurridos, tales como, por ejemplo y entre otros, las dos guerras mundiales del siglo XX, los peligros derivados de la degradación de la naturaleza, la experimentación con la vida humana, todo lo cual ha creado, dice, muy serias dudas en cuanto a la existencia de una alianza inevitable entre el adelanto científico y el progreso humano. Y que si bien la ciencia y la técnica le han aportado a la humanidad beneficios relevantes, también existen serios peligros derivados de aplicaciones que son perjudiciales tanto para la dignidad del hombre, como para el progreso del valor "humanidad"<sup>(39)</sup>.

Como bien se ha puesto de relieve, una cosa es la adquisición de conocimiento, y otra muy distinta, su utilización, pues el mismo debe ser manejado y aplicado para conseguir objetivos y metas que enaltezcan la condición de la persona humana, habiéndose señalado al respecto que el progreso tecnológico y el progreso moral no van necesariamente de la mano<sup>(40)</sup>. Es que, por lo general, toda conquista científica suele generar riesgos. Por lo cual deberán elaborarse disposiciones legales que contemplan estas situaciones y que a la par de controlar el desarrollo tecnológico y científico, prevengan las consecuencias negativas de carácter

---

(39) HOOFT, Pedro Federico, "Bioética y Derecho", cit., E.D., 132-877 y sig.

(40) BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, "Derechos humanos y eugenesia", cit., págs. 285 y sig., y 292.

eugenésico a las que la aplicación de las técnicas biomédicas puede llegar a conducir, si no se las acota dentro de un marco bioético. Debemos poner de relieve que lo jurídico no puede quedar a la zaga de lo que ocurra en el ámbito científico y tecnológico, por más veloz que sea el desarrollo de las investigaciones o descubrimientos que se produzcan en dicho ámbito, aunque también debemos destacar que las regulaciones jurídicas no deben constituir una rémora o un impedimento para el progreso científico, lo cual es así -esto es relevante- siempre que se respeten ciertos principios que no pueden ser desconocidos y que involucran la libertad y el debido respeto por la dignidad y la vida del ser humano.

Debemos asimismo recordar lo expresado por Raquel Álvarez Pe-láez, que aparte de negarle a la eugenesia el carácter de *ciencia*, 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<sup>(41)</sup>. Messina de Estrella Gutiérrez, por su parte, pone de relieve 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 seudo racionalismo científico. ¿Quién es el indicado para determinar el cambio de la especie?... A la locura de la pureza de la raza no debe suceder la de la pureza de los genes”<sup>(42)</sup>.

### **IX. DIVERSOS RIESGOS DE LAS MODIFICACIONES GENÉTICAS PRACTICADAS CON LA FINALIDAD DE MEJORAR LA RAZA HUMANA**

Las modificaciones genéticas practicadas con la finalidad de mejoramiento de la raza humana constituyen eugenesia positiva, siendo evidente el riesgo para el futuro de la especie, pues nunca se sabe cuál es el límite al que deba llegarse, ni qué mutaciones pueden llegar a producirse. Además, ello lleva en forma casi diríamos inevitable, a que los conocimientos adquiridos a esos efectos puedan ser utilizados -alegando un fundamento análogo al de la prevención y tratamiento de enfermeda-

(41) “La eugenesia española a lo largo del siglo XX”, cit., pág. 121.

(42) Bioderecho, cit., págs. 92 y 93.

des- con fines raciales o de selección de individuos, pudiendo esto producirse ya sea con respecto a los gametos, o a los embriones, mediante la elección de aquellos que se consideren mejores o preferibles por poseer determinadas características, y desechando a los restantes; esto último constituye un claro instrumento de eugenesia negativa.

Cabe acotar que esa selección puede producirse casi diríamos con mayor probabilidad, en los lugares a donde existan limitaciones con relación al número de hijos a procrear, debido a que en tal caso es más posible que los padres quieran asegurarse de que el único hijo sea sano; o que sea de un determinado sexo, generalmente, varón, ya sea por la posibilidad de poder comenzar a trabajar a una menor edad, o de tener más fuerzas para poder rendir más en un trabajo pesado, o de no tener que entregar los padres una dote cuando el hijo se case, dependiendo todo ello, como es fácil de advertir, de la cultura y los usos del grupo social.

Las posibilidades que surgen de la aplicación de la tecnología ya disponible, o que pronto lo estará, relativa a la intervención en las células somáticas o germinales, constituyen un claro riesgo -en especial, cuando de células germinales se trata- para el futuro de la especie humana. Peligro que se ha acrecentando por el conocimiento del genoma humano. Por lo cual el tema ya no puede a nuestro juicio continuar siendo considerado como una cuestión médica, propia de la relación médico-paciente y, por tanto, como un asunto de salud individual, como se ha dicho<sup>(43)</sup>, ya que excede ese limitado y privado ámbito, para pasar a ser una cuestión social, que, por tanto, interesa a toda la comunidad. No obstante, Daniel Soutullo ha señalado que debe hacerse una importante distinción según las prácticas eugenésicas concretas, pues no merece la misma opinión, dice, la eugenesia terapéutica que persigue la erradicación de dolencias transmisibles por herencia, que otras formas distintas, tales como la selección germinal de Muller, claramente elitista y discriminatoria, o las propuestas referentes a la perfección del genotipo por medio de la inclusión de ciertos genes mediante terapia génica germinal<sup>(44)</sup>. Resulta conveniente recordar que tal como advertía el Premio Nobel Marshall W. Nirenberg, "... el hombre puede ser capaz de programar sus propias células con información sintética mucho antes de que pueda valorar adecuadamente las consecuencias a largo plazo de tales alteraciones, mucho antes

---

(43) Véase lo expresado al respecto por ROMEO CASABONA, Carlos María, "Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas", cit., págs. 10 y 11.

(44) SOUTULLO, Daniel, "El concepto de eugenesia y su evolución", cit., págs. 62 y 63.

de que sea capaz de formular metas y mucho antes de que pueda resolver los problemas éticos y morales que surgirán”<sup>(45)</sup>.

Por otra parte y tal como ha advertido el profesor Alex Kahn, genetista y en su momento director del *Cochin Institute* de genética molecular de París, además de Secretario del *European Life Science High Level Group*, con sede en Bruselas, es un hecho que la genética ofrece hoy posibilidades que pueden ser generalizadas y generar nuevas formas de racismo. Pero aclara que afirmar que el racismo es ilegítimo porque en el plano biológico y en especial genético, las razas no existen, significaría lo mismo que decir que en el supuesto de que existieran ciertas diferencias, estaría justificado; por tanto, dice, es un contrasentido querer fundar el antirracismo en la ciencia, la cual, en consecuencia, no puede ser interpelada para dar una respuesta sobre el racismo.

Señala Kahn que lo que antes se quería demostrar a través de los rasgos somáticos, se quiere hoy demostrar mediante los genes; inclusive en revistas científicas conocidas, dice, se publicaron estudios en los cuales se ha anunciado el descubrimiento del gen de la inteligencia, de la agresividad, del amor y cosas similares, creando expectativas infundadas sobre que una intervención en los genes podría cambiar esas características de los individuos. Lo cual, agrega, es erróneo, pues los genes actúan en modo combinatorio, ya que no es un único gen el que determina características psíquicas o físicas de los individuos; además de existir de esa forma el peligro de admitir (erróneamente) el concepto de personas *genéticamente no correctas*, o de establecer la necesidad de una *calidad mínima* para los niños que deben nacer, lo cual, según afirma con razón, es decididamente monstruoso<sup>(46)</sup>.

El determinismo biológico que resulta del hecho de darle una relevancia decisiva y prácticamente excluyente en la aparición de enfermedades al factor genético, constituye una constante en el pensamiento de una parte de los eugenistas actuales, quienes suelen dejar de lado sin razón la importancia que tienen al respecto los factores sociales, ambientales y culturales, lo cual trae como consecuencia el hecho de centrar el problema en un solo aspecto, descuidando los restantes. El biólogo Daniel Soutullo sostiene que el determinismo biológico se apoya en una idea falsa, basada en una comprensión errónea del funcionamiento de los genes. Y agrega que si bien es cierto que algunos caracteres simples, como son los sanguíneos, no dependen en absoluto del ambiente, sino

---

(45) Cit. por BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, “Derechos humanos y eugenesia”, págs. 292 y 293.

(46) Agencia Zenit, 06-09-2001.

que se hallan determinados por los genes, la mayoría de los caracteres de un organismo constituyen el fruto de la interacción que existe entre los genes y el ambiente en el cual se desarrolla ese organismo, incluyendo factores aleatorios que, según señala, algunos autores denominan *ruido de desarrollo*. Destaca Soutullo la relevancia de la interacción existente entre los genes y las influencias ambientales de todo tipo con relación a los caracteres complejos de los seres humanos, como son los que determinan la personalidad o el desarrollo mental, como también la que se produce para determinar la mayoría de los caracteres físicos, con respecto a lo cual recuerda un ejemplo de gemelos monocigóticos que presentan un grado muy diferente de desarrollo corporal (en el caso puntual, una diferencia de altura notable), resultante del hecho de haber sufrido uno de ellos a los cinco años una infección que afectó a su hipófisis, lo que determinó una producción menor de la hormona del crecimiento; lo cual demuestra la disparidad de resultados a que se puede arribar no obstante el caso de una identidad genética completa. Concluye dicho autor con la afirmación de que aunque lo considerásemos deseable -cosa por cierto más que discutible-, no existe forma posible de determinar qué genes serían los más adecuados para realizar una selección de tipo eugenésico de los caracteres<sup>(47)</sup>.

Ese hecho de darle preeminencia con relación a la aparición de enfermedades, a los factores genéticos por sobre los ambientales, ha sido motivo de preocupación desde hace tiempo, habiendo sido ello explicitado en la Declaración sobre los principios de actuación en la investigación genética, aprobada por el Consejo de la Organización del Genoma Humano (HUGO) en Heidelberg, Alemania, el 21 de marzo de 1996, donde fue cuestionada *la reducción de los seres humanos a sus secuencias de ADN y la atribución de los problemas sociales y otros problemas humanos a causas genéticas*.

Resulta por tanto criticable el hecho de haberse puesto el acento en exceso en lo genético, llegándose a determinar algo así como una constitución genética ideal, a partir de la cual se ha considerado que todo lo

---

(47) "Actualidad de la eugenesia: la intervención en la línea germinal", conferencia pronunciada en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada con fecha 11-05-2000. 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.

que no coincida con la misma, debe ser interpretado como una anormalidad. Lo cual, además de discriminatorio, es erróneo, pareciéndose de tal manera olvidar la importancia de la diversidad genética de la especie humana, no siendo posible dejar de lado la relevancia del valor evolutivo que resulta de la diversidad genética, que, entre otras causas, deriva de la interacción de la persona con el medio en el que se desenvuelve, así como con motivo de las variaciones producidas en el mismo, a todo lo cual se van adaptando los genes.

Otro de los peligros que derivan del pensamiento eugenésico consiste en que éste ha dejado muchas veces de lado el necesario respeto de la vida del ser humano, que se inicia en el momento en que se produce la fecundación del óvulo por el espermatozoide, aun cuando hay quienes contra todas las evidencias de la ciencia han sostenido que la vida sólo existe desde que se produce la anidación del embrión en el útero de la mujer, dando de esta manera lugar a la posibilidad de su eliminación, así como también a la realización de manipulaciones y distintas maniobras sobre el embrión antes de la anidación.

Daniel Soutullo enumera entre las objeciones a las prácticas eugenésicas actuales, incluso en los casos de prácticas privadas, voluntarias y con finalidad terapéutica, por de pronto, que no siempre está claro lo que debe entenderse por *patología*, objeto de una intervención terapéutica, la cual no está en discusión cuando se trata de una enfermedad grave, pero que, en cambio, puede no estar tan claro en el supuesto de las dolencias leves o que se apartan de los valores medios de la población, como podría ser en el caso de la estatura, además de que los conceptos de salud y enfermedad van variando a lo largo del tiempo en función de las circunstancias sociales. Además, señala dicho autor que los métodos terapéuticos empleados pueden llegar a presentar consecuencias negativas superiores a las potenciales ventajas, como en el caso de la terapia génica en la línea germinal<sup>(48)</sup>. Debe quedar en claro que rechazamos por inmoral y discriminatoria la intervención genética para el perfeccionamiento de la raza humana, o para lograr, en frase que ha hecho camino, embriones *a la carta*. Penchaszadeh ha sostenido que “cuando los servicios de genética no tienen objetivos eugenésicos, no cabe duda que pueden contribuir a una reducción de la frecuencia de enfermedades genéticas en la población”, y afirma la inexistencia de asidero científico para los postulados de la eugenesia, así como también manifiesta que, “como lo demuestra la historia, la ideología eugenésica sólo se puede implementar avasallando los mejores atributos de la especie humana: la solidaridad,

---

(48) “Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal”, cit.



la compasión, el derecho a no ser discriminado por características genéticas o médicas y la autonomía de las decisiones reproductivas”. Califica dicho autor de *absurda* la concepción de genotipo *superior* o *perfecto*, dado que la diversidad genética propia de la especie humana es el tesoro que ha permitido la evolución del hombre, siendo el respeto a la diversidad humana un principio ético fundamental, además de la mejor receta para la preservación de la vida humana en la tierra<sup>(49)</sup>.

#### X. LA DOCTRINA DE LA IGLESIA ANTE NUEVAS FORMAS DE RACISMO CON FUNDAMENTO EUGENÉSICO

Desde siempre la Iglesia se ha pronunciado en forma contraria sobre la eugenesia negativa, debiendo recordar al respecto la Encíclica *Casti Connubii* del año 1930, del Papa Pío XI, en la que el Pontífice se manifestó contra la política eugenésica mediante esterilizaciones, más no contra la selección de futuros cónyuges a través de consejos prematrimoniales para garantizar una prole sana, física y moralmente. En la Encíclica se destaca la conveniencia de desalentar las uniones matrimoniales de aquellos que no harían más que engendrar hijos defectuosos. Poco tiempo después, con fecha 21 de marzo de 1931, el Santo Oficio dictó un Decreto en el que buscó precisar los criterios enunciados en la *Casti Connubii*, “dejando en claro una condena a la eugenesia, que, en verdad, lo era al neomaltusianismo, al que se lo asociaba a la educación sexual y a los métodos de control de la natalidad, ya sea éste voluntario o compulsivo”<sup>(50)</sup>; condenación que fue reiterada por el Papa Pío XII en los años 1953 y 1958.

El 2 de diciembre de 1940 el Santo Oficio promulgó un decreto, aprobado y confirmado por Pío XII, en el que por ser contrario a la ley natural y al precepto divino, se responde negativamente a la pregunta sobre si es lícito, por encargo de la autoridad pública, matar directamente a aquellos que, aunque no hayan cometido ningún crimen merecedor de muerte, sin embargo, por sus defectos físicos o psíquicos no pueden ser útiles a la Nación y pueden ser para ella un peso y se estima que puedan ser impedimento para su vigor y su fuerza. Con respecto a lo cual, debemos recordar que la Iglesia siempre se ha referido a que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, y rechazado toda forma de

---

(49) “Aspectos éticos en genética médica”, cit., págs. 303 y 304.

(50) VALLEJO, Gustavo y MIRANDA, Marisa, “Iglesia católica y eugenesia latina: un constructo teórico para el control social (Argentina, 1924-1958)”, 2014, <http://dx.doi.org/10.3989/asclepio.2014.19>



reduccionismo biológico del ser humano. La visión católica del hombre es que cada hombre, cualquiera que sea su estado, tiene una enorme dignidad, tanto que su presencia es determinante en la historia; mientras que las teorías eugenésicas introducen una discriminación arbitraria en la definición de hombre.

La posibilidad por parte de la genética de generar nuevas formas de racismo, mencionada por Alex Kahn, fue 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 eugénico, cuyos efectos desastrosos el mundo ya ha padecido. Un abuso parecido consistiría en evitar que vinieran al mundo seres humanos de tal o cual categoría social o étnica, mediante el recurso al aborto y a campañas de esterilización. Cuando se esfuma el respeto absoluto que se debe a la vida y a su transmisión, conforme a la voluntad del Creador, es de temer que desaparezca a la par todo freno moral al poder de los hombres, incluido el de elaborar una humanidad a la triste imagen de esos aprendices de brujo”.

Muchos otros documentos han elaborado la Iglesia o los Obispos -ya sea en forma directa o indirecta- relacionados con este tema, sobre los cuales no queremos extendernos, a pesar de lo cual recordaremos que en la publicación española “El Periódico”, del 24-04-2009, el obispo auxiliar de Madrid Juan Antonio Martínez Camino, portavoz de la Conferencia Episcopal (CEE), calificó de práctica eugenésica la selección genética de embriones, aunque el fin que persiga sea el de evitar una enfermedad hereditaria. Recordamos asimismo el Comunicado del Cardenal Francois-Xavier Nguyen Van Thuan con motivo de la Conferencia mundial sobre el racismo celebrada del 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica, donde, entre otros conceptos, señaló entre las grandes

fracturas que desde el año 1988 se habían hecho más profundas a nivel mundial, la que afecta al ser humano no nacido, sometido a experimentos y que se ha convertido, afirmó, en objeto de la técnica, a través de las técnicas de procreación artificial, la utilización de los denominados embriones *sobrantes*, la clonación terapéutica, etc. Y agregó: “el riesgo de una forma inédita de racismo es sumamente real, pues el desarrollo de estas técnicas podría llevar a la creación de una *subcategoría de seres humanos* destinada esencialmente al confort de algunos. Nueva y terrible forma de esclavitud. Poderosos intereses comerciales querrían aprovechar esta latente tentación eugenésica...”<sup>(51)</sup>.

La eugenesia también ha sido denunciada por la Santa Sede como una nueva forma de racismo, ante la Comisión para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Sesión anual de esa Comisión celebrada en Ginebra del 18 de marzo al 26 de abril de 2002, donde sostuvo que la comunidad científica debería ser especialmente vigilante para asegurar que el progreso de la medicina y de la biotecnología se use para beneficio de toda la familia humana y nunca en desventaja de los vulnerables o con intenciones racistas latentes<sup>(52)</sup>.

---

(51) Ag. Zenit, 01-09-2001.

(52) Ag. Zenit., 25-03-2002.