

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 2024

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

LA LEY





INSTITUTO DE DERECHO CIVIL
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

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

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL AÑO 2024

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

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.*



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 62.

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.
- 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.
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino 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 - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*

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

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

4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.— *Estudios sobre daño moral.*

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

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

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

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

10.— *Los vicios de la voluntad.*

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

12.— *Capacidad civil de las personas.*

13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

14.— *Sociedad Conyugal.*

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

16.— *Código Civil y Comercial.*

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

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

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

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

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

22.— *Estudios sobre la Persona Humana en homenaje al Académico Guillermo A. Borda (en recuerdo de los 20 años de su fallecimiento y de su última obra con el mismo título que dirigió).*

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.*

5.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2024.*

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.*
- *El complejo recorrido del derecho procesal en el siglo XXI.*

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. 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 Zavala	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022
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 Arguás
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

La doctrina de la Iglesia en materia de indisolubilidad del matrimonio POR EDUARDO A. SAMBRIZZI	1
Algunas cuestiones sobre la ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio POR JORGE OSVALDO AZPIRI	47
Capacidad de obrar y discernimiento POR JULIO CÉSAR CAPPARELLI	57
“Seréis como dioses” (a propósito de la llamada identidad de género) POR SIRO M. A. DE MARTINI.....	75
La despenalización de la eutanasia por la Corte Constitucional de Ecuador POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE	87
Defensa de la libertad para ordenar la sucesión POR VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO	107
La situación de los bienes adquiridos durante la separación de hecho. (Ejercicio para los matrimonios sujetos al régimen de comunidad) POR JORGE A. M. MAZZINGHI	123
Los derechos del padre frente a la interrupción voluntaria del embarazo POR JUAN G. NAVARRO FLORIA.....	147
En defensa de la juridicidad del deber de convivencia conyugal POR ANALÍA G. PASTORE	179
La guarda de los niños POR OSVALDO PITRAU	203
Relevancia de la determinación de la filiación POR EDUARDO A. SAMBRIZZI	231

LA DOCTRINA DE LA IGLESIA EN MATERIA DE INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

I. INTRODUCCIÓN

El cristianismo contribuyó en importante medida a la dignificación del matrimonio, con su posición favorable a la unión monogámica y contraria a la disolución del matrimonio por divorcio, habiendo podido ejercer con especial fuerza su influencia al irse afirmando su poder temporal.

Su prédica en tal sentido y la legislación canónica se fueron poco a poco imponiendo, fundamentalmente en los países occidentales, entre los siglos X y XVI, época en la que la Iglesia ejerció una competencia casi única en materia matrimonial, pasando posteriormente a compartirla con el poder civil. Fue en esta época en que la censura del divorcio comenzó a ser dejada en general de lado, para luego, con el correr de los siglos, ser admitido en casi todo el mundo, con una fuerza que bien podría ser calificada de arrolladora.

Seguidamente analizaremos la doctrina de la Iglesia Católica sobre la indisolubilidad del matrimonio, aunque en el análisis dejaremos de lado en su casi totalidad, el contenido de los textos bíblicos, a los que ya nos hemos referido en otra ocasión⁽¹⁾.

II. LA CUESTIÓN EN LA IGLESIA ANTIGUA

Desde los primeros tiempos los cristianos admitieron la unidad como una de las características esenciales del matrimonio, lo que fue sostenido

(1) Comunicación del autor a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires con fecha 9 de noviembre de 2023, publicada en La Ley del 22-03-2024.

sin cuestionamiento alguno a través de los siglos⁽²⁾, siendo esa unidad, según se ha dicho, una “propiedad exigida por la condición personal de los esposos, y también por la dignidad de los hijos. La unidad pertenece al ser del matrimonio y está pedida por la misma ley natural”⁽³⁾. Se ha dicho que fue San Agustín el primero que argumentó la indisolubilidad del matrimonio con fundamento en la unión esponsal de Cristo con la Iglesia; así, el matrimonio cristiano es indisoluble porque es “imagen” del misterio del amor indisoluble y fiel de Cristo a su Iglesia⁽⁴⁾. En distintas obras⁽⁵⁾ San Agustín refuta a los que se lamentaban de la severidad de la Iglesia en materia de indisolubilidad matrimonial.

En su *Ethica*, San Basilio afirma que “no es lícito a un hombre repudiar a su esposa y casarse con otra. Tampoco está permitido que un hombre se case con una mujer que está divorciada de su marido (Regula 73, c. 2 en: Patrística griega, vol. 31, col. 852)”; mientras que San Gregorio Nacianceno escribe que “el divorcio es absolutamente contrario a nuestras leyes, aunque sean distintas de las leyes del juez Romano (Epístola 144, en: Patrística griega, vol. 37, col. 248)”⁽⁶⁾.

Hasta se llegó, inclusive, a alguna exageración en lo referente al alcance de dicho concepto, al considerar el matrimonio de tal manera indisoluble que hubo quienes, como Tertuliano y Atenágoras, se opusieron a las segundas nupcias aún después de haber fallecido uno de los cónyuges. Este último llegó en una ocasión a sostener que el segundo matrimonio era un “decente adulterio”, y que “quien se separa de su primera mujer, aun cuando haya muerto, es un adúltero”. Y algunos, aun sin prohibirlas, se mostraron reticentes con respecto a las segundas nupcias

(2) Si, como bien sostiene Javier Hervada, el matrimonio es una unión, la separación de los cónyuges es una situación anómala, que deben hacer lo posible para tratar de evitar (Código de Derecho Canónico. Anotado, a cargo del Instituto Javier de Azpeicueta, AA.VV., 5ª ed., cit., coment. al Libro IV, Parte I, Título VII, Capítulo IX, p. 691).

(3) Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, Pamplona, 1997, p. 281.

(4) Con relación al fundamento de la indisolubilidad del matrimonio en San Agustín, véase Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, Navarra, 1997, ps. 94 y sigtes. Cabe recordar que ya San Pablo había señalado en la Epístola a los Efesios (5-28 y sigtes.), la relación mencionada en el texto.

(5) Entre las cuales, Olivera Ravasi cita a *De Coniugiis adulterinis*. Véase en internet: <https://es.catholic.net/op/articulos/53972/cat/351/divorcio-y-segundas-nupcias-en-la-iglesia-primitiva.html#modal>.

(6) P. Olivera Ravasi, Javier, en internet: <https://es.catholic.net/op/articulos/53972/cat/351/divorcio-y-segundas-nupcias-en-la-iglesia-primitiva.html#modal>.

celebradas luego de disuelto por muerte el primer matrimonio, como Orígenes, San Basilio y San Gregorio Nacianceno⁽⁷⁾.

Esto posiblemente haya tenido su origen en distintas constancias de la Biblia, tal como, por ejemplo, la primera Epístola de San Pablo a Timoteo⁽⁸⁾, donde aquél le dice: “pero desecha las viudas jóvenes, porque, una vez que han sido infieles a Cristo, buscan marido, incurriendo en reproche por haber faltado a la primera fe” (5, 11 y 12). O cuando en la primera Epístola a los Corintios, San Pablo afirma que “la mujer está ligada por todo el tiempo de vida de su marido; mas una vez que se duerme el marido, queda libre para casarse con quien quiera, pero en el Señor. Más feliz será si permanece así, conforme a mi consejo, pues también creo tener yo el espíritu de Dios” (7-39 y 40). Augusto Sarmiento sostiene que el consejo de no casarse, aun luego de enviudar, parece deberse a una sobrevaloración de la virginidad respecto del matrimonio⁽⁹⁾. Pero no obstante ello, cabe señalar que no existen dudas en el sentido de que la Biblia autoriza el nuevo matrimonio de quienes enviudan, habiendo ello quedado claro de acuerdo al contenido del canon 8 del Concilio de Nicea —que fue el 1er. Concilio Ecuménico, celebrado entre los meses de mayo y julio de 325⁽¹⁰⁾—, de acuerdo al cual se recibía en la Iglesia a los Novacianos (*Catharos*, en griego), debiendo éstos prometer que seguirían todos los dogmas de la Iglesia, entre los cuales se contaba el de reconocer que no cometían pecado las mujeres que luego de enviudar volvían a contraer matrimonio⁽¹¹⁾.

(7) Hervada, Javier - Lombardía, Pedro, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*, Pamplona, 1973, t. III, p. 66, n° 15. Ver, asimismo, sobre ello, Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 278 y 279; Veyne, Paul, *Historia de la Vida Privada*, bajo la dirección de Aries, Phillipe - Duby, Georges, t. I, Madrid, 1988, p. 52; Iribarne, Ramón, quien afirma que, si bien el matrimonio de los viudos no contradice a la naturaleza, no concuerda perfectamente con ella (*El Matrimonio Civil Comparado con el Canónico*, Bs.As., 1965, p. 398); Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 62 y 63. Este último autor aclara desde la página 65 en adelante, el verdadero pensamiento de Tertuliano y Orígenes, a quienes se ha querido encontrar rasgos divorcistas.

(8) Cuando San Pablo, libre de su primer proceso, se dirigió a Oriente, encargó a Timoteo —natural de Listra, en Licaonia— el gobierno de la Iglesia de Éfeso, dirigiéndole esta primera epístola desde Macedonia.

(9) Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., p. 279.

(10) Según San Atanasio, a dicho Concilio concurren 318 Obispos, además de Sacerdotes, Diáconos, etc.

(11) Véase al respecto, Richard, Carlos, *Los Sacrosantos Concilios Generales y Particulares desde el primero celebrado por los Apóstoles en Jerusalén hasta el Tridentino*. Madrid, 1793, pág. 291; Crouzel, Henri, “La Iglesia Primitiva frente al Divorcio. Del siglo I al siglo V”, Madrid, 2015.

Rincón-Pérez sostiene que el primer milenio es una de las épocas en que más inequívocamente se ha afirmado la indisolubilidad del matrimonio, y recuerda la doctrina expresada por Hermas y San Justino en el sentido de la indisolubilidad⁽¹²⁾. Scarponi manifiesta, a su vez, que, durante los cinco primeros siglos, los llamados “Padres de la Iglesia” —tanto de Oriente como de Occidente— fueron unánimes en la defensa de la indisolubilidad matrimonial, inclusive en el supuesto de adulterio. Agrega dicho autor que a mediados del siglo II los Padres apologetas griegos Justino y Atenágoras condenaron tanto el adulterio como el divorcio, mientras que a comienzos del siglo III los Padres alejandrinos Clemente y Orígenes, como también el escritor latino Tertuliano, prohibieron el nuevo matrimonio del hombre o de la mujer que se separan de su cónyuge con motivo de adulterio⁽¹³⁾. Y Gloria Casanova afirma que “en fidelidad al Nuevo Testamento, la Iglesia del tiempo de los Padres excluía tanto el divorcio como las segundas nupcias en vida de los cónyuges del primer matrimonio, y las prácticas que en este sentido tenían lugar en algunas iglesias particulares eran vistas por los canonistas como auténticos abusos”⁽¹⁴⁾.

Sin embargo, hubo quienes consideraron al adulterio como una excepción a la indisolubilidad del matrimonio, y según cierta doctrina —con la que no concordamos— ello habría sido admitido por San Mateo en su Evangelio. Con respecto a lo cual cabe recordar —entre muchas otras— la opinión de Muñoz Iglesias, que en sentido concordante con lo expresado por Scarponi, afirma que “no hay un solo caso en que los Padres consideren legítimo el matrimonio que se contrae por la parte inocente en caso de adulterio mientras vive el otro cónyuge”⁽¹⁵⁾. Crouzel ha llegado inclusive a la conclusión de que en los cinco primeros siglos del

(12) Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 61 y 62.

(13) Scarponi, Carlos A., *La Situación de los Divorciados Vueltos a Casar a la Luz del Evangelio*, Bs.As., 1997, ps. 19 y sigtes. Ver asimismo sobre este tema, Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 302, 3. a), y sigtes., quien también se ocupa de los textos de algunos Padres cuya interpretación se ha considerado dudosa y susceptible de alguna aclaración, aunque señala que esos textos no parece que posean una base lo suficientemente sólida como para negar la unanimidad en cuanto a la indisolubilidad del matrimonio. Respecto del pensamiento de los Padres de la Iglesia en los siglos IV y V, así como del influjo de la Iglesia sobre la legislación civil, remitimos a lo expuesto por Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 74 y sigtes.

(14) “La indisolubilidad del matrimonio: don y promesa de salvación”, pág. 52, en internet: http://www.fuesp.com/pdfs_revistas/cp/27/cpe27art3.pdf

(15) Muñoz Iglesias, S., *El Divorcio. Cara y Cruz*, Madrid, 1975, p. 44, cit. por Díez Macho, Alejandro, *Indisolubilidad del Matrimonio y Divorcio en la Biblia. La sexualidad en la Biblia*, Madrid, 1978, p. 43.

cristianismo únicamente el Ambrosiaster —autor desconocido y que ha sido erróneamente identificado con San Ambrosio— ha admitido en un comentario escrito hacia el año 380 sobre la primera Epístola de San Pablo a los Corintios, la licitud de las segundas nupcias, y ello únicamente para el esposo inocente, en el supuesto de adulterio del otro cónyuge⁽¹⁶⁾.

Existen, no obstante lo hasta aquí dicho, interpretaciones discrepantes con respecto a lo que fue la práctica del divorcio en los primeros tiempos de la Iglesia, habiéndose afirmado que la Iglesia antigua no se habría manifestado de manera uniforme respecto a la desvinculación del matrimonio por divorcio. Como es fácil de advertir, en el análisis no podemos obviar que la Iglesia de los primeros siglos se desarrolló en un nivel cultural relativamente pobre, en áreas geográficas dilatadas, muchas de las cuales se encontraban muy alejadas de Roma, todo lo cual dificultaba la unidad en la doctrina. Como también la dificultaba el hecho de coincidir esa doctrina con la aplicación de una legislación civil con normas que contrariaban las canónicas, las que estaban a cargo de personajes muy poderosos, a los cuales no resultaba sencillo contradecir. Es que, según se ha afirmado, no es la justicia sino el poder, el arma que prevalece. José Rodríguez Díez, OSA, sostiene que “aun defendiendo el ideal evangélico de la indisolubilidad, aparece la realidad de algunos textos de ambigüedad dudosa o tolerante de indulgencia permisiva al divorcio excepcional en casos de adulterio por razones pastorales, sobre todo para el cónyuge inocente, principalmente en padres y escritores griegos y en un contexto de leyes civiles divorcistas (Teodoro, Teodoreto, Cromacio, Epifanio, Cirilo de Alejandría, Gregorio Nacianzeno, Basilio, Efrén, Lactancio...) principalmente en comunidades mateanas judeo-cristianas y paulinas”⁽¹⁷⁾.

Lo cierto es que recién a partir del siglo VI son casi unánimes en la Iglesia de Occidente los testimonios sobre la indisolubilidad del matrimonio⁽¹⁸⁾, produciéndose alguna excepción en el siglo VIII, que no se

(16) Crouzel, H., *L'Église Primitive Faceau Divorce*, Paris, 1971, cit. por Díez Macho, Alejandro, *Indisolubilidad del Matrimonio y Divorcio en la Biblia*, cit., p. 43. Conf. Betini, Antonio B., *Indisolubilidad del Matrimonio*, Bs.As., 1993, p. 135, nº 129.

(17) “Indisolubilidad y divorcio en la historia del matrimonio cristiano y canónico. ¿Indisolubilidad extrínseca relativa de futuro?”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXIX, págs. 179 y sig., en internet: File:///C:/Users/COMPAQ/Downloads/Dialnet-IndisolubilidadYDDivorcioDelMatrimonioCristianoYCan-1465565%20(6).pdf

(18) En la Iglesia de Oriente, en cambio, desde el siglo VI se admitió el divorcio, aunque nunca por mutuo consentimiento.

repite a partir del siglo IX⁽¹⁹⁾. Por nuestra parte, insistimos en lo dicho al comienzo de este punto, aunque admitimos la posibilidad de que en algún supuesto específico se hubiera admitido el divorcio, simplemente en razón de prácticas toleradas o excusadas⁽²⁰⁾.

Cabe de todas maneras poner de relieve la dificultad que de hecho existía al comienzo del cristianismo —que en un principio dictó muy pocas disposiciones legislativas propias sobre el matrimonio distintas a las del Estado—, para lograr el cambio de las costumbres imperantes en ese entonces con relación al divorcio, el cual se hallaba aceptado por prácticamente todos los pueblos de la antigüedad. En tal sentido, Bettini afirma que la confluencia de las enseñanzas del cristianismo con las del Derecho Romano y las costumbres germánicas, que admitían —estas dos últimas— el divorcio, originó dificultades prácticas en las cuales se anudaron la condenación y la tolerancia de tales usos, la oscuridad, la ausencia de conocimiento y la falta de perfección de la doctrina cristiana sobre la indisolubilidad⁽²¹⁾. Tampoco debe dejarse de lado en el análisis

(19) Remitimos a lo expresado por Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 105 y sigtes. Con relación a la fundamentación de la indisolubilidad en escritores cristianos de la antigüedad, véase lo dicho en las páginas 118 y siguientes de esa obra. Belluscio señala que en momento alguno hubo discrepancias en la Iglesia sobre la posibilidad de disolver el matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges, salvo —agrega— en la doctrina de Graciano y Pedro Lombardo, que aceptaron el divorcio limitado por mutuo consentimiento para hacer voto de castidad, para entrar ambos esposos en religión, o para entrar el marido en órdenes sagradas (“El divorcio por mutuo consentimiento”, *LA LEY*, 130-989, 2).

(20) Ver al respecto los elementos aportados sobre este tema por Díez Macho, Alejandro, *Indisolubilidad del Matrimonio y Divorcio en la Biblia*, cit., ps. 42 y sigtes., así como lo dicho por Tomás Rincón-Pérez al analizar la doctrina sobre la indisolubilidad del matrimonio en el primer milenio cristiano, cuando afirma la importancia de distinguir con claridad cuándo el tenor de los textos antiguos permite hacer una cosa, o cuándo refleja, simplemente, una actitud pastoral frente a una situación ya creada, pero no querida ni permitida por la Iglesia, aunque lo haya sido por el Estado (*El Matrimonio Cristiano*, cit., p. 60).

(21) Bettini, Antonio B., *Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., p. 117. Agrega Bettini que, si bien la Iglesia no podía hacer que la sociedad rompiera con el pasado en forma abrupta, sí podía influir, en cambio, y efectivamente lo hacía, en forma paulatina y moral sobre sus integrantes, por medio de una educación continua y perseverante para lograr, en definitiva, que el Estado modificara sus leyes de conformidad con los principios de la religión cristiana (p. 118). Víctor Reina afirma que no obstante haber existido intervenciones jurídicas de la Iglesia sobre el matrimonio —en especial en lo relativo al matrimonio monogámico y al establecimiento de impedimentos, para evitar los matrimonios mixtos—, hasta la cristianización del Imperio romano la misma no tiene todavía una conciencia de su competencia jurisdiccional en materia matrimonial, casándose los cristianos de acuerdo con el Derecho Romano; lo cual empezó

de la cuestión que, tal como recuerda Scarponi, hasta el siglo XII no se determinó con claridad la distinción que existe entre nulidad del matrimonio y disolución del vínculo, por lo que en ocasiones ocurre que lo que se presenta como una disolución del vínculo, en realidad se trata de una nulidad del matrimonio⁽²²⁾.

III. LA DOCTRINA DE LOS CONCILIOS

Desde los primeros tiempos de la Iglesia se celebraron una serie de Concilios en distintos lugares, en varios de los cuales se trató la cuestión de la indisolubilidad del matrimonio. Desde ya que los Concilios fueron de muy distinta importancia, ya que si bien muchos de ellos —21 en total— fueron de los denominados *ecuménicos*, en los que se reunieron los Obispos de prácticamente toda la cristiandad, muchos otros, en cambio —entre los que hubo algunos de carácter meramente local—, fueron de menor relevancia, fundamentalmente en lo que se refiere a los cánones que en ellos fueron aprobados, dado la escasa participación de Obispos. Debe asimismo tenerse en cuenta al respecto que algunos de estos últimos fueron convocados no solo por los Obispos, sino también conjuntamente por la autoridad temporal, con la finalidad de tratar de concordar las normas canónicas con la legislación civil, habiéndose en ocasiones llegado a la aprobación de éstas en desmedro de las canónicas; por lo que difícilmente puedan las conclusiones a las que se arribó ser tomadas como doctrina eclesiástica; aun cuando —cabe admitir— hayan sido aprobadas por los Obispos presentes en el Concilio.

También debe tenerse presente que en varios de estos Concilios de carácter secundario se manifestó cierta tolerancia para algunas situaciones no aprobadas por la Iglesia, sin que ello significara una aceptación desde el punto de vista doctrinario, no constituyendo las mismas el sentir común de la época, ya que se trataba de ejemplos de indulgencia frente a personas que se encontraban en situaciones muy difíciles, y de excepciones que deben ser interpretadas como tales. Por otra parte, y tal como se verá, ciertos documentos son de interpretación dificultosa, a lo que se une el análisis no siempre claro de los autores sobre el contenido

a cambiar a lo largo del siglo IV, a partir de Constantino, y luego con Teodosio, quien comenzó una cristianización de las estructuras jurídicas romanas (Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad, Barcelona, 1984, p. 10, 2).

(22) Scarponi, Carlos A., *La Situación de los Divorciados Vueltos a Casar a la Luz del Evangelio*, cit., p. 22.

y alcance de las conclusiones a las que se arribó en algunos de los Concilios, los que no siempre concuerdan entre ellos, sino por el contrario.

Seguidamente nos ocuparemos de algunos de los Concilios, comenzando por aquellos que pudieron haber causado alguna duda con relación al tema en análisis.

III.1. Concilios cuyos cánones fueron interpretados por algunos autores en el sentido de que admitían el divorcio

El P. Javier Olivera Ravasi afirma que “durante los primeros cinco siglos de la era cristiana no se puede encontrar ningún decreto de un Concilio, ni ninguna declaración de un Padre de la Iglesia que sostenga la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial” Y agrega que “cuando, en el siglo II, Justino, Atenágoras, Teófilo de Antioquía, hacen mención de la evangélica prohibición del divorcio, no dan ninguna indicación de una excepción. Tertuliano y San Clemente de Alejandría son aún más explícitos. Y Orígenes, en la búsqueda de alguna justificación para la práctica adoptada por algunos obispos, afirma que está en contradicción con la Escritura y la Tradición de la Iglesia”⁽²³⁾.

No obstante, algunos autores han afirmado que desde el siglo III en adelante hubo algún Concilio y varios Sínodos que han sido interpretados en el sentido de que admitían la posibilidad del divorcio —aunque con carácter limitado— y, por consiguiente, la validez de la celebración de un segundo matrimonio. En tal sentido, César Vidal afirma que “hasta el siglo IX, es decir, durante más de ochocientos años de historia del cristianismo, el divorcio fue considerado lícito en toda la cristiandad sin excluir la occidental. Entre las causas para su licitud se incluyó siempre el adulterio y casi siempre el abandono conyugal. Sin embargo, no faltaron sínodos que además incluyeron entre las causas de divorcio otras como la cautividad, el paso a la vida religiosa de uno de los cónyuges, el incesto, el intento de homicidio, la ausencia de acuerdo en el lugar de residencia, la falta de respeto, etc. En ningún caso da la impresión de que hubiera dejado de considerarse que el divorcio era una desgracia y que hubiera resultado preferible que no se hubiera producido. No obstante, llegados a situaciones como las mencionadas, igualmente se reputaba totalmente lícito el divorcio seguido de la posibilidad de contraer nuevo

(23) En internet: <https://es.catholic.net/op/articulos/53972/cat/351/divorcio-y-segundas-nupcias-en-la-iglesia-primitiva.html#modal>.

matrimonio". Y agrega que "a partir del siglo IX, esta situación cambió de manera radical pero sólo en Occidente"⁽²⁴⁾.

Zannoni, por su parte, manifiesta que en el Sínodo que, convocado por Constantino, fue celebrado en Arlés en el año 314⁽²⁵⁾, se promulgó el canon 10 que, según dicho autor, estableció lo siguiente: "Con relación a los que sorprendiesen a su mujer en adulterio y que, siendo cristianos, tienen la prohibición de contraer otras nupcias, aunque sean todavía jóvenes, se decide que, en cuanto sea posible, sean aconsejados de no tomar otra mujer mientras viva la propia, si bien adúltera"⁽²⁶⁾. Con cita de Joyce, Bettini afirma que, si bien dicho canon parece tolerar el divorcio, no debe olvidarse la tradición divorcista todavía existente entre los distintos pueblos, que dificultaba la aceptación de ciertas normas como la de la indisolubilidad del vínculo. Esa situación —agrega Bettini— hacía dificultoso para la Iglesia la extirpación del divorcio, lo que llevaba a ejercer cierta tolerancia sobre el tema⁽²⁷⁾, aunque sin que se aprobara la conducta de quien contrajera nuevas nupcias; pero en el caso en cuestión, dice dicho autor, la tolerancia no significa aprobación, y menos, complicidad, tan es así que aún sin penar canónicamente la violación del precepto, el propio canon explicita la prohibición de contraer nuevas nupcias⁽²⁸⁾. Coincidimos con la afirmación recién expresada, en el sentido que del canon resulta la prohibición de contraer nuevas nupcias aun en el supuesto de adulterio de la cónyuge, ya que en ese caso se exhorta a los maridos a que no tomen otras mujeres mientras vivan las primeras, aun cuando las leyes civiles les permitan hacerlo⁽²⁹⁾.

Rincón-Pérez manifiesta con respecto al Concilio de Arlés, que el mismo se mueve en un nivel eminentemente pastoral, sin menoscabo

(24) Véase en internet: <https://libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/salud/2013-06-13/existio-el-divorcio-en-el-cristianismo-primitivo-1276204518/>

(25) A dicho Concilio concurrieron además de los Legados del Papa San Silvestre, 36 Obispos de las regiones que estaban bajo el poder de Roma, de las Galias, de África, Italia, Sicilia, Cerdeña, España e Inglaterra.

(26) Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Bs.As., 2006, t. 2, p. 26, parágr. 645.

(27) Tolerancia que llevó a que —como lamenta Orígenes—, hubo sacerdotes que dejándose llevar por la misericordia, autorizaban a contraer nuevas nupcias a hombres que se hallaban separados de sus cónyuges.

(28) Bettini, Antonio B., Indisolubilidad del Matrimonio, cit., p. 139.

(29) Véase al respecto, Richard, Carlos, Los Sacrosantos Concilios Generales y Particulares desde el primero celebrado por los Apóstoles en Jerusalén hasta el Tridentino, cit., pág. 258; Rodríguez Díez, José, OSA, ob. y loc. cit., págs. 180 y sig.

del principio de indisolubilidad absoluta⁽³⁰⁾. También el Padre Javier Olivera Ravasi afirma que en dicho Concilio se admitió la indisolubilidad del vínculo conyugal⁽³¹⁾.

Afirma asimismo Zannoni que el Sínodo de San Patricio, del siglo V; el Concilio de Vannes, de la Iglesia francesa; el de Hereford, del año 673, y el de Soissons, del año 744, se atienen a la interpretación del texto de San Mateo que —según manifiesta dicho autor—, admitiría la excepción a la indisolubilidad del matrimonio en el supuesto de adulterio. Veamos por partes: cabe por de pronto poner de relieve, en cuanto al Sínodo de San Patricio, del año 460, que se ha cuestionado la autenticidad del canon 26, que es el que se refiere al tema en análisis y que, en realidad, no tiene la forma de un canon⁽³²⁾, el cual, por otra parte, según manifiesta Bettini, no ha sido redactado antes del siglo VIII⁽³³⁾. El Concilio de Vannes, del año 465, aprobado sólo por seis Obispos, establecía en el canon 2 que “aquellos, pues, que dejadas las propias esposas, excepto por causa de fornicación, como dice el Evangelio, sin haber probado el adulterio, se han casado con otra, decretamos que tales personas sean privadas de la comunión, no sea que los pecados tolerados por nuestra indulgencia induzcan a otros en la licencia del error”. Se ha aducido que dicho texto—destinado a la población católica romana dirigida por los pontífices romanos, que no admitían el divorcio— no resulta claro, debiendo el mismo ser interpretado en el sentido de que la excepción se aplicaba únicamente a la separación de cuerpos por causa de adulterio, lo que parece acorde con lo decidido por el Concilio de Angers, también celebrado en Francia pocos años antes (en el año 453), que condenó decididamente el divorcio, sin excepción alguna⁽³⁴⁾. En este último Concilio se aprobó que “aquellos que, bajo pretexto de matrimonio, se unen a otras mujeres, de las que viven aún sus maridos, sean separados de la comunión”.

Cabe asimismo señalar que, no obstante que son más de uno los autores que, como Zannoni, citan tanto al Concilio de Hereford como al de

(30) Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 72 y 73. Conf. en cuanto a que en el Concilio de Arlés se admitió la indisolubilidad del matrimonio, Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., p. 306, nota 37.

(31) En internet: <https://es.catholic.net/op/articulos/53972/cat/351/divorcio-y-segundas-nupcias-en-la-iglesia-primitiva.html#modal>.

(32) En dicho n° 26 se habría expresado lo siguiente: “Igualmente, no se permite al hombre repudiar a su mujer, excepto por causa de fornicación, si él dijese por esta razón. Por consiguiente, si el tal toma otra mujer por la misma manera que tras la muerte de la primera, ellos no se lo prohíben”.

(33) Bettini, Antonio B., *Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., ps. 140 y 141, n° 136.

(34) Bettini, Antonio B., *Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., ps. 141 y 142, n° 137.

Soissons como aceptando el adulterio como una excepción a la indisolubilidad del matrimonio, tanto del primero de ellos, celebrado en el año 673, como del de Soissons, resulta clara y sin excepción alguna la prohibición de contraer nuevas nupcias luego de la separación —no del divorcio— autorizándose la separación únicamente en el caso de fornicación. En el canon 10 del Concilio de Hereford —que se celebró bajo la presidencia de san Teodoro de Canterbury— se determinó lo siguiente: “Todos los sacerdotes amonestarán públicamente al pueblo para que se abstenga de matrimonios ilegales, porque de acuerdo a lo prescripto por el Señor, un matrimonio legítimo no puede separarse de ninguna manera, excepto por causa de fornicación o por mutuo consentimiento cuando se trate del servicio de Dios. Nadie abandonará a su mujer, excepción hecha, como dicen los Santos Evangelios, del caso de fornicación. Mas si alguno ha despedido a su mujer con la que estaba unido en matrimonio legítimo, si quiere ser cristiano de verdad, no tiene que unirse con otra, sino que permanecerá así o se reconciliará con su propia esposa”⁽³⁵⁾. Por su parte en el canon 9 del Concilio de Soissons se estableció: “Asimismo, estatuímos que ningún laico pueda tomar como esposa a una mujer consagrada a Dios ni a una parienta suya, ni desposar la mujer de otro marido mientras éste viva; ni la mujer puede tomar otro marido mientras viva el suyo, porque el marido no puede repudiar a su mujer, excepto cuando la ha sorprendido en fornicación”. Augusto Sarmiento afirma que no está claro si lo que permiten dichos cánones es sólo el divorcio o también un nuevo matrimonio, o si se trata de una prohibición o sólo de un consejo⁽³⁶⁾. Rincón-Pérez, por su parte, considera que el Concilio de Hereford se pronunció en forma contraria a la disolubilidad del matrimonio⁽³⁷⁾.

Alrededor de los años 752 a 758 —no se conoce bien la fecha—, se afirma que se habría celebrado en Verberie, Francia⁽³⁸⁾, un Concilio que

(35) Cabe no obstante señalar que César Vidal cita distintos cánones de este Concilio (cuya autenticidad no hemos podido confirmar), que admitirían en distintos casos especiales contraer nuevo matrimonio, aunque luego de un determinado tiempo desde la separación de los cónyuges y en algunos supuestos, con el previo consentimiento del Obispo (véase en internet: <https://libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/salud/2013-06-13/existio-el-divorcio-en-el-cristianismo-primitivo-1276204518/>).

(36) El Matrimonio Cristiano, cit., p. 306. Rodríguez Díez, José, OSA, afirma que en el Concilio de Hereford el contenido del canon parece tratarse de un consejo, mientras que en el de Soissons se tolera el divorcio en caso de adulterio de la esposa (Ob. cit., pág. 181).

(37) Rincón-Pérez, Tomás, El Matrimonio Cristiano, cit., p. 117.

(38) Tomás Rincón-Pérez sitúa el Concilio de Verberie en el año 756 (ob. cit., p. 114), mientras que Augusto Sarmiento lo hace en el año siguiente, habiendo este

habría sido convocado por el Emperador Pipino el Breve y de cuya realización se duda; se ha llegado incluso a pensar que podría tratarse de una memoria o de un borrador de discusión, como asimismo que no se trataría de documentos eclesiásticos, sino seculares. También en ese país —más precisamente en Compiègne, en el año 747— se realizó un Concilio. En ambos casos, se trata de Concilios de carácter local, con intervención de obispos franceses, en los cuales se habría admitido el divorcio en otros casos distintos al tan discutido de la fornicación⁽³⁹⁾. Haya sido así o no, lo cierto es que tal circunstancia sólo probaría que una reunión de obispos de carácter meramente local, puede resolver en contra de la doctrina de la Iglesia, no pudiéndose asimismo descartar el hecho de la sumisión de los eclesiásticos al poder temporal —que en ese entonces y en ese país por lo general admitía el divorcio—, como así también la posibilidad de que la decisión adoptada hubiera sido la única posible o la menos mala, ante las presiones de la autoridad local, cuyo interés en mantener una solución que favoreciera a los señores del lugar, es evidente. Con relación a estos dos Concilios, Tomás Rincón-Pérez admite la aprobación de diversos cánones que permiten al marido y a la mujer contraer un nuevo matrimonio en distintos supuestos. Afirma dicho autor que junto a los obispos —a algunos de los cuales acusa de debilidad y ligereza— también están en esos Concilios los representantes del rey, proponiéndose ambas fuerzas como objetivo conciliar las legislaciones civil y canónica mediante mutuas concesiones, por lo que el fruto de ello no puede ser sino el falseamiento de la verdadera doctrina de la Iglesia, que no se ha visto reflejada en lo allí resuelto⁽⁴⁰⁾. Con relación a los dos referidos Concilios de Verberie y Compiègne, José Rodríguez Díez, OSA, califica sus textos de “oscuros”, “con carga del derecho civil germánico

autor afirmado que es muy discutible el valor que tienen tanto el Concilio de Compiègne, como el de Verberie (El Matrimonio Cristiano, cit., p. 306).

(39) Se permiten segundas nupcias en vida del otro cónyuge en los siguientes casos: por consentimiento de uno de ellos, si el otro decide entrar en religión; si el esposo leproso autoriza a su cónyuge a contraer nuevo matrimonio; en caso de impotencia del marido; o, entre otros supuestos, si el marido se ve forzado a emigrar a otros lugares o a seguir al señor feudal. César Vidal ha sostenido con respecto al Concilio de Verberie, que el divorcio no sólo era contemplado en estos cánones como algo lícito en caso de adulterio en sentido estricto, sino también cuando se producían abusos contra menores, intento de homicidio o incluso una disparidad de criterio de los cónyuges sobre el lugar en que debían residir (en internet: <https://libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/salud/2013-06-13/existio-el-divorcio-en-el-cristianismo-primitivo-1276204518/>).

(40) El Matrimonio Cristiano, cit., p. 114.

merovingio”, y agrega que los mismos “ofrecen una tendencia divorcista, aunque la casuística abunda con distintas soluciones”⁽⁴¹⁾.

No obstante, lo cierto es que, desde finales del siglo VIII, ningún Concilio deja margen de duda en cuanto a la doctrina sobre la indisolubilidad del matrimonio. José Barros Guede sostiene que “en el siglo XI, por influencia de la abadía de los monjes benedictinos cluniacenses, partidaria de la indisolubilidad del matrimonio *ad vinculum*, el papa Gregorio VII establece dicha doctrina a toda la cristiandad e impide a los cristianos divorciados por fornicación o adulterio del otro cónyuge poder volver a casarse”. Y agrega que esa doctrina fue recogida por el Decreto Graciano⁽⁴²⁾.

III.2. Concilios en los que claramente se rechazó la posibilidad del divorcio y las nuevas nupcias

Hubo otros Concilios, como el de Elvira, ciudad próxima a Granada, España, celebrado en un año que no está claramente determinado, aunque se cree que fue en el 303⁽⁴³⁾, que mandó que “a la mujer creyente que abandonó a un marido creyente adúltero, y está por casarse se le prohibirá volver a casarse; si se ha casado, se la privará de la comunión mientras viva el marido que abandonó, a menos, quizás, que razones de grave enfermedad compelieran a concedérsela” (canon 9)⁽⁴⁴⁾.

En igual sentido, en el Concilio de Cartago del año 407 se decretó que “quienes abandonan a su mujer o a su marido deben permanecer así. Según las normas de los Evangelios y del Apóstol, ni el que fue abandonado por su mujer, ni la mujer que fue abandonada por su marido pueden volver a unirse con otra persona, sino que deben permanecer así o reconciliarse. Si no observan esto, se les debe imponer penitencia”⁽⁴⁵⁾.

(41) Ob. y loc. cit., pág. 181.

(42) “La cuestión del divorcio en la Iglesia”, Revista Ecclesia, 09-09-2014. Véase en internet: https://www.cope.es/religion/pensamiento/noticias/cuestion-del-divorcio-iglesia-20140910_1786791

(43) Conf., Richard, Carlos, quien afirma seguir en la fecha al Cardenal de Aguirre (Los Sacrosantos Concilios Generales y Particulares desde el primero celebrado por los Apóstoles en Jerusalén hasta el Tridentino, cit., pág. 218). Al Concilio de Elvira concurrieron 19 Obispos de la península española, y 26 sacerdotes.

(44) Por considerarlas de interés, remitimos a las explicaciones y aclaraciones sobre dicho Concilio efectuadas por Carlos Richard en la obra antes cit., como también a lo dicho al respecto por Tomás Rincón-Pérez (El Matrimonio Cristiano, cit., p. 72).

(45) Los Padres del Concilio de Cartago pidieron públicamente la promulgación de una ley imperial que consagrara la indisolubilidad absoluta del matrimonio (Rincón-Pérez, Tomás, El Matrimonio Cristiano, cit., p. 77).

Similar es lo decidido en el Concilio reunido en Milevi, en el África, en el año 416⁽⁴⁶⁾, así como en el de Angers, en Francia, en el año 453.

Volviendo a los Concilios realizados en España, en el año 681 se celebró en Toledo uno de alcance nacional —si así pudiera considerarse—, en el cual se aprobó el canon 8, que establece que “todo el que abandone a su esposa, excepto por causa de adulterio, será excomulgado hasta que retorne a ella. Si se niega a pesar de las repetidas advertencias del obispo, perderá su nobleza y su dignidad palatina durante tanto tiempo como persista su falta”. Cabe señalar que en el supuesto de adulterio no se admitió ni el divorcio ni la celebración de nuevas nupcias⁽⁴⁷⁾.

En el Concilio de Friuli, celebrado en el año 796, se declaró la indisolubilidad del matrimonio y no se permitieron nuevas nupcias en el caso de fornicación, supuesto en el cual sólo se admitió la separación de los cónyuges.

Varios años después, en el 829, se celebró en París un Sínodo de carácter regional, en el cual se decretó que “excepto el caso de fornicación, como dice Nuestro Señor, un hombre no puede repudiar a su mujer, y es mejor que viva con ella; y aquellos que han repudiado a su mujer por causa de fornicación y han tomado otra, por sentencia del Señor, serán considerados adúlteros”. Similar es la solución admitida en el canon 12 del Concilio realizado en Nantes en el año 875, en que se prohíbe a la parte inocente de la separación por adulterio la celebración de un nuevo matrimonio. O sea que el adulterio constituía una causa de separación, pero no de divorcio

De igual tenor son, asimismo, las soluciones adoptadas en los Concilios de Reims del año 1049, y de Tours, del año 1060, como también la establecida en el canon 9 del Concilio de Ingelheim, celebrado en Alemania en el año 948, en el que se estableció lo siguiente: “Confirmamos que se permite a todos los cristianos repudiar a su mujer sólo por causa de fornicación, en virtud de la autoridad del Evangelio y lo legislado en los sagrados cánones; pero de ninguna manera aprobamos que se tome otra mujer en vida de la primera”.

(46) Allí se estableció que “de acuerdo con la disciplina evangélica y apostólica, ni el marido abandonado por su mujer ni la mujer abandonada por su marido pueden volverse a casar, sino que deben continuar en ese estado o reconciliarse, y si no cumple esto se les debe obligar a la penitencia. Se debe solicitar y promulgar una ley imperial en este punto”.

(47) Conf., Rodríguez Díez, José, OSA, ob. y loc. cit., pág. 181.

III.3. El Concilio de Trento

A través de los siglos se fue formando en la Iglesia de manera cada vez más firme una doctrina en favor de la indisolubilidad del vínculo, cuya total admisión —inclusive en el supuesto de adulterio— evidentemente no resultó fácil, como tampoco lo fue lograr que fuera la Iglesia la encargada de legislar sobre el matrimonio y la que, asimismo, tuviera una exclusiva jurisdicción en esta materia, pues las costumbres, como también la legislación civil de los distintos pueblos de Occidente, eran contrarias a ello.

Belluscio⁽⁴⁸⁾ afirma que dicha doctrina se formó con carácter definitivo alrededor del siglo XII⁽⁴⁹⁾, fundamentalmente por obra de Graciano⁽⁵⁰⁾ y del canonista Pedro Lombardo⁽⁵¹⁾, aunque en realidad —agrega dicho autor— se puso punto final a la discusión en el Concilio de Trento⁽⁵²⁾, en el cual se admitió el carácter sacramental del matrimonio cristiano, y con ello la indisolubilidad del vínculo, con independencia de que hubiera o no uno de los esposos incurrido en adulterio. Tanto la *unidad* como la *indisolubilidad* del matrimonio fueron definidas como doctrina de fe por dicho Concilio, lo que se fundamenta en el pasaje evangélico en el que a la pregunta que unos fariseos le efectuaron en el sentido de si era lícito repudiar a la mujer por cualquier causa, Jesucristo respondió: “No habéis leído que al principio el Creador los hizo varón y hembra... Por esto dejará el hombre al padre y a la madre y se unirá a la mujer, y serán los dos una sola carne. De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto, lo que Dios unió no separe el hombre” (Mateo, 19, 4 y sigtes.).

(48) Belluscio, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., Bs.As., 2008, t. 1, ps. 419 y sigtes., parágr. 196.

(49) Bettini menciona el siglo IX como aquel en el cual los Concilios locales reaccionan contra cualquier corruptela e insisten sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, y afirma que son los Concilios celebrados a partir del siglo XI los que coronan esa obra (*Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., p. 157).

(50) En su obra *Decretum*, del año 1140 —que no es de carácter oficial, sino privada—, Graciano afirma la indisolubilidad del vínculo matrimonial, y enseña que el adulterio sólo permite al cónyuge inocente separarse del culpable, sin que ninguno de ellos pueda contraer un nuevo matrimonio.

(51) En su Libro IV *Sententiarium*, escrito a mediados del siglo XII, Pedro Lombardo sostiene claramente que se halla prohibido el divorcio por adulterio o fornicación, siendo únicamente posible la separación —sin ruptura de vínculo— por dicha causa o para entrar en religión, mediando consentimiento de ambos esposos.

(52) Al año siguiente de haberse clausurado este Concilio, o sea en 1564, Felipe II dictó una real cédula admitiendo el matrimonio canónico de acuerdo con lo establecido por el mismo, lo cual tuvo vigencia tanto en España como en sus colonias.

El Concilio de Trento, que tuvo un carácter ecuménico, fue inaugurado por el Papa Pablo III el 13 de diciembre del año 1545, habiéndose clausurado casi 18 años después, el 4 de diciembre de 1563. En la séptima sesión del año 1547 se declaró la sacramentalidad del matrimonio⁽⁵³⁾, sacramento que, a su vez —se dijo— se confunde con el contrato matrimonial. Esta equiparación se encuentra plasmada expresamente en el canon 1055 del Código de Derecho Canónico, que en su párrafo 2º establece, siguiendo la misma disposición del canon 1012 del Código de 1917, que “...entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento”. Al respecto, Federico Aznar manifiesta al comentar el canon 1055, que “en el matrimonio de los bautizados se da una inseparabilidad entre el contrato (realidad natural) y el sacramento (realidad religiosa) signifiante de gracia... la unión matrimonial, en su consideración meramente natural, ya reviste un carácter sagrado...”. Y agrega que “la sacramentalidad no es un elemento accidental y extrínseco: pertenece a la misma raíz del matrimonio”, por lo cual “si no hay contrato válido, no hay sacramento; y si no hay sacramento, no hay contrato”⁽⁵⁴⁾. En igual sentido, en la Encíclica *Arcanum divinae sapientiae*, del 10 de febrero de 1880, León XIII expresa que no puede separarse el contrato de matrimonio del sacramento, “y que por lo mismo no existe verdadero y legítimo contrato sin ser por el mismo hecho sacramento”. Lo mismo afirma, entre otros, Pío XI en su Encíclica *Casti Connubii*, del 31 de diciembre de 1930, y Pío XII en sus cartas al Tribunal de la Rota del 2 de octubre de 1944 y del 6 de octubre de 1946.

En la sesión vigesimocuarta, del 11 de noviembre de 1563, el Concilio declaró anatema a quien enseñe que puede desatarse el vínculo del matrimonio en los casos de adulterio, herejía, cohabitación molesta o culpable ausencia del cónyuge, o que el esposo no culpable del adulterio puede contraer nuevo matrimonio (cánones 5 y 7)⁽⁵⁵⁾. Lo cual lleva, tal

(53) En el canon 1 se estableció lo siguiente: “Si alguno dijere que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley del Evangelio e instituido por Cristo Señor, sino inventado por los hombres en la Iglesia y que no confiere la gracia, sea anatema”.

(54) Código de Derecho Canónico. Comentado por los Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Salamanca, AA.VV., 10ª ed., Madrid, 1991, p. 504. Ver asimismo lo expresado al respecto por Miguélez Domínguez, Lorenzo, al comentar el canon 1012 del Código Canónico de 1917 (Miguélez Domínguez, Lorenzo - Alonso Morán, O. P., Sabino - Cabrereros de Anta, C. M. F., Marcelino, Código de Derecho Canónico. Comentado, AA.VV., Madrid, 1945, p. 338, nota 1).

(55) Transcribimos seguidamente los cánones 5 y 7 aprobados en el Concilio: “5: Si alguno dijere que, a causa de herejía o por cohabitación molesta o por culpable ausencia del cónyuge, el vínculo del matrimonio puede disolverse, sea anatema. 7: Si al-

como manifiesta Molinario, a que para el católico no cabe la posibilidad de discutir en forma contraria a lo que resulta de lo admitido en el Concilio, con relación al alcance del texto del Evangelio de San Mateo⁽⁵⁶⁾.

También se admitió en el Concilio de Trento la posibilidad de que los cónyuges se separaran de cuerpos por resolución de los tribunales de la Iglesia, siendo precisamente uno de los supuestos en que ello podía ocurrir, el caso de adulterio de uno de los esposos.

No podemos dejar de recordar la controversia que se ha suscitado entre los teólogos y canonistas en lo relativo al alcance de los cánones dictados por el Concilio de Trento, en el sentido de si ellos constituyen, simplemente, una ley eclesiástica que por ser tal puede en cualquier momento ser modificada por la Iglesia, o tienen en cambio el carácter de dogma, con el alcance de verdad de fe, por lo cual y, en consecuencia, no podrían ser modificados. Cabe señalar al respecto que si bien y no obstante haber transcurrido más de cuatro siglos, los ecos de esa controversia aún no se han acallado, y por el contrario, casi diríamos que están en avance; lo cierto es que la mayoría de las opiniones concuerda con el carácter dogmático de las definiciones adoptadas por el Concilio⁽⁵⁷⁾. Gloria Casanova afirma que “Trento sancionó claramente una indisolu-

guien dijere que la Iglesia yerra cuando enseñó y enseña que, conforme a la doctrina del Evangelio y los apóstoles, no se puede desatar el vínculo del matrimonio por razón del adulterio de uno de los cónyuges; y que ninguno de los dos, ni siquiera el inocente, que no dio causa para el adulterio, puede contraer nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge, y que adultera lo mismo el que después de repudiar a la adúltera se casa con otra, como la que después de repudiar al adúltero se casa con otro, sea anatema”. Con relación a distintas posiciones que fueron adoptadas en el Concilio de Trento, fundamentalmente con la intención de evitar una condenación explícita de los postulados de la Iglesia griega, remitimos a lo que manifiesta al respecto Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., cit., t. 2, ps. 27 y sigtes., parágr. 646, quien a su vez sigue lo expresado al respecto por Pospishill, Víctor B., *Divorcio y Nuevo Matrimonio*, Buenos Aires, 1969, p. 57 y sigtes.

(56) Molinario, Alberto D., “Informaciones y reflexiones en torno de algunas gracias concedidas por el Papado en materia de disolución matrimonial”, *LA LEY*, 155-870.

(57) Sobre las razones y los distintos fundamentos de dicha controversia, remitimos a lo expresado al respecto por Bettini, Antonio B., *Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., ps. 231 y sigtes. Véase asimismo, entre otros, Taranzano, Adrián J. ¿Se disuelve la indisolubilidad matrimonial?: consideraciones acerca del debate en torno al próximo Sínodo”, *Revista Teología*, Tomo LI, N° 115, Diciembre 2014, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina; Álvarez de las Asturias, Nicolás, “El Concilio de Trento y la indisolubilidad del matrimonio: reflexiones hermenéuticas acerca del alcance de su doctrina, en internet: <https://repositorio.sandamaso.es/bitstream/123456789/390/1/02%20NICOLAS.pdf>

bilidad intrínseca del matrimonio, que muestra la indisponibilidad del vínculo por parte de los esposos, mientras que el Magisterio de la Iglesia ha sancionado siempre una indisolubilidad extrínseca, que muestra la incapacidad también por parte de la Iglesia para romper el vínculo. El matrimonio válido entre bautizados es indisponible, siendo la razón de ello claramente doctrinal y no meramente disciplinar”⁽⁵⁸⁾.

Por último, debemos señalar que lo resuelto en el Concilio de Trento en cuanto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial no fue en adelante cuestionado en ningún otro Concilio. Recordemos sobre el tema que, si bien en el Concilio Vaticano II no se analizó en forma analítica la cuestión, se afirmó allí esa indisolubilidad, habiéndose calificado al divorcio de *epidemia*. Entre otras afirmaciones, con relación a la alianza establecida entre los esposos por el matrimonio, se sostuvo que “esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad”.

IV. LAS COLECCIONES CANÓNICAS Y LAS DECRETALES

Las Colecciones Canónicas son recopilaciones de cánones de muy distinto origen, que suplían hace ya muchos siglos la falta de una regulación universal de la doctrina de la Iglesia, habiéndose aceptado la división entre *colecciones universales* —de aplicación en ámbitos extensos o para toda la Iglesia—, las cuales no contienen textos divorcistas, y *colecciones particulares*, para alguna iglesia particular. En estas últimas existía algún texto divorcista, como en las Colecciones Penitenciales⁽⁵⁹⁾, aunque no fueron textos autorizados por la Iglesia, sino que se trató de trabajos de carácter privado que perduraron hasta que, a mediados del siglo XII, se dictó el Decreto de Graciano. Cabe, de todos modos, poner el acento en un hecho que antes hemos señalado, en el sentido de que a veces lo que se presenta como una disolución del matrimonio no constituye sino un supuesto de nulidad, distinción que no se efectuaba con claridad hasta el siglo XII⁽⁶⁰⁾. Por otra parte, cabe señalar que la inclusión de uno o varios cánones divorcistas en una misma Colección, no implicaba su aprobación.

(58) “La indisolubilidad del matrimonio: don y promesa de salvación”, cit., pág. 51., en internet: http://www.fuesp.com/pdfs_revistas/cp/27/cpe27art3.pdf

(59) Estas Colecciones tienen mayor influencia en las Iglesias célticas y anglosajonas.

(60) Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., p. 307.

Dichas Colecciones solo alcanzaban un rango jurídico cuando eran aplicadas por la autoridad legítima, llegando con el paso del tiempo hasta a constituir códigos. Se ha sostenido que todas las Colecciones Canónicas del primer milenio fueron recopiladas por particulares, sin que hayan sido refrendadas por la autoridad eclesiástica, por lo que las mismas no gozaban del mismo valor jurídico, siendo asimismo relevante al respecto el prestigio de quien procedía a su recopilación, además de si se aplicaban en un ámbito amplio o en un territorio limitado.

Entre los Cánones, recordamos los denominados Cánones Apostólicos, que se entendía que eran mayoritariamente originados en los Apóstoles —por lo que su autoridad era reconocida por la Iglesia—, de los cuales resultaba, entre otras cuestiones, que debía ser excomulgado el cónyuge que deja a su mujer y se casa con otra. También se consideraban prestigiosas la Colección Gregoriana, del siglo XI, y la Dionisiaca.

En cambio, en las Decretales —que eran Cartas que los Papas dirigían a distintos prelados sobre diversas cuestiones, algunas de carácter doctrinal—, siempre se proclamó en forma expresa la indisolubilidad del matrimonio, habiendo señalado Scarponi como un caso paradigmático el del Papa Nicolás I (858-867), que siempre respondió en forma negativa a las pretensiones de Lotario I, de divorciarse de su mujer para casarse con su concubina⁽⁶¹⁾. Señala José Rodríguez Díez, OSA, que en dichos documentos pontificios “se advierte una actitud de indisolubilidad matrimonial tradicional en los Papas Inocencio (401-407), León Magno (440-461), Gregorio II (715-731), Nicolás (858-867), etc.”. A lo más que llega —agrega dicho autor— es a tolerar la separación o divorcio imperfecto en tres supuestos: *causa religionis*, *causa fornicationis*, *causa infirmitatis*⁽⁶²⁾.

V. LAS ENCÍCLICAS PAPALES Y OTROS DOCUMENTOS DE LA IGLESIA. ALOCUCIONES PAPALES

De las distintas Encíclicas papales resulta en forma clara la admisión por parte de la Iglesia de la indisolubilidad del matrimonio. En tal sentido, en la Encíclica *Casti connubii*, del 31 de diciembre de 1930, se

(61) Scarponi, Carlos A., La Situación de los Divorciados Vueltos a Casar a la Luz del Evangelio, cit., p. 22. La pretensión de Lotario de divorciarse de su mujer —a la que acusó de adulterio incestuoso— fue acogida en dos Concilios celebrados en Aquisgrán en los años 860 y 862, cuyas decisiones fueron luego anuladas por un Concilio celebrado en Letrán. La actitud asumida por el Papa Nicolás I —como también la adoptada en igual sentido por otros Pontífices ante casos similares— fue puesta de relieve con admiración por el Papa León XIII en la Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae*, del año 1880.

(62) Ob. y loc. cit., pág. 182.

afirma lo siguiente: “Quede asentado, ante todo, como fundamento in-conmovible e inviolable, que el matrimonio no fue instituido ni establecido por obra de los hombres, sino por gracia de Dios; que fue protegido, confirmado y elevado no con las leyes de los hombres, sino del autor mismo de la naturaleza, Dios, y del restaurador de la misma naturaleza, Cristo Señor; leyes, por tanto, que no pueden estar sujetas al arbitrio de los hombres, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges. Esta es la doctrina de las Sagradas Letras; ésta es la constante y universal Tradición de la Iglesia; ésta es la solemne definición del sagrado Concilio de Trento, que confirma y precisa con las mismas palabras de la Sagrada Escritura *que el perpetuo e indisoluble vínculo del matrimonio y su unidad y firmeza tienen a Dios por autor*”⁽⁶³⁾.

Sin pretender traer a colación la totalidad de los documentos de la Iglesia que se refieren a la indisolubilidad del matrimonio, recordamos que en la Constitución pastoral *Gaudium et spes*, del Concilio Vaticano II (año 1965), se sostiene al respecto lo siguiente: “Este vínculo sagrado, en atención al bien, tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la sociedad humana. Pues es el mismo Dios el autor del matrimonio... Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen y urgen la plena felicidad conyugal y la indisoluble unidad del matrimonio” (nº 48)⁽⁶⁴⁾.

En muchas oportunidades los Papas se pronunciaron en favor de la indisolubilidad del matrimonio, debiendo recordar lo expresado en ese sentido por el Papa Pío XII en la alocución dirigida con fecha 3 de octubre de 1941 al Tribunal de la Rota, donde, entre otros conceptos, expresó que “el matrimonio rato y consumado es por derecho divino indisoluble, en cuanto que no puede ser disuelto por ninguna potestad humana (canon 1118⁽⁶⁵⁾); como también lo dicho a los párrocos de Roma el 16 de marzo 1946, en el sentido de que “el matrimonio entre bautizados válidamente contraído y consumado no puede ser disuelto por ningún poder en la tierra, ni siquiera por la Suprema Autoridad Eclesiástica”. Lo que fue reiterado, entre otros casos, por Paulo VI en su Alocución a la Rota Romana

(63) Ver un comentario parcial de esta Encíclica, en la nota de Hernández, Héctor H., “Catolicismo y Divorcio”, ED, 126-848 y sigtes.

(64) En el nº 47 de dicha Constitución Pastoral se califica a la mentalidad divorcista como una “auténtica epidemia”.

(65) Del Código de Derecho Canónico del año 1917.

con fecha 30 de enero de 1975, como también por San Juan Pablo I el 21 de septiembre de 1978 en su Discurso a los Obispos sobre la Familia⁽⁶⁶⁾.

En la Exhortación Apostólica *Familiaris consortio*, dada por San Juan Pablo II el 22 de noviembre de 1981, también se puso de relieve la indisolubilidad —sin excepciones— del vínculo matrimonial válido, y por consiguiente, la imposibilidad para los católicos de contraer válidamente un nuevo matrimonio, ensalzándose el caso del cónyuge que en virtud de ese principio no se deja implicar en una nueva unión, y que en lugar de ello se empeña en el cumplimiento prioritario de sus deberes familiares y de las responsabilidades de la vida cristiana (nº 83). Se afirmó en dicha Exhortación —en la que se calificó al divorcio como una “plaga” (nº 84)—, que “en virtud de la sacramentalidad de su matrimonio, los esposos quedan vinculados uno a otro de la manera más profundamente indisoluble. Su recíproca pertenencia es representación real, mediante el signo sacramental, de la misma relación de Cristo con la Iglesia” (nº 13); así como también, que la unidad del matrimonio “hunde sus raíces en el complemento natural que existe entre el hombre y la mujer”, y que ella “es el fruto y el signo de una exigencia profundamente humana” (nº 19). Se sostuvo, asimismo, que “la comunión conyugal se caracteriza no sólo por su unidad, sino también por su indisolubilidad. Esta unión íntima, en cuanto donación mutua de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen la plena fidelidad de los cónyuges y reclaman su indisoluble unidad”. También, que “es deber fundamental de la Iglesia reafirmar con fuerza —como han hecho los Padres del Sínodo— la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio; cuántos, en nuestros días, consideran difícil o incluso imposible vincularse a una persona por toda la vida y cuántos son arrastrados por una cultura que rechaza la indisolubilidad matrimonial y que se mofa abiertamente del compromiso de los esposos a la fidelidad, es necesario repetir el buen anuncio de la perennidad del amor conyugal que tiene en Cristo su fundamento y su fuerza (c. Ef. 5-25)”.

Recordamos asimismo lo dicho por San Juan Pablo II en Washington el 7 de octubre de 1979, al afirmar que “cuando la institución del matrimonio está abandonada al egoísmo o reducida a un acuerdo temporal y condicional que se puede rescindir fácilmente, nosotros reaccionaremos afirmando la indisolubilidad del vínculo matrimonial”. O lo expresado a las familias en Filipinas el 19 de noviembre de 1981: “... Esta unión de amor permite al hombre y a la mujer crecer juntos y cuidar adecuadamente de sus hijos. La unión que hace de los dos uno no puede ser rota por ninguna autoridad humana... La Iglesia condena toda clase de aten-

(66) Dicha alocución fue a los Obispos de la XII Región Pastoral de los Estados Unidos, en Visita Ad Limina Apostolorum.

tado para destruir la unidad del matrimonio a través de la práctica de la poligamia y todo atentado para destruir el vínculo matrimonial por medio del divorcio”⁽⁶⁷⁾. Y en el Mensaje que dicho Papa dedicó a la familia cuando visitó la Argentina en el año 1987, donde expresó lo siguiente: “el verdadero amor no existe si no es fiel. Y no puede existir, si no es honesto. Tampoco se da —en la concreta vocación al matrimonio—, si no hay de por medio un compromiso pleno que dure hasta la muerte. Sólo un matrimonio indisoluble será apoyo firme y duradero para la comunidad familiar, que se basa precisamente en el matrimonio...”. En ese mismo año 1987, en la Instrucción *Donum vitae* —de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe— se sostuvo con relación a la unidad del matrimonio, que esa unidad está pedida por el bien y el derecho de los hijos en cuanto personas, la fidelidad de los esposos y la naturaleza de la paternidad y la maternidad. Y en la Audiencia General del 3 de agosto de 1994, San Juan Pablo II señaló que al afirmar el Concilio Vaticano II que los cónyuges cristianos deben sostenerse mutuamente, subraya el carácter altruista de su amor: un amor que se manifiesta en la ayuda recíproca y en la entrega generosa” Y agregó que “hablando de una ‘fidelidad en el amor... a lo largo de toda la vida’, el Concilio atrae la atención hacia la fidelidad como compromiso que se funda en la fidelidad absoluta de Cristo Esposo. La referencia a ese compromiso, siempre necesaria, resulta más urgente ante uno de los grandes males de la sociedad contemporánea: la extendida plaga del divorcio, con las graves consecuencias que implica tanto para los esposos como para sus hijos. Con el divorcio, el marido y la mujer se infligen una herida profunda, incumpliendo su palabra y rompiendo un vínculo vital. Al mismo tiempo, perjudican a sus hijos... (n° 3). En su Discurso a la Rota Romana del 28 de enero de 2002, afirmó que “la naturaleza del hombre modelada por Dios mismo es la que proporciona la clave indispensable de lectura de las propiedades esenciales del matrimonio”; y también, que “esta verdad sobre la indisolubilidad del matrimonio, como todo el mensaje cristiano, está destinada a los hombres y a las mujeres de todos los tiempos y lugares”.

En el Discurso a la Rota Romana en el año 2007, Benedicto XVI enseñó que la naturaleza indisoluble del matrimonio no se deriva del compromiso definitivo de los contrayentes, sino que es *intrínseca a la naturaleza del vínculo matrimonial* como ha sido establecido por el Creador: “Los contrayentes se deben comprometer de modo definitivo precisamente porque el matrimonio es así en el designio de la creación y de la redención”.

(67) Citado por Bosch, Fernando M., “Juan Pablo II y una doctrina para recordar”, LA LEY, 1987-B, 906, VII.

Recordamos asimismo lo expresado por el Papa Francisco en la Exhortación Apostólica *Amoris Laetitia* sobre el Amor en la Familia, del 19 de marzo de 2016, donde, entre otras expresiones, afirmó que “el divorcio es un mal, y es muy preocupante el crecimiento del número de divorcios” (246), habiéndose asimismo en dicha Exhortación dejado constancia de la “indisolubilidad matrimonial” (243). Y en el prefacio del Itinerario Catecumenal para la vida matrimonial del Dicasterio para los Laicos, la Familia y la Vida, el Papa Francisco resaltó que el divorcio provoca grandes heridas.

VI. EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

Dicho Código—que fue promulgado por San Juan Pablo II con fecha 25 de enero de 1983 mediante la Constitución apostólica *Sacrae disciplinae leges*, y cuya vigencia comenzó el primer día de Adviento de ese mismo año, o sea el 27 de noviembre— considera como *propiedades esenciales* (en el sentido de caracteres) del matrimonio, la unidad y la indisolubilidad del vínculo (canon 1056)⁽⁶⁸⁾, que, como allí se agrega, *en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento*.

Rébora señala el paralelo existente entre el matrimonio como *sacramento* y la indisolubilidad del vínculo, la cual —según manifiesta— se fue consolidando con alguna lentitud, hasta quedar firmemente reconocida en el Concilio de Trento⁽⁶⁹⁾. Mientras que Jorge Oscar Perrino afirma, con cita de los cánones 1055 y 1056, que “el sacramento no le confiere la indisolubilidad al matrimonio, sino que le da una particular

(68) Lo mismo se establecía en el canon 1013 del Código de Derecho Canónico de 1917, que si bien fue promulgado el 27-05-1917 mediante la Constitución *Providentissima Mater Ecclesia*, recién entró en vigencia el 19-05-1918. Miguélez Domínguez manifiesta, al comentar dicho canon, que la unidad y la indisolubilidad dimanar de la naturaleza específica del matrimonio, correspondiendo en consecuencia a todos los matrimonios, tanto al de los cristianos como al de los infieles, aunque los celebrados por estos últimos no constituyan un sacramento. Y agrega que la unidad significa que no puede haber unión matrimonial si no es de uno solo con una sola, consistiendo la indisolubilidad en que no puede disolverse el matrimonio por la voluntad de los cónyuges (Código de Derecho Canónico. Comentado, cit., p. 338, nota 1). Santiago de Estrada, por su parte, afirma que “al menos durante la existencia terrenal de ambos cónyuges, cualquiera que sea la fuerza efectiva que los una, aun en caso de separación, la unión sacramental permanece, como persiste la dignidad sacerdotal aun en caso de apostasía” (“El matrimonio cristiano”, en *Revista Universitas*, diciembre de 1982, nº 65, p. 2).

(69) Rébora, Juan Carlos, *Instituciones de la Familia*, Bs.As., 1945, t. I, ps. 308 y 309.

firmeza”; es decir —agrega— que “unidad e indisolubilidad son propiedades del matrimonio por el derecho natural”, y que el fundamento de la indisolubilidad resulta de los fines del matrimonio, especialmente por la educación de los hijos y el bien de los cónyuges⁽⁷⁰⁾. Por lo que la indisolubilidad comprende tanto a los cristianos como a los que no lo son.

Cuando se habla de *propiedades esenciales* del matrimonio, se quiere significar que ellas resultan de la esencia del matrimonio, estando esa esencia constituida por los sujetos y el vínculo; no son algo añadido al vínculo, sino que forman parte de él, como inherentes al mismo⁽⁷¹⁾. Javier Hervada y Pedro Lombardía afirman que “la capacidad de ser marido o esposa sólo se desarrolla en toda su plenitud y perfección... cuando se orienta y se desarrolla en relación a una sola mujer y a un solo varón, de tal manera que únicamente la muerte pone límites a esa capacidad”; y que “no se puede atacar la indisolubilidad sin que sufra la unidad. Por eso, aceptar el principio de unidad y rechazar el de indisolubilidad significa no haber comprendido el verdadero sentido de ninguno de los dos”⁽⁷²⁾. Queda claro que la entrega de los esposos, tanto hacia ellos como hacia sus hijos, debe ser para toda la vida, ya que, si ello no fuera así, no sería una entrega total, por estar sometida a un término; si existiera una reserva en la entrega, la misma estaría sometida a celos y desconfianzas.

En la doctrina canónica la unidad entre los cónyuges está referida, según manifiesta Ceballos Serra, a la unión de un solo hombre con una sola mujer, lo que de no ocurrir —o sea en los supuestos de la unión de un hombre con varias mujeres o de una mujer con varios hombres—, si bien no atentaría contra la procreación, sí lo haría, en cambio, contra la educación de los hijos, además de contra ciertos fines del matrimonio como el de la ayuda mutua, aparte de degradar a la mujer y fomentar la concupiscencia; el valor social del matrimonio indisoluble, agrega dicho autor, “se impone por naturaleza y se demuestra por la razón”⁽⁷³⁾.

(70) Derecho de Familia, 1ª ed., Bs. As., 2006, p. 1003, n° 745.

(71) Hervada, Javier - Lombardía, Pedro, El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico, cit., t. III, p. 65, n° 14.

(72) Ob. recién cit., pág. 66.

(73) Ceballos Serra, Guillermo J., “La familia y el ordenamiento jurídico”, en Revista Universitas, diciembre de 1982, n° 65, p. 43. Conf. Hervada, Javier - Lombardía, Pedro, El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico, cit., t. III, p. 67, n° 15 inc. a; Grisanti Avelledo de Luigi, Isabel, Lecciones de Derecho de Familia, 5ª ed., Caracas, 1991, p. 93; Iribarne, Ramón, El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, cit., p. 16, quien afirma que es muy difícil —por no decir imposible—, que se logre la educación de los hijos en las uniones que no sean las de un hombre con una mujer.

En el canon 1096 del Código de Derecho Canónico expresamente se considera al matrimonio como un consorcio *permanente*, afirmándose en el canon 1055 que es un *consorcio de toda la vida*.

VI.1. La separación de los cónyuges, con y sin disolución del vínculo

No obstante el principio de la indisolubilidad del matrimonio, el Código Canónico contempla distintos supuestos que bien pueden ser denominados anómalos, en el sentido de que constituyen excepciones a ese principio general, al permitir la disolución del vínculo.

Molinario afirma que ello puede ocurrir por ciertas causas cuyos fundamentos bien pueden ser calificados como extraños a la legislación laical, pues lo que la legislación canónica contempla son situaciones en las que la conducta humana en función de la fe puede peligrar, debiendo en tal caso encontrarse remedio adecuado para que al católico que quiera vivir en la fe, no pueda tornársele imposible o riesgoso el cumplimiento de tal decisión. Lo que hace —agrega dicho autor— que la Iglesia se arrogue jurisdicción sobre los matrimonios no canónicos, cuando ellos puedan poner en peligro la fe o la salud del alma de uno de los esposos⁽⁷⁴⁾.

Mazzinghi, por su parte, explica claramente la razón de ser de esas excepciones, al afirmar que el matrimonio canónico comprende un *aspecto natural*, que es el contrato, y uno *sobrenatural*, que es el sacramento, los cuales se hallan incorporados a una misma realidad, prevaleciendo en la visión canónica este último aspecto. Agrega dicho autor que “Dios, utilizando al Romano Pontífice como Su Vicario, concede algunas veces una excepción a la indisolubilidad, en atención a la superioridad de los valores sobrenaturales. Sólo concede la disolución de los matrimonios cuando de ella ha de resultar mayor bien en orden al logro del destino eterno de los interesados”⁽⁷⁵⁾.

El Código Canónico también contempla la separación de los esposos permaneciendo el vínculo, encontrándose dicho supuesto y el de la disolución, tratados en el Capítulo IX del Título Del Matrimonio, *De la separación de los cónyuges*, que consta de dos artículos⁽⁷⁶⁾, el primero de

(74) Molinario, Alberto D., “Informaciones y reflexiones en torno de algunas gracias concedidas por el Papado en materia de disolución matrimonial”, cit., LA LEY, 155-869.

(75) Mazzinghi, Jorge A., “Sobre la indisolubilidad del matrimonio en el Derecho Canónico”, LA LEY, 152-784, IV.

(76) Como señala Guillermo L. Allende al referirse al Código Canónico de 1917, el vocablo *artículo* que se utiliza en dicho Código, equivale a lo que comúnmente se conoce como subcapítulo, ya que cada artículo se compone de varios cánones, que en

los cuales se ocupa *De la disolución del vínculo* (cánones 1141 a 1150). El segundo, que abarca del canon 1151 al 1155 inclusive, trata sobre *la separación permaneciendo el vínculo*⁽⁷⁷⁾, cuestión esta última de la que no nos ocuparemos en esta nota.

VI.2. El principio general es el de la indisolubilidad del vínculo

Tal como hemos señalado, al referirse al matrimonio canónico, o sea al matrimonio sacramento, el canon 1141 del Código de Derecho Canónico establece que el matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte. El canon 1118 del Código de 1917 era igual al recién transcrito, salvo en su primera parte, en que se refería al *matrimonio válido rato y consumado...*, en lugar de solamente al *matrimonio rato y consumado*, como en el actual canon 1141⁽⁷⁸⁾. Preferimos la actual redacción, pues se llama rato al matrimonio válido entre personas bautizadas⁽⁷⁹⁾, por lo que, de no ser válido, no podría calificársele como rato.

Del canon 1141 resulta el principio que por derecho natural es ínsito a todo matrimonio, de la indisolubilidad, ya sea por parte de los propios cónyuges o por cualquier autoridad. Se ha distinguido entre la indisolubilidad intrínseca del matrimonio, y la extrínseca. La primera, que corresponde a todo matrimonio, haya sido o no contraído por católicos, y que es considerada de derecho natural primario, significa que el matrimonio no puede ser disuelto por voluntad de ambos esposos, o de la de uno solo de ellos. La indisolubilidad extrínseca, en cambio, consiste en que el vínculo matrimonial no puede ser disuelto por ninguna autoridad humana, siendo dicha indisolubilidad considerada de derecho natural secundario, por lo cual, y tal como recuerda Bettini, la misma no es absoluta, pudiendo suceder que la necesidad de conseguir el fin primario u

verdad son los artículos (“El divorcio vincular en el derecho canónico”, LA LEY, 151-782).

(77) Similar era la disposición del Código Canónico de 1917.

(78) Con relación al canon 1118, Allende pone el acento en el hecho de que, de acuerdo con su redacción, la indisolubilidad sólo juega para el matrimonio válido, rato y consumado, pero no para los demás matrimonios (“El divorcio vincular en el derecho canónico”, LA LEY, 151-781).

(79) En tal sentido, en el párrafo 1 del canon 1061 se establece —siguiendo ese mismo párrafo del canon 1015 del Código de 1917—, que el matrimonio válido entre bautizados se llama sólo rato, si no ha sido consumado; rato y consumado, si los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne.

otro bien o valor superior exija que sea sacrificado el fin secundario, dispensándose de la indisolubilidad en ciertos casos particulares⁽⁸⁰⁾. Siendo de derecho divino, manifiesta Della Rocca, el principio de indisolubilidad obliga aún a los acatólicos⁽⁸¹⁾. En similar sentido, Juan Chelodi manifiesta que la indisolubilidad del matrimonio ha sido establecida por el derecho natural y confirmada por el derecho divino positivo, siendo la misma necesaria —agrega— para conseguir de manera permanente los fines primarios y secundarios del matrimonio⁽⁸²⁾.

Federico Aznar afirma que esa indisolubilidad opera sobre la base de dos supuestos fundamentales, como lo son la sacramentalidad del matrimonio (canon 1055, parágr. 2º), y la consumación (canon 1061, parágr. 1º), ya que ese matrimonio simboliza plenamente la unión de Cristo con la Iglesia⁽⁸³⁾. Lo que significa que de no tratarse de un matrimonio válido —o sea de un matrimonio entre personas bautizadas (canon 1055, parágr. 2º), que por ello mismo constituye un sacramento— y, además, consumado, sino de un matrimonio legítimo —contraído entre personas no bautizadas, y por tanto, no sacramental—, o no consumado, el mismo puede ser disuelto en determinados supuestos por autoridad de la Iglesia, no obstante ser, por derecho natural, indisoluble⁽⁸⁴⁾. A ello nos referiremos más adelante.

(80) Indisolubilidad del Matrimonio, cit., p. 78.

(81) Della Rocca, Fernando, Manual de Derecho Canónico, cit., t. I, p. 423, n° 68. Bettini expresa que “no se puede afirmar... que esta tesis sea una verdad de fe, un dogma de la doctrina católica, ya que la doctrina del Concilio de Trento, según las modernas investigaciones históricas, no se habría referido en sus cánones, en este punto, a la indisolubilidad extrínseca, sino únicamente a la intrínseca”. Y agrega que, no obstante, es doctrina próxima a la fe, que sostiene el canon 1118 del Código de Derecho Canónico, y enseñada por los sumos pontífices, no habiendo existido caso alguno en el cual la Iglesia hubiera disuelto un matrimonio rato y consumado (Indisolubilidad del Matrimonio, cit., ps. 78 y 79).

(82) Chelodi, Juan, El Derecho Matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico, cit., p. 289.

(83) Aznar, Federico, Código de Derecho Canónico. Comentado, cit., 1991, coment. al canon 1141, p. 553. Conf. Allende, Guillermo L., “El divorcio vincular en el derecho canónico”, cit., LA LEY, 151-786, VII.

(84) Conf. Della Rocca, Fernando, Manual de Derecho Canónico, cit., t. I, p. 423, n° 68. En igual sentido, Bernárdez Cantón afirma que la indisolubilidad opera sobre la base de dos supuestos fundamentales, como lo son el de la sacramentalidad y el de la consumación (Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 275). Ver, asimismo, Chelodi, Juan, El Derecho Matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico, cit., p. 290, quien aclara que el matrimonio rato y consumado no puede disolverse, a no ser o bien de manera impropia por declaración de nulidad, o en modo imperfecto, por separación de lecho y habitación.

En síntesis, Tomás Rincón-Pérez señala que la doctrina actual puede ser sintetizada en las siguientes tres proposiciones: 1ª Todos los matrimonios, sin excepción, son intrínsecamente indisolubles; 2ª algunos son también extrínsecamente indisolubles: los ratos y consumados; y 3ª otros son extrínsecamente disolubles: los no sacramentales (legítimos) y los sacramentales (ratos) no consumados⁽⁸⁵⁾. No obstante, pocos años después de la realización del Concilio Vaticano II han aparecido distintas posturas revisionistas de la doctrina de la Iglesia que sostienen la indisolubilidad extrínseca de los matrimonios ratos y consumados⁽⁸⁶⁾.

VI.3. Excepciones a la indisolubilidad del vínculo

Existe una serie de supuestos —que son de interpretación restrictiva⁽⁸⁷⁾—, a los cuales nos referiremos seguidamente, en los que se admite que el vínculo matrimonial puede ser válidamente disuelto, lo que tiene como efecto la posibilidad ya sea para uno —en el caso de fallecimiento— o para ambos esposos, de contraer nuevamente otro matrimonio válido.

VI.3.a. *Disolución por muerte de uno de los cónyuges*

Por de pronto y de conformidad a lo que expresamente dispone el canon 1141, el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los esposos, pudiendo el otro contraer un nuevo matrimonio sin necesidad de que transcurra ningún intervalo de tiempo⁽⁸⁸⁾.

En cuanto a la muerte, ésta debe constar legítimamente y con certeza (arg. canon 1085, parágr. 2, que repite en forma textual el mismo párrafo del canon 1069 del anterior Código).

(85) Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, cit., p. 55. Véase también sobre el tema, Pérez de Heredia - Valle, Ignacio, *Código de Derecho Canónico*, dirigido por Antonio Benlloch Poveda, AA.VV., 8ª ed., Madrid, 1994, coment. al canon 1141, p. 518.

(86) Remitimos al respecto a lo informado sobre ello por Rincón-Pérez, Tomás, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 129 y sigtes., como también por Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 320 y sigtes., quien rebate dichas posturas con relevantes fundamentos.

(87) Carbone, Edmundo J., “La incolumidad del vínculo matrimonial”, *JA*, Serie Contemp., 1974, Doct., p. 409, 18.

(88) Cabe señalar que en el actual Código Canónico fue suprimido el capítulo que en el anterior Código se refería a las segundas nupcias (cánones 1141 y 1142).

VI.3.b. *Supuesto de la muerte presunta*

De acuerdo con el canon 1707 del Código Canónico, *cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta* (parágr. 1)⁽⁸⁹⁾. El Obispo solo puede emitir esa declaración *cuando, realizadas las investigaciones oportunas, por las declaraciones de testigos, por fama o por indicios, alcance certeza moral sobre la muerte del cónyuge*, no bastando a ese efecto el hecho de su ausencia, aunque se prolongare por mucho tiempo (parágr. 2º).

Tal como resulta de dicho canon, la presunción de muerte a que se refiere no constituye una presunción legal —basada en el transcurso de un cierto período de tiempo—, sino una presunción *hominis*, “fruto de un razonamiento lógico que descubre la ilación existente entre el hecho incierto de la muerte y los datos e indicios aportados por las pruebas, concluyendo, según los casos, que la muerte del ausente es simplemente posible o probable, o, por el contrario, con la certeza moral de que ha fallecido, porque lo contrario es improbable”⁽⁹⁰⁾.

El proceso puede ser instruido por el Obispo o por medio de otra persona que aquél designare, con la presencia de un notario y sin que resulte necesario que actúe el defensor del vínculo, siendo la resolución denegatoria apelable ante la Santa Sede, donde debe intervenir la Congregación de Sacramentos⁽⁹¹⁾.

El fundamento del proceso a que se refiere el canon 1707 y al que se debe recurrir cuando no consta el fallecimiento por un medio auténtico, resulta del hecho de la prohibición de contraer matrimonio por parte de quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no hubiera sido consumado (canon 1085, parágr. 1), estableciendo el parágrafo 2º de este último canon que aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito

(89) En el parágrafo 3 del canon 1707 se establece que, en los casos dudosos y complicados, el Obispo ha de consultar a la Sede Apostólica, correspondiendo intervenir a la Congregación para los Sacramentos.

(90) Acebal, Juan Luis, Código de Derecho Canónico. Comentado, cit., coment. al canon 1707, p. 824, quien agrega que las presunciones legales son insuficientes a los efectos canónicos de que se trata, porque no se basan en la certeza moral de la muerte en el caso concreto, ni la produce.

(91) Acebal, Juan Luis, Código de Derecho Canónico. Comentado, Madrid, 1991, coment. al canon 1707, ps. 824 y 825.

contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente.

Como resulta del canon 1707, la disolución del matrimonio canónico se produce cuando el Obispo diocesano emite la declaración de muerte presunta. Y aunque el Código nada determina, si luego de declarada la disolución y antes de contraer nuevo matrimonio reaparece el ausente, nos parece que la solución correcta consiste en tener la disolución por no producida. Distinto es el supuesto —tampoco contemplado— de la reaparición del cónyuge declarado presuntamente fallecido luego de contraer el otro esposo un nuevo matrimonio; al no existir norma alguna que declare nulo el segundo matrimonio —que fue contraído válidamente— entendemos que en tal caso continuaría vigente ese segundo matrimonio. Bernárdez Cantón, en cambio, afirma que la reaparición del esposo ausente o la noticia cierta de su existencia, “tendrá el efecto de poner fin a la buena fe de los contrayentes y la necesidad de proceder a la ruptura del matrimonio así contraído”⁽⁹²⁾.

Nada se legislaba sobre el tema de la muerte presunta en el anterior Código Canónico de 1917, rigiéndose la cuestión por la Instrucción *Matrimonii vinculo*, del 13 de mayo de 1868, que fuera reproducida por el Acta *Apostolicae Sedis* del año 1910⁽⁹³⁾.

VI.3.c. *Matrimonio no consumado*

Como antes afirmamos, el artículo 1º del Capítulo IX del Código Canónico contempla distintos supuestos que constituyen una excepción al principio general de la indisolubilidad —extrínseca— del vínculo, uno de los cuales es el matrimonio no consumado entre personas bautizadas, o entre una persona bautizada y otra no bautizada, el cual, de acuerdo con el canon 1142, *puede ser disuelto por justa causa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga*.

(92) Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 278. Conf., Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, t. IV, Derecho de Familia, cit., p. 80. Ésa era, también, la opinión de Iribarne —aunque no la fundamentaba—, expresada estando vigente el Código Canónico de 1917, que tampoco contemplaba el caso de la aparición del primer cónyuge (El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, cit., p. 363).

(93) Iribarne afirmaba, estando vigente el Código Canónico de 1917, que la vigencia de la precitada Instrucción, del año 1868, fue ratificada por la praxis de la Congregación de Sacramentos en distintas oportunidades, el 18-11-1920 y el 01-07-1929, así como también que la jurisprudencia rotal interpretó que la misma conservaba su valor.

Ante la discusión existente entre teólogos y canonistas sobre el significado que tenía la consumación del matrimonio, el Papa Clemente VIII (1592-1603) designó una Comisión que dictaminó en forma unánime que el Papa tenía una potestad especial de disolver los matrimonios entre bautizados, que no habían sido consumados. Bettini afirma que no existen pruebas de que esta facultad de los Pontífices haya sido utilizada antes del pontificado del Papa Martín V (1417-1431), aunque es posible —agrega— que hubiera sido concedida con anterioridad⁽⁹⁴⁾. Recordamos con respecto al tema que, por no haber sido consumados, el Papa Alejandro VI disolvió en el año 1497 el matrimonio de Lucrecia Borgia con Juan Sforza, y al año siguiente, el que habían celebrado Luis XII con Juana de Valois.

De acuerdo con el parágr. 1 del canon 1061, el matrimonio se considera consumado *si los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole*, debiendo la consumación tener lugar con posterioridad a la celebración válida del matrimonio, por lo que la cópula que tuvo lugar antes de celebrarlo no lo tiene como consumado, y tampoco se lo considera consumado cuando la cópula se produjo antes de la convalidación o de la *sanatio in radice*⁽⁹⁵⁾.

Como establece el precitado canon 1142, resulta necesaria la existencia de la *justa causa* para que sea válida la dispensa, lo que es así debido a que el Pontífice no dispensa de una ley suya, sino de una ley divina. Mariano López Alarcón afirma que las causas tienen que ser, además, graves y urgentes⁽⁹⁶⁾. Entre lo que puede ser considerado como *justa causa*, se han enumerado, entre otras, las siguientes situaciones: cuando no existe una esperanza de reconciliación por la existencia de aversión entre los cónyuges; temor de un probable escándalo en el futuro, como, por ejemplo, las peleas entre las familias de los esposos; sospechas de impotencia; posibilidad de contraer una enfermedad contagiosa; etc., etc. Pedro María Garín Urionabarrenechea enumera entre las causas que se suelen alegar, la impotencia sobrevinida luego de la celebración del matrimonio; la enfermedad contagiosa o que impide el uso del matrimonio; la grave aversión entre los esposos, sin esperanzas de reconciliación; la dilación injustificada en la consumación del matrimonio; el matrimonio

(94) Indisolubilidad del Matrimonio, cit., p. 89, n° 82.

(95) Conf., Bernárdez Cantón, Alberto, Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 280, III; López Alarcón, Mariano, El Nuevo Sistema Matrimonial Español, cit., p. 223; Garín Urionabarrenechea, Pedro María, Legislación de la Iglesia Católica. Teología-Derecho y Derecho Matrimonial Canónico, Bilbao, 1998, p. 549.

(96) El Nuevo Sistema Matrimonial Español, cit., p. 223, donde enumera en forma no taxativa, las que pueden ser consideradas como justas causas.

civil atentado por una de las partes con una tercera persona; el defecto de consentimiento o impedimento no demostrado suficientemente para la declaración de nulidad⁽⁹⁷⁾.

Cabe señalar que tal como resulta de la redacción de la norma, aun cuando se den los requisitos exigidos, no necesariamente el Romano Pontífice debe decretar la disolución del matrimonio, pues ella constituye una gracia, que puede o no ser concedida⁽⁹⁸⁾; además, la disolución no puede ser pedida por un tercero, sino al menos por uno de los cónyuges.

En una Alocución del 5 de enero de 1993, San Juan Pablo II afirmó con relación a la significación de la consumación del matrimonio, que “la celebración del matrimonio se distingue de su consumación hasta el punto de que, sin esta consumación, el matrimonio no está todavía constituido en su plena realidad. La constatación de que un matrimonio se ha contraído jurídicamente, pero no se ha consumado (*ratum-non-consummatum*), corresponde a la constatación de que no se ha constituido plenamente como matrimonio. En efecto, las palabras mismas ‘Te quiero a ti como esposa-esposo’ se refieren no sólo a una realidad determinada, sino que pueden realizarse sólo a través de la *cópula conyugal*”.

López Alarcón afirma —con cita de R. Naz— que esta excepción a la indisolubilidad del matrimonio no constituye una dispensa propiamente dicha, tal como ese acto es regulado en los cánones 85 a 93 del Código de Derecho Canónico, debido a que “el Papa no suspende la aplicación de la ley divina de indisolubilidad, sino que, usando de su Poder vicario, disuelve el vínculo matrimonial, sustrayendo a aquella ley la materia a la cual habrá podido aplicarse”⁽⁹⁹⁾.

El canon 1142 sigue al 1119 del anterior Código Canónico, el cual comprendía entre las causas de disolución, además de los supuestos allí contemplados, el de la profesión religiosa solemne cuando el matrimonio no había sido consumado⁽¹⁰⁰⁾, habiendo sido dicha excepción eliminada en el actual Código.

(97) Legislación de la Iglesia Católica. Teología-Derecho y Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 550.

(98) Conf., Bernárdez Cantón, Alberto, Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 280, I; Garín Urionabarrenechea, Pedro María, Legislación de la Iglesia Católica. Teología-Derecho y Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 549. Véase, Souto Paz, José Antonio, Derecho matrimonial, Madrid, 2000, p. 221.

(99) López Alarcón, Mariano, El Nuevo Sistema Matrimonial Español, cit., p. 222.

(100) Ésta producía la disolución ipso iure, en el mismo momento de emisión de los votos solemnes; esto como principio general, pues existía la excepción de la Com-

Sobre la disolubilidad a la que nos estamos refiriendo, Mazinghi recuerda a Knecht cuando éste afirma que, si bien el matrimonio se constituye por el mutuo acuerdo de los esposos, la cópula sirve para robustecer su indisolubilidad absoluta. Afirma Mazinghi que la expresión más elocuente de ese acuerdo consiste en la consumación del matrimonio, la actuación de los derechos que las partes se han concedido recíprocamente en el acto de la celebración; si la voluntad real —agrega—, único poder capaz de constituir el matrimonio, sólo es cognoscible a través de los dichos y de los actos de las personas, cuando esos dichos y actos se contradicen, surge un muy amplio margen de duda sobre la sinceridad de la declaración, su viabilidad y su operatividad, margen dentro del cual actúa el Sumo Pontífice cuando dispensa un matrimonio rato no consumado⁽¹⁰¹⁾. Carbone, a su vez, afirma al respecto que si bien en el matrimonio no consumado la unión sacramental se ha producido, los cónyuges no han llegado aún a ser *una sola carne*, debiéndose también tener presente —agrega— que el fin primario del matrimonio (o, de acuerdo al actual Código Canónico, *uno de esos fines*) es la procreación, la que tiene un íntimo nexo con la consumación, por lo que al no haberse consumado, el matrimonio aún no se ha ordenado hacia su propio fin, no habiéndose efectuado todavía la donación del cuerpo de un esposo al otro, que es la esencia del matrimonio, por lo que cabría una cierta disponibilidad del mismo⁽¹⁰²⁾.

Bettini, por su parte, recuerda que Santo Tomás de Aquino explica que en algunas circunstancias se puede admitir que el fin secundario del matrimonio puede ser sacrificado con la finalidad de lograr el fin primario, pudiendo Dios dispensar de los preceptos secundarios de la ley natural —que no tienen valor absoluto ni universal—, con miras a la consecución de un bien superior⁽¹⁰³⁾. Hay quienes, no obstante, han vinculado este supuesto de disolución del matrimonio con el momento

pañía de Jesús, con relación a la cual y por un privilegio especial, quedaba disuelto el matrimonio con la emisión de votos simples. Cabe acotar que dicha causa de disolución del matrimonio existía desde Alejandro III, antes, por tanto, del Concilio de Trento, que consideró anatema quien dijera que el matrimonio rato no consumado no quedaba disuelto por la profesión religiosa de uno de los cónyuges (canon 6). Esta causa de disolución del matrimonio fue mantenida hasta la sanción del Código Canónico de 1983. Ver al respecto, Della Rocca, Fernando, Manual de Derecho Canónico, cit., t. I, p. 424, n° 69; Chelodi, Juan, El Derecho Matrimonial, cit., ps. 291 y 292.

(101) Mazinghi, Jorge A., “Sobre la indisolubilidad del matrimonio en el Derecho Canónico”, cit., LA LEY, 152-786 y 787, VI.

(102) Carbone, Edmundo, “La incolumidad del vínculo matrimonial”, cit., JA, Serie Contemp., 1974, Doct., p. 408.

(103) Bettini, Antonio B., Indisolubilidad del Matrimonio, cit., ps. 94 y sigtes.

en el cual éste ha quedado constituido, habiendo inclusive existido una tesis que sostenía que la unión se perfeccionaba con la cópula, lo cual se ha relacionado con la posibilidad de disolver el matrimonio cuando la cópula no se ha producido.

Si la no consumación del matrimonio se debe a la impotencia de uno de los esposos, para que el matrimonio sea susceptible de disolución por esa causa, la impotencia debe haber sido posterior al matrimonio, pues la anterior constituye, en el derecho canónico, un impedimento dirimente para contraer matrimonio (conf. canon 1084, parágr. 1º), y por tanto, un supuesto de nulidad del matrimonio contraído, pero no una causa de disolución del vínculo válidamente constituido⁽¹⁰⁴⁾.

En cuanto a los aspectos procesales para la dispensa del matrimonio rato y no consumado, sin perjuicio de señalar la necesidad de que se debe probar la inconsumación —aunque lo contrario se presume, si los cónyuges han cohabitado luego de la celebración del matrimonio (canon 1061, parágr. 2º)⁽¹⁰⁵⁾—, remitimos a lo establecido al respecto en los cánones 1697 a 1706, regulándose asimismo las pruebas en los procesos matrimoniales, en los cánones 1678 y siguientes (Libro VII, Parte III, Tít. y Cap. I, art. 4º). Remitimos asimismo en lo referente a la prueba de la no consumación del matrimonio, a las *Litterae circulares* “*De proceso super matrimonio rato et non consummato*”, de 20 de diciembre de 1986. Debemos además recordar que la primera vez que se legisló sobre el procedimiento para la disolución de los matrimonios ratos y no consumados fue por intermedio del Papa Benedicto XIV, a través de la Constitución *Dei miseratione*, del 3 de noviembre de 1741. Cabe asimismo señalar que el Decreto *Catholica doctrina*, del año 1923, se refiere a los distintos medios para la prueba de la inconsumación del matrimonio, tales como el examen o interrogatorio de los cónyuges y de los testigos, documentos, indicios y presunciones, la inspección corporal. Por otra parte, la Constitución *Pastor bonus*, del 28-VI-1988, encomienda a la Sagrada Congregación de Sacramentos juzgar tanto sobre la no consumación del matrimonio, como sobre la existencia de una justa causa para conceder

(104) Conf. Allende, Guillermo L., “El divorcio vincular en el derecho canónico”, cit., LA LEY, 151-783, III. Ver al respecto nuestro trabajo Impedimentos Matrimoniales, Bs. As., 1994, ps. 287 y sigtes. En cambio, en nuestro Derecho la impotencia no constituye un impedimento para contraer matrimonio, no constituyendo tampoco actualmente un supuesto de nulidad.

(105) Ver al respecto, Bettini, Antonio B., Indisolubilidad del Matrimonio, cit., p. 100, n° 91. Del canon 1061 resulta claramente que no habiendo los esposos cohabitado —por ejemplo y entre otros supuestos, en el caso de haber sido celebrado el matrimonio por poder—, la presunción no tiene lugar.

la dispensa, debiendo, una vez verificados todos los requisitos exigidos, someter la cuestión a la decisión del Sumo Pontífice.

VI.3.d. *Privilegio paulino*

Otro de los supuestos de excepción a la indisolubilidad del vínculo lo constituye el llamado *privilegio paulino*, también llamado *privilegium fidei*. Siguiendo las pautas ya establecidas en los cánones 1120 y siguientes del Código Canónico de 1917, el canon 1143 del actual Código establece como una causa de disolución del matrimonio, cuando el mismo hubiera sido contraído por dos personas no bautizadas, supuesto en el cual el matrimonio se disuelve por el privilegio paulino en favor de la fe de la parte que luego de la celebración del matrimonio ha recibido el bautismo (sea el católico o el de otra Iglesia), por el mismo hecho de que ésta contraiga un nuevo matrimonio, con tal de que haya sido el cónyuge no bautizado el que hubiera tomado la iniciativa de separarse con motivo de la práctica del culto por parte del otro esposo, a la que aquél se oponía⁽¹⁰⁶⁾. Dispone al respecto el precitado canon 1143, que *el matrimonio contraído por dos personas no bautizadas se disuelve por el privilegio paulino en favor de la fe de la parte que ha recibido el bautismo, por el mismo hecho de que ésta contraiga un nuevo matrimonio, con tal de que la parte no bautizada se separe*. Y en el parágr. 2º de dicha disposición se establece que *se considera que la parte no bautizada se separa, si no quiere cohabitar con la parte bautizada, o cohabitar pacíficamente sin ofensa del Creador, a no ser que ésta, después de recibir el bautismo le hubiera dado un motivo justo para separarse*⁽¹⁰⁷⁾.

Por *ofensa del Creador* debe entenderse la existencia de determinadas circunstancias que hacen que deba considerarse que existe un peligro de pecado ya sea para la parte bautizada o para los hijos, o el hecho de no dejar en libertad al bautizado para practicar la religión, o impedir la educación cristiana de los hijos, la poligamia o la vida conyugal deshonestas, etc.⁽¹⁰⁸⁾. Bernárdez Cantón enumera entre los casos más frecuen-

(106) Véase, Bettini, Antonio B., *Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., ps. 80 y 81; Souto Paz, José Antonio, *Derecho matrimonial*, cit., p. 222. Cabe recordar que el Concilio de Trullo, celebrado en el año 692, decretó que cuando uno de los cónyuges se convierte al catolicismo, no tiene derecho a la separación si el cónyuge infiel se muestra dispuesto a continuar la vida matrimonial.

(107) Para las Iglesias Católicas Orientales, los cánones aplicables se encuentran en el *Código de Cánones de las Iglesias Orientales*, cánones 854-858.

(108) Hervada, Javier, *Código de Derecho Canónico*. Anotado, cit., coment. al canon 1143, p. 693. Véase, Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., ps. 327 y 328.

tes de ofensa al Creador, las tentativas para que renuncie a la religión abrazada, la inducción al pecado contra la religión o contra la castidad conyugal, la oposición a la educación católica de los hijos, las relaciones adulterinas o concubinarias, la poligamia, las sevicias, la privación de alimentos⁽¹⁰⁹⁾.

El privilegio paulino, establecido en beneficio del no bautizado que se bautiza, y cuya razón de ser consiste en proteger la fe del cónyuge bautizado —que en sí misma constituye un bien superior a la naturaleza⁽¹¹⁰⁾—, resulta de lo expresado en la Primera Epístola de San Pablo a los Corintios, donde en respuesta a preguntas que le habían formulado los corintios sobre el matrimonio, San Pablo les dice: “A los demás les digo yo, no el Señor, que si algún hermano tiene mujer infiel⁽¹¹¹⁾ y ésta consiente en cohabitar con él, no la despida. Y si una mujer tiene marido infiel y éste consiente en cohabitar con ella, no la abandone. Pues se santifica el marido infiel por la mujer y se santifica la mujer infiel por el hermano. De otro modo, vuestros hijos serían impuros y ahora son santos. Pero si la parte infiel se retira, que se retire. En tales casos no está esclavizado el hermano o la hermana, que Dios nos ha llamado a la paz. ¿Qué sabes tú, mujer, si salvarás a tu marido; y tú, marido, si salvarás a tu mujer?” (7-12 y sigtes.). Se ha sostenido que tanto las figuras del privilegio paulino como del petrino no suponen una excepción a la naturaleza indisoluble del matrimonio sacramental, puesto que ambos se aplican a uniones matrimoniales no sancionadas por la Iglesia⁽¹¹²⁾.

Chelodi señala que a fines del siglo IV, las palabras de San Pablo fueron interpretadas por el Ambrosiaster (no por San Ambrosio) en el sentido de la disolución del vínculo contraído en la infidelidad, y la posibilidad, para la parte fiel, de contraer nuevas nupcias, aunque otros Santos Padres las interpretaron en sentido contrario; recién Graciano y Pedro Lombardo expusieron científicamente la doctrina, que aparece definitivamente confirmada por Inocencio III (1161-1216) en la Carta

(109) Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., ps. 288 y 289, III.

(110) Mazzinghi, Jorge A., “Matrimonio en el Derecho Canónico”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, AA.VV., Bs.As., 1992, p. 729, 2, c.

(111) Naturalmente, cuando San Pablo menciona a la mujer y al marido infiel no se está refiriendo a la infidelidad conyugal, sino a quienes no son cristianos.

(112) Casanova, Gloria, “La indisolubilidad del matrimonio: don y promesa de salvación”, cit., pág. 56, en internet: http://www.fuesp.com/pdfs_revistas/cp/27/cpe27art3.pdf

Quanto te magis dirigida con fecha 1° de mayo de 1199 a Ugón, Obispo de Ferrara⁽¹¹³⁾.

Cabe señalar que se han expresado dudas sobre el origen de este privilegio, en el sentido de ser el mismo de origen divino o eclesiástico, aunque por referirse a una norma de origen divino, como lo es la indisolubilidad del matrimonio, se ha dicho que la excepción no ha podido ser establecida si no hubiera sido por concesión divina⁽¹¹⁴⁾. Della Rocca, a su vez, manifiesta que, si bien el texto de San Pablo constituye el fundamento histórico-teológico, el privilegio es de origen divino, en cuanto que, revelado por Jesucristo, San Pablo simplemente lo promulgó, y cita como conforme la declaración emitida el 11 de julio de 1886 por la Congregación del Santo Oficio⁽¹¹⁵⁾. Se han expuesto al respecto distintas opiniones, habiendo una de ellas considerado que San Pablo admite la separación de los cónyuges, pero sin permitir nuevas nupcias, debido a que ello iría contra la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio,

(113) Véase al respecto, Sarmiento, Augusto, *El Matrimonio Cristiano*, cit., p. 327; Bettini, Antonio B., *Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., p. 83, n° 72. El contenido de dicha Carta es el siguiente: Nos ha comunicado tu fraternidad que al pasarse uno de los cónyuges a la herejía, el que queda desea volar a nueva boda y procrear hijos, y tú tuviste por bien consultarnos por tu carta si ello puede hacerse en derecho. Nos, pues, respondiendo a tu consulta de común consejo con nuestros hermanos, aun cuando algún predecesor nuestro parezca haber sentido de otro modo, distinguimos, si de dos infieles uno se convierte a la fe católica o de dos fieles uno cae en la herejía o se pasa al error de la gentilidad. Porque si uno de los cónyuges infieles se convierte a la fe católica y el otro no quiere de ningún modo cohabitar, o al menos no sin blasfemia del nombre divino, o para arrastrarle a pecado mortal, el que queda, puede pasar, si quiere, a segunda boda; y en este caso entendemos lo que dice el Apóstol: *Si el infiel se aparta, que se aparte: en estas cosas el hermano o la hermana no está sujeto a servidumbre* [1 Cor. 7, 15]; y también el canon que dice: "La injuria del Creador deshace el derecho del matrimonio respecto al que queda". Mas si es uno de los cónyuges fieles el que cae en herejía o se pasa al error de la gentilidad, no creemos que en este caso el que quede, mientras viva el otro, pueda volar a segundas nupcias, aun cuando aquí parezca mayor la injuria del Creador. Porque, aunque el matrimonio es verdadero entre los infieles; no es, sin embargo, rato; entre los fieles, en cambio, es verdadero y rato, porque es promesa de fidelidad que una vez fue admitido, no se pierde nunca, sino que hace rato el sacramento del matrimonio para que mientras él dure, dure éste también en los cónyuges.

(114) Ver al respecto, Bernárdez Cantón, Alberto, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, cit., p. 286, parágr. 105; Chelodi, Juan, *El Derecho Matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico*, cit., p. 296.

(115) *Manual de Derecho Canónico*, cit., p. 425, n° 71, nota 133. Lorenzo Miguélez Domínguez afirma, no obstante, que "se duda si (el privilegio) es de origen divino o de origen eclesiástico" (Miguélez Domínguez, Lorenzo, *Código de Derecho Canónico, Comentado*, cit., coment. al canon 1120, p. 375, nota 1).

expuesta por el mismo San Pablo en versículos cercanos a aquellos en que se fundamenta dicho privilegio. Otras opiniones, en cambio, admiten —como lo autoriza el Código canónico— la celebración por el esposo cristiano de nuevas nupcias, habiendo asimismo quienes manifiestan que lo que posiblemente San Pablo haya declarado es que en el supuesto de que el infiel quisiera romper el casamiento con una persona fiel, ese casamiento sería nulo, por lo que en el caso considerado el Apóstol no autorizaba la disolución de un matrimonio válido, sino que declaraba su invalidez⁽¹¹⁶⁾.

Mazzinghi afirma que el precio que se paga por el ejercicio del derecho que resulta del privilegio Paulino es elevado, como que consiste en la disolución de un matrimonio válido desde el punto de vista del derecho natural, no obstante lo cual, fundamenta la razón de ser de dicho privilegio en el hecho de que “conviene proporcionar a quien ha recibido la gracia de abrazar la verdadera fe, circunstancias que hagan viable su perseverancia en la actitud asumida”; y agrega que sólo en función de una muy clara ventaja de carácter espiritual, la Iglesia pudo aceptar esa solución, que califica de heroica⁽¹¹⁷⁾.

En consecuencia de lo antes dicho y en razón de lo dispuesto por el canon 1143, para que sea aplicable el privilegio paulino resulta necesario lo siguiente: a) que se trate de un matrimonio celebrado entre dos personas no bautizadas⁽¹¹⁸⁾; b) que, con posterioridad al matrimonio, una sola de ellas se bautice; y c) que la parte no bautizada no quiera continuar cohabitando con la otra, o en el supuesto de que quiera continuar haciéndolo, no esté dispuesta a hacerlo sin ofensa del Creador. Esto último es así, según señala Federico Aznar y resulta del parágrafo 2º del canon 1143, siempre que la parte bautizada no diere motivo para obrar de

(116) Díez Macho, Alejandro, *Indisolubilidad del Matrimonio y Divorcio en la Biblia*, cit., ps. 52 y 53. Remítimos a lo expuesto por Bettini, Antonio B., en *Indisolubilidad del Matrimonio*, cit., ps. 81 y sigtes., en cuanto a distintas doctrinas expresadas a través de los siglos, relacionadas con el privilegio paulino.

(117) “Sobre la indisolubilidad del Matrimonio en el Derecho Canónico”, cit., LA LEY, 152-785.

(118) Esto es así, por cuanto si el matrimonio hubiera sido contraído entre una persona bautizada y otra que no lo estuviera, y este impedimento hubiera sido dispensado (conf. cánones 1086 y 1124 y sigtes.), el matrimonio sería indisoluble (arg. canon 1142). Conf., Bernárdez Cantón, Alberto, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, cit., p. 287, I. Es por ello que en el Código Canónico actual ha sido suprimido, por innecesario, el parágrafo 2 del canon 1120 del anterior Código, que establecía que el privilegio paulino no tenía aplicación en el matrimonio celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está.

esa manera⁽¹¹⁹⁾. El ejercicio del privilegio paulino no supone anulación, ya que no hay intervención directa por parte de la Iglesia.

Aparte de esos requisitos de fondo, existen otros, de forma, que se hallan legislados en los cánones 1144 y siguientes⁽¹²⁰⁾, el primero de los cuales establece lo siguiente: *1. Para que la parte bautizada contraiga válidamente un nuevo matrimonio se debe siempre interpelar a la parte no bautizada: 1° si quiere también ella recibir el bautismo; 2° si quiere al menos cohabitar pacíficamente con la parte bautizada, sin ofensa del Creador*⁽¹²¹⁾. *Esta interpelación debe hacerse después del bautismo; sin embargo, con causa grave, el Ordinario del lugar puede permitir que se haga antes, e incluso dispensar de ella, tanto antes como después del bautismo, con tal de que conste, al menos por un procedimiento sumario y extrajudicial, que no pudo hacerse o que hubiera sido inútil.* A su vez, el canon 1145 establece la forma en que se debe practicar la interpelación a la parte no bautizada.

Della Rocca pone como ejemplos de supuestos en los que no resulta necesaria la interpelación, el temor a una grave persecución o molestias en daño de la parte bautizada, la ignorancia del lugar donde se halla el cónyuge infiel, el hecho de que sea peligroso el acceso al lugar donde éste se encuentra, etc.⁽¹²²⁾, Mientras que Bernárdez Cantón manifiesta que las diversas causas para omitir las interpelaciones son la imposibili-

(119) Aznar, Federico, Código de Derecho Canónico. Comentado, cit., coment. al canon 1143, p. 554. Conf., Pérez de Heredia y Valle, Ignacio, Código de Derecho Canónico, cit., coment. al canon 1143, p. 520. El motivo podría resultar, por ejemplo, del hecho de haber incurrido la parte bautizada en adulterio, o hacer a su cónyuge objeto de malos tratos (Della Rocca, Fernando, Manual de Derecho Canónico, cit., t. I, p. 427, nº 71, nota 137). Conf., Bernárdez Cantón, Alberto, Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 288, III.

(120) Con respecto a los requisitos de ejercicio del privilegio, véase lo expresado al respecto por Pérez de Heredia y Valle, Ignacio, Código de Derecho Canónico, cit., coment. al canon 1142, ps. 519 y 520, así como la enumeración que hace Molinario, Alberto D., "Informaciones y reflexiones en torno de algunas gracias concedidas por el Papado en materia de disolución matrimonial", cit., LA LEY, 155-871, quien agrega que el privilegio paulino no puede ser ejercitado si después del bautismo el cónyuge convertido a la fe incurrió en una causal que justifique el abandono por parte del no convertido.

(121) Es decir, sin insultar la fe del esposo bautizado, sin impedirle que practique sus creencias, o sin poner en peligro el alma del bautizado, tentándolo para recaer en la infidelidad (Della Rocca, Fernando, Manual de Derecho Canónico, cit., t. I, p. 426, nº 71).

(122) Manual de Derecho Canónico, cit., t. I, p. 427, nota 134.

dad de practicarlas, la inutilidad, y el perjuicio que pudiera seguirse a la parte convertida o incluso a los cristianos del país⁽¹²³⁾.

Recuerda Bettini que de acuerdo con el canon 1123 del anterior Código Canónico, el nuevo matrimonio debía ser celebrado con una persona católica, en razón de que el privilegio paulino es en favor de la fe⁽¹²⁴⁾. En el actual Código Canónico, en cambio, si bien ése es el principio general, se admite una excepción. En efecto, el canon 1146 dispone que *la parte bautizada tiene derecho a contraer nuevo matrimonio con otra persona católica: 1° si la otra parte responde negativamente a la interpelación, o si legítimamente no se hizo ésta; 2° si la parte no bautizada, interpelada o no, habiendo continuado la cohabitación pacífica sin ofensa al Creador, se separa después sin justa causa, quedando en pie lo que prescriben los cánones 1144 y 1145*. No obstante, el siguiente canon 1147, establece que, *sin embargo, por causa grave, el Ordinario del lugar puede conceder que la parte bautizada, usando el privilegio paulino, contraiga matrimonio con parte no católica, bautizada o no, observando también las prescripciones de los cánones sobre los matrimonios mixtos*⁽¹²⁵⁾.

Debemos hacer notar que a la disolución del matrimonio por aplicación del privilegio paulino no obsta el tiempo durante el cual los cónyuges estuvieron casados, ni tampoco la existencia de hijos de ese matrimonio. Como también, aclarar que el privilegio no consiste en una declaración de nulidad del matrimonio (en el supuesto de nulidad, el matrimonio sería inválido desde un principio), sino de una acción de la Iglesia que declara su poder de disolución sobre una unión matrimonial válida, pero que no es sacramental.

Es importante asimismo destacar que, tal como resulta de la letra del canon 1143 —que sigue al canon 1126 del Código de 1917—, el matrimonio sólo se disuelve en el momento de ser contraído el nuevo vínculo. Ésta es la doctrina que, en general, fue aceptada a través de los siglos por teólogos y canonistas, debiendo recordar que ya había sido establecida en la Decretal de Inocencio III más arriba citada, del 1° de mayo de 1199⁽¹²⁶⁾. no habiendo establecido el Código plazo alguno para que

(123) Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., p. 291, III

(124) Bettini, Antonio B., Indisolubilidad del Matrimonio, cit., p. 89, n° 81.

(125) Ver cánones 1124 a 1129

(126) Véase, Della Rocca, Fernando, Manual de Derecho Canónico, cit., t. I, ps. 425 y 428, n° 71; Aznar, Federico, Código de Derecho Canónico, Comentado, cit., p. 555, coment. al canon 1143; Pérez de Heredia y Valle, Ignacio, Código de Derecho Canónico, cit., coment. al canon 1143, p. 520. Como se advierte, la solución es similar a la que establecía en el art. 213, inc. 2°, del derogado Código Civil, en lo referente al matrimo-

ello ocurra. No obstante, Bernárdez Cantón señala que cuando se han dispensado las interpelaciones, se suele establecer como condición que el nuevo matrimonio sea celebrado dentro del año, pasado el cual se deberá nuevamente obtener la dispensa, o bien practicar las interpelaciones. No es así cuando las interpelaciones se practicaron con respuesta negativa⁽¹²⁷⁾.

Según resulta del canon 1150 (que sigue al canon 1127 del Código de 1917), *en caso de duda, el privilegio de la fe goza del favor del derecho*; por lo que, si existe duda sobre la validez del matrimonio contraído entre dos personas no bautizadas, el cónyuge que se bautizó con posterioridad puede contraer nuevo matrimonio por el privilegio paulino⁽¹²⁸⁾. Este canon, que establece un principio que había sido aceptado en forma expresa por el Concilio de Toledo del año 633, constituye, a su vez, una excepción al canon 1060 —similar al canon 1014 del Código de 1917—, que establece que el matrimonio goza del favor del derecho. Federico Aznar afirma que el hecho de que se dé preferencia al privilegio de la fe constituye una consecuencia lógica de la primacía que la Iglesia concede a la fe del cónyuge sobre su posible matrimonio no sacramental, estando ello en sintonía —agrega— con el principio establecido por San Pablo en la Primera Epístola a los Corintios. Se trata, en definitiva, según también considera dicho autor, de favorecer la salvación de las almas⁽¹²⁹⁾.

VI.3.e. *Privilegio petrino*

Al igual que en el supuesto recién referido, el privilegio petrino —que constituye una variante del anterior— también se refiere al matrimonio entre personas no bautizadas, resultando su denominación del hecho de que la disolución del matrimonio se funda en el poder que asiste al Romano Pontífice, al que le está reservada esta potestad, que ejerce por medio de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe. Lo que hace en beneficio de la fe de uno de los no bautizados, luego de recibir éste el bautismo.

nio que contrae el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; pero no, en cambio, la del actual Código Civil y Comercial (art. 435 inc. b).

(127) Bernárdez Cantón, Alberto, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, cit., p. 291, IV, c.

(128) Conf. Della Rocca, Fernando, *Manual de Derecho Canónico*, cit., t. I, p. 426, nº 71. Javier Hervada manifiesta que no se trata de un caso de disolución, sino de presunción de nulidad del primer matrimonio, aplicando el favor de la fe (Código de Derecho Canónico. Anotado, cit., coment. al canon 1150, p. 696).

(129) Código de Derecho Canónico. Comentado, cit., coment. a los cánones 1048, p. 557; y 1050, p. 558.

El caso se contempla en el canon 1148 del Código de Derecho Canónico, que en el párrafo 1º establece que *al recibir el bautismo en la Iglesia católica un no bautizado que tenga simultáneamente varias mujeres tampoco bautizadas, si le resulta duro permanecer con la primera de ellas, puede quedarse con una de las otras, apartando de sí las demás. Lo mismo vale para la mujer no bautizada que tenga simultáneamente varios maridos no bautizados*. Debemos destacar que no obstante que en caso de poligamia⁽¹³⁰⁾ solo es válido el primer matrimonio, el canon concede la posibilidad de tomar como esposa a cualquiera de las mujeres, por lo que en el supuesto de que no tome a la primera, quedaría disuelto ese primer matrimonio.

El canon 1148 recoge lo sustancial de las Constituciones Apostólicas —a las que remitía el canon 1125 del Código Canónico de 1917— *Altitudo*, de Paulo III (01-06-1537), *Romani Pontificis*, de San Pío V (02-08-1571), y *Populis*, de Gregorio XIII (25-01-1585). En los pueblos indígenas de América en la época de la conquista era común la admisión tanto de la poligamia, como también del repudio de la mujer por el marido. Por medio de la Constitución *Altitudo*, el Papa Paulo III decretó que los indios que practicaban la poligamia debían vivir en un matrimonio monogámico con la que primero había sido su esposa, y despedir a las demás; y en el supuesto de que no recordase cuál había sido su primera esposa, debía elegir una de entre todas aquellas con las cuales convivía, y despedir a las restantes. La Constitución *Romani Pontificis* autorizó a los indígenas de América a conservar como esposa, entre las varias que tuvieran, a aquella que se convirtiera y recibiera el bautismo al mismo tiempo que el esposo, o en tiempo posterior, aun cuando la misma no hubiera sido la primera esposa, debiendo despedir a las restantes. En la Constitución *Populis* se ampliaron las causas de disolución del matrimonio y la consiguiente posibilidad de la celebración de segundas nupcias, admitidas en el llamado privilegio paulino⁽¹³¹⁾.

Como resulta de lo recién señalado, el privilegio petrino ya se encontraba contemplado en las constituciones papales contempladas en el ca-

(130) Dentro del término *poligamia* se comprende tanto la poliandra como la poliginia.

(131) Véase Molinario, Alberto D., “Informaciones y reflexiones en torno de algunas gracias concedidas por el Papado en materia de disolución matrimonial”, cit., La Ley, 155-872 a 874, n° 6; Bernárdez Cantón, Alberto, Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., ps. 292 a 294; Chelodi, Juan, El Derecho Matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico, cit., p. 297; Souto Paz, José Antonio, Derecho matrimonial, cit., p. 222; Rípodas Ardanaz, Daisy, *El Matrimonio en Indias. Realidad Social y Regulación Jurídica*, Bs.As., 1977, ps. 384 y sig.

non 1125 del Código Canónico del año 1917, debiendo al respecto recordar la alocución a la que más arriba nos hemos referido del Papa Pío XII al Tribunal de la Rota con fecha 3 de octubre de 1941, donde, entre otros conceptos, expresó que “el matrimonio rato y consumado es por derecho divino indisoluble, en cuanto que no puede ser disuelto por ninguna potestad humana (canon 1118); mientras que los demás matrimonios, si bien intrínsecamente son indisolubles, no tienen, sin embargo, una indisolubilidad extrínseca absoluta, pues dados ciertos presupuestos pueden (se trata, como es sabido, de casos relativamente muy raros) ser disueltos por el privilegio paulino, y además por el Romano Pontífice en virtud de su potestad ministerial...”. Y agregaba Pío XII: “En todo caso, la norma suprema, conforme a la cual el Romano Pontífice hace uso de su potestad vicaria de disolver matrimonios, es aquella que al principio hemos indicado como la regla del ejercicio del poder judicial de la Iglesia, es decir, la salud de las almas, para la consecución de la cual tienen su debida y proporcionada consideración tanto el bien común de la sociedad religiosa, y en general el consorcio humano, cuanto el bien de los individuos⁽¹³²⁾.”

De acuerdo con el párrafo 2º del canon 1148, una vez recibido el bautismo debe contraerse el matrimonio según la forma legítima, observando, de darse el caso, las prescripciones sobre los matrimonios mixtos y las demás disposiciones del Derecho. Por último, del párrafo 3º de dicho canon resulta que el Ordinario del lugar debe cuidar que se provea suficientemente las necesidades de la primera mujer y de las demás que hubieran sido apartadas, lo que debe hacerse teniendo en cuenta la condición moral, social y económica de los lugares y de las personas; Javier Hervada manifiesta que dicha obligación es de derecho natural, pudiendo la misma entenderse satisfecha cuando se cumplen las reglas que por ley, por costumbre o por jurisprudencia se sigan en la región en los casos de separación, repudio o divorcio, salvo —agrega— que sean notoriamente injustas⁽¹³³⁾.

Un supuesto similar de disolución del matrimonio es el legislado en el canon 1149, que contempla el caso del no bautizado a quien, luego de recibido el bautismo en la Iglesia Católica, no le es posible restablecer la cohabitación con el otro cónyuge no bautizado por razón de cautivi-

(132) Véase Allende, Guillermo L., “Divorcio y separación: jurisprudencia canónica”, LA LEY, 152-1039.

(133) Código de Derecho Canónico. Anotado, cit., coment. al canon 1148, p. 695.

dad o de persecución⁽¹³⁴⁾. En ese caso, luego de la disolución del matrimonio, el mismo puede contraer nuevo matrimonio, lo que puede hacer aun cuando el otro cónyuge hubiera recibido entretanto el bautismo, quedando en vigor —se añade al final del canon— lo que prescribe el canon 1141. Afirma Zannoni que tratándose de una potestad ministerial o vicaria que opera en el ámbito del derecho divino, su ejercicio debe estar subordinado a la existencia de una causa grave y proporcionada, que, en principio, ha de radicar en la promoción de la fe⁽¹³⁵⁾. Con respecto al canon 1149, se ha sostenido que “la cuestión surgió en la colonización de América: muchas veces se capturaba a un africano y se llevaba forzado a las colonias como esclavo; y una vez en el Nuevo Mundo, se bautizaba. Pero se planteaba el problema de que cuando fue capturado en su país de origen ya estaba casado, por lo que se le debería exigir vivir como casado y separado durante toda su vida, pues era prácticamente imposible saber qué había sido de su legítima esposa”⁽¹³⁶⁾.

Cabe señalar que, a diferencia del privilegio paulino, en el petrino el Sumo Pontífice disuelve directamente el matrimonio, no siendo preciso esperar a que se celebre uno nuevo para que se produzca la disolución⁽¹³⁷⁾.

VI.3.f. Otros supuestos de excepción

Además de los referidos, existen en la actualidad otros supuestos especiales de excepción, que exceden el margen que nos hemos propuesto en este trabajo, por lo que remitimos al análisis efectuado al respecto por Alberto Bernárdez Cantón⁽¹³⁸⁾ y José Antonio Souto Paz⁽¹³⁹⁾.

(134) Queda en claro que no se trata de una persecución contra los cristianos, porque uno de los requisitos del canon es que la persona no esté bautizada.

(135) Zannoni, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, p. 31, parágr. 647, d).

(136) Reyes Vizcaino, Pedro María, “El privilegio paulino y el privilegio petrino en el matrimonio”, en internet: <https://www.iuscanonicum.org/index.php/derecho-matrimonial/indisolubilidad-del-matrimonio/549-el-privilegio-paulino-y-el-privilegio-petrino-en-el-matrimonio.html>

(137) López Alarcón, Mariano, El Nuevo Sistema Matrimonial Español, cit., ps. 225 y 226, quien recuerda que una *Instructio pro solutione matrimonii in favorem fidei* de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, del 06-12-1973, señala otros requisitos —que transcribe— para la aplicación de la dispensa.

(138) Bernárdez Cantón, Alberto, Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, cit., ps. 294 sigtes.

(139) Derecho matrimonial, cit., ps. 222 y sigte.

VII. EL CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA

La Constitución Apostólica *Fidei depositum*, dada el 11 de octubre de 1992, ordenó publicar el Catecismo de la Iglesia Católica, que había sido aprobado por San Juan Pablo II con fecha 25 de junio de ese mismo año. Además de recordar los pasajes evangélicos referentes a la indisolubilidad del matrimonio, así como los cánones del Código Canónico que reiteran esa doctrina, en el Catecismo se afirma que “el Señor Jesús insiste en la intención original del Creador que quería un matrimonio indisoluble (cf. Mt 5, 31-32; 19, 3-9; Mc 10, 9; Lc 16, 18; 1 Co 7, 10-11), y deroga la tolerancia que se había introducido en la ley antigua (cf. Mt 19, 7-9). Entre bautizados católicos, ‘el matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera de la muerte’ (CIC can. 1141)” (n° 2382). Como también, que “el divorcio es una ofensa grave a la ley natural. Pretende romper el contrato, aceptado libremente por los esposos, de vivir juntos hasta la muerte. El divorcio atenta contra la Alianza de salvación de la cual el matrimonio sacramental es un signo. El hecho de contraer una nueva unión, aunque reconocida por la ley, aumenta la gravedad de la ruptura: el cónyuge casado de nuevo se halla entonces en situación de adulterio público y permanente: Si el marido, tras haberse separado de su mujer, se une a otra mujer, es adúltero, porque hace cometer un adulterio a esta mujer; y la mujer que habita con él es adúltera, porque ha atraído a sí al marido de otra (S. Basilio, moral, regla 73)” (n° 2384).

Agrega el Catecismo que “el divorcio adquiere también su carácter inmoral a causa del desorden que introduce en la célula familiar y en la sociedad. Este desorden entraña daños graves: para el cónyuge, que se ve abandonado; para los hijos, traumatizados por la separación de los padres, y a menudo viviendo en tensión a causa de sus padres; por su efecto contagioso, que hace de él una verdadera plaga social” (n° 2385).

Recordamos asimismo tanto el primer párrafo del n° 1615 del Catecismo, en el que se hace referencia a la “existencia, inequívoca, de la indisolubilidad matrimonial”, como también la primera parte del n° 1644, según la cual, “el amor de los esposos exige por su misma naturaleza, la unidad y la indisolubilidad de la comunidad de personas que abarca la vida entera de los esposos: ‘De manera que ya no son dos sino una sola carne’ (Mt 19, 6; cf. Gn 2, 24)”.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA LEY APLICABLE AL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

POR JORGE OSVALDO AZPIRI

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos y, tal vez, con más frecuencia que antes, se presenta el fenómeno social que se produce con el desplazamiento de las personas de su lugar de origen.

Muy diversas pueden ser las razones que ocasionan esta movilidad ya que estarán originadas en motivos de orden étnico, religioso, económico, político y aun por simples decisiones de vida.

Las migraciones tienen por protagonistas a personas solas y a grupos familiares y es frecuente que muchos de ellos se encuentren casados.

Estas novedosas situaciones llevan a la necesidad de resolver las cuestiones económicas que se producen a raíz del cambio de residencia de las personas casadas.

El encuadre legal que corresponde a fin de vislumbrar una respuesta a esta problemática se encuentra en la ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio cuando existe una discordancia entre el lugar donde los cónyuges decidieron vivir luego de celebrar las nupcias y el sitio donde habitan en el momento en que se produce el conflicto que requiere una solución legal.

Este tema que ha sido muy poco analizado por la doctrina se encuentra regulado por el art. 2625 del CCCN que dispone: “Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen

por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.”

A lo largo de este comentario, se plantearán algunas cuestiones referidas a la posibilidad de optar por la aplicación del derecho argentino cuando los cónyuges han mudado su domicilio al país apartándose del derecho extranjero por haber estado radicado su primer domicilio fuera de la República Argentina.

No se hará referencia a las convenciones matrimoniales, ni a su posible modificación ni a las cuestiones de estricto carácter real, porque escapan al alcance de esta nota.

II. PRIMER DOMICILIO CONYUGAL

El art. 163 del CC traía ya una estipulación similar a la actual en cuanto a la determinación del derecho aplicable al régimen patrimonial del matrimonio según la ley del primer domicilio conyugal.

En similar sentido es contemplada esta situación por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 en su art. 16: “Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.”

Y se completa el enunciado en el art. 17 de dicho tratado que dice: “El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio”.

Frente a esta situación, es de fundamental importancia la demostración del lugar donde estuvo situado el primer domicilio conyugal ya que de este modo queda establecida la ley aplicable al régimen de bienes.

Habitualmente no tendría que haber dificultades para esta acreditación porque responde al comportamiento que sucede con frecuencia

luego de celebrar las nupcias; es decir, que los esposos residan en un mismo domicilio.

Pero puede suceder que los cónyuges contraigan nupcias en un lugar determinado y luego habiten en países diferentes sin haber constituido un primer domicilio común.

Esto puede ocurrir por razones familiares, de salud o laborales que hagan inconveniente esta convivencia o por una convicción personal de los contrayentes que no deseen vivir bajo un mismo techo.

Debe recordarse al respecto que el art. 431 del CCCN enuncia 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, pero a diferencia de lo que establecía el CC no ha impuesto la obligación de que vivan en el mismo domicilio elegido de común acuerdo.

Tal supuesto —es decir, cuando no se pueda demostrar que ha existido un primer domicilio conyugal— no tiene una solución expresa en el derecho vigente, aunque en este caso tan particular, la respuesta que parece más adecuada es apartarse de la directiva del art. 2625 y considerar que el derecho aplicable será el que corresponda al lugar de celebración del matrimonio.

El Código Civil Español en su artículo 9.2 establece como última alternativa, la propuesta interpretativa que se hace: “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal de residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.”

III. LA POSIBILIDAD DEL OPTAR PARA QUE RIJA EL DERECHO ARGENTINO

Esta alternativa que ahora se les ofrece a los cónyuges cuyo régimen patrimonial es regido por un derecho extranjero para que, ante el cambio de domicilio al país, opten por quedar sometidos al derecho argentino, es una novedad legislativa incorporada por el CCCN.

La fuente inmediata de este agregado se encuentra en el art. 2578 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 que decía en su último pá-

rrafo: "Transcurridos cinco años del traslado del domicilio conyugal a la República, los cónyuges de común acuerdo podrán optar por la aplicación de esta ley. El ejercicio de esta facultad no afectará los derechos de terceros."

El antecedente más remoto de esta posibilidad parece encontrarse en el art. 6 de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales del 14 de marzo de 1978 que dispone: "Los cónyuges podrán, durante el matrimonio, someter su régimen matrimonial a una ley interna distinta de la que era aplicable hasta entonces. Los cónyuges solo podrán designar una de las siguientes leyes: 1. La ley de un Estado del que uno de los cónyuges tenga la nacionalidad en el momento de dicha designación. 2. La ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el momento de dicha designación. La Ley así designada se aplica al conjunto de sus bienes. Sin embargo, hayan procedido o no los cónyuges a la designación prevista por los párrafos precedentes o por el art. 3, podrán designar, en lo que concierne a los inmuebles o a algunos de entre ellos, la ley del lugar en que dichos inmuebles estuvieren situados. Podrán igualmente prever que los inmuebles que se adquieran con posterioridad quedarán sometidos a la ley del lugar de su situación."

Nótese la diferencia entre la redacción del art. 2625 y su fuente ya que ésta permitía la opción luego de 5 años de haber trasladado del domicilio al país mientras que la norma actualmente vigente eliminó ese requisito.

Por lo tanto, la posibilidad de elegir la aplicación del derecho argentino es inmediata en la medida en que cumplan los requisitos establecidos y expresen su voluntad.

IV. REQUISITOS PARA QUE SE PUEDA OPTAR

El presupuesto de hecho para que los cónyuges puedan tener la posibilidad de optar por la aplicación de la ley argentina a su régimen patrimonial del matrimonio es que hayan mudado su domicilio a la República.

No se exige que tengan un domicilio común sino que ambos tienen que haber trasladado su residencia a la República aunque habiten en lugares separados.

Luego de estar residiendo en nuestro país, los esposos tienen la posibilidad de celebrar un acuerdo para cambiar la ley aplicable en cuanto a sus bienes.

Este acuerdo debe ser realizado en instrumento público y aquí surge una dificultad interpretativa ya que de acuerdo a lo establecido por el art. 289 del CCCN: "Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios, b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes, c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión."

Por lo tanto, podría darse el caso de que la opción por la aplicación del derecho argentino fuera instrumentada ante un funcionario público que actuara dentro de los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial (art. 290 CCCN) lo que constituya un instrumento público.

Sin embargo, el art. 448 del CCCN dispone que las convenciones matrimoniales deben ser instrumentadas por escritura pública.

Esta regulación específica del art. 2625 en cuanto a la forma de realizar la elección de la ley argentina parece prevalecer por sobre la necesidad de otorgar la convención matrimonial por escritura pública.

El acuerdo es, sin duda, una convención matrimonial, porque implica una modificación de un aspecto esencial del régimen patrimonial como es la ley aplicable pero será posible documentarla por un simple instrumento público sin necesidad de recurrir a una escritura notarial.

V. NECESIDAD DE INSCRIBIR EL DOCUMENTO COMO ANOTACIÓN MARGINAL EN EL ACTA DE MATRIMONIO

Nada dispone el art. 2625 en cuanto a la necesidad de realizar la anotación marginal en el acta de matrimonio que exige el art. 448 para que la convención matrimonial produzca efectos frente a terceros.

La forma de cumplir con este recaudo será inscribiendo el acta de matrimonio, seguramente celebrado en el extranjero, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio actual de los cónyuges, en el libro especial que contempla el art. 74 de la ley 26.413 y luego o simultáneamente, registrar como anotación marginal el cambio de ley aplicable en cuanto al régimen patrimonial.

De esta manera, a pesar de no estar expresamente establecido en el art. 2625 del CCCN se confiere la debida publicidad al convenio referido a la aplicación del derecho argentino, para que sea oponible frente a terceros.

Si no se realizara tal inscripción, cuando los cónyuges celebren un acto con terceros respecto de sus bienes tendrían que dejar constancia en el mismo acto que han optado por la aplicación de la ley argentina.

VI. EFECTO INMEDIATO Y DE PLENO DERECHO DE LA NUEVA LEY

Una cuestión que resulta necesario analizar es la referida a la aplicación inmediata o no de las normas argentinas cuando se ha realizado la opción.

Puede suceder que se trate de un matrimonio celebrado en el extranjero que —por ejemplo— es regido por la ley catalana debido a que su primer domicilio estaba situado en esa Comunidad.

De acuerdo con el art. 231-10.2 del libro segundo Código Civil Catalán, cuando los esposos no han celebrado una convención matrimonial quedan sometidos al régimen de separación de bienes.

También en la Comunidad Valenciana el régimen supletorio es el de separación de bienes conforme resulta del art. 6 de la ley 10/2007 del Régimen Económico Matrimonial Valenciano y lo mismo ocurre en las Islas Baleares tal como lo establece el art. 3 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares aprobada por el decreto legislativo 79/1990.

En el caso de haber trasladado su domicilio a la República Argentina y haber realizado la opción por la aplicación del derecho nacional en cuanto a su régimen de bienes surge la duda acerca de la vigencia o no del régimen de separación de bienes ya que el art. 463 del CCCN en caso de silencio determina la aplicación del régimen de comunidad.

Al no haber manifestado en forma expresa ni al celebrar las nupcias ni al acogerse a la aplicación de la ley argentina acerca del régimen al que quedan sometidos, parece imponerse la solución que indica la vigencia inmediata y de pleno derecho de la nueva ley que rige su régimen patrimonial.

Y si esta es la interpretación válida, en el caso planteado, los cónyuges quedarían regidos por el régimen de comunidad como sistema supletorio.

Esta forma de entender la norma acarrea complicaciones adicionales, como por ejemplo, determinar a partir de qué momento comenzó a regir la comunidad; desde que celebraron el matrimonio o desde que ejercieron la opción.

La decisión de acogerse a la ley argentina, cuando podían haber guardado silencio, implica la aceptación lisa y llana del derecho vigente en la República, por lo que, la comunidad habrá comenzado en el momento en que ejercieron la opción.

Además, no habrá dificultades en cuanto a la vigencia inmediata del régimen primario previsto por los arts. 454 y siguientes del CCCN porque rigen tanto para la comunidad como para la separación de bienes.

Pero los bienes que tenían los cónyuges con anterioridad a la opción serán personales porque el régimen de separación termina con la elección de la ley argentina y los que adquieran con posterioridad deberán ser calificados como propios o gananciales, según corresponda.

Una manifestación expresa de los cónyuges en el momento de acogerse a la aplicación de la ley argentina acerca del régimen al que quedarán sometidos evitaría las dudas y situaciones conflictivas que se pudieran presentar.

VII. POSIBILIDAD DE MODIFICAR EL RÉGIMEN ANTES DEL AÑO DE LA OPCIÓN

Una vez realizada la opción por la vigencia del derecho argentino, los cónyuges tienen la posibilidad de modificar el régimen que los regía.

La convención mediante la cual se realiza el cambio solo puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública, conforme lo permite el art. 449 del CCCN.

La cuestión que se plantea es si, en forma inmediata a la elección del derecho argentino, resulta posible también modificar el régimen o si debe esperarse un año para poder llevarla a cabo en forma válida.

Podría darse el caso en que el sistema anterior ya hubiera tenido una vigencia de un año y en tal supuesto, quedaría encuadrada la situación estrictamente en la norma argentina que permite su modificación sin tener que esperar el cumplimiento de ese plazo.

Esta interpretación trae como consecuencia que será posible la realización de una convención que tenga por fin modificar el régimen patrimonial vigente hasta ese momento, en la medida en que ya haya transcurrido un año de comenzado el régimen anterior, aunque todavía el plazo de un año desde la opción no se encuentre cumplido.

VIII. POSIBILIDAD DE OPCIÓN PARA MODIFICAR UN SISTEMA INALTERABLE DE ACUERDO CON LA LEY QUE REGÍA EL RÉGIMEN DE BIENES

Nuestro país, a partir de la sanción del CCCN ha dejado en el pasado la obligatoriedad del régimen único e inmodificable de la sociedad conyugal, permitiendo la elección del sistema de separación de bienes o bien guardando silencio para quedar sometidos a la comunidad.

Puede suceder que los cónyuges hayan celebrado un matrimonio y constituido su primer domicilio conyugal en un país que no admita la modificación convencional del régimen patrimonial del matrimonio.

Así sucede en el Código de las Familias y del Procedimiento Familiar Boliviano, aprobado por la ley 603 del 19 de noviembre de 2014, ya que de acuerdo al art. 177 “La comunidad de gananciales se regula por la ley, no pudiendo renunciarse ni modificarse por convenios particulares, bajo pena de nulidad.”

Los cónyuges podrían luego trasladar su domicilio a la República Argentina y ejercer la opción para que se aplique nuestro derecho.

En tal caso cuando celebren ese convenio o bien luego de él, podrían también optar por dar por finalizada la comunidad de gananciales del derecho boliviano que los regía hasta entonces y elegir quedar sometidos al régimen de separación de bienes.

Ninguna dificultad se puede presentar en cuanto a la interpretación de este nuevo régimen porque ha quedado plasmado de acuerdo a la ley argentina.

El inconveniente podría surgir si pretendieran los esposos hacerlo valer en el futuro dentro del territorio boliviano.

IX. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN CASO DE NO HABER EJERCIDO LA OPCIÓN

La posibilidad de quedar regidos por el derecho argentino que pueden elegir los cónyuges cuando han trasladado su domicilio al país, siempre significa que deberá ineludiblemente aplicarse el Código Civil y Comercial de la Nación para resolver las cuestiones conflictivas que puedan presentarse. Pongamos como ejemplo un matrimonio celebrado y con primer domicilio en Brasil en el que, por haberlo así elegido oportunamente los cónyuges se encuentran sometidos al régimen de comu-

nidad universal previsto en el art. 1667 del Código Civil Brasileño o bien al régimen de participación en los adquiridos según lo permitido por el art. 1672 del mismo Código.

Trasladan luego su domicilio a la Argentina y no optan por quedar regidos por el derecho de nuestro país por lo que seguirán aplicándose el derecho Brasileño.

Como tanto el régimen de comunidad universal como el de participación no han sido admitidos por nuestra legislación, todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los cónyuges respecto de conflictos posibles durante la vigencia de esos regímenes como así también su extinción y liquidación deberán ser resueltas por la aplicación de la ley extranjera, en el caso, por las normas del Código Civil Brasileño.

Será entonces el juez argentino quien tendrá a su cargo dirimir esos conflictos por cuanto, al estar domiciliados en el país regirá las normas de competencia territorial que correspondan.

Así, ante el planteo de divorcio será competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta, conforme resulta del art. 717 del CCCN y ante ese mismo magistrado deberán interponerse las cuestiones conexas como ser la extinción, liquidación y partición del régimen de bienes al que estén sometidos los cónyuges.

Y si se tratase de otro tipo de conflictos deberá demandarse ante el Juez del domicilio del demandado tal como resulta del art. 5 del Cod. Procesal.

Pero lo relevante será que todas esas cuestiones serán resueltas por un magistrado argentino, aplicando la ley extranjera.

Por el contrario, si hubieran elegido la aplicación de la ley argentina, debe considerarse vigente de pleno derecho nuestro ordenamiento legal y por ello, considerar que el régimen de comunidad universal o el de participación han terminado, quedando regidos para el futuro por el régimen de comunidad si hubieran guardado silencio en el momento de ejercer la opción.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es evidente que la opción que realicen los cónyuges para que se aplique el derecho argentino a su régimen patrimonial puede suscitar

dificultades interpretativas debido a la novedad de su incorporación a la legislación vigente y a la falta de antecedentes jurisprudenciales que puedan servir de guía para su resolución.

Será fundamental la labor de los profesionales que brinden su asesoramiento a los cónyuges que se encuentren en esta situación para evitar que surjan cuestiones de muy difícil solución en el futuro.

Tanto abogados, como escribanos y magistrados deberán estar especialmente alertas ante los casos que se puedan presentar para poder encuadrar adecuadamente esta situación.

Y además habrá que tener presente que, en caso de haber guardado silencio, a pesar del cambio de domicilio a nuestro país, es decir, cuando no se ha ejercido la opción, deberá aplicarse para la resolución de los conflictos la ley extranjera que regía en el primer domicilio conyugal.

CAPACIDAD DE OBRAR Y DISCERNIMIENTO

POR JULIO CÉSAR CAPPARELLI

I. INTRODUCCIÓN

El derecho civil se centra en la persona y de ella dice que tiene diversos atributos, entre los cuales se encuentra la capacidad.

Al referirnos a la capacidad decimos que se trata de una aptitud legal, o sea algo que la ley reconoce y así lo expresa.

Distinguimos entre la capacidad de derecho y la capacidad de hecho. La primera es la aptitud de la persona de poder ser titular de derechos. La segunda se refiere a la capacidad de ejercer esos derechos por sí mismo, por eso se la denomina capacidad de hecho o de ejercicio.

Vamos a detenernos en este segundo aspecto.

Hay una primera distinción entre los que la ley considera incapaces en razón de la edad y los considerados capaces una vez que han llegado a la mayoría de edad.

En cuanto a los primeros, el enfoque ha cambiado sensiblemente. De una posición rígida que sostenía que los menores de edad eran incapaces, con alguna salvedad aún en el Código de Vélez Sarsfield, se pasó a un criterio diferente que considera al menor de edad no sólo como una persona que debe ser protegida sino como una persona que en su evolución, es decir en su crecimiento, va adquiriendo aptitud para realizar diversos actos jurídicos en la medida de su progreso o desarrollo. De esa consideración procede la expresión de capacidad progresiva del menor lo que lleva a marcar una distinción entre los que son menores de 13 años y los que ya los han cumplido, razón por la cual ya no se los llama niños sino adolescentes, capaces de tomar decisiones en algunos campos, en particular los referidos a su propia salud.

Dejaremos de lado la cuestión de los menores y vamos a ocuparnos de los mayores de edad.

Si bien sabemos que los mayores de 18 años son capaces, también existen casos en los cuales dicha capacidad de obrar se va a ver afectada. Ello ocurre porque las categorías legales no pueden dejar de lado la realidad humana subyacente. Es ahí donde pueden surgir problemas que no se resuelven con una categoría rígida. Esta se inclina por una presunción, la de la existencia de capacidad de obrar en toda persona mayor de edad, pero es una presunción que admite prueba en contrario.

El acto jurídico requiere para la validez que quien lo otorga posea discernimiento, intención y libertad.

Si se ven afectados estos elementos pueden generarse vicios del consentimiento. Si el vicio es del discernimiento nace el error, en los otros casos el dolo y la violencia.

El error supone el discernimiento, lo que ocurre es que la razón —que existe en el sujeto— no puede captar la verdad al no percibir todos los aspectos involucrados en el objeto sobre el que recae el consentimiento.

Esto se distingue de la ignorancia que es la falta de conocimiento, no el conocimiento viciado.

Todas estas cosas que integran la teoría del acto jurídico no son las que nos interesan acá, sino lo relativo a los supuestos en que el discernimiento mismo se ve afectado por una razón procedente de la naturaleza de la persona en concreto.

Puede existir una disminución de la razón en diversos grados que impida la realización de un acto jurídico eficaz. Según la seriedad de la alteración mental el derecho ofrece distintas soluciones.

II. LA APTITUD MENTAL: TRANSFORMACIONES Y ALTERACIONES

El derecho aplica sus categorías propias tomando en consideración la naturaleza del ser humano, pero a diferencia de otras disciplinas, asume parámetros más o menos rígidos según las épocas.

Así durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield se estableció una línea de separación muy nítida entre los capaces y los incapaces para el derecho.

El art. 54 del Cód. Civil designaba incapaces a las personas por nacer, a los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. El art. 55 se ocupaba de los menores adultos

a los que otorgaba capacidad de obrar para actos especialmente designados por las leyes. En el polo opuesto se encontraban las personas que no tenían limitados sus derechos (art. 52).

El CCCN en su art. 24 tiene por incapaces de ejercicio la persona por nacer, la que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente (art. 25 y ss.) y la persona declarada incapaz por sentencia judicial.

Introduce una cuña en el criterio rígido con respecto a los menores que distingue entre los que no han cumplido 13 años a los que denomina niños y los que los han cumplido llamados adolescentes. Aquí agrega el otro elemento o sea el grado de madurez suficiente.

Estas categorías jurídicas reflejan las transformaciones que se operan en las personas desde su nacimiento. Por eso se refiere a niños, de 0 a 12 años, porque en ellos en líneas generales reconocemos la existencia de un discernimiento en desarrollo que encuentra ciertos límites. Por ejemplo a nivel de conocimiento suelen tener pensamiento concreto, no son capaces de abstracción, su interpretación del lenguaje es literal y en cuanto a lo relacional encontramos en ellos una falta de inhibición social que los lleva a exteriorizar lo que observan sin tomar en cuenta el impacto que pudieran producir sus palabras en la otra persona. El trato social de acuerdo con las pautas comunes requiere tiempo y aprendizaje.

Sin embargo, no podemos decir que no disciernen, sino que pueden hacerlo en forma limitada.

El adolescente, en cambio, va adquiriendo capacidad de abstracción, lenguaje simbólico, pautas de inhibición social, es decir que distinguen entre lo que se debe decir y lo que no se debe decir, así como una gradualidad en la valoración entre lo que es conveniente y lo que es inconveniente.

Pero esto es un proceso que varía de uno a otro individuo. Por eso se hace difícil establecer aún respecto a aquellas cosas en las que pueden decidir, por ejemplo, el cuidado del propio cuerpo, terapias, intervenciones médicas, si efectivamente están en lo personal en condiciones de hacerlo.

El adulto en cambio, el mayor de 18 años que posee total capacidad de obrar, se supone que ya ha adquirido pensamiento abstracto, que sabe de inhibiciones sociales, que tiene aptitud para hacer un juicio práctico o de valor acerca de lo que es más conveniente, o calcular la relación de medio a fin para proponerse una meta, el camino para llegar a ella y los medios necesarios para lograrlo.

Pero no todo adulto capaz para el derecho lo es en lo personal. No es raro escuchar que la adolescencia se ha prolongado, que muchos jóvenes mayores de 18 años no llegan a dimensionar los efectos que pueden producir sus actos, los daños que pueden infligir a terceros, por ejemplo, transgrediendo simplemente normas de tránsito o excediéndose en el consumo de alcohol y otras sustancias.

El caso de los adultos mayores o ancianos es diferente. Suelen presentarse disminuciones físicas que van de lo leve a lo grave y también mentales que pueden ser leves, medianas o graves. Se dan muchos matices que pueden llegar a afectar el discernimiento o la expresión de la voluntad, lo que incide en el otorgamiento de actos jurídicos.

Por lo dicho hasta acá podemos apreciar cómo puede existir cierta desarmonía entre la mirada jurídica y la realidad personal que implica lógicamente el medio social en el que se desenvuelve la vida.

La ley *a priori* no puede negar derechos humanos que reconocemos de raigambre constitucional y tampoco puede discriminar entre unos y otros en base a criterios psicológicos o médicos.

La intervención desde la ley se efectúa por una razón de respeto por los derechos y autonomía personal y si resulta necesario para protección de la persona. Pero debe ser muy cuidadosa al limitar el ejercicio personal de los derechos y respetar la igualdad de cada ser humano ante la ley.

Sin perjuicio de las transformaciones personales que pueden más o menos generalizarse según la franja etaria, existen también las alteraciones mentales que pueden afectar el discernimiento.

Nos referimos a cierta desorganización del pensamiento con respecto a la realidad y en particular a los problemas que pueden presentarse para establecer y conservar vínculos sociales. Estas cosas pueden resultar difíciles de percibir a menos que por su envergadura resulten notorias, ya que se da en ellas una diferencia de grados.

III. EL PROBLEMA DE LA ALTERACIÓN MENTAL

Un ser adulto, mayor de edad para la ley, con plena capacidad de hecho, puede presentar más allá de las transformaciones propias de cada etapa de la vida, alteraciones mentales que pueden ser transitorias o permanentes.

Si la alteración es transitoria y afecta al discernimiento repercutirá en la eficacia del acto que celebre. Lo que se deberá probar para que el acto sea anulado es la falta de discernimiento suficiente en el momento de la celebración del acto, lo que puede deberse a muy diversas causas.

Si la alteración es estable, duradera, permanente, estamos ante un problema que requiere una solución legal diferente.

El código de Vélez respondiendo a su época estableció la insania como remedio jurídico a la alteración mental permanente que era calificada como locura, sin demasiados matices.

La psiquiatría y la psicología evolucionó mucho desde entonces con el conocimiento y descripción de las múltiples alteraciones mentales explicando mucho más otros aspectos antes descuidados como los problemas fronterizos, o sea que no están de un lado ni del otro y que oscilan entre lo que vulgarmente denominamos salud o enfermedad.

Respondiendo un poco a eso, la ley 17.711 del año 1968 introduce un agregado al establecer en el art. 152 bis otra categoría jurídica: la inhabilitación.⁽¹⁾

Enuncia como causas a la embriaguez habitual. Con el calificativo la distingue de la embriaguez circunstancial bajo cuyo influjo puede llegar a celebrarse un acto jurídico pero que dista de la situación en que se encuentra el ebrio consuetudinario, que no está permanentemente privado de razón pero que sin embargo su adicción crea problemas mentales según el grado de afectación que tienen enorme incidencia en la conducta.

Añade el caso de los disminuidos en sus facultades mentales que no es lo mismo que el que carece de razón, no es equiparable al insano puesto que tiene algún discernimiento, pero suele carecer de un desarrollo adecuado de sus facultades acorde con su edad lo que lo priva en especial de la dificultad para comprender a fondo las cosas, las causas, los efectos, y elaborar un juicio crítico acerca de la posibilidad y conveniencia de un determinado acto.

(1) LLAMBÍAS, Jorge J., Estudio de la Reforma del Código Civil, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1969, p.48 quien se refiere a la inhabilitación como una de las más salientes y felices innovaciones de la ley 17.711. BORDA, Guillermo A. La Reforma de 1968 al Código Civil, ed. Perrot, Buenos Aires 1971, p.110 quien destaca que era necesario arbitrar un sistema que protegiera a estas personas (se refiere a quienes tienen otras alteraciones mentales sin ser insanos), pero sin colocarlas en la misma situación de incapacidad de los dementes.

Por todo lo expresado es que la ley reconoce cierta posibilidad de autodeterminación y al mismo tiempo la necesidad de una ayuda para el otorgamiento de determinados actos, en especial los actos dispositivos en materia patrimonial.

También incluye como causa la prodigalidad, caso diferente de los anteriores que apunta a un obrar compulsivo e irresponsable en la administración de los bienes que causa perjuicio a la familia del pródigo. Pero es un caso muy particular y diverso, razón por la cual en el nuevo código fue tratado separadamente.

El tema de las alteraciones mentales pasó a ser tratado jurídicamente dentro del amplio marco de la discapacidad.

Internacionalmente se logra después de largos años de elaboración la suscripción en sede de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con fecha 13 de diciembre de 2006. Fue aprobada en la República Argentina por ley 26.378 el 6 de junio de 2008.

Según el artículo 12 de la CDPD todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica.

No queda claro a qué se refiere en cuanto a plena capacidad jurídica.⁽²⁾ Si se trata de la capacidad de derecho no cabe ninguna duda. Pero obviamente se avanza sobre la capacidad de ejercicio tratando que se reconozcan derechos en igualdad de condiciones apartándose de la visión que sólo se centra en la discapacidad.

El principio es el contrario: son capaces y requieren sólo salvaguardias adecuadas que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Se deben evitar influencias indebidas, que las medidas que se tomen se apliquen en plazos lo más cortos posibles y estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad u órgano judicial competente, como lo expresa el art.4 de la ley.

Bajo el influjo de esta Convención y debido a su aprobación por ley 26.378 Argentina se compromete a revisar su derecho interno y aplicar los criterios adoptados con respecto a la discapacidad, tanto física como mental, tratando de respetar plenamente a la persona discapaci-

(2) SEDA, Juan A., *El Testador con Discapacidad Mental o Intelectual*, en "Los Nuevos Horizontes del Derecho de las Personas y la Familia" Liber Amicorum, Gracielita Medina, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2019, p.831.

tada y de intervenir en lo estrictamente necesario para evitar los perjuicios que podrían sobrevenir en su persona o en su patrimonio.

Por tal razón en el año 2010 se modifica el Código Civil incorporando al mismo el art. 152 ter que obliga a revisar en primer lugar los expedientes en los que se ha resuelto la interdicción y nombrado un curador como representante del incapaz para verificar mediante la colaboración interdisciplinaria la situación de la persona interdicta dado que las resoluciones judiciales deben especificar las funciones y actos que limitan procurando que la afectación de la autonomía de la voluntad sea la menor posible.

Esta norma resultó revolucionaria y llevó a un cambio de mentalidad y de la praxis judicial.⁽³⁾

Los jueces comprobaron que había casos en los cuales la insania y el nombramiento del curador como representante podían conservar su vigencia pero que en otros debía modificarse lo resuelto y establecer concretamente las limitaciones y cómo se debe obrar en esos casos.

Estos antecedentes nos llevan de la mano a la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación que lógicamente responde a estos nuevos criterios valorativos.

IV. LA RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO

El Código Civil y Comercial de la Nación en su Libro Primero, Título I, se ocupa de la persona humana, considerando en el Capítulo 2 el tema de la Capacidad.

Dedica tres Secciones, siendo la 1° la de los “Principios generales”, la 2° “Persona menor de edad”, y la Sección 3° “Restricciones a la capacidad”.

Esta última Sección comienza en el Parágrafo 1° tratando los “Principios comunes”.

Las reglas por las que se rige la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica surgen del art. 31 que en varios incisos dispone lo siguiente:

(3) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás - MUÑIZ, Carlos; La capacidad jurídica de las personas con enfermedad mental durante el proceso en el nuevo Código Civil y Comercial. SJA 18/02/2015,3. Cita Online AR/DOC/5741/2014.

“a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

“b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

“c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

“d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

“e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;

“f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”

Sin pretender comentar todo el artículo queremos señalar unas pocas cosas que resultan importantes para los profesionales que deben muchas veces intervenir en actos de trascendencia para el interés de la persona cuya capacidad se halla restringida.

En el inciso a) la presunción de capacidad se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Esto último suele alegarse en contra de la aptitud mental, especialmente cuando se trata de un geriátrico o de una clínica para enfermos mentales. Pareciera que el lugar de alojamiento o de internación invierte la presunción y el profesional del derecho cae en la misma trampa; teme involucrarse y asistir a la persona internada cuando se trata del otorgamiento de un acto jurídico o bien cuando se trata de impugnar el acto se detiene en el hecho de la internación como si de dicho contexto pudiera surgir una presunción contraria a la aptitud mental. La sola internación no debe considerarse un principio en contra.

También al examinar la documentación, cuando existe una sentencia restrictiva deben leerse atentamente los términos de esta, tal como lo dice el inc. b), en lugar de efectuar una interpretación ampliatoria de la restricción.

El carácter interdisciplinario del inc. c) debe llevar a considerar todas las pericias e informes que surjan del expediente y no sólo un informe médico.

Las restricciones a la capacidad están tratadas en un único artículo a diferencia de lo que ocurría en el código anterior cuyo art. 141 consagraba la incapacidad para pasar luego a considerar los supuestos denominados como inhabilitación en el art. 152 bis del mismo código. Por el contrario, el CCCN parte de las mínimas restricciones para consignar en el último párrafo la incapacidad.

El art. 32 establece: “Persona con capacidad restringida y con incapacidad.

“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

“En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

“El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

“Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.”

El primer párrafo lo dedica a los mayores de trece años reconociendo la capacidad progresiva de los adolescentes para determinados actos.

A eso le añade la causa de la disminución o alteración en el uso de sus facultades lo que atribuye a adicciones prolongadas y de suficiente gravedad.

La situación de los que padecen adicciones había sido tratada por el código anterior en el art. 152 bis 1º aludiendo a “embriaguez habitual o uso de estupefacientes”. El nuevo código prefiere la expresión genérica de adicciones prolongadas o permanentes.

La segunda causa es la alteración mental suficiente y prolongada. La expresión también es genérica y permite salir del encuadre de enfermedad mental para abarcar los diversos casos de disminución de las facultades.

Todo esto está limitado por el efecto que podría derivarse si resultase un daño a su persona o a sus bienes, lo que justifica la restricción.

La sentencia, de acuerdo con el 152 bis, originaba una inhabilitación y requería el nombramiento de un curador para determinados actos. En el CCCN de la sentencia proviene una restricción de la capacidad para determinados actos que deben ser enunciados claramente.

Ya no se nombra curador, sino que se designan apoyos cuyo desempeño está descrito en el art. 43. Los apoyos cumplen una función de asistencia, no de representación. De esto se sigue que quien tiene su capacidad restringida debe ser parte del acto, sumándose el apoyo y añadiéndose cuando se hubiera así establecido la autorización judicial.

El mismo art. 32 en su segundo párrafo menciona que las funciones del apoyo deben ser específicas, y en el tercer párrafo se aclara que deben promover la autonomía de la persona protegida y favorecer sus decisiones y preferencias. Con respecto a esto último puede a veces resultar difícil favorecer la decisión de quien tiene capacidad restringida si elige algo que puede ser inconveniente o perjudicial. En tal caso quien ha sido designado como apoyo tiene la posibilidad de recurrir al juez cuando hay disenso.

La función del apoyo no es de representación, por eso se requiere el concurso de dos voluntades, la de quien tiene una restricción y la del apoyo designado. Esto es importante porque otorga al comprendido en la restricción un lugar en el otorgamiento del acto jurídico.

No obstante, en algún caso la sentencia puede dar al apoyo la función de representación. El art. 101 inc. c así lo menciona para el caso preciso que la sentencia lo dispusiera para determinados actos.

Recién el último párrafo del art. 32 pasa a ocuparse de aquellos casos en los que existe una imposibilidad absoluta de interaccionar. La ley no quiere caer en descripciones técnicas de los cuadros que pueden dar sustento a esta medida como lo hacían las disposiciones hoy derogadas que aludían a locura, imbecilidad y términos semejantes.

Cabe señalar que la declaración de incapacidad se aplica a casos extremos en los cuales no sólo existe una imposibilidad de interaccionar con su entorno, sino que además la persona tampoco puede expresarse de ninguna manera ni por ningún medio lo que se verifica cuando se encuentra aislada mentalmente sin posibilidad de relacionarse con el mundo circundante ni de expresarse.

La norma añade que incluso resulta ineficaz el otorgamiento de apoyos, puesto que esa ayuda supone un mínimo de posibilidad de actuar, aunque con dificultad, lo que no ocurre en esos casos. Por eso la figura jurídica ya no es la del apoyo sino la del curador. El apoyo es un colaborador, pero en el supuesto de una incapacidad jurídica lo que se requiere es un representante, el que en el derecho argentino se denomina curador.⁽⁴⁾

El curador debe cuidar de la persona y de los bienes del incapaz como lo establece el art. 138, norma que remite a las reglas de la tutela en lo que no estuviese dispuesto en los artículos 138 al 140.

Es útil recordar que en las normas de la tutela el art. 121 establece que además de los actos para los cuales los padres necesitan autorización judicial, el tutor debe requerirla para los siguientes:

“a. adquirir inmuebles o cualquier bien que no sea útil para satisfacer los requerimientos alimentarios del tutelado;

“b. prestar dinero de su tutelado. La autorización sólo debe ser concedida si existen garantías reales suficientes;

“c. dar en locación los bienes del tutelado o celebrar contratos con finalidad análoga por plazo superior a tres años. En todos los casos, estos contratos concluyen cuando el tutelado alcanza la mayoría de edad;

“d. tomar en locación inmuebles que no sean la casa habitación;

“e. contraer deudas, repudiar herencias o donaciones, hacer transacciones y remitir créditos aunque el deudor sea insolvente;

“f. hacer gastos extraordinarios que no sean de reparación o conservación de los bienes;

“g. realizar todos aquellos actos en los que los parientes del tutor dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, o sus socios o amigos íntimos están directa o indirectamente interesados.”

Los restantes artículos del 33 al 39 inclusive se refieren al proceso: quienes están legitimados, qué actos requieren apoyos y si hay actos que

(4) JARUFE CONTRERAS, Daniela, “Estudio y comentario de las medidas de protección de personas mayores discapacitadas en el ordenamiento jurídico francés: salvaguarda judicial, curatela y tutela.” En *Los nuevos horizontes...* op. cit. en nota 2, p. 119. La autora señala la diferencia conceptual de las voces curatela y tutela en el derecho francés y la utilización del término salvaguarda que resulta ajeno al derecho argentino.

requieren representación, la entrevista personal del juez con la persona cuya restricción se procura, la sentencia, su contenido, los actos comprendidos en la restricción y por último la registración de la sentencia en el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

Con respecto a la registración y publicidad siguen en pie los problemas por cuanto no se ha creado un sistema que permita el control del profesional interviniente para conocer la existencia de una restricción a la capacidad o la de una incapacidad.

V. EL PROBLEMA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR PERSONA INCAPAZ O CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

El CCCN se ocupa en tres artículos del tema de una manera más ordenada puesto que están a continuación de las normas sobre restricción a la capacidad.

El art. 44 establece: “Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

Esta disposición se aleja de su antecedente, el art. 472 del Código Civil referido a la declaración de incapacidad según el cual los actos de administración celebrados por el incapaz posteriores a la sentencia son de ningún valor.

El problema que planteaba la norma era la mención del dictado de la sentencia mientras que la nueva disposición está referida a la inscripción de la sentencia que asegura la publicidad de esta. Además, mencionaba los actos de administración habiéndose debido interpretar que lógicamente estaban comprendidos bajo esa expresión los actos de disposición.

En este caso no es necesario saber si el padecimiento mental era notorio a la época de la realización del acto ni si es a título gratuito ni analizar la buena fe de quien contrata. Se entiende que la inscripción es publicidad suficiente.

Existiendo una sentencia que declara la incapacidad si ha sido inscrita la publicidad ya permite conocer que quien está afectado por la sentencia no goza de capacidad de hecho y requiere la intervención de un curador, que es su representante, y en muchos casos la autorización judicial.

La nulidad del acto sin que se cumpla con los requisitos mencionados de todos modos es relativa puesto que está establecido en un interés particular, por lo tanto, resulta confirmable si en vez de perjudicar beneficia al incapaz.

Distinto es el caso de la sentencia que establece una restricción a la capacidad. Como la misma debe expresar cuales son los actos que la persona comprendida en la sentencia no puede realizar por sí mismo, sino que requiere la presencia del apoyo designado, sólo esos actos serán posibles de nulidad relativa.

¿Qué ocurre si no se ha procedido a la inscripción de la sentencia?

El art. 45 dice lo siguiente: “Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:

“a) La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;

“b) Quien contrató con él era de mala fe;

“c) El acto es a título gratuito.”

El art. 473 del código anterior refiriéndose siempre a la sentencia establecía que los actos anteriores eran anulables si la causa de la interdicción existía públicamente en la época que los actos fueron ejecutados.

La norma actual pone el acento en la inscripción. La sentencia pudo haberse dictado, pero si no fue inscrita al no gozar de publicidad no puede jugar en contra de quien contrata por un principio de seguridad jurídica. Pero los actos anteriores a la inscripción pueden ser anulados si la enfermedad mental, o mejor dicho el padecimiento mental como bien lo dice la ley 26.657, fuera ostensible. Bastaría con probar ese extremo para anular el acto con prescindencia de la posible buena fe y el carácter oneroso del acto.

Esto supone el dictado de una sentencia y un acto otorgado con anterioridad, pero ¿qué ocurre si no se ha dictado sentencia?

Si el padecimiento mental fuera ostensible (inc. a), mal podría quien contrató esgrimir su buena fe; caería el acto. Ahora bien, si dicho padecimiento no fuese ostensible, pero hubiese sido conocido por el otro contratante, su mala fe hace ineficaz el acto (inc. b).

Siempre podría pronunciarse la nulidad si el acto fuese a título gratuito (inc. c).

Todo lo dicho puede inferirse del mismo texto del artículo ya que postula que alguno de los extremos que cita debería cumplirse para la ineficacia del acto.

El CCCN trata también el supuesto en que se celebre un acto con anterioridad a la inscripción de la sentencia y se produzca el fallecimiento de la persona protegida.

Según el art. 46: "Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe."

Obviamente se trata de actos anteriores a la inscripción de la sentencia tal como lo enuncia la norma, ya que si fuesen actos posteriores el caso está contemplado en el art. 44.

No supone el dictado de la sentencia porque la disposición alude a que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida. Ya no tendría mayor sentido el dictado de la sentencia.

En este caso, para que prospere la impugnación debe acreditarse que la enfermedad mental resulta del acto mismo, como p.ej. que existan cláusulas irracionales, ventajas excesivas a favor del otro contratante, etc. Esto se diferencia de la disposición del art. 45 inc. a) referido a la época en que se otorgó el acto, es decir antes o después del otorgamiento.

También sería viable la acción si se probara la mala fe del contratante o la gratuidad del acto. Y por supuesto debe acreditarse la muerte posterior a la promoción de la acción.

Esta disposición es más clara que su antecedente el art. 474 del Cód. Civil ya que no se refiere sólo a los actos cumplidos después de promovida la acción, sino que con la redacción quedan comprendidos también los actos anteriores al inicio del proceso.

VI. CASOS EN LOS QUE NO SE HA PROMOVIDO ACCIÓN

No siempre se inician acciones solicitando la declaración de capacidad restringida. No es fácil aceptar las limitaciones físicas o mentales en

los hijos y cuando llegan a la mayoría de edad quienes están legitimados para peticionar la declaración de capacidad restringida prefieren no hacerlo mientras puedan evitarlo. Es un modo de negar una realidad que no es grata.

Hay situaciones particulares en los que existen alteraciones mentales, pero no propiamente una enfermedad mental, a veces producto de una falta de madurez en los que podríamos hablar más propiamente de una disminución más o menos sensible de la aptitud mental o bien las que se presentan en la ancianidad por un declinar físico y psíquico de cierta entidad como para que se vea comprometido el discernimiento.

Estos casos deben resolverse por las normas generales acerca de la eficacia de los actos jurídicos y su impugnación se relaciona con la prueba del deterioro del discernimiento al otorgamiento del acto, con la mala fe del contratante y con la gratuidad del acto.

VII. EL CASO DEL TESTAMENTO

Se trata de un acto unilateral de donde no podemos pensar en la mala fe como en el caso de los contratos sino en la captación de voluntad causada por dolo o violencia.

La nulidad del acto se rige por lo dispuesto en el art. 2467 que se refiere en los inc. a y b al caso en que se viole una prohibición legal o al defecto de forma.

Nos interesa el inc. c “por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto.” Quien impugna el acto alegando falta de razón suele recurrir a argumentos no siempre valederos. Es bueno detenerse en algunas pruebas que se esgrimen tales como “que estaba internada en un sanatorio, alojada en un geriátrico en el que los ancianos adolecen de falta de memoria inmediata, están medicados con sedantes, somníferos, estimulantes, que según el informe de los médicos tenía episodios de depresión y confusión...”

Se trata de alimentar una presunción contraria a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la que se pregona la igualdad en lo referente a la capacidad jurídica, siendo que en el código derogado ya se presumía el uso de razón (art.3616), reiterado en el art. 31 inc. a del CCCN.

El inc. d “por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces.”

En realidad, tal como está tratado el tema de la declaración de incapacidad en el art. 32 último párrafo nos hace pensar en situaciones límites de las cuales no hay retorno. Si así lo dispusiera la sentencia no cabe posibilidad alguna de aplicar el tema de los intervalos lúcidos. Sería aplicable en casos de sentencia de capacidad restringida.

El inciso d no distingue entre la declaración de incapacidad del art. 32 último párrafo y la declaración de capacidad restringida de la primera parte del art. 32.

Entendemos que corresponde armonizar ambas disposiciones. El art. 2467 inc. d se refiere genéricamente a la declaración judicial de incapacidad cuando en realidad está comprendiendo tanto la declaración de incapacidad cuanto la declaración de capacidad restringida.

A ese último supuesto corresponde la mención de los intervalos lúcidos, discutido tema que proviene del código de Vélez, art. 3615, reiterado en el art. 2467 inc. d. Al reconocer la existencia de un período de lucidez de quien padece una enfermedad mental se afirma además que la enfermedad debe haber cesado.⁽⁵⁾

Se nos ocurre que eso puede ocurrir por ejemplo en el caso de un esquizofrénico. Actualmente la psiquiatría logra estabilizar al enfermo y sustraerlo de su alienación permitiendo que recobre lucidez y dominio de sí mismo. Quien durante un brote de su enfermedad se aísla e incommunica puede volver de ese estado y permanecer mucho tiempo como un enfermo recuperado. Pero es cierto que una situación particular podría causar un nuevo brote.

La ley rescata entonces la posibilidad de que el uso de razón, el intervalo lúcido, permita el otorgamiento de un testamento válido. La declaración judicial de capacidad restringida podría no haberse modificado en cuanto a su contenido relativo a los actos que puede o no efectuar, pero en caso de ser impugnado el acto se invierte el cargo de la prueba y

(5) TOBIAS, José W. Comentario al art. 141 del Cód. Civ. en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Dir. Bueres, Alberto J.-Coord. Highton, Elena. Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1995, Tomo 1, p. 685.

quien pretende sostener la validez del acto debería acreditar la recuperación del uso de la razón.⁽⁶⁾

Obviamente esta prueba puede resultar dificultosa porque habiendo fallecido el testador ya no pueden realizarse exámenes periciales como en el caso de una persona viva, pero no es necesariamente imposible porque hay otros elementos que pueden permitir la conclusión acerca del uso de razón, ya sea por la coherencia de lo dispuesto en el testamento o por declaraciones de testigos que lo hubieran frecuentado y profesionales que pudieran haberlo asistido durante el período de remisión de la enfermedad.

En definitiva, no es lo formal lo que adquiere relevancia sino el poder establecer el uso de razón y la autonomía personal del testador para disponer de sus bienes después de su muerte.

(6) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, Derecho de las Sucesiones, Abeledo Perrot 2017, p.802.

“SERÉIS COMO DIOS” (A PROPÓSITO DE LA LLAMADA IDENTIDAD DE GÉNERO) (*)

POR SIRO M. A. DE MARTINI

I. LA TENTACIÓN INICIAL Y PERMANENTE

“Es que Dios sabe muy bien que el día en que comiereis de él, se os abrirán los ojos y seréis como dioses, conocedores del bien y del mal”⁽¹⁾. Con estas palabras convenció la serpiente a la mujer para que se rebelara contra Dios. A la creatura para que se alzara contra el Creador; a la creatura, en definitiva, para que se sublevara contra su misma condición de creatura.

De algún modo, este absurdo ontológico es el trasfondo del mal y la desgracia en el mundo.

“Seréis como dioses, conocedores del bien y del mal”. Pero el hombre moderno, en particular el de nuestros tiempos, parece no conformarse ya con esta categoría de dioses; no le basta con la mentida posibilidad de conocer el bien y el mal; lo que busca, lo que proclama, aquello en lo que se empeña, es en ser creador. No sólo rebelarse contra Dios sino, en el colmo de la locura, directamente reemplazarlo.

La literatura expresa, muchas veces mejor que los filósofos, los deseos profundos de los hombres (y también la tragedia en que desemboca la concreción de esos deseos). En la famosa obra de Mary Shelley, *Frankenstein o el moderno Prometeo*, Frankenstein quiere crear un hombre y crea un monstruo. Él mismo no atina a darle otro nombre que monstruo, demonio, diablo, animal. Son conocidos los avatares que atraviesan el creador y la creatura hasta alcanzar el previsible final. Pero,

(*) Basado en el artículo de mi autoría: “Ni varón ni mujer. Reflexiones en torno a la ley de identidad de género”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, 2020, pp. 323-335, con algunos agregados y modificaciones.

(1) Génesis 3,5.

para lo que estamos a punto de analizar, quizás lo más relevante sea el nombre con el que la autora califica a su personaje: “el moderno Prometeo”. Es decir que, ya desde el título, conocemos la condición fundamental de Frankenstein. En efecto, aunque en la antigüedad Prometeo fue un dios honrado como benefactor de los hombres, con el transcurrir de los siglos se lo fue identificando cada vez más con una suerte de arquetipo del hombre que no teme —o incluso desprecia— a Dios o a los dioses, y que quiere usurpar su poder para transformarse él mismo en Dios. A partir de esta rebelión, caracterizada a veces como un deicidio el hombre, como una suerte de dios minúsculo, pretenderá ser él quien defina el bien y el mal, o quien transforme el mundo a su gusto, manipulando la naturaleza y sus leyes⁽²⁾.

Con estas imágenes en la mente, reflexionaremos en este artículo sobre la llamada “identidad de género”, es decir, la idea —concretada en una ley— de que el hombre es lo que él mismo desea ser, que su identidad esencial y profunda es fruto de su sola y soberana voluntad⁽³⁾.

II. LA DEFINICIÓN LEGAL

El primer párrafo del artículo 2° de la ley 26743 dice: “Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”⁽⁴⁾.

Llama la atención el hecho mismo de que el legislador se sienta en la necesidad de definir aquello que constituye la materia de la ley. En efecto, es razonable pensar que las leyes regulan aspectos de la realidad,

(2) Ver Trigona, Valentina: “La condena del científico prometeico: reflexiones sobre el problema de la justicia en Frankenstein de Mary W. Shelley”, en Valores, revista digital de la Academia del Plata, n° X, Buenos Aires, 2022.

(3) Aunque pudiera parecer innecesario, quizás convenga dejar consignado que las presentes reflexiones toman como punto de análisis la ideología que nutre a la ley. Es decir, de ningún modo implican desconocer el evidente hecho social de la existencia de personas que padecen problemas de identidad sexual, ni los sufrimientos que esto seguramente les produce ni, por supuesto, la injusticia de discriminaciones o malos tratos de que han sido y son objeto.

(4) El texto continúa: “Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Como se puede advertir se trata de posibilidades que, por tanto, no hacen a la identidad.

conductas o situaciones, que son conocidas por la sociedad. Más aún cuando se trata de algo tan importante como la identidad de las personas.

La razón de esta necesidad probablemente radique en que la definición está tomada de los llamados Principios de Yogyakarta⁽⁵⁾ y fue creada por los autores de este documento específicamente para los propósitos de dichos principios⁽⁶⁾. Es decir, básicamente, para crearles una identidad propia a las personas que padecen problemas con su verdadera identidad sexual.

Más allá de que no se trata de un convenio internacional ni estuvieron involucrados en su redacción representantes de países sino algunos expertos en cuestiones de género, LGBT, derechos humanos y activistas, la definición trascendió y la repiten numerosos documentos internacionales. No obstante esta amplísima difusión, no he podido encontrar ningún fundamento de ella. Ciertamente, ni en los proyectos que dieron lugar a la ley 26.743 ni en el tratamiento parlamentario hay huellas de algún intento de justificarla.

La definición comienza con una apelación al más extremo subjetivismo —y consiguiente relativismo—: cada uno de nosotros es lo que siente que es. Dicho de otro modo, “lo que se siente determina —sin más ni más— lo que se es. Lo que se siente ser es —también— lo que se quiere ser. Por eso, lo que se quiere ser, es”⁽⁷⁾. En definitiva, el deseo o la imaginación, sería el fundamento del ser de las cosas y, en esta materia, de la identidad de las personas.

Volveremos con este tema y sus presupuestos, pero desde ahora se debe puntualizar que esta primera parte de la definición requiere como condición la oración que le sigue, esto es, que lo que se siente “puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. En efecto, sólo si la persona no es un ser sexuado, sólo si el sexo no es natural (sino “asignado” y “al momento del nacimiento”), o sólo si no hay natu-

(5) Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género. Aprobados en dicha ciudad de Indonesia en 2007. Hay un Yogyakarta + 10 que agrega unos pocos principios más.

(6) En nota dirigida a la comisión encargada de revisar los Principios, Andrew Park, refiere: “the authors created a definition specifically for the purposes of the Yogyakarta Principles”. En Yogyakarta-Review-SOGI-Definition. pdf

(7) BIANCHI, Enrique Tomás, “Raíces ideológicas de la identidad de género”, ED, suplemento diario del 19 de noviembre de 2012, citado por Zannoni, Eduardo A.: “Género, Derecho y Justicia”. LA LEY2013-B, 1009.

raleza, podría la voluntad de cada ser humano determinar lo que ese ser humano es.

En la Opinión Consultiva OC-24/17⁽⁸⁾, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace una distinción terminológica que puede ayudar a comprender el significado de la definición legal. En el p. 32, con citas de distintas fuentes y sin comprometer su propia opinión, distingue: “a) Sexo: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”⁽⁹⁾, de “b) Sexo asignado al nacer: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales”. La fuente de esta última noción o explicación son los “Conceptos básicos” elaborados por la Relatoría de Derechos LGTBI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En nota al pie de estos “conceptos básicos” se profundiza la explicación en estos términos: “22[Sexo asignado al nacer] El sexo anatómico y su presumida dicotomía, son el resultado de una lectura ideológica. Por otra parte, asignar el sexo es una decisión social. Podemos utilizar el conocimiento científico para ayudarnos a tomar la decisión, pero solo nuestras creencias sobre el género —no la ciencia— pueden definir nuestro sexo”⁽¹⁰⁾.

Más allá de la curiosa paradoja de que sea una explicación enrolada en la ideología de género la que califique de “lectura ideológica” al conocimiento científico, (para luego terminar expulsando a la ciencia como fuente de conocimiento valedero); lo cierto es que estos documentos nos permiten comprender el sentido de algunos términos claves de la definición legal. En efecto, en palabras de sus creadores o propagadores, la locución “sexo asignado al nacer” es una construcción social que, como tal, se aparta de la naturaleza, para negar la existencia de dos sexos —masculino y femenino— como un hecho biológico innato. En definitiva, se trata de una noción que niega la existencia de la diferencia sexual con la que los seres humanos hemos sido creados.

(8) [corteidh.or.cr > docs > opiniones > seriea_24_esp](http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp)

(9) La fuente mediata es: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

(10) <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

Ahora, ¿es posible negar la existencia de algo tan evidente como la distinción entre varón y mujer? Sabemos que desde el comienzo de nuestra existencia somos ya varones o mujeres, no existe la posibilidad biológica ni antropológica de que no tengamos sexo. Es decir, el ser humano en abstracto, aquel que sería un ser neutro sin determinación sexual alguna, no existe ni puede existir. Esto es un dato de la realidad. La genética ha descubierto hace ya mucho tiempo que toda célula tiene un cromosoma sexual que la hace masculina o femenina⁽¹¹⁾. Y esto ocurre desde que somos un embrión unicelular o cigoto. Es decir que, desde siempre, desde que apareció en el universo ese nuevo, único e irrepetible individuo que somos cada uno de nosotros, somos varones o mujeres y, actualmente, todas y cada una de las células de nuestro cuerpo tienen ese mismo cromosoma por el que somos varones o mujeres. No existe otra posibilidad. En palabras de Scola, “el hombre y la mujer son tan persona el uno como la otra, pero sexualmente diferentes. Tal diferencia impregna todo el ser humano hasta la última de sus partículas. En efecto, el cuerpo de hombre es masculino en cada una de sus células, como el de la mujer es femenino”⁽¹²⁾.

Tendríamos que volver a preguntarnos: ¿es posible negar esto? Ante el hecho de que efectivamente se lo niega y que, incluso, se ha inventado una fórmula para negarlo (“sexo asignado al nacer”), la respuesta tendría que ser: es posible si, y sólo si, nos apartamos de la verdad de la ciencia y reemplazamos —en las palabras y a través de abstracciones— el orden natural por una construcción artificial, vale decir, creada por el hombre. Esto es, si reemplazamos la creación por la torpe voluntad creacionista del hombre.

Una de las más importantes feministas radicales, Shulamith Firestone, lo afirmó a modo de profecía. Escribió en 1970 que, concluida la revolución feminista, las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarán más culturalmente⁽¹³⁾. Otra feminista, Marina Laski, lo explica diciendo que “la diferencia sexual no es meramente un hecho anatómico, pues la construcción e interpretación de la diferencia anatómica es ella misma un proceso histórico y social. Que el varón y la hem-

(11) Mola, Liliana María; Rodríguez Gil, Sergio Gustavo; Rebagliati, Pablo Javier: “Cromosomas sexuales: Cien años y una historia”. En: Encrucijadas, no. 34, agosto 2005, Universidad de Buenos Aires. Disponible en <<http://repositorioubas.sisbi.uba.ar>>

(12) Scola, Angelo: “La cuestión decisiva del amor: hombre-mujer”. Ed. Encuentro, Madrid, 2003, p.16.

(13) Firestone, Shulamith: “The dialectic of sex”. Quill, William Morrow, New York, 1970, p.19.

bra en la especie difieren es un hecho, pero es un hecho también siempre construido socialmente [...] El sexo y el género no se relacionan entre sí como lo hacen la naturaleza y la cultura pues la sexualidad misma es una diferencia construida culturalmente”⁽¹⁴⁾.

III. LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO PROBLEMA

La ley, como toda norma que trate sobre un aspecto fundamental de la identidad de las personas, tiene como destinatarios a todas las personas. Pero, en la realidad, ¿para quiénes fue hecha la ley? Sabemos que los proyectos en los que fundamentalmente se basó fueron obra de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina⁽¹⁵⁾, y la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT) y el Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL)⁽¹⁶⁾. Lo cual es de toda lógica.

Es evidente que la inmensa mayoría de los hombres y mujeres que habitamos este mundo y, en este caso, Argentina, no tenemos ningún problema con nuestra identidad en materia sexual. Incluyo, por cierto, a los gays, lesbianas y bisexuales cuya característica, en esta materia, no es la identidad sino la orientación sexual.

El tema de la identidad sexual se plantea como problema únicamente para aquellas personas denominadas transexuales o “trans”, término del que la Relatoría de Derechos LGTBI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da la siguiente noción: “Cuando la identidad de género de la persona no corresponde con el sexo asignado al nacer”. Tanto la CIDH como la OMS (entre otros) caracteriza a la transexualidad como un “paraguas” o “sombrija” bajo el cual caben diversas posibilidades.

Es un hecho notable que nuestros legisladores no tuvieran en cuenta que, al momento de sancionarse la ley 26.743, el transexualismo estaba incluido en la Clasificación internacional de enfermedades (ICD) de la Organización mundial de la salud como un desorden mental. Recién en 2018 la OMS en su ICD-11 lo sacó del capítulo 6 de desórdenes menta-

(14) Laski, Marina, “Mujeres, vulnerabilidades y género”, incluido en el Cuaderno Mujer Salud nº 3, de

la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, 1998, pág. 119.

(15) Expte. 7644-D-2010.

(16) Expte. 8126-D-2010.

les y, con el nuevo nombre de “incongruencia de género” lo incluyó en el nuevo capítulo 17 llamado “condiciones relacionadas con la salud sexual” como una disfunción sexual. La modificación fue aprobada por la Asamblea Mundial de Salud en mayo de 2019. Este cambio ha sido considerado como una escala en el camino de la “despatologización” ya que, más allá de éste, el transexualismo sigue incluido en este catálogo de enfermedades⁽¹⁷⁾.

Resulta francamente preocupante entonces el modo en que nuestra legislación ha encarado la transexualidad, la cual, más allá de que se la considere o no una enfermedad, es, sin dudas, un problema de identidad sexual⁽¹⁸⁾. Parece increíble que nuestros legisladores, en medio de un clima de inusual entusiasmo, hayan pensado seriamente que la solución para un problema consista en convertirlo en un derecho. Como si tuviera algún sentido consagrar un derecho a ser trans. Verdad de Perogrullo, una persona transexual tiene todos los mismos derechos fundamentales que tiene cualquier otra persona. Pero no por ser transexual sino por ser persona. La ley argentina, coherente con la errónea idea de que cada cual es lo que siente que es, no exige —para cambiar el nombre o para acceder gratuitamente a una intervención quirúrgica de modificación genital— ni consulta médica, ni tratamiento previo alguno, ni tan siquiera un diagnóstico profesional. Con lo cual deja a la persona absolutamente sola, abandonada a su subjetividad y quizás a su confusión, frente a una decisión que, cuando menos, marcará toda su vida.

IV. NI VARÓN NI MUJER

Como hemos visto, la locución “sexo asignado al nacer” adoptada por nuestros legisladores implica directamente la negación del sexo como una realidad natural, como un hecho biológico que nos define desde el comienzo de la existencia. Y su reemplazo por la idea de construcción

(17) Sobre la evolución histórica del tema: Fernández Rodríguez, M y otros, “Gender Incongruence is No Longer a Mental Disorder”. En www.mentalhealthjournal.org

(18) IDEM. Para la OMS, la incongruencia de género requiere el cumplimiento de al menos dos de los siguientes criterios:

- Strong dislike or disagreement with primary or secondary sexual characteristics due to incongruence with the experienced gender.
- Strong desire to get rid of some of those sexual characteristics due to the incongruence with the experienced gender.
- Strong desire to have the primary or secondary sexual characteristics of the experienced gender.
- Strong desire to be treated and accepted as a person of the felt gender.

social que, en la ley, es entendida como construcción individual. Con lo cual, si bien la ley está claramente destinada a las personas transexuales, su ideologizada definición de identidad de género introduce en nuestro orden jurídico un concepto no sólo erróneo, sino inevitablemente destinado a producir confusión y perplejidad, cuando no a generar problemas en niños y adolescentes en torno a su identidad y naturaleza, por vía de la llamada Educación sexual integral.

El hecho es que si cada uno es lo que siente que es y el sexo es una construcción, vale decir algo artificial, creado por el hombre y que, además, es asignado por otros y recién al momento del nacimiento; ninguna persona sería ya varón o mujer en razón de su propio ser, sino que, para serlo, primero tendría que sentirlo. Y seguir sintiéndolo luego. Hasta entonces tendría un sexo provisorio, asignado por la sociedad, sujeto —a través de activistas LGBT e ideólogos de género, devenidos en maestros y profesores— a un permanente bombardeo ideológico tendiente a destruir o, al menos, problematizar la naturaleza humana y, en particular, la propia naturaleza del joven educando.

Vista la definición legal así, y así hay que verla, porque eso es lo que dice, ya no estamos frente a un error legislativo, fruto de la ignorancia o la desidia. Estamos frente a un exitoso intento de trastocar por vía legislativa, educativa y mediática el orden natural de las cosas, mediante la imposición de la doctrina revolucionaria del feminismo radical a través de su más logrado instrumento de penetración cultural, esto es, la ideología de género.

V. LA REVOLUCIÓN FEMINISTA Y EL FIN DE LAS CLASES SEXUALES

Las ideas de que cada cual es —o debe llegar a ser— aquello que siente, desea y quiere; como la de que el sexo es una construcción cultural; no son novedosas y, aunque en los principios de Yogyakarta aparecen en una fórmula de apariencia científica, su origen ideológico puede encontrarse en Engels⁽¹⁹⁾, luego en Simone de Beauvoir⁽²⁰⁾ y, por fin, en Firestone, para no mencionar sino los principales hitos históricos⁽²¹⁾.

(19) Engels, Federico: "El origen de la Familia, de la propiedad privada y del Estado". Ed. Claridad. Bs. As., 1964.

(20) Beauvoir, Simone de: "Le deuxième sexe". Gallimard, Paris, 28ª Edición, 1949. Su famosa frase "uno no nace, sino que se hace mujer" podría entenderse como una afirmación propia de su existencialismo, filosofía que afirma que la existencia precede a la esencia. Ver Sartre, Jean Paul: *L'existentialisme est un humanisme*, Nagel, París, 1946, página 101.

(21) He dado un cierto desarrollo al tema en "Raíces ideológicas de la perspectiva de género", Buenos Aires, *Prudentia Iuris* N.º 75, 2013; y en "Penetración de la ideolo-

Señalaré sólo dos textos de esta última. En el primero expresa que el feminismo no sólo debe cuestionar toda la cultura occidental sino la mismísima “organización de la naturaleza”⁽²²⁾. El segundo dice: “así como la meta final de la revolución socialista era no solo acabar con el privilegio de la clase económica, sino con la distinción misma entre clases económicas, la meta definitiva de la revolución feminista debe ser no solo la eliminación del privilegio masculino sino la distinción de sexos misma... Un retorno a un libre pansexualismo —la “perversidad polimórfica” de Freud— probablemente reemplazará la hetero/homo/bi-sexualidad”.

Es decir que: a) la meta final de la revolución feminista es la eliminación de los sexos o clases sexuales⁽²³⁾; b) el propósito es simétrico al de la revolución marxista, sólo que el feminismo pone el foco en el sexo en lugar de la economía; c) la naturaleza no representa ningún escollo para estos fines ya que habrá que reinterpretarla o modificarla en el plano ideológico; d) con la desaparición de los sexos sobrevendrá un estado de indistinción y posterior autodeterminación sexual en el cual cada uno será lo que desee ser, de un modo fluido; e) este estado final —que tiene similares características al comunismo descrito por Marx en el que cada persona podrá dedicarse de modo cambiante a la actividad que le plazca⁽²⁴⁾— es el pansexualismo. En él, con la desaparición de los sexos, desaparecerán también las hoy llamadas orientaciones sexuales, ya que todas ellas suponen la existencia de la mujer y el varón.

Años después de que Firestone escribiera estas líneas, aparecerá en el mundo la noción de “género” como modo de expresar, precisamente,

gía de género en el orden jurídico argentino”, Buenos Aires, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales - Año LXIII-Segunda Época- Número 56, 2018.

(22) Op. cit., p. 12: “feminist have to question, not just all of Western culture, but the organization of culture itself, and further, even the very organization of nature”.

(23) No se trata, por cierto, de la desaparición de los órganos genitales sino -como hemos visto- de su reinterpretación cultural como correspondientes a uno u otro sexo. En palabras ahora de Judith Butler, “hombre y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como uno masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino” (En “El género en disputa, Barcelona, Paidós, 2007, págs. 54-55).

(24) Marx, C y Engels, F en “La ideología alemana”, caracterizan de esta forma al comunismo: “En la sociedad comunista, donde cada individuo no tiene acotado un círculo exclusivo de actividades, sino que puede desarrollar sus aptitudes en la rama que mejor le parezca, la sociedad se encarga de regular la producción general, con lo que hace cabalmente posible que yo pueda dedicarme hoy a esto y mañana a aquello, por la mañana cazar, por la tarde pescar y por la noche apacentar el ganado, y después de comer, si me place, dedicarme a criticar, sin necesidad de ser exclusivamente cazador, pescador, pastor o crítico, según los casos...” (p.34).

las alternativas que ofrecerá el pansexualismo cuando ese nuevo ser, ni varón ni mujer, pueda ser todo —según su deseo e imaginación—, o quizás, con mayor precisión, nada.

VI. SERÉIS COMO DIOS: LA REBELIÓN DE LA CRIATURA

La definición de identidad de género contenida en el artículo 2° de la ley 26.743 es, en última instancia, un torpe grito de rebelión contra Dios y su creación. No significa otra cosa que el espectáculo patético del hombre que niega la verdad del hombre: la realidad ontológica, antropológica, psicológica, afectiva y biológica del varón y la mujer tal cual ha sido querida por Dios en su eternidad.

He aquí al hombre, envuelto en la soberbia fantasiosa de que legislar es crear, pretendiendo —a través de las palabras de una definición— hacer desaparecer la verdad de su ser para suplantarla por seres imaginarios, personas cuyo ser sería su querer.

El fenómeno no es, por cierto, nuevo. Hemos comenzado hablando de este espíritu prometeico que se remonta al tiempo primero de la humanidad⁽²⁵⁾. Sin embargo, creo que nunca había alcanzado un carácter tan virulento, tan difundido y tan penoso. Se trata de un espíritu que podríamos denominar creacionista, que pretende inventar nuevos seres, o atribuirles la posibilidad de la auto creación, desentendiéndose siempre de la realidad. Suplantándola —en las leyes, en las palabras— por una realidad ficticia, producto de ideologías o de la voluntad de poder.

En nuestro caso, aprovechando el problema real que algunas personas tienen con su identidad sexual, se ha sancionado una ley que niega la verdad de la naturaleza sexuada del hombre para entronizar en su lugar el deseo como fuente del ser. Como en otros casos, estamos frente a una negación obstinada de la verdad en nombre de una libertad sin límites o, quizás con mayor precisión, de una libertad que atropella y quiere destruir los límites. Es cierto que los límites de la naturaleza humana son en última instancia, infranqueables. Sin embargo, como toda rebelión de la criatura, deja en su camino las huellas del mal, del desorden, de la confusión.

Benedicto XVI ha caracterizado esta rebelión: “el hombre niega tener una naturaleza preconstituida por su corporeidad, que caracteriza al ser humano. Niega la propia naturaleza y decide que ésta no se le ha dado

(25) Génesis 3, 5.

como hecho preestablecido, sino que es él mismo quien se la debe crear... el haber sido creada por Dios como varón y mujer pertenece a la esencia de la criatura humana. Esta dualidad es esencial para el ser humano, tal como Dios la ha dado. Precisamente esta dualidad como dato originario es lo que se impugna... No, lo que vale ahora es que no ha sido Él quien los creó varón o mujer, sino que hasta ahora ha sido la sociedad la que lo ha determinado, y ahora somos nosotros mismos quienes hemos de decidir sobre esto. Hombre y mujer como realidad de la creación, como naturaleza de la persona humana, ya no existen. El hombre niega su propia naturaleza... En la actualidad, existe sólo el hombre en abstracto, que después elije para sí mismo, autónomamente, una u otra cosa como naturaleza suya. Se niega a hombres y mujeres su exigencia creacional de ser formas de la persona humana que se integran mutuamente”⁽²⁶⁾.

En el documento *Dignitas infinita, sobre la dignidad humana*, del Dicasterio para la Doctrina de la Fe⁽²⁷⁾, se incluye entre las “violaciones graves de la dignidad humana que son de especial actualidad” (n°35), a la “teoría de género” (n°55/59) y al “cambio de sexo” (n°60), lo que en los días que corren es una de sus probables consecuencias.

El documento señala como característica dominante de la teoría de género la reiteración de aquella primera tentación a la que nos referimos con el título de este artículo: “la teoría de género, sin tener en cuenta esta verdad fundamental de la vida humana como don, no significa otra cosa que ceder a la vieja tentación de que el ser humano se convierta en Dios y entre en competencia con el verdadero Dios del amor que nos revela el Evangelio” (n° 57).

Hay, en efecto, en esta ideología y su manifestación a través de la llamada “identidad de género”, una negación de “la mayor diferencia posible entre los seres vivos: la diferencia sexual” (n° 58). Recordábamos recién aquellas palabras de la alocución de Benedicto XVI: “el hombre niega tener una naturaleza preconstituida por su corporeidad, que caracteriza al ser humano. Niega la propia naturaleza y decide que ésta no se le ha dado como hecho preestablecido, sino que es él mismo quien se la debe crear”.

(26) Discurso a la Curia Romana con motivo de las felicitaciones de Navidad, del 21 de diciembre de 2012.

(27) <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04/08/080424c.html>

Pero ¿qué es lo que creará?, ¿cuál será su nombre?: ¿un nuevo ser genérico, ni masculino ni femenino?⁽²⁸⁾ ¿un pansexualismo consecuencia de la desaparición de los sexos, como presumía Firestone?, ¿mujeres y hombres nuevos, diferentes de cuantos han existido anteriormente?⁽²⁹⁾

No siempre es posible nombrar los desatinos de los hombres.

(28) “El fin último a alcanzar que define al movimiento de mujeres y al movimiento obrero, es el mismo: la conversión de hombres y mujeres en seres genéricos [...]”; DE EDELMAN, Fanny, “Feminismo y marxismo”, Buenos Aires, Cuadernos Marxistas, 2001, pág. 17

(29) JAGGER, Alison: “Political Philosophies of Women’s Liberation”, en *Feminism and Philosophy*, New Jersey, Littlefield, Adams & Co., Totowa, 1977, pág. 14 “La igualdad feminista radical significa no simplemente igualdad bajo la ley y ni siquiera igual satisfacción de necesidades básicas, sino más bien que las mujeres -al igual que los hombres- no tengan que dar a luz [...] La destrucción de la familia biológica permitirá la emergencia de mujeres y hombres nuevos, diferentes de cuantos han existido anteriormente”.

LA DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE (*)

I. INTRODUCCIÓN

El 5 de febrero de 2024 la Corte Constitucional de Ecuador (CCE) dictó sentencia en el caso Nro. 067-23-IN y se pronunció a favor del planteo de constitucionalidad condicionada del artículo 144 del Código Integral Penal que sanciona la figura del homicidio, a pedido de una paciente de ELA de 42 años que busca una muerte digna. Para la CCE ese artículo “será constitucional siempre y cuando no sea sancionado (i) el médico que ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP en el supuesto en el que (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de sufrimiento intenso proveniente de una lesión necesariamente de carácter corporal, grave e irreversible o una enfermedad que sea grave e incurable” (del Resumen de la sentencia).

La sentencia contó con 7 votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Alejandra Cárdenas Reyes, Jhoel Escudero Soliz, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Richard Ortiz Ortiz (voto concurrente), y Daniela Salazar Marín y la disidencia (votos salvados) de las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez.

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

La acción se interpuso el 8 de agosto de 2023, había sido admitida el 29 de septiembre y el 20 de noviembre se celebró una audiencia pública en que expusieron la paciente, su padre y sus abogados, representantes del Poder Ejecutivo y de la Asamblea Nacional y terceras partes como *amicus curiae*, tanto a favor como en contra de la acción.

En este trabajo me propongo analizar algunas cuestiones que surgen de la sentencia con la finalidad de determinar si las razones esgrimidas para la decisión por parte de la mayoría han sido justas y adecuadas.

Previamente, haré algunas consideraciones sobre algunos aspectos vinculados con los alcances de la pretensión y el debate en torno a la competencia del Tribunal Constitucional para ingresar en una materia de carácter legislativo.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA SENTENCIA Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En el centro del debate en esta causa estuvo el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que tipifica el homicidio simple: “Homicidio. - La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años”.

La paciente inició la acción y solicitó que “(i) se reconozca el derecho a una muerte digna, (ii) se declare la constitucionalidad condicionada del artículo 144 del COIP cuando se cumplan los requisitos previstos en el párrafo supra, y (iii) se disponga que los miembros del personal médico no podrán ser sancionados penal, ni civil, ni administrativamente cuando practiquen un procedimiento eutanásico cuando cumplan con los requisitos referidos. De igual forma, requiere que esta Corte (iv) disponga que el Ministerio de Salud Pública adopte todas las medidas necesarias para cumplir con su voluntad” (punto 22 del voto de mayoría). En cuanto a los requisitos para que la eutanasia no sea punible señaló: “1. La declaración de consentimiento libre, informado e inequívoco para ejercer el derecho a morir dignamente. [...]; 2. El padecimiento de sufrimientos o dolores intensos físicos o emocionales. [...]; 3. El diagnóstico de enfermedad o lesión física grave o incurable. [...]; 4. La realización del proceso eutanásico por parte de una persona profesional de la salud, que debería orientarse por los principios de prevalencia de la autonomía, celeridad, oportunidad e imparcialidad” (n. 21).

Sin embargo, la Corte no consideró lo relativo al reconocimiento de un derecho a la muerte digna y se limitó a tratar únicamente el siguiente

interrogante: “¿La aplicación de la sanción prevista en el tipo penal de homicidio es incompatible con los derechos a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad en el supuesto en el que (i) un médico ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP cuando (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de sufrimiento intenso proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable?” (n. 36 del voto de mayoría).

El voto mayoritario se estructura en 10 apartados que abordan los antecedentes, la competencia, la disposición cuya constitucionalidad se demanda, los argumentos de los sujetos procesales, el planteamiento de los problemas jurídicos, consideraciones previas, resolución de los problemas jurídicos, consideraciones finales, constitucionalidad y decisión.

En concreto, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

“1. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 144 del COIP. De tal forma que se determina que dicho artículo será constitucional siempre y cuando no sea sancionado (i) el médico que ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP en el supuesto en el que (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa; (iii) por el padecimiento de intenso sufrimiento proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o de una enfermedad grave e incurable.

“2. Declarar la constitucionalidad aditiva del artículo 6 del Código de Ética Médica. De tal forma que esta norma en lo posterior establecerá: “Art. 6. - El Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo, salvo los casos en los que (i) el médico ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP cuando (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de intenso sufrimiento proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o de una enfermedad grave e incurable.

“3. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 90 del Código de Ética Médica, por lo que dicha norma es expulsada del ordenamiento jurídico.

“4. Disponer que el Defensor del Pueblo en el plazo máximo de 6 meses contados desde la notificación de la presente sentencia prepare un proyecto de ley que regule los procedimientos eutanásicos, conforme a lo establecido en este fallo. Para constancia del cumplimiento deberá remitir a este Organismo la fe de presentación del proyecto respectivo ante la Asamblea Nacional.

“5. Disponer que el Ministerio de Salud Pública en el plazo máximo de 2 meses, contados desde la notificación de la presente sentencia, expida un reglamento que regule el procedimiento para la aplicación de la eutanasia activa voluntaria y avoluntaria a la luz de criterios técnicos y en observancia de lo expuesto en este fallo, normativa que tendrá vigencia hasta la aprobación de la ley respectiva. Deberá remitir el Reglamento a esta Corte, misma que verificará su cumplimiento.

“6. Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses contados desde la presentación del proyecto de ley, conozca, discuta, y expida la ley que regule los procedimientos eutanásicos con los más altos estándares generales establecidos en la presente sentencia. La Asamblea Nacional a través de su representante deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del proyecto de ley elaborado por la Defensoría del Pueblo”.

En este marco, una primera objeción refiere a la competencia del Tribunal para resolver de esta manera. En efecto, como señala la jueza Teresa Nuques Martínez en su voto salvado, refiriéndose al artículo 144 del Código Penal sobre el delito de homicidio, “no se observa una indeterminación en el texto legal impugnado o en su interpretación que pueda generar una inconstitucionalidad y que amerite establecer una cláusula de condicionalidad por parte de esta Magistratura para adecuar la norma y garantizar que su contenido se ajuste a la Norma Suprema” (n. 9). Para esta jueza, “lo relativo a la competencia para crear, interpretar, modificar o eliminar del ordenamiento jurídico normas penales relacionadas a la determinación de delitos, así como para establecer excepciones de anti-juridicidad para los tipos penales, es una facultad exclusiva del órgano legislativo” (n. 24).

Finalmente, la juez señala que “en el voto de mayoría podría destacarse un vicio de incoherencia decisional, toda vez que primero se concluye, en cuanto al artículo 144 del COIP, que la Corte Constitucional tendría competencia para fijar una causal de exención de la conducta penal en lo que atañe a la eutanasia activa; y, luego, en el decisorio, se reconoce que la regulación de un procedimiento de esta naturaleza debe

ser ejercido por la Asamblea Nacional, a la cual se conmina a regular legalmente este procedimiento” (n. 26).

La extralimitación del Tribunal también fue señalada por la jueza Carmen Corral Ponce en su voto salvado: “el voto de mayoría, al condicionar la sanción del artículo 144 el COIP a un nuevo supuesto, así como disponer al Ministerio de Salud la emisión de un Reglamento que se expida en el plazo máximo de dos meses (es decir de que se expida un reglamento sin que se cuente con la ley, cuyo proyecto recién se presentaría en seis meses y aprobaría por la Asamblea Nacional en un plazo de doce meses); y, adicionar un texto al Código de Ética Médica (numerales 2, 4, 5 y 6 del decisorio), ha incurrido en una seria extralimitación, ha decidido actuar como legislador. Ha modificado tácitamente la configuración del tipo penal de homicidio, pese a que hay razones de peso –unas ya expuestas, y otras que se señalarán después– para sostener que no se logró desvirtuar la constitucionalidad de la norma impugnada en el supuesto de la eutanasia” (n. 27).

En síntesis, una primera objeción a la sentencia está dada por los alcances de la competencia de la Corte y la afectación de la separación de poderes, en tanto el Tribunal invade competencias del Poder Legislativo.

III. LA FALTA DE VIDA “DIGNA” COMO CAUSAL PARA PONER FIN A LA VIDA

III.1. Los argumentos de la mayoría

La sentencia que aquí analizo ofrece la ocasión de profundizar en torno a los alcances del derecho a la vida. En efecto, una de las características del voto de la mayoría es relativizar este derecho a través de su mutación en un derecho a la vida digna que, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habilita la eutanasia.

En efecto, sostiene la mayoría: “más allá del reconocimiento y protección de la vida, entendida como mera existencia, se deben cumplir elementos necesarios para que ésta posea condiciones propias de ‘una existencia decorosa’, en otras palabras, se requiere de una calidad mínima en las circunstancias que rodean al ser humano para que efectivamente pueda subsistir y desarrollar su plan de vida” (n. 54). Y agrega luego: “El derecho a la vida digna no se satisface únicamente con existir y proteger esa existencia, entendida como ‘la mantención de indicadores físicos (signos vitales) que confirmen la supervivencia de los individuos’, sino de que concurren factores que permitan que ésta alcance los ideales

de excelencia humana de cada persona; que ‘pued[a] ‘ser’ mediante el desarrollo integral de sus capacidades individuales y colectivas, dentro de un ambiente de dignidad, que les permita el pleno ejercicio de los derechos” (n. 55).

El otro fundamento de la mayoría es “el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, al que considera “derecho amplísimo que protege la libertad en todas sus manifestaciones y que, además, reconoce que el ser humano goza de “espacios de libertad para estructurar su vida personal y social”. Precisamente por esta razón, se encuentra recogido en la CRE dentro de los “Derechos de libertad”, cuya única limitación son “los derechos de los demás” (n. 56). Para la mayoría, “el libre desarrollo de la personalidad implica la capacidad de cada individuo para configurar su propio proyecto de vida según sus valores, creencias, visión del mundo y las circunstancias que le rodean” (n. 59).

Sobre el carácter indisponible del derecho a la vida, sostiene la mayoría que “la normativa convencional, constitucional y legal establecen supuestos en los que no es punible la privación de la vida cuando esta privación no es arbitraria o ilegítima” (n. 67). Para la mayoría, “el derecho previsto en el artículo 66 número 1 de la CRE protege el derecho a la vida desde su dimensión de subsistencia y se encuentra resguardado por el artículo 144 del COIP frente a privaciones arbitrarias e ilegítimas. No obstante, en el supuesto planteado no se evidencia una conducta con dichas características, ya que la privación de la vida ocurre con la aquiescencia y solicitud expresa del titular del bien jurídico, quien requiere acceder al procedimiento eutanásico por padecer intenso dolor como consecuencia de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable. En consecuencia, resulta controvertida la aplicación de la sanción contemplada en la norma al sujeto activo, ya que en el fondo no se protege la vida de un acto ilegítimo y arbitrario por las características del supuesto abordado” (n. 72).

La mayoría “relaciona el derecho a la vida digna con el libre desarrollo de la personalidad” (n. 61). “La vida digna en su primera dimensión busca establecer un límite frente al irrespeto ilegítimo y arbitrario de la vida humana. Empero, también comporta condiciones mínimas que permitan a cada ser humano diseñar su plan de vida y ejercitar sus libertades y derechos. El libre desarrollo de la personalidad se sostiene en la libertad de cada ser humano de decidir sobre su destino, sus aspiraciones e ideales de vida. Ergo, cuando se problematiza la necesidad de contar con un médico que termine la vida por padecer intenso sufrimiento proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable, el asunto en discusión se trata de si las

personas, libre, voluntariamente y sin presiones coercitivas, pueden decidir terminar con su vida —vida digna— de manera que se respete su voluntad, autonomía y valores personales —libre desarrollo de la personalidad—” (n. 61).

En otro pasaje, la mayoría sostiene “que el derecho a la vida en su dimensión de dignidad podría verse menoscabado cuando el titular no se encuentre en la capacidad de ejercer sus derechos de forma plena. Así, por ejemplo, “cuando por ausencia de salud no pueda desarrollar íntegramente sus dimensiones biopsicosociales, lo que repercute en el deterioro de la calidad de vida y en la imposibilidad del ejercicio de sus demás derechos”” (n. 75).

Para la Corte, “el sufrimiento intenso derivado de enfermedades, sean terminales o no, o de lesiones corporales puede afectar significativamente la capacidad de las personas para ejercer sus derechos fundamentales. En estas situaciones no solo se experimenta dolor, sino que surgen limitaciones sustanciales para que quienes lo padecen puedan llevar a cabo sus proyectos de vida, contradiciendo sus valores, ideales y metas de desarrollo personal. Las personas que enfrentan tales condiciones pueden incluso llegar a perder su sentido personal de qué es vivir con dignidad. Por lo que, el cargo que afirma la constitucionalidad del artículo respecto a que la vida es un absoluto no considera la segunda dimensión del derecho a la vida digna reconocida en la Constitución, pues se centra en la dimensión biológica, en la subsistencia, pero el derecho no se satisface únicamente de esta forma, sino con la concurrencia de factores que permitan que ésta alcance los ideales de cada persona” (n. 76).

Igualmente, “esta Corte considera que resulta irrazonable imponer a personas en tales situaciones la obligación de mantenerse con vida, sin considerar su angustia y sufrimiento intenso, cuando existen opciones más compasivas a las que podrían acceder para poner fin a su dolor. En estos casos, no es aceptable que terceros obliguen a quienes enfrentan una enfermedad grave e incurable o lesión corporal de esta índole a prolongar su agonía” (n. 77).

Para la mayoría, “se evidenció que el artículo 144 del COIP tiene como objetivo proteger a la vida de una privación arbitraria e ilegítima. No obstante, en el supuesto analizado, existe la aquiescencia y la solicitud expresa del paciente, quien se encuentra en una situación extrema de sufrimiento. En consecuencia, no se configura una privación ilegítima o arbitraria como busca proteger la norma. Dicha privación ocurre porque en este supuesto resulta de mayor relevancia la satisfacción de

los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a una vida digna” (n. 80).

III.2. Análisis crítico de los argumentos de la mayoría

La línea argumental de la mayoría merece serias críticas, que pueden encontrarse bien expresadas en algunos pasajes del voto en disidencia de la jueza Corral Ponce.

Respecto a la idea de “vida digna”, en el segundo apartado de su voto la jueza desarrolla los argumentos que demuestran que la eutanasia es incompatible con la dignidad humana. Se refiere a la dignidad como fundamento de los derechos humanos y sus sistemas de protección, enfatiza que la dignidad está atada a la vida “no a las condiciones de vida” y que el libre desarrollo de la personalidad no debe menoscabar la dignidad humana. Agudamente, dice la jueza que adoptar la postura que sostiene que la dignidad depende de las condiciones de vida “implicaría sostener que hay ciudadanos de primera o segunda clase, dependiendo de qué tan “decorosa es su existencia”. Claro, esto último siempre a juicio de un tercero, ya que no es la percepción subjetiva del valor intrínseco del titular de esa vida la que avala la eutanasia, sino la verificación de determinadas condiciones “objetivas” de la vida de esa persona. Así, si uno considera que su vida no es “decorosa” y pide acceder a la eutanasia, pero no reúne las condiciones señaladas por la sentencia de mayoría, no conseguirá que se lleva a cabo la eutanasia. Por eso es que la voluntad del titular de la vida es un eufemismo que esconde la verdadera razón detrás de la eutanasia, el que un tercero determine si una vida reúne las condiciones para que sea legal arrebatarla” (n. 38). “La vida no se protege en función de que estén satisfechas las necesidades básicas definidas en el artículo 66.2 de la Constitución. La vida se protege por la mera existencia humana porque se entiende que la vida de ese ser humano, sin importar las circunstancias que lo rodean, tiene tanta dignidad como la de cualquier otro” (n. 39).

La jueza Corral Ponce concluye en este punto: “Bajo la lógica de la eutanasia, adoptada por la sentencia, si una persona no reúne los elementos que componen el derecho a la vida digna, el darle muerte dejaría de ser un acto arbitrario. Sin embargo, la propia sentencia incurre en otra contradicción porque: (i) al permitir la eutanasia avoluntaria, la sentencia quitó relevancia a la voluntad del paciente, ya que un tercero realiza la solicitud y no él; e, (ii) impide el acceso a la eutanasia a aquellas personas que, a los ojos de un tercero, no reúnen las condiciones definidas por la sentencia. Por lo tanto, el superficial análisis hecho en la sentencia de mayoría trastoca el valor de la dignidad humana y la somete a la más ab-

solita arbitrariedad, pues la eutanasia implica que un tercero determine qué vida es digna” (n. 40).

En cuanto al libre desarrollo de la personalidad, la jueza señala que, bajo el razonamiento de la mayoría, “debería bastar con la petición de eutanasia efectuada por el paciente” (n. 42). “Es falso que el derecho al libre desarrollo de la personalidad sea el fundamento de la eutanasia, toda vez que “la decisión de morir y cómo morir” está sujeta a las condiciones fijadas por un tercero y no a la voluntad del paciente” (n. 43).

Además, la jueza Corral Ponce se refiere a los problemas que se derivan de considerar el libre desarrollo de la personalidad como un derecho absoluto: “Por ejemplo, no se podría prohibir la esclavitud voluntaria, ya que, bajo el razonamiento vertido por la sentencia, ese proyecto de vida sería una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que no afecta derechos de terceros. Tampoco se podría tratar al suicidio como una elección personal indeseable para el Estado, que deba ser combatida a través de la generación de políticas públicas. Pues finalmente, bajo la lógica del voto de mayoría, es una elección personalísima que no afecta derechos de terceros” (n. 44). La jueza entiende que “la propia sentencia incurre en dos contradicciones: (i) impide el acceso a la eutanasia a aquellas personas que, a los ojos de un tercero, no reúnen las condiciones definidas por la sentencia; y, (ii) al permitir la eutanasia avoluntaria, la sentencia pone de manifiesto que para acceder a la eutanasia no es un requisito esencial la voluntad del paciente. Por lo tanto, el análisis insuficiente que realiza la sentencia de mayoría trastoca el valor de la dignidad humana y la somete a la más absoluta arbitrariedad, que consiste en que un tercero determine qué vida es digna de protección” (n. 45).

Este apartado concluye con otra referencia a las omisiones de la mayoría: “En esta línea el voto de mayoría reiteradamente afirma que uno puede renunciar a la propia vida, cuando nuestra Constitución prohíbe expresamente la renunciabilidad de derechos, incluyendo el derecho al agua, el derecho a la seguridad social, los derechos de los servidores públicos, y los derechos laborales. Situación que convenientemente jamás analiza, ni siquiera menciona el voto de mayoría” (n. 46).

Los argumentos de la jueza Corral Ponce son muy interesantes y sólidos en criticar la visión de la mayoría. Adviértase aquí que la inviolabilidad de la vida, entendida como vida biológica, se relativiza a través de una idea de vida digna. Ahora bien, lo lógico de una situación de indignidad de la vida no es poner fin a la existencia, sino resolver las causales de esa “indignidad” que se verifica en las condiciones de vida.

IV. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EUTANASIA

Una cuestión que suele ser parte de los debates de la eutanasia refiere a cómo ella afecta a las personas con discapacidad y sus derechos. Este tema fue específicamente abordado por la mayoría en su voto, que entiende que “la responsabilidad del Estado abarca la obligación de suministrar todas las prestaciones destinadas a mejorar la salud y la calidad de vida” (n. 83). Pero, sostiene que “no se evidencia que el supuesto específico propuesto por la accionante, a saber, que (i) un médico ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP cuando (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de un intenso sufrimiento proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable, traiga como consecuencia el desconocimiento de la protección de las personas con discapacidad, adultos mayores y personas que padecen de una enfermedad “catastróficas o de alta complejidad”, pues la responsabilidad del Estado en el ámbito de salud y de atención prioritaria se mantiene incólume respecto a estas personas con el mismo grado de protección reforzada” (n. 82).

Y luego dice: “El supuesto in examine en ningún momento se refiere a concluir anticipadamente y de forma arbitraria la vida de estas personas y mucho menos desconocer su voluntad, de igual forma, bajo ninguna circunstancia las personas que tienen discapacidad y los adultos mayores serían automáticamente candidatos para un procedimiento eutanásico, pues deben concurrir los requisitos referidos; a saber, la conducta (i) solo puede ser realizada por un médico cuando (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de sufrimiento intenso proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable. Incluso en el caso de las personas que sí padezcan de una enfermedad grave e incurable que provoque un intenso sufrimiento tampoco existiría ipso facto la posibilidad de que se proceda a la realización de la eutanasia, pues debe mediar el consentimiento libre, informado e inequívoco; así como los demás elementos anotados previamente. En consecuencia, no logra sostenerse el argumento de constitucionalidad de la norma a la luz del caso que se problematiza” (n. 85).

Ahora bien, lo que la mayoría no ha considerado es el argumento que plantea el propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Disca-

pacidad, que por ejemplo ha recomendado a España que “vele por que no existan disposiciones que permitan la eutanasia por motivos de discapacidad, ya que tales disposiciones contribuyen a la estigmatización de la discapacidad, lo cual puede propiciar la discriminación” (7.b.)⁽¹⁾. Cuando la mayoría delimita que la eutanasia la pueden pedir las personas con un “padecimiento de sufrimiento intenso proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable”, están señalando que su derecho a la vida es disponible. En efecto, mientras que el derecho a la vida de cualquier otra persona no sería excepcional y quedaría protegido por la norma penal que sanciona el homicidio, en estos casos se considera que el derecho a la vida admite excepciones.

Recordemos que según el art. 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Es decir, el derecho a la vida es “inherente” a todos los seres humanos y debe ser reconocido “en igualdad de condiciones con los demás”, lo que no ocurre en el caso de la eutanasia despenalizada para personas con padecimientos graves.

En definitiva, la sentencia crea dos clases de ciudadanos, como lo denuncia Velasco Suárez hablando de las leyes de eutanasia: “La eutanasia supone siempre, primero, un acto del legislador en representación de la sociedad: la eutanasia social, el acto por el que toda la sociedad considera que hay vidas sin valor social, que hay personas sin dignidad inherente, y que no tienen derechos humanos, porque su derecho humano principal no depende de que sea humano, sino de que sea sano, joven, autónomo y productivo. Entonces, es una ley que discrimina y categoriza entre ciudadanos ‘clase A’, que la sociedad valora, y ciudadanos ‘clase B’: los ‘eutanasiables’”⁽²⁾. Lo que dice este jurista sobre las leyes de eutanasia, se aplica en este caso a la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador.

(1) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España”, 13 de mayo de 2019, CRPD/C/ESP/CO/2-3. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es

(2) 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.

Finalmente, tampoco ha considerado la mayoría el argumento expresivista, bien explicado por Ana María Marcos del Cano, quien explica que la legalización de la eutanasia lanza dos inequívocos mensajes: “a las personas con discapacidades graves, para que consideren la opción de terminación de su vida; y a la sociedad en general, para que perciban a las personas con discapacidad como individuos cuya vida puede no merecer la protección de inviolabilidad establecida constitucionalmente para el resto de los ciudadanos”⁽³⁾.

V. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA EUTANASIA EN LA SENTENCIA Y PENDIENTE RESBALADIZA

V.1. Alcance de las condiciones de procedencia de la eutanasia

En todas las deliberaciones en torno a la eutanasia, un aspecto crucial está dado por la delimitación de qué pacientes son los que quedan habilitados para solicitar su muerte. En la experiencia internacional ello varía desde los casos en que no hay ninguna indicación sobre quiénes pueden pedir el suicidio asistido, como sucede en Suiza, hasta los casos en que solo pacientes con enfermedad terminal con pronóstico de vida menor a 6 meses⁽⁴⁾.

En la sentencia este punto puede encontrarse delineado en las consideraciones finales del voto de mayoría cuando se afirma que “corresponde al legislador generar un marco regulatorio apropiado y estricto que regle el supuesto abordado, para lo cual, deberá considerar por lo menos: “que el paciente padezca sufrimiento intenso provocado exclusivamente por una lesión de carácter corporal que sea grave e irreversible o por una enfermedad que necesariamente deberá ser grave e incurable...” (n. 103).

Debe señalarse la enorme amplitud que encierra la descripción que hace la mayoría de los casos que habilitarían la eutanasia. En efecto, no se trata de una situación “terminal”, sino una enfermedad “grave e incurable” o lesión corporal “grave e irreversible”. Esta amplitud puede dar lugar a pretensiones de incluir en los pedidos de eutanasia a enfermedades mentales como la demencia, o bien condiciones que en sí mismas no

(3) Marcos del Cano, A.M. (2021). “La eutanasia: ¿de qué se trata?”, en Masferrer, A., *La eutanasia en España. Perspectivas desde la vulnerabilidad*, Madrid, Ediciones Rialp, p. 43.

(4) Mroz, S. y otros (2021), “Assisted Dying around the World: a status quaestionis”, *Annals of Palliative Medicine*, vol. 10, n. 3, p. 3540-3553.

son fatales. Esta amplitud se potencia porque se agrega una condición subjetiva de difícil comprobación en los hechos, como es la de un “sufimiento intenso”. Por supuesto, aun en el caso que se hubiera delimitado los casos de eutanasia a circunstancias realmente excepcionales y terminales, yo consideraría que se trata de actos que afectan el derecho a la vida y dignidad de la persona humana. Pero esta amplitud en la conceptualización de los casos que habilitan la eutanasia proyecta efectos sobre muchas personas.

V.2. La eutanasia avoluntaria

Una nota especial de la sentencia es que se pronuncia por la eutanasia activa “avoluntaria”, a la que define como aquella en que “no se puede conocer la voluntad del paciente por la imposibilidad de expresarla, por ejemplo, en los casos en los que las personas se encuentran en estado vegetativo, coma permanente y, en su lugar, quien consciente [así en el original] es un representante” (n. 45 de la mayoría). En respaldo de esta definición se cita la sentencia C-233/21 del 22 de julio de 2021 de la Corte Constitucional de Colombia. Luego, en la parte dispositiva, cuando se dispone que el Ministerio de Salud Pública regule el procedimiento para la aplicación de la eutanasia en un plazo de 2 meses, señala que lo debe hacer tanto para la eutanasia activa voluntaria como la avoluntaria.

El tribunal se limita a decir que “En el caso de las personas que no pueden expresar su voluntad para el procedimiento eutanásico, el legislador deberá reglar la forma en la que se deberá dar el consentimiento por parte de su representante legal con las salvaguardas necesarias para el paciente” (n. 103.2).

Un primer punto de interpretación refiere a si la sentencia entiende que el “representante” actúa por sí mismo o bajo directivas anticipadas previamente indicadas por el propio paciente que sufrirá la muerte. En este punto, en la parte resolutive de la sentencia nada se dice sobre la necesidad de que el representante actúe cuando hubo directivas anticipadas y se limitan a señalar que, si la persona no puede expresar su consentimiento, lo hará “a través de su representante”. En consecuencia, no estamos hablando del caso en que la persona deja una directiva anticipada solicitando su muerte, sino en un supuesto en que la persona queda inconsciente y es su representante el que pide la muerte del paciente.

Entre los problemas que presenta esta decisión podemos mencionar:

a) La sentencia fue iniciada por una paciente en uso de sus facultades y que pedía por la eutanasia para ella. El Tribunal constitucional introduce, por su propia decisión, este supuesto de eutanasia “avoluntaria”,

que no había sido pedido y que, a los problemas inherentes a la eutanasia, agrega otros propios de una sustitución radical de voluntad para provocar la muerte del paciente.

b) La actuación del representante siempre debería ser proteger al representado y no pedir su muerte. Provocar la muerte del paciente al que se representa, bajo supuesta evaluación de la indignidad de su situación, es una grave afectación del derecho a la vida, que es juzgada digna o indigna por el legislador en primer lugar, y luego por el propio representante que decide la muerte de su representado.

c) Estaríamos ante una forma de sustitución de la voluntad del paciente por parte del representante, que no es conforme a los criterios que surgen de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

d) Podrían darse graves problemas de conflicto de intereses si el representante pide la muerte de su paciente para beneficiarse económicamente (por ejemplo, con una eventual herencia).

e) Como señala la jueza Corral Ponce, legalizar la eutanasia avoluntaria es una contradicción con los fundamentos dados por la sentencia en el sentido que sería un requisito esencial para la eutanasia la existencia de una voluntad del paciente. Dice la jueza: “el escudo del ‘libre desarrollo de la personalidad’ termina por esfumarse y pone de manifiesto la verdadera problemática detrás de la eutanasia. Esto es, el juicio de valor que se debe hacer con respecto a las condiciones de vida de una persona para justificar que la ‘eutanasia no sea punible’. Así, para el voto de mayoría, lo único que importa es que los seres humanos cumplan con tener ‘una vida decorosa’, para que sea penalizada la conducta que atente contra su vida, haya o no consentimiento del titular de la vida. Pues si la persona no puede consentir, y no tiene ‘una existencia decorosa’, es candidata a que se le prive de su vida” (n. 62 del voto de la jueza Corral Ponce).

f) Cabe preguntarse quién será el representante del paciente en caso de que no haya nadie designado o bien que se planteen conflictos en torno a la decisión entre parientes en el momento en que se encuentra imposibilitado de expresar su voluntad.

V.3. El problema de la pendiente resbaladiza

La amplia legalización de la eutanasia que promueve la sentencia, al llegar incluso a la habilitación de la eutanasia avoluntaria, decidida únicamente por el representante del paciente, pone en evidencia el problema de la pendiente resbaladiza. En efecto, aunque se hace una decla-

mación de que la eutanasia se decidirá solo en caso de personas que lo hayan pedido, en los hechos también podrán sufrir la muerte provocada con amparo legal pacientes que queden inconscientes y no pueda expresar su voluntad.

Así, aunque se afirma que la eutanasia solo se aplica en casos extremos, prontamente se amplían los casos tanto en cuanto a los diagnósticos de base que habilitan la eutanasia, como a la cantidad de casos.

Nuevamente, también es la jueza Corral Ponce la que presenta el argumento de la pendiente resbaladiza para criticar la postura de la mayoría (ver n. 65 a 69 del voto de la jueza).

VI. EUTANASIA Y DERECHO PENAL

El caso que decidió la Corte Constitucional de Ecuador refiere específicamente al delito de homicidio y analiza su constitucionalidad. Este punto fue abordado por la jueza Corral Ponce en su disidencia. Ella se refiere a la configuración legal del tipo penal de homicidio y discrepa de la mayoría “porque, debido a la falta de precisión en el manejo de estos conceptos, ha incurrido en dos errores manifiestos: (i) no reconoce que el bien jurídico protegido por el tipo penal de homicidio es la inviolabilidad de la vida y no la vida en condiciones dignas; y, (ii) termina modificando el tipo penal de homicidio” (n. 10).

Corral Ponce explica que “la sentencia considera que el homicidio deja de ser arbitrario cuando se produce la muerte de una persona que (i) lo solicitó y (ii) que no vive en condiciones “dignas” a causa de una condición. Esta definición acarrea varios problemas que expondré posteriormente, pero a efectos de esta sección basta con señalar que es incompatible con el tipo penal de homicidio. Primero, según señalé, el bien jurídico protegido por el tipo penal de homicidio es la inviolabilidad de la vida, no la vida en condiciones dignas. Segundo, afirmar que el delito de homicidio castiga solo a aquellas personas que produjeron una muerte arbitraria, implica una alteración del texto del tipo penal” (n. 15).

Es importante la diferencia que la jueza hace entre la eutanasia y la legítima defensa o el estado de necesidad. La jueza enfatiza que “en el estado de necesidad y de legítima defensa, se excluye la antijuridicidad porque en ambos casos la conducta tiene por objeto proteger un derecho propio o ajeno” (n. 16), mientras que “la eutanasia tiene por propósito eliminar un derecho ajeno” (n. 17).

Además, pone el acento en la contradicción en que incurre la sentencia de mayoría que “despenaliza el homicidio cometido bajo la figura de la eutanasia activa, supuestamente justificada en la necesidad de evitar el sufrimiento de la persona que la autoriza. De manera confusa, la sentencia expone que la eutanasia activa no incurre en punibilidad (es decir, que pese a la existencia de un delito, a este no se le aplica la consecuencia de la culpabilidad, punición o sanción), mas también permite que opere una causa de exclusión de antijuridicidad (esto, es que se considera que no se ha cometido el delito, por existir una causa justa), cuestiones incompatibles y que generan una confusión conceptual, porque además se mezclan en el análisis la conducta del médico, con la voluntad del paciente” (n. 19).

Para la jueza, “según la sentencia, la eutanasia activa, por una parte, no constituye delito, ni infracción penal; y, por otra, configurando un delito, no merece sanción. Aspectos contradictorios e incompatibles; y, que vislumbran que para el voto mayoritario el bien jurídico de la vida es disponible, al encontrarse totalmente desprotegido, al haberse eliminado, tanto la antijuridicidad, como la culpabilidad en este supuesto, algo insólito que anula el resguardo constitucional de la inviolabilidad de la vida” (n. 21).

En conclusión, para la jueza, “al alterar el bien jurídico protegido por el tipo penal de homicidio y reformar tácitamente el tipo penal, el voto de mayoría incurre en una grave extralimitación de sus competencias” (n. 25). “En ningún momento la Constitución ni la ley le han otorgado a la Corte Constitucional el poder de reformar la ley (cambiar o reescribir su texto), menos aún crear un nuevo tipo penal, ya que existe reserva de ley para la tipificación de infracciones y sanciones según el artículo 132.2 de la Constitución” (n. 26).

VII. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y EUTANASIA

En el considerando 103 del voto de mayoría, cuando se hacen las recomendaciones sobre cómo debería ser el marco regulatorio de la eutanasia que debe dictar el legislador, se incluye una específica referencia a la objeción de conciencia, en los siguientes términos: “corresponde al legislador generar un marco regulatorio apropiado y estricto que regle el supuesto abordado, para lo cual, deberá considerar por lo menos: ... 5. El respeto y salvaguarda a la objeción de conciencia del sujeto calificado (médico). El artículo 66, número 12 de la CRE reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Con fundamento en lo anterior, “[n]adie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar [...]

o de cambiar de religión o de creencias". Así, la objeción de conciencia es un derecho que permite a una persona abstenerse de participar en actividades, servicios o prácticas que van en contra de sus convicciones éticas, morales o religiosas, por lo que, puede actuar de manera consecuente con sus ideas, valores y principios sin hacer daño a terceros. Este reconocimiento tiene una íntima relación con otros derechos como la libertad de pensamiento, de religión, de expresión e inclusive con el libre desarrollo de la personalidad, pues todos "guardan un vínculo sustancial e indisoluble al ser indispensables para el desarrollo de la personalidad y como garantías de la protección de la dignidad humana". En consecuencia, el legislador debe tener presente el derecho que tienen los médicos como objetores de conciencia al atender un requerimiento para realizar la eutanasia activa si contradijere sus creencias, religión y pensamientos. En este contexto, si un médico se declara objetor de conciencia, no podrán iniciarse procesos judiciales (civiles, penales o administrativos) en su contra por negarse a llevar a cabo tal procedimiento eutanásico y su rechazo no debe interpretarse como un obstáculo para el acceso a la eutanasia activa. En este supuesto, se deberá transferir al paciente a otro médico que muestre su disposición para realizar el procedimiento, habilitando el proceso eutanásico y garantizando el respeto a la voluntad del paciente. Es crucial señalar que el derecho referido, debido a su naturaleza, se origina en las convicciones más íntimas de cada individuo. En este sentido, no es factible que la objeción de conciencia provenga, declaradamente o de hecho, de una persona jurídica, pues no es de índole institucional" (n. 103).

En el apartado sobre consideraciones adicionales, expresa la jueza Corral Ponce su acuerdo con la sentencia en tanto reconoce el derecho a la objeción de conciencia, pero señala los problemas del voto de la mayoría en este punto, que omite la denominada objeción de conciencia de las personas jurídicas. Para la jueza "es importante señalar lo siguiente: aun cuando la sentencia constituye una regresión injustificada del derecho a la objeción de conciencia que, en mi opinión, sí puede ser institucional, en ningún momento se ha referido al derecho a la objeción de conciencia. Bajo esta premisa, debe quedar meridianamente claro que los médicos e instituciones tienen el derecho de oponerse a toda práctica que consideren inadecuada a la luz de la ciencia actual" (n. 73).

VIII. CONCLUSIONES

Para terminar este comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional, quisiera recapitular los principales hallazgos del análisis efectuado en los apartados anteriores:

- El fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad del delito de homicidio y expresa que es una constitucionalidad condicionada siempre y cuando no sea sancionado (i) el médico que ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP en el supuesto en el que (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de sufrimiento intenso proveniente de una lesión necesariamente de carácter corporal, grave e irreversible o una enfermedad que sea grave e incurable” (del Resumen de la sentencia).

- La sentencia no se pronuncia sobre la eutanasia como derecho” ni sobre el derecho a la “muerte digna”.

- La sentencia no analiza el planteo de la negación de eutanasia como una forma de trato cruel e inhumano.

- El fallo promueve una amplia despenalización de la eutanasia y su regulación tanto por vía administrativa (Ministerio de Salud Pública) como por vía legal.

- La sentencia adopta una configuración amplia de los casos que habilitan la eutanasia, lo que puede habilitar situaciones de aumento de casos.

- En sus fundamentos, la sentencia distorsiona el derecho a la vida y lo transforma en un derecho a la vida digna, que es juzgada por el legislador. En caso de indignidad, se puede quitar la vida al paciente.

- Se confunde la situación que la propia persona percibe como indigna en forma subjetiva (existencial), con la dignidad ontológica y objetiva que tiene todo paciente, con independencia de su propia percepción.

- Se adopta una visión del derecho al libre desarrollo de la personalidad absoluta que conduce a favorecer el suicidio por pedido del paciente.

- A pesar de que no fue parte del planteo inicial de la paciente que inicia la acción, la sentencia incluye la despenalización de lo que llama eutanasia “avoluntaria”, es decir que, si el paciente no puede expresarse, su representante puede pedir que se le quite la vida. Esto contradice el propio fundamento de la sentencia vinculado con el pretendido derecho al libre desarrollo de la personalidad.

- Se favorece la discriminación de las personas con discapacidad, ante todo porque se declara que su derecho a la vida no es absoluto, sino

que, si se cumplen las condiciones que fija la sentencia, pueden ser eliminadas. Además, se las discrimina cuando se establece la posibilidad de que sea el representante el que decida dar muerte al paciente, sustituyendo su voluntad (eutanasia avoluntaria).

- Se produce una radical afectación del tipo penal de homicidio, de modo que no se sanciona al que matare a otro, sino al que matare a otro arbitrariamente. Y no sería arbitraria la conducta si es por pedido del paciente. Así, se adopta una concepción del derecho a la vida entendida como disponible por la propia persona.

- Se realiza una regulación restrictiva de la objeción de conciencia, excluyendo la objeción de conciencia institucional.

Para cerrar, quisiera citar el párrafo final del voto de la jueza Corral Ponce: “Sobre la base del extenso análisis realizado en el presente voto salvado, concluyo que no se logró desvirtuar la constitucionalidad del artículo 144 del COIP en el supuesto de la eutanasia, la Corte Constitucional no debió legislar un nuevo tipo penal para despenalizar la eutanasia activa, con lo que ha excedido sus competencias constitucionales y legales, y no se ha dimensionado los nefastos efectos que esto traerá en el Ecuador debido a nuestro precario sistema de salud, por lo que la demanda debió ser rechazada” (n. 75).

DEFENSA DE LA LIBERTAD PARA ORDENAR LA SUCESIÓN

POR VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO (*)

I. INTRODUCCIÓN

Hace siglo y medio, insignes juristas de la Comisión de Codificación, como Azcárate, Giner de los Ríos, Duran y Bas, Joaquín Costa, razonaron con hondura, valentía y sólidos argumentos en favor de la libertad de testar.

No obstante, triunfó la opinión de Alonso Martínez, favorable a mantener la legítima en base a la protección de la familia.⁽¹⁾

La controversia se resolvió con un “pacto” espurio, más bien imposición, esquivando el problema de justicia; mediante la renuncia a un Código Civil único para toda España, dejando la regulación sucesoria a la competencia de las regiones forales, que conservaron su Derecho civil propio, el cual acogía una amplia libertad para ordenar la sucesión. Primero a través de Apéndices, luego Compilaciones y hoy Leyes generales o Códigos de Derecho civil autonómico.

Error histórico, que, además, plantó las bases de la desintegración de España, dada la fuerte carga diferenciadora que implica una ley civil, reguladora de la vida de los ciudadanos en su ámbito privado, distinta en

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

(1) Para una exposición más extensa del debate que precedió al Código Civil de España puede verse VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer, t. I Las legítimas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1974, pp. 24 a 49. VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, *Libertad para ordenar la sucesión*. Editorial Dykinson Madrid, 2022, pp. 153 a 160.

cada territorio. Y más, si tenemos en cuenta la fuerza de atracción de las legislaciones denominadas forales, más respetuosas con la libertad de las personas, y su evolución constante hacia lo que anuncian o admiten en sus Exposiciones de Motivos como tendencia razonable y más justa que supone la libertad para ordenar la sucesión.

Los juristas que defendieron la libertad de testar pusieron de relieve que su función era hallar la norma justa, y que el problema de la regulación sucesoria era esencialmente jurídico.

Observó Joaquín Costa que “no se trata de resolver problemas económicos, ni socio familiares, ni políticos. Interesa resolver el problema jurídico, de justicia, que plantea la legítima. Porque resuelto este adecuadamente, es decir lograda la norma justa, seguro que será beneficiosa para la economía y para la sociedad.”⁽²⁾

Sánchez Román, veinte años después, entendió que el problema es esencialmente jurídico y sólo por motivos de Derecho ha de ser resuelto, siendo, por lo menos, subalternos, cuando no extraños e inadmisibles, todos los que se aduzcan de otra clase, morales, sociales, familiares, económicos y afectivos.⁽³⁾

Muchos años más tarde, un economista y pensador como Hayek observó la tendencia de juristas civilistas a considerar la sociología y la economía con excesiva pleitesía, cuando lo que tienen que buscar son las que él denomina “reglas de recta conducta”, es decir, las normas justas.⁽⁴⁾

Sin embargo, los avances culturales, el mayor y mejor conocimiento de los cambios en la estructura del patrimonio y de la familia ayudan a desvelar la injusticia de una norma jurídica, y, de modo más nítido o claro, dejan a la vista su inconsistencia inicial para alcanzar la justicia.

Pese a ello, la regulación sucesoria sigue petrificada en el Código civil español. A diferencia de las Comunidades Autónomas, en continuo avance hacia la norma justa en este ámbito, el legislador estatal no se ha preocupado de solucionar el problema equitativamente.

(2) JOAQUÍN COSTA, *La libertad de testar y las legítimas*. Madrid 1883, pág. 521.

(3) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1910, t.VI, v.2º, pp. 718 a 751.

(4) HAYEK, *Derecho, Legislación y Libertad*, 2ª ed., Unidad Editorial, Madrid, 2014, pp. 94, 145 y 146.

Sólo la fuerza de la economía en relación con la empresa y la protección de los discapacitados han provocado pequeños cambios, que no resuelven los graves problemas que la legítima plantea.

Ya es hora de enfrentarse a su regulación más aproximada a la justicia.

II. EN BUSCA DE UN FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA

Después de publicado el Código Civil los civilistas se limitaron a estudiar los problemas técnicos que la legítima planteaba, despreocupándose de si era o no justa tal limitación a la autonomía de la voluntad, principio básico del Derecho privado.

Solamente Sánchez Román en 1910 ⁽⁵⁾ y Vallet en 1974 ⁽⁶⁾ se plantearon el problema de la legítima desde la justicia.

Hoy, después de un largo periodo de letargo, se ha intensificado el nuevo debate doctrinal que se inició a partir del año 1990. Cada vez son más los juristas que ven con claridad la inconsistencia de la legítima.

Sin embargo, a pesar de ello y del rechazo que los ciudadanos muestran hacia la restricción legitimaria, que los notarios observamos en primera línea, existe todavía un sector de la doctrina para el cual la supresión de la legítima es un cambio muy brusco. Y se inclinan por ir poco a poco, como si la justicia pudiera dividirse por tiempos.

Veamos los argumentos que aducen.⁽⁷⁾

II.1. El carácter simbólico

Algún autor, aun reconociendo la pertinencia de la supresión de las legítimas o su reducción a un ámbito asistencial, considera que éste sería un sistema de *tabula rasa*, sin historia, sin tradición. Que, dada la inercia legal muy grande, una opción así podría generar rechazo. Y que la fuerte carga simbólica de las legítimas haría más fácilmente asumible una reforma que no cuestione el sistema.

(5) SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, pp. 720 y 721.

(6) VALLET, *ob. cit.* p. 25.

(7) Una exposición detallada de los argumentos y su análisis se hace en *Libertad para ordenar la sucesión*, cit., pp. 257 a 330.

De este modo la solución de un problema, que es de justicia, se propone al criterio pragmático o imaginario de la facilidad de asumir una reforma que solamente aminore los efectos restrictivos de la legítima. Sin que se diga o aclare quién se opone y quien tiene que asumirla, si los juristas teóricos aferrados a la tradición o los destinatarios de la norma.

Es a éstos a los que produce rechazo un sistema que les impide organizar su sucesión de modo eficaz y equitativo. ¿Se sabe de alguien que, razonablemente, prefiera una norma que ate su libertad para ordenar su sucesión, que el Estado le impida ejercer su libertad de disposición?

En el ámbito del Derecho privado un símbolo no puede ser el fundamento de una obligación y su correlativo derecho. Un símbolo es un mero subterfugio argumental.

II.2. La tradición

En toda regulación jurídica existe una carga cultural y una lógica tendencia a que no se produzcan cambios, por razones de seguridad jurídica. Pero de ahí a utilizar la tradición como dique de contención de cualquier reforma que suponga un avance y aproximación a la justicia, que el paso del tiempo hace más visible y evidente, existe una gran distancia.

Convendría distinguir la tradición legislativa legitimaria de la tendencia a dejar los bienes voluntariamente a los hijos o parientes próximos, que son dos fuerzas o fenómenos distintos. Aunque al confluir y seguir una dirección semejante puede inducir a su adición errónea, fortaleciendo la presencia aparente de la tradición.

En efecto, existe una tendencia natural de los padres a designar a sus hijos como sucesores. Esta tendencia natural pero voluntaria ha convivido en paralelo con la obligación legitimaria impuesta por la ley, que la ha solapado y oscurecido. Hasta tal punto que la tradición familiar de la herencia, a la que algunos autores acuden, es una certeza si se confunde con aquélla. Pero es ilusoria si se convierte per se en fundamento del sistema legitimario.

Una norma sin más base que la tradición, desprendida de otro fundamento, no es más que la manifestación de una apariencia de justicia avalada por la inercia. En tal caso la tradición no hace sino petrificar el Derecho.

La formulación justa salta el tiempo, tradiciones y símbolos. El Derecho verdadero es siempre nuevo, en el sentido de que está vivo, eficiente y adecuado para la convivencia.

La persistencia de la norma basada en su raigambre histórica se convierte en una momia jurídica cuando el avance cultural y los cambios sociales y económicos hacen visible su injusticia.

Pero es que, además, el análisis histórico nos indica que ni siquiera hay una verdadera tradición persistente respecto de la legítima. No la ha habido en Roma. Ni en España, en la que han convivido y conviven hoy sistemas de libertad absoluta de testar con el de legítimas de diversa amplitud. Tampoco se puede hablar de una tradición legitimaria castellana, pues en la mayoría de los patrimonios con entidad económica el mayorazgo eclipsó la legítima.

Es a partir del Código civil cuando se inicia la permanencia, que se podría calificar de tradición legislativa, de una legítima, limitada al territorio en el que rige.

Acompañada por la tendencia de los civilistas a conservar las normas que estudian desde los inicios de su carrera, tendencia que hemos padecido los que nos hemos “especializado” en Derecho privado, y limitada al sistema del CCE, con olvido ostentoso de las legislaciones forales.

Lo cual unido a la pereza legislativa estatal, en triple alianza constituye una barrera que está frenando la renovación.

Es pertinente recordar aquí la observación de Ihering “El Derecho sólo puede rejuvenecerse en tanto que rompe con su propio pasado... pues la idea del Derecho es un eterno devenir, y lo que ha llegado a ser tiene que ceder ante el nuevo cambio”. “El derecho debe estudiar y buscar sin cesar el verdadero camino, y cuando lo ha encontrado, derribar los obstáculos que se oponen e impiden avanzar”.⁽⁸⁾

II.3. Componente ideológico

También se ha dicho que en la supresión de la legítima existe un componente ideológico, el *liberalismo*, y que obedece al deseo de potenciar la libertad personal por razones estrictamente individualistas a las que se piensa que conduce el pensamiento liberal.

Nada tiene que ver la libertad para ordenar la sucesión con el movimiento liberal, que se inicia como reacción frente a la intolerancia religiosa y política en el siglo XVIII y alcanza su máximo apogeo con la

(8) IHERING, *La lucha por el Derecho*, Editorial Temis, pp. 12 y 13.

Revolución francesa. ⁽⁹⁾ La libertad de testar existió en Roma en la época en la que el Derecho privado era obra de los jurisprudentes, verdaderos científicos del Derecho, como señaló Álvaro D'Ors. Y es precisamente el Código civil francés, resultante de la revolución liberal, el que, paradójicamente, establece una rígida limitación legitimaria.

Por otra parte, el individualismo que se considera consecuencia del liberalismo inspira más bien el sistema legitimario, pues favorece a personas al margen de su merecimiento o situación, y que esperan, sin esfuerzo alguno, que al fallecimiento del causante se arreglen sus problemas económicos o simplemente aumente su capacidad de ocio o nivel de gasto.

Se achaca a la libertad de testar que la preside el egoísmo del causante. Resulta inverosímil tal razonamiento, pues ¿qué egoísmo puede tener una persona que ordena su sucesión para cuando ya no esté en este mundo, precisamente en el momento en el que normalmente piensa y desea que las personas más cercanas y con las que ha convivido continúen la gestión y utilización de su patrimonio?

El egoísmo e individualismo sí es claro que subyacen tras el sistema legitimario en las personas que, al amparo de una legislación ancestral, esperan resolver sus problemas económicos o acrecentar su patrimonio, y una vida regalada, sin más base que el parentesco con el causante.

II.4. Igualdad de los hijos

Algunos autores esgrimen que *la legítima es un medio para proteger a los hijos de anterior matrimonio* frente a una posible captación que favorezca a los habidos posteriormente con otros cónyuges o parejas de hecho. Se trata de evitar la desigualdad de los hijos de anteriores relaciones.

Pero la igualdad forzosa implica la más injusta desigualdad, al impedir ponderar y considerar las situaciones tan diversas en la que los hijos pueden encontrarse. El legislador navarro, ha tenido que modificar la norma igualatoria de la ley 272 del Fuero Nuevo, que chocaba no solo con el principio de libertad navarra, sino con el de igualdad, al quedar fuera de la protección hijos de relaciones intermedias. Dicha norma se sustituyó recientemente por la más justa que establece el deber de alimentos.

(9) Precisamente, la igualdad legitimaria fue impuesta por el CC francés por razones ideológicas y prejuicios revolucionarios ante el temor, miedo a la libertad, de que se concentrase la riqueza en unos pocos, y volviese el régimen estamental o de clases, que la revolución "liberal" pretendía derribar.

Por otra parte, la presunción *iuris et de iure* de captación de voluntad que se pretende como fundamento para perpetuar la legítima, añadido al de la igualdad de los hijos de anterior pareja, supone una desproporción que la aleja de la justicia, como veremos a continuación.

II.5. Captación de voluntad

Uno de los argumentos más utilizados hoy para defender la persistencia de la legítima es que esta supone un dique protector frente conductas oportunistas y la captación de la voluntad; sobre todo de personas mayores, que se presumen vulnerables.

Pero la restricción generalizada de la libertad mediante la legítima, que se considera paraguas o antídoto compensatorio de la captación, resulta inconsistente. Por las siguientes razones:

1º Se incurre en una injusta solución generalizadora. Para evitar un comportamiento irregular excepcional, quedarían afectados todos los testadores. El verdadero Derecho no puede establecer una norma general en base a lo que sucede excepcionalmente.

2º El peligro de influencias afectivas existe en todos los actos de la vida, cualquiera que sea la edad y la situación en que una persona se encuentre. Baste recordar la posibilidad de otorgar testamento abierto a partir de los 14 años.

3º El sistema de legítimas, y más con la reducción a la que tienden la mayoría de las legislaciones, es inadecuado para evitar la captación, pues siempre quedará un amplio margen de libertad que la facilite.

4º Se pretende resolver un problema con un instrumento jurídico excesivo e inadecuado. Pues el Derecho tiene medios equilibradores apropiados para ello. El preventivo de la intervención asesora y controladora notarial y el decisorio judicial que determinará si la disposición deberá quedar sin efecto por falta de capacidad o por consentimiento viciado o influido.

Los problemas de “voluntad extravagante”, “testador vulnerable”, “limitada autonomía de personas de avanzada edad”, que siempre han existido, son problemas de falta de capacidad o de voluntad viciada, y en base a ello tendrán que resolverse.

Sin que se pueda alegar los llamados costos de transacción, que siempre serán menores que los que origina la cuantificación de la cuota legitimaria que se produce siempre y no excepcionalmente, o los que origina la desheredación, mecanismo este cada vez más utilizado.

II.6. Solidaridad familiar

El argumento más utilizado hoy para defender la legítima es la solidaridad familiar. Se trata de una solidaridad vista de arriba abajo. Es decir, de los padres hacia los hijos, imponiendo a aquéllos la obligación de dejarles parte de su patrimonio, después de haber asistido a los hijos procurándoles formación y desviviéndose por ellos hasta que alcanzan autonomía. Por lo tanto, desequilibrada.

La ley establece una doble imposición. Una justa y razonable derivada de la responsabilidad que contraen con la filiación, la de asistencia a los hijos. Otra, la legitimaria derivada de la solidaridad, sin fundamento consistente, pues la solidaridad exige la contrapartida de necesidad desde el punto de vista conceptual. La llamada a la solidaridad sin más convierte la legítima en un privilegio.

De ahí que los juristas que acuden al argumento de la solidaridad se dan cuenta de que es necesaria una respuesta compensatoria de los hijos. Y vuelven la vista a la *reciprocidad* como requisito para dar fortaleza a la solidaridad, exigiendo a los hijos, en compensación, afecto o simplemente relación con los padres.⁽¹⁰⁾

Pero se exige a los descendientes solamente una reciprocidad afectiva a cambio de una forzosa “solidaridad” económica de los padres y, por lo tanto, descompensada, asimétrica. La reciprocidad implica equivalencia, “amor con amor se paga”, no amor o simple relación a cambio de patrimonio.

La solidaridad familiar “recíproca” no puede justificar la imposición legal legitimaria; pues rompe el equilibrio que la equidad exige, poniendo en la balanza elementos tan diversos e incomparables como el afecto y el patrimonio.

¿Qué clase de solidaridad es la que obliga a dejar a un hijo parte del patrimonio sin más exigencia que una relación respetuosa por parte de éste?

La pretendida solidaridad familiar ensancha, agranda, las consecuencias de la responsabilidad derivada de la filiación de modo desproporcionado y sin equivalencia. Hasta tal punto que la vara de medir la

(10) Han influido en esta posición diversas sentencias del Tribunal Supremo que han asimilado el maltrato psicológico al físico (en especial STS de 3 de junio de 2014 y 27 de junio 2018) y el Código civil de Cataluña al establecer como causa de desheredación la falta de relación.

reciprocidad se descarta para los ascendientes, pues parte de los autores que acuden a aquel argumento los excluyen de la legítima.

Además, una sobreprotección legal indiscriminada y económica, a la que se pretende llegar a través de la solidaridad familiar, perjudica la formación de las nuevas generaciones y afecta al desarrollo de la personalidad de los hijos de modo negativo.⁽¹¹⁾

II.7. Desheredación

Algunos autores ven en la desheredación el último reducto para conservar la legítima ampliando sus causas con la falta de solidaridad.

En efecto, la solidaridad a la que se añade la reciprocidad, de forma asimétrica y descompensada (afecto a cambio de patrimonio), como hemos visto, necesita para su efectividad la vía tortuosa, difícil de aplicar, dolorosa e insegura de la desheredación.

Pero la desheredación es un paliativo que no resuelve la inequidad de la legítima. La desheredación, instrumento jurídico con el que se pretende activar la solidaridad recíproca, parte de la exigencia de un comportamiento desafectivo que habrá que probar, pues se articula en base a la desconfianza en la capacidad y equidad del causante.

Ninguna razón de justicia existe que exija al causante, para que pueda distribuir sus bienes sin restricción, que haya existido desafección de los legitimarios, y que, además, el causante o sus herederos tengan que acreditarlo, sometiéndole a un juicio moral sobre afectos y desatenciones que solo el que las sufre puede valorar.⁽¹²⁾

El juicio sobre la desheredación implica un test de moralidad que afecta a la libertad y dignidad del testador, al exigir la exposición y acreditación de sus motivos. Lo que supone escarbar en cuestiones íntimas de las que el testador no tiene por qué dar cuenta, ni normalmente podrá hacerlo.

Olvidando que sólo él puede valorar no sólo el desamparo y la intensidad del sufrimiento producido por el desafección y falta de relación de

(11) Por otra parte, en base a una pretendida solidaridad se oculta y empequeñece la generosidad, que queda solapada, encubierta, transformándola en obligación legal "solidaria".

(12) Los Notarios comprobamos lo difícil que les resulta a los padres desheredar a los hijos a pesar de su mal comportamiento, así como una tendencia natural a perdonarles o pasar por alto actuaciones o conductas desleales.

sus parientes cercanos, sino también otros problemas familiares, como la armonía entre hermanos, su diversa necesidad económica y afectiva, que dependen de la situación, sensibilidad y carácter de cada uno.

II.8. Inconsistencia de la legítima

Un sector importante de civilistas se ha percatado ya de la escasa consistencia de los argumentos aducidos en favor de la persistencia de la legítima. Después de observar que la situación actual no es la misma que en el s. XIX, en el que la edad media de vida era mucho menor y la natalidad mayor; y que la composición del patrimonio, las fuentes de creación de la riqueza y la estructura de la familia han cambiado sustancialmente, se preguntan: ¿qué razón de justicia puede haber para que un padre tenga que dejar parte de su patrimonio a sus hijos con unas edades en las que normalmente debieran tener sus necesidades vitales cubiertas?

Los avances culturales y los cambios sociales y económicos han permitido ver con más claridad la inconsistencia de la legítima, dejando al desnudo la falta de fundamento que la justifique. Y ya solo se defiende por algunos civilistas, a duras penas, en base a una difusa y desequilibrada solidaridad y al temor y desconfianza en la “aptitud” del causante. Sin percatarse que en un amplio territorio de España existe ya un régimen legal de amplia libertad, sin que nadie reclame su restricción en base a peligros o daños que pudiera provocar; pero que los defensores de la legítima imaginan o temen que pudieran producirse.

III. FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD PARA ORDENAR LA SUCESIÓN ⁽¹³⁾

Aunque después del análisis de los criterios utilizados para defender la legítima creo que ha quedado clara la inconsistencia de esta, procede concretar el fundamento de la libertad para ordenar la sucesión o libertad de testar.

1. La libertad de testar tiene su fundamento en la misma naturaleza de la herencia. Si ésta, como se reconoce mayoritariamente, es un derecho derivado de la propiedad, una exigencia social y jurídica de dar continuidad a la misma después de la muerte, la consecuencia lógica es que el titular pueda decidir libremente quienes serán sus continuadores.

(13) Un análisis extenso del fundamento se hace en mi trabajo *Libertad para ordenar la sucesión*, cit., pp. 207 a 257 y 348 a 388.

El patrimonio deberá cumplir la misma función que ha tenido en vida de su titular, que es servir de soporte material a las obligaciones derivadas de su responsabilidad y hacer posible la realización de su proyecto vital. Lo que exige naturalmente la consiguiente libertad de gestión y disposición de este.⁽¹⁴⁾

Tal exigencia se hace más visible en el caso del patrimonio dinámico o funcional. La doctrina ha visto con más claridad que si se trata de una empresa creada por el causante, es necesaria la libertad para elegir a la persona o personas que tengan las cualidades adecuadas para poder continuar y posibilitar la subsistencia de esa obra intelectual y vital, además de económica, que es la empresa.⁽¹⁵⁾

La persona necesita independencia económica y libertad de disposición de sus bienes para poder desarrollar su proyecto de vida, en el cual está incluido el destino de su patrimonio para después de la muerte.

La herencia es una derivación del derecho de propiedad, derecho este que no se puede desnaturalizar suprimiendo una facultad esencial del mismo, como es el de disposición inter vivos o mortis causa, el derecho a causar la herencia, a nombrar sus sucesores.

La posibilidad que una persona tiene para organizar su vida con arreglo a un plan vocacional, económico o sentimental reclama libertad, que es derecho fundamental, al que se unen también la dignidad y desarrollo de la personalidad, que también lo son.⁽¹⁶⁾

La imposición legitimaria, además del privilegio que supone al conceder derechos sin otra razón que el parentesco, deja traslucir una desconfianza hacia la persona del causante, un temor a que utilice su libertad para perjudicar a los favorecidos por el apoyo del legislador. Miedo a que desvíe su patrimonio hacia otras personas incluso más necesitadas. En definitiva, miedo a la libertad, a la autonomía de la voluntad, que es principio que inspira y preside el Derecho privado.

(14) La propiedad no es limitada en el tiempo, vitalicia, sino que su transmisión por vía sucesoria es una exigencia de la esencia misma del derecho de propiedad, tal como la mayoría de las legislaciones lo han configurado desde el Derecho romano.

(15) La participación de los trabajadores en la empresa no es una cuestión que deba resolverse por imposición estatal. Pero tampoco el Estado debe obstaculizar la voluntad del empresario individual con la imposición legitimaria, impidiendo con ello, en ocasiones, no solo la subsistencia de la empresa, sino también una distribución más equitativa y a la vez más eficiente del patrimonio.

(16) Artículos 10 y 17 CE.

Libertad que permitirá al testador sopesar y decidir en función de merecimientos y atenciones, afectos correspondidos, o distanciamientos o desafectos, sin tener que justificar su decisión a través de un vía crucis judicial. Y que evita que los pretendidos beneficiarios de la imposición legitimaria, al contar con un inmerecido derecho o expectativa, se comporten con indiferencia o desinterés respecto a sus progenitores. O simplemente se limiten a esperar su fallecimiento, ralentizando el propio esfuerzo y, a veces, obviando su realización personal; lo cual afecta a la dignidad de los hijos.

2. Por último, es preciso dejar claro el alcance de la *función social* de la herencia a la que se refiere el a. 33 CE conjuntamente con la propiedad, en relación con la familia. ⁽¹⁷⁾ La CE nos introduce en el laberinto que implica hallar el significado de la función social, concepto indeterminado que la doctrina y los tribunales tratan de descifrar. ⁽¹⁸⁾

Dejando al margen la posible referencia a la redistribución fiscal, interesa aquí su relación con la limitación legitimaria. Un sector de la doctrina ha considerado que dicha función social sería la protección de la familia. Sin embargo, las misma Constitución distingue dos ámbitos claramente deslindados. El de *protección pública*, referida genéricamente a la familia y personas de la tercera edad: los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (a. 39.1); los poderes públicos promoverán bienestar de las personas de la tercera edad, en relación con las atenciones de salud, vivienda, cultura y ocio (a. 50). Y el de la *protección familiar privada referida a los hijos* y ascendientes. “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos...durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda” (a. 39.3), y el de asistencia de los ascendientes, reconocido en el art. 50 CE cuando se refiere a la protección pública, con independencia de las obligaciones familiares.

Las obligaciones de asistencia subsisten si están pendientes de cumplimiento, como es natural, después de fallecido el obligado, y continúan como deudas de la herencia. Pero se mueven en campo distinto al de la legítima y nada tiene que ver con ella.

(17) Art. 33 en relación con el art. 39 CE.

(18) Más explícita es la Carta de la Unión Europea cuando dice que “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente,...a disponer de ellos y a legarlos. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general” (a. 17).

No es función de la herencia la protección de determinadas personas al margen de la necesidad, sino la de servir de soporte para atender obligaciones subsistentes derivadas de relaciones que las generan. La protección jurídica ha de tener un fundamento que justifique su carácter obligatorio y necesario, como el de atender a los hijos menores o discapacitados. Por el contrario, será improcedente cuando suponga un privilegio de los hijos ya situados, impidiendo que los padres puedan disponer libremente de sus bienes para atender necesidades familiares o sociales y las propias derivadas de la vejez, o dándole el destino que consideren más adecuado.

Desde otro punto de vista, conviene recordar que la cuota legitimaria es ciega y, por lo tanto, desproporcionada e injusta, pues se aplica sin tener en cuenta la cuantía del patrimonio hereditario ni las necesidades y diversa situación de los distintos miembros de la familia.

La herencia forzosa en favor de ciertos parientes de modo indiferenciado, al margen de necesidad y por simple parentesco, constituye, además, una causa de desprotección familiar. La de los padres, que es la familia reducida que suele quedar después de que los hijos hayan formado la suya nueva e independiente. Familia en sentido estricto, riguroso, precisamente la más necesitada y generatriz, que no puede quedar subordinada en beneficio de personas que tienen su independencia, y con las que ya han cumplido sus deberes y no necesitan especial protección duplicada.⁽¹⁹⁾

La herencia es el soporte económico que permite el cumplimiento de obligaciones derivadas de la responsabilidad del causante. Responsabilidad que no puede resultar ampliada con obligaciones impuestas por la ley en beneficio de ciertas personas por razón de parentesco. Se estaría inyectando a la herencia una función desviada, sin fundamento en una necesidad que exija protección y pudiera justificarla. Añadiendo una obligación sin contrapartida. Un enriquecimiento sin causa.

(19) La legítima se impone legalmente sin tener en cuenta que, en la realidad, los auténticamente necesitados son hoy, la mayoría de las veces, los padres. Y es precisamente la libertad la que les permite organizar su patrimonio con el fin de proveer al sustento de sus últimos años de vida, con una larga ancianidad, a cuyo fin o función deben estar destinados sus bienes en primer lugar.

De ahí que cada vez sea más usual ordenar la sucesión a favor de las personas que les cuiden, o bajo tal condición, o se acuda a instrumentos jurídicos indirectos para esquivar la imposición legitimaria.

IV. CONCLUSIÓN

En base a las reflexiones expuestas, al rechazo que los notarios observamos de modo generalizado en los testadores, a la constatación de la falta de un fundamento consistente de la legítima, a los cambios operados en la realidad social que hacen más visible su inequidad, habrá que concluir que se aproxima de manera clara a la justicia el sistema de libertad para ordenar la sucesión como manifestación de la libertad civil y consecuencia directa de la propia esencia y finalidad de la herencia.

La libertad de ordenar la sucesión es hoy el instrumento más idóneo para ajustar el patrimonio a la finalidad que debe cumplir, que es la de servir de soporte para continuar la obra social y económica del causante y atender las necesidades del que lo ha creado y también las obligaciones derivadas de su responsabilidad y pendientes de cumplimiento.

En efecto, es complemento necesario de la libertad sucesoria una regulación complementaria amplia de la obligación de asistencia y alimentos, derivada de la responsabilidad por filiación y de la justicia retributiva y compensatoria en relación con los ascendientes y el cónyuge o pareja legalmente constituida, en un proceso de humanización de las relaciones jurídicas a la que una sociedad avanzada debe aspirar.

Es pues necesaria una modificación sustancial del sistema, en el que se recoja la libertad de ordenar la sucesión, suprimiendo el privilegio de adquirir bienes por razón de parentesco. Sin perjuicio de las repercusiones sucesorias que se deriven de los deberes de atención y alimentos.

Cuando un Estado protector vela por el descarrío de los ciudadanos imponiendo lo que deben hacer, con base en una pretendida solidaridad forzosa y descompensada que exigiría enriquecer a una persona al margen de una necesidad que lo justifique.

Cuando margina la voluntad de la persona para favorecer a otras sin fundamento razonable. Y no se respeta la libertad de decisión personal para designar sucesores o disponer libremente de lo que es producto del esfuerzo o capacidad de gestión.

Cuando el legislador mantiene un sistema jurídico que desconoce las reglas que presiden el orden natural de convivencia pacífica, como la libertad responsable.

Cuando se establecen normas restrictivas generales en base a presunciones y desconfianza en las personas.

Cuando todo esto sucede, el legislador debe tomar conciencia del problema, deshacerse del miedo y de la inercia y dictar las normas adecuadas. Que hagan efectiva la justicia respetando uno de sus ejes, la autonomía de la voluntad. Que en el ámbito sucesorio se concreta en la libertad para ordenar la sucesión, con el complemento de la obligación de alimentos y asistencia en los casos en los que la responsabilidad lo exija, obligación que subsiste como deuda de la herencia si no se ha cumplido en vida del causante.

No se puede olvidar, además, que una regulación como la que se propone supone una mayor aproximación a la justicia, al provocar el acercamiento de los distintos sistemas sucesorios existentes en España, y, por lo tanto, una mayor igualdad de trato de todos los ciudadanos, cuya situación y circunstancias son hoy equivalentes en todo el territorio español. Cuanto más extenso sea el campo de acción de una norma justa, a la que se aproximan de modo más intenso las legislaciones autonómicas, mayor será el grado de paz social que se genere, que es, finalmente, a lo que debe tender el verdadero Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

HAYEK, *Derecho, Legislación y Libertad*, 2ª ed. Unidad Editorial. Madrid, 2014, pp. 94, 145 y 146.

IHERING, *La lucha por el Derecho*, Editorial Temis, pp. 12.

JOAQUÍN COSTA, *La libertad de testar y las legítimas*. Madrid, 1883, pág. 521.

SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, v. 2º, pp. 718 a 751.

VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, Las legítimas. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1974, pp. 24 a 49.

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, *Libertad para ordenar la sucesión*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, pp. 153 a 160.

LA SITUACIÓN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO. (EJERCICIO PARA LOS MATRIMONIOS SUJETOS AL RÉGIMEN DE COMUNIDAD)

POR JORGE A. M. MAZZINGHI

I. BREVE INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es indagar acerca de la calidad de los bienes que los cónyuges sujetos al régimen de comunidad adquieren mientras se hallan separados de hecho.

La separación de hecho, como su mismo nombre lo indica, es una situación que se produce u ocurre en el plano de los hechos.

No tiene una estructura formal, y en muchos casos existe cierto grado de incertidumbre respecto de la fecha en la que los cónyuges comienzan a vivir separados.

La separación de hecho no constituye un estado civil como el de casados, viudo o viuda, o divorciados.

Aunque los cónyuges estén separados de hecho, en rigor, siguen estando casados, pues, a tenor de lo prescrito por el artículo 435 del Código Civil y Comercial, “el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento, y divorcio declarado judicialmente”.

En los capítulos que siguen, analizaré el impacto de la separación de hecho sobre el carácter propio o ganancial de los bienes adquiridos luego de la separación.

Como es lógico, el estudio se limitará a los matrimonios sujetos al régimen de comunidad de bienes, pues, en el régimen de separación de

bienes, éstos son personales de quien los adquiere, y no hay distinción entre bienes propios o gananciales.

II. DOS POSIBLES RESPUESTAS ANTAGÓNICAS Y EXTREMAS

La inquietud planteada admite, al menos en teoría, dos respuestas extremas y enfrentadas:

a) De acuerdo con una primera posición, la separación de hecho de los cónyuges sujetos al régimen de comunidad no tendría incidencia alguna en el carácter de los bienes adquiridos después de la separación.

La separación de hecho, por sí sola, no disuelve la comunidad de bienes, y, aunque los cónyuges se hubieran separado, el matrimonio subsiste y, de acuerdo con el régimen de comunidad que lo rige, los bienes que se incorporen luego de la separación de hecho deberán considerarse gananciales.

Según esta postura, si el matrimonio existe y está sujeto al régimen de comunidad, *los bienes son en principio gananciales, sin que importe si los cónyuges están o no viviendo juntos.*

b) En el otro extremo, podría sostenerse lo contrario, que todos los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho de los cónyuges son propios del adquirente, y que *el hecho mismo de la separación importa excluir la ganancialidad de los bienes que se incorporen luego del cese de la convivencia.*

De acuerdo con esta visión, no importa que los cónyuges continúen casados, ni que la comunidad de bienes no se haya disuelto; al faltar la convivencia, los bienes habidos después de la ruptura de hecho no pueden calificarse de gananciales y deben considerarse propios o personales del cónyuge que los hubiera adquirido.

Como ocurre por lo general en el mundo del Derecho, ninguna de estas dos respuestas se ajusta del todo a la verdad.

La calificación de los bienes adquiridos durante la separación de hecho no resulta de la adhesión plena a alguna de estas dos posiciones antagónicas y extremas. Para llegar a una buena solución, es necesario abordar el tema con todos los matices y las distinciones que corresponde realizar en un tratamiento serio de la cuestión.

III. LA ÍNDOLE PROPIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

Como primer punto del análisis, es importante precisar cuál es la separación de hecho que puede llegar a tener relevancia en orden a la calificación de los bienes adquiridos por los cónyuges sujetos al régimen de comunidad.

En otras palabras, hay que interrogarse acerca de las características que debe tener la separación de hecho para incidir en lo atinente a la calificación de los bienes.

Remontándonos al ordenamiento anterior, es bueno recordar que el artículo 199 del Código Civil, en la redacción de la ley 23.515, estipulaba que “los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas”.

El Código Civil y Comercial actual, en el capítulo de los derechos y deberes de los cónyuges, se refiere a la convivencia matrimonial en términos menos imperativos. Porque el artículo 431 del Código Civil y Comercial expresa textualmente: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad”.

Está claro que, aunque no se refiere a la convivencia como un deber expreso y exigible, la norma vigente la señala y considera como una de las características naturales del proyecto de vida que los cónyuges se comprometen a desarrollar.

Es verdad que, en virtud de la autonomía de la voluntad que en las últimas décadas se ha abierto camino en el Derecho de Familia, los cónyuges pueden moldear el tipo de convivencia según sus preferencias, pero el propósito de convivir, de la manera que fuera, está comprendido y forma parte del proyecto de vida en común.

En virtud de las características actuales del compromiso de convivencia como integrante del proyecto de vida matrimonial, resulta evidente que no todo distanciamiento entre los cónyuges importa una separación de hecho.

Los cónyuges pueden no convivir materialmente y conservar, sin embargo, el espíritu o la intención de seguir adelante con el proyecto de vida que los une.⁽¹⁾

(1) Al respecto, es ilustrativo lo que apunta Alterini: “En el Código Civil la cohabitación era un deber legal de los cónyuges, ahora como deber legal desapareció. El art.

El marido y la mujer pueden estar físicamente separados, pero mantenerse adheridos, sin embargo, al proyecto en común que se comprometieron a desarrollar al tiempo de contraer matrimonio. Con más razón, si habitan bajo el mismo techo, resulta en principio irrelevante que lo hagan en cuartos separados, o que no mantengan relaciones íntimas.

Por eso la separación de hecho que tiene incidencia en la calificación de los bienes, y en lo que se refiere al cese de la vocación sucesoria entre cónyuges, es únicamente la separación de hecho efectiva y sin voluntad de unirse.

La separación de hecho provisoria, o a prueba, la que está justificada en razones de índole laboral, o por la enfermedad de uno de los cónyuges, o por el hecho de que alguno atravesase por una crisis emocional o afectiva, es radicalmente distinta a la separación de hecho definitiva, sin retorno, sin voluntad de considerar siquiera la reanudación de la convivencia.

Esta es la comprensión y el alcance que cabe darle a los textos legales.

El artículo 480 del Código Civil y Comercial dispone en su segundo párrafo: “Si la separación de hecho *sin voluntad de unirse* precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación”.

Y el artículo 2437 del Código actual, sobre la sucesión entre los cónyuges, establece: “El divorcio, *la separación de hecho sin voluntad de unirse* y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

Quiere decir que la separación de hecho que incide en la calificación de los bienes, y la que excluye el derecho hereditario recíproco, es única-

431 solo establece 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. Por lo tanto, el proyecto de vida requiere la vida en común de la pareja matrimonial. Ahora bien, como no están obligados a cohabitar en un hogar común, como imponían los arts. 199 y 200, pueden tener domicilios distintos, y sin embargo mantenerse unidos, con la intención y el ánimo de mantener su particular proyecto de vida en común sin convivencia, por lo cual si al fallecer uno de ellos se encontraban en esa situación, y se cuestiona por ese motivo la vocación sucesoria del supérstite, éste deberá acreditar que no obstante las distintas viviendas donde habitaban, ellos no se encontraban separados de hecho “sin voluntad de unirse”, sino mantenían la comunidad de vida de acuerdo con su propio estilo”. (Alterini, Jorge Horacio, Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético, 3ra edición, tomo XI, página 586, comentario al 2437 - La Ley 2019)

mente la separación de hecho a través de la cual los cónyuges han expresado su determinación de romper definitivamente la convivencia y de no volver a estar juntos.⁽²⁾

IV. SEPARACIÓN DE HECHO DEFINITIVA SIN DIVORCIO

El régimen patrimonial de comunidad de bienes rige a partir de la celebración del matrimonio, o de la formulación de una opción expresa⁽³⁾, hasta la configuración de alguna de las causales que determinan el cese de la comunidad.

Estas causales son la muerte, la anulación del matrimonio putativo, el divorcio, la separación judicial de bienes, y la modificación del régimen.

Con relación a estas causales de extinción, que enumera el artículo 475 del Código Civil y Comercial, *las únicas* que tienen efecto retroactivo a la fecha de la separación de hecho son el divorcio y la nulidad del matrimonio con buena fe de uno o de ambos cónyuges.

Por eso, corresponde preguntarse qué incidencia tiene la separación de hecho sin voluntad de unirse en el supuesto de que los cónyuges no pusieran en marcha ni obtuvieran la declaración del divorcio o la anulación del matrimonio.

En palabras más sencillas, la pregunta es si la separación de hecho sin voluntad de unirse importa la extinción de la comunidad de bienes a pesar de que no haya habido una petición ni una sentencia de divorcio.

La respuesta es que no, que la comunidad de bienes sólo se extingue en forma retroactiva a la fecha de la separación de hecho sin voluntad de unirse en caso de divorcio o anulación del matrimonio, lo que es mucho menos frecuente.

Es que, sin divorcio, no hay extinción de la comunidad.

(2) Con relación a la presunción legal sobre la filiación matrimonial, el artículo 566 del Código Civil y Comercial reputa que ella rige respecto de los hijos nacidos dentro de los trescientos días posteriores a la separación de hecho. La norma no requiere que deba tratarse de una separación sin voluntad de unirse.

(3) Puede ocurrir que, al casarse, los cónyuges hubieran optado por el régimen de separación de bienes, y que, en el transcurso de la vida matrimonial, resolvieran cambiar y adherir al régimen de comunidad. La posibilidad está prevista en el artículo 449 del Código Civil y Comercial.

Si los cónyuges resolvieron separarse de hecho sin voluntad de unirse, y se mantuvieron en esa situación⁽⁴⁾, sin peticionar y obtener la declaración del divorcio o la anulación, los bienes que hubieran adquirido después de la separación de hecho y hasta la muerte de alguno de ellos, deberán reputarse gananciales en razón de que la comunidad de bienes continuó rigiendo con posterioridad a la separación de hecho.

Eventualmente, podría ocurrir que después de la separación de hecho alguno de los cónyuges pretendiera la separación judicial de bienes por alguna de las causales estipuladas en el artículo 477 del Código Civil y Comercial⁽⁵⁾. En este caso, aunque se decretara la separación judicial, ésta sería retroactiva a la interposición de la demanda y no a la separación de hecho.

Volviendo al supuesto de la extinción de la comunidad de bienes por la muerte de uno de los cónyuges, los herederos del fallecido no podrían aducir que los adquiridos por él luego de la separación de hecho sin voluntad de unirse no son gananciales, y que el supérstite no tiene ningún derecho sobre ellos. Y no podrían hacerlo porque, al no haberse decretado el divorcio, los herederos no podrían invocar una retroactividad que sólo opera a partir del divorcio y que no está legalmente reconocida para el supuesto de la disolución por muerte.

V. SEPARACIÓN DE HECHO SIN VOLUNTAD DE UNIRSE Y DIVORCIO POSTERIOR

Si los cónyuges se separan de hecho sin voluntad de unirse y, al cabo de un cierto lapso —tres años, o cinco, o diez—, se decreta el divorcio, no hay duda de que la extinción de la comunidad que es consecuencia del divorcio produce efectos retroactivos a la fecha de la separación de hecho.

Así lo establece con toda claridad el segundo párrafo del artículo 480 del Código Civil y Comercial: “Si la separación de hecho sin voluntad de

(4) Volviendo a la disyuntiva anterior respecto del carácter definitivo o transitorio de la separación, podría interpretarse que la falta de iniciativa para obtener el divorcio es indicio de que pueda quedar algún deseo de conservar el compromiso matrimonial.

(5) Es interesante destacar que una de las causales para peticionar la separación judicial de bienes es “si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse”, como lo dice el inciso c) del artículo 477 del Código Civil y Comercial.

unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación”.

En este caso, radicalmente distinto al contemplado en el capítulo anterior, la *sentencia de divorcio se retrotrae a la fecha de la separación de hecho, y los bienes adquiridos en el período comprendido entre la ruptura de hecho de la convivencia y el divorcio no deben considerarse, en principio, como gananciales*.

Aquí no hay duda de que los cónyuges se habían separado definitivamente, sin voluntad de unirse, lo que hace que no tenga sentido continuar sosteniendo que pudo haber una suerte de colaboración o de acompañamiento tácito entre los cónyuges. Si, al separarse, los cónyuges quisieron desentenderse el uno del otro, no tiene lógica empeñarse en extender una ganancialidad privada de sustento.

Es que la separación de hecho sin voluntad de unirse pone de manifiesto y expresa una opción clara por la autonomía y la independencia.

El artículo 1306, tercer párrafo, del Código Civil que rigió hasta el mes de agosto de 2015, contemplaba un matiz que en muchos casos conducía a resultados equitativos: “Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable”.

En el ordenamiento actual, ya no existe diferenciación entre el cónyuge culpable y el inocente, y, aunque la separación de hecho ocurra por iniciativa y a causa de la conducta de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue para ambos, y el cónyuge que no hubiera tenido que ver con los motivos que llevaron a la interrupción de la vida en común, y que se hallara en una situación económica más vulnerable, no tiene manera de atenuar las consecuencias del cese abrupto de la comunidad.

Con relación a la hipótesis que se trata en el presente capítulo, es interesante plantearse qué ocurriría si, antes del divorcio, los cónyuges hubieran estado separados de hecho en distintos períodos, esto es, que se hubieran separado y hubieran vuelto a convivir en ocasiones sucesivas.

El segundo párrafo del artículo 480 del Código Civil y Comercial que hemos transcrito más arriba dispone que, si la separación de hecho sin voluntad de unirse fuese anterior a la declaración del divorcio, la sentencia “tiene efectos retroactivos al día de esa separación”.

La pregunta es cuál es el día que debe tomarse.

Si los cónyuges estuvieron separados de hecho durante los años 2020 y 2021, volvieron a estar juntos durante los primeros seis meses de 2022, y se separaron por segunda vez en julio de este último año, reclamando la declaración judicial del divorcio a comienzos de 2023, la sentencia que, por caso, se hubiera dictado en marzo o abril de 2023, ¿a qué fecha debería retrotraerse, al comienzo de la primera separación de hecho, en enero de 2020, o al comienzo de la segunda, en julio de 2022?

Desde mi punto de vista, la fecha que tendría que tomarse como la de la separación definitiva, sin voluntad de unirse, es la del comienzo de la segunda separación, en julio de 2022, porque el hecho de que las partes hubieran vuelto a vivir juntas luego de la primera ruptura revela que aquella voluntad de no convivir que se deduce de la separación del mes de enero de 2020 no era ni definitiva ni inamovible.

De ser así, los bienes adquiridos por los cónyuges durante los años 2020 y 2021, y durante la convivencia del primer semestre de 2022, deben considerarse gananciales, estableciendo la fecha de la extinción de la comunidad a principios del mes de julio de 2022.

VI. EXCEPCIONES Y MATICES EN TORNO AL CESE DE LA GANANCIALIDAD

En el capítulo que antecede, estimo que quedó bien claro que, decretado el divorcio de los cónyuges, la disolución de la comunidad de bienes a la que se hallaban sujetos se extingue retroactivamente a la fecha de la separación de hecho sin voluntad de unirse.

Así lo establece el segundo párrafo del artículo 480 del Código Civil y Comercial: “Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación”.

Significa que los bienes que hubieran adquirido los cónyuges ahora divorciados con posterioridad a la fecha de su separación de hecho definitiva deben calificarse, *en principio*, como propios del adquirente y extraños a la comunidad que se había disuelto a partir de la separación.

Esta conclusión, que es acertada, y tiene fundamento legal, no conduce automáticamente a considerar propios del adquirente todos los bienes incorporados al patrimonio de los cónyuges con posterioridad a su separación de hecho.⁽⁶⁾

(6) Al respecto, es interesante lo que enseña Sambrizzi: “Además, desde el momento en el que se produce la disolución de la comunidad, los bienes que adquieren de

Hay situaciones o circunstancias que, como se verá a continuación, hacen que los bienes adquiridos luego de la separación de hecho de los cónyuges deban reputarse gananciales y no propios.

VI.1. Adquisición a título oneroso con fondos gananciales o a causa de una permuta con un bien ganancial

Si, después de la separación de hecho, y antes del divorcio, uno de los cónyuges hubiera adquirido un bien y hubiera abonado la totalidad o más de la mitad del precio con fondos habidos antes de la separación, y que poseían en consecuencia carácter ganancial, el bien comprado debería calificarse como ganancial.⁽⁷⁾

En razón del carácter ganancial, el bien adquirido después de la separación de hecho tendría que incluirse en la partición y distribuirse por mitades entre los cónyuges divorciados.⁽⁸⁾

Si una parte del precio, inferior a la mitad del valor del bien, se hubiera solventado con fondos propios del adquirente, generados u obtenidos luego de la separación de hecho, el titular tendría derecho a una recompensa contra la comunidad por la inversión parcial de fondos propios en provecho de la masa ganancial.

El caso planteado puede presentarse con frecuencia, en especial si la adquisición se produjo dentro de un período breve posterior a la concreción de la separación de hecho.

La razón por la cual el bien debe calificarse como ganancial deriva del principio de la subrogación real, pues, si los fondos aplicados a la compra eran principalmente gananciales, el bien incorporado debe ostentar el mismo carácter.

allí en adelante los esposos ingresan al patrimonio de cada uno de ellos, en principio, como bienes propios, lo que debe presumirse, aunque esa presunción puede ser destruida por prueba en contrario, mediante la que se acredite que aquellos son de carácter ganancial, en lugar de propios". Sambrizzi, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, La Ley 2021, Tomo II, pág. 225.

(7) Así resulta de lo prescripto por el artículo 465 inciso f) del Código Civil y Comercial que le reconoce carácter ganancial a "los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales".

(8) Es lo que establece el artículo 498 del Código Civil y Comercial: "La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales".

Por el mismo motivo, si la adquisición fue el resultado de una permuta con un bien ganancial, el nuevo también debe reputarse ganancial del adquirente, aunque la operación hubiera tenido lugar con posterioridad a la separación de hecho.

A los efectos de poder invocar la subrogación, es indispensable que el cónyuge del adquirente pueda demostrar que el bien permutado, o los fondos aplicados a la compra por el adquirente se hallaban en el patrimonio de este último con anterioridad a la fecha de la separación de hecho.⁽⁹⁾

El punto es importante porque, en razón de la fecha de la adquisición, posterior a la separación de hecho sin voluntad de unirse, el bien debería ostentar, en principio, carácter de bien propio, y *sólo tendría que considerarse ganancial si el cónyuge del adquirente acreditara en forma concluyente que los valores entregados eran gananciales*.

Al respecto, conviene recordar que los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria devengados durante la comunidad, así como los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios o gananciales devengados durante la comunidad, deben considerarse gananciales.⁽¹⁰⁾

Quiere decir que, aunque los fondos aplicados a la compra los hubiera percibido el adquirente luego de la separación de hecho, revisten carácter ganancial si se hubieran devengado con anterioridad a la disolución de la comunidad.

Es lo que ocurriría, por ejemplo, si, después de la separación de hecho, el cónyuge percibiera una importante cantidad de dinero por alquileres atrasados de un bien propio o ganancial, o si cobrara un honorario que remunerara labores desarrolladas durante la vigencia de la comunidad.

VI.2. Bienes incorporados en virtud de un derecho adquirido a título oneroso antes de la extinción de la comunidad

Tampoco serían propios del adquirente los bienes habidos con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges, si el derecho en virtud del cual se produjo la adquisición se obtuvo a tí-

(9) Si los fondos no constan en las declaraciones juradas anteriores del adquirente, o no se encuentran bancarizados, la prueba puede volverse dificultosa.

(10) Es lo que disponen los incisos c) y d) del artículo 465 del Código Civil y Comercial.

tulo oneroso antes de la separación, en la época en la que la comunidad se hallaba vigente.⁽¹¹⁾

Si el bien inmueble ingresó al patrimonio de uno de los cónyuges después de la separación de hecho, pero en razón de una opción de compra resultante de un contrato anterior, o a causa de un boleto de compra firmado por uno de los cónyuges antes de la separación de hecho, el inmueble tendrá que reputarse ganancial aunque su propiedad termine de perfeccionarse con posterioridad a la disolución de la comunidad.⁽¹²⁾

Es la solución que consagra el artículo 465 inciso j) del Código Civil y Comercial: “Son bienes gananciales los adquiridos después de la extinción de la comunidad si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella”.

Si el derecho a la incorporación proviene de un contrato de leasing, la cuestión suscita algunas dudas.

Desde mi punto de vista, el factor relevante no debería ser la firma del contrato de *leasing* sino el ejercicio de la opción de compra, pero un fallo reciente estimó que el carácter propio o ganancial del bien resultaba de la fecha en la que el contrato se había concertado.⁽¹³⁾

(11) Sobre el punto, es interesante la opinión de Sambrizzi: “De lo normado en el art. 465 inc. J) resulta que para determinar la ganancialidad de esos bienes se da preeminencia al momento en el que se produce la causa de la adquisición”. Sambrizzi, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, La Ley 2021, Tomo II, pág. 88.

(12) Así resulta de un fallo de la Sala E durante la vigencia del Código Civil: “Si al momento de la disolución de la sociedad conyugal existía derecho de obtener la incorporación al haber ganancial de uno u otro cónyuge de determinado bien, lo que ingresa después de disuelta tiene el carácter de ganancial” (CNCIV., Sala E, El Derecho 191-568)

(13) Al respecto, sostuve en una obra anterior: “Si el contrato fue suscripto por uno de los cónyuges durante la vigencia de la comunidad, y la opción de compra se ejerció después de su extinción, el carácter del bien puede generar ciertas dudas. Porque es cierto que el derecho potencial a adquirirlo existía desde la firma del contrato de leasing, pero la opción concreta es posterior a la disolución de la comunidad”. (Mazzinghi, Jorge A. M., “Bienes propios, bienes gananciales y recompensas”, El Derecho, año 2020, página 122). El fallo que se atuvo a la fecha de la firma del contrato de leasing sostuvo: “El automóvil adquirido por la demandada mediante un contrato de leasing suscripto durante la vigencia de la sociedad conyugal es un bien ganancial aun cuando la opción de venta haya sido ejercida una vez divorciada, en tanto que el artículo 465 del Código Civil y Comercial dispone que son gananciales los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por un derecho anterior a la extinción de la comunidad”. (C.N.Apel. en lo Civil, Sala I, 17 de octubre de 2017, AR/JUR/80051/2017).

VI.3. Bienes creados o que comenzaron a poseerse durante la comunidad

El artículo 465 inciso a) del Código Civil y Comercial establece que son gananciales los bienes “creados...o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464”.

En lo que se refiere a los bienes “creados durante la comunidad”, la fórmula legal no es muy clara, y se oscurece más todavía con la salvedad que realiza sobre el final de la norma a la enunciación de los bienes propios incluida en el artículo 464.

Al leer la primera parte del inciso transcrito, podría entenderse que son gananciales los bienes que los cónyuges concibieron o crearon durante la vigencia de la comunidad, es decir, en relación al tema que estamos tratando, los que fueron elaborados, diseñados o inventados en el período comprendido entre la fecha en la que nació la comunidad patrimonial —el día del casamiento o de la formulación de la opción— y la fecha de su disolución, en el caso, la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges luego divorciados.

De ser así, todos los bienes *creados* durante la comunidad deberían calificarse como gananciales.

Sin embargo, la conclusión se complica si atendemos a que, en el último inciso del artículo 464 del Código Civil y Comercial se le reconoce una importancia primordial al hecho de la publicación o primera interpretación de la obra intelectual, la conclusión de la obra artística, o el registro del invento, la marca, o el diseño industrial.

La pregunta es si el factor relevante para calificar los productos de la propiedad intelectual o artística como propios o gananciales, es la creación de la obra como tal, o los aspectos que tiene que ver con su publicación, interpretación o patentamiento.

Porque si se toma principalmente en cuenta lo atinente a la elaboración o creación de la obra, como surge del inicio del inciso a) del artículo 465 del Código Civil y Comercial, todo lo que nació de la inspiración o el trabajo intelectual de alguno de los cónyuges durante la vigencia de la comunidad tendría que calificarse de ganancial, aunque la exterioriza-

No comparto la doctrina del fallo en razón de lo prescripto por el artículo 1242 del Código Civil y Comercial.

ción de la obra o su registro hubieran tenido lugar con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse.

Pensemos en el caso de un escritor que concibe, escribe, y corrige la novela o el ensayo mientras está casado y conviviendo con su cónyuge, y el trabajo se publica y aparece en las librerías uno o dos meses después de la separación definitiva.

O en el de un escultor que, durante la convivencia matrimonial, trabaja un año o un año y medio en la elaboración de un grupo escultórico al que recién le pone el toque final y lo expone muy poco tiempo después de la separación.

O el de un pintor.

Pensemos en el caso de un inventor que, durante varios años de su matrimonio, desarrolla un conjunto de ideas que culminan en un dispositivo novedoso y genial que recién se patenta una vez producida la separación.

En ninguno de estos supuestos es razonable que la obra se reputa propia del autor intelectual o del artista por el solo hecho de que la exteriorización o puesta en circulación, o registro formal del invento, se hubieran producido después de la separación de hecho.

¿Qué sentido tiene entonces que la ley califique de gananciales a los bienes creados o que comenzaron a poseerse mientras regía la comunidad?

Es cierto que, al final del inciso a) del artículo 465 se hace la salvedad de la enunciación del artículo anterior, pero esta salvedad, que no es demasiado clara, no puede ser el único sustento de una solución que es manifiestamente injusta.

Es que, en materia de obras intelectuales o artísticas, lo que importa es el tiempo de la elaboración, el proceso de maduración de las ideas, el ejercicio de traducir la inspiración o la impronta en un producto determinado, y no la culminación del trabajo, o su publicación, o la representación de la obra de teatro, o el registro exterior de la marca o del invento.

Con relación a los bienes que uno de los cónyuges comenzó a poseer con anterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse, y terminó de adquirir por usucapión luego de la separación, está bien claro que deberán calificarse de gananciales, pues lo relevante en estos casos es la fecha de inicio de la posesión, y no la fecha en que terminó de cumplirse el plazo legal.

Si se tratara de la adquisición por la posesión de veinte años, no es decisivo que el artículo 1905 del Código Civil y Comercial establezca que “ésta no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la prescripción”. Porque la carencia de efecto retroactivo se refiere al nacimiento del derecho real, y, en el caso, la calificación del bien como ganancial no deriva de la fecha en que se perfeccionó la propiedad, sino de la posesión que comenzó a ejercerse durante la vigencia de la comunidad.

VI.4. La adquisición de nuevas partes indivisas de un bien ganancial

También podría ocurrir que, con posterioridad a la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, uno de ellos adquiriera una parte indivisa de un bien que ya poseía y que ostentaba carácter ganancial.

Pensemos en la hipótesis de una persona que, durante la vigencia de la comunidad, hubiera adquirido a título oneroso las dos terceras partes de una fracción de campo, y que, ya separado, tuviera la oportunidad de comprar el tercio restante, para redondear la propiedad de todo el inmueble.

La fracción adquirida en último término no debería calificarse como propia, pues, aunque el cónyuge hubiera efectuado la operación con posterioridad a la separación de hecho, y hubiera abonado el precio con dinero habido luego de la ruptura matrimonial, el tercio adquirido revestiría el mismo carácter ganancial que tenía la anterior parte indivisa del inmueble.

Esto es así porque en el régimen conyugal no hay cabida para bienes mixtos, y porque el artículo 465 inciso n) del Código Civil y Comercial establece que son gananciales “las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa debida al cónyuge en caso de haber invertido bienes propios de éste para la adquisición”.

En el supuesto en estudio, no importa que la última fracción del campo se hubiera adquirido cuando la comunidad estaba disuelta, ni que se hubieran invertido fondos propios del adquirente; la cuestión se define por el carácter ganancial que ostentaba la primera fracción de titularidad de uno de los cónyuges, carácter que se traslada o se extiende a la proporción posteriormente comprada por el titular del bien.

Aunque la hipótesis que estamos considerando alude a las nuevas partes indivisas de un bien anterior, el razonamiento también podría

aplicarse al supuesto del cónyuge que es titular de un paquete accionario ganancial y que, luego de disuelta la comunidad, adquiere otras acciones que se integran o pasan a conformar el mismo paquete accionario.⁽¹⁴⁾

Si se considera la tenencia accionaria global como un bien en sí mismo, las nuevas acciones podrían asimilarse a partes indivisas, calificándose con el mismo carácter del paquete inicial. Por el contrario, si se repara en las acciones societarias como bienes autónomos o separados entre sí, podrían reputarse las primeras como gananciales, y las adquiridas con posterioridad a la disolución de la comunidad como propias.

En el presente capítulo, he querido tratar los supuestos de adquisiciones posteriores a la separación de hecho que se presentan en la práctica con mayor frecuencia. Hay otras situaciones que son un tanto más rebuscadas, cuyo análisis alargaría demasiado este trabajo.⁽¹⁵⁾

El propósito es destacar la importancia de atender a las particularidades de las distintas hipótesis.

Los bienes que los cónyuges adquieren después de la separación de hecho sin voluntad de unirse no son, por regla general, gananciales, pero sí pueden serlo si la adquisición del bien se produjo con fondos gananciales, o a través de la permuta con un bien ganancial, si el derecho a la incorporación del bien existía en el patrimonio desde antes de la disolución de la comunidad, si el bien fue creado por uno de los cónyuges antes

(14) Es el criterio que predomina en el derecho español que considera propias las nuevas acciones que se incorporan en virtud del derecho de suscripción preferente que emana de un paquete propio, y gananciales las derivadas de la adquisición preferente que resulta de una tenencia ganancial anterior: "El art. 1352 CC sigue el mismo criterio establecido en el art. 1346 punto 4 CC en relación con el derecho de retracto y como una manifestación concreta del mismo. Es el derecho de suscripción preferente que ostenta el cónyuge, cuando sea titular privativo de las acciones, títulos o participaciones sociales que permiten la nueva suscripción, el que atribuye el mismo carácter a las nuevas acciones, títulos o participaciones suscriptas pese a que se hayan abonado con fondos gananciales." El mismo criterio se utiliza para atribuir la ganancialidad de las nuevas acciones: "Así pues, se consideran gananciales los bienes adquiridos por derecho de retracto del carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho." Benavente Moreda, Pilar en el Capítulo IV de la obra *Derecho de Familia*. Thomson Reuters, año 2012, coordinada por Gemma Díez-Picazo Giménez, págs. 931 y 1006.

(15) Sería, por ejemplo, el caso de un bien ganancial que retornara al patrimonio de alguno de los cónyuges luego de disuelta la comunidad, a causa de la nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico, o el de un bien ganancial afectado por un usufructo en favor de un tercero que cesara luego de disuelta la comunidad.

de la separación de hecho, si comenzó a poseerse antes de la disolución, o si se hubieran comprado partes indivisas de un bien ganancial anterior.

VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CÓNYUGES ANTE TERCEROS EN EL PERÍODO POSTERIOR A LA SEPARACIÓN DE HECHO SIN VOLUNTAD DE UNIRSE

El período comprendido entre la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse y el divorcio se denomina indivisión post comunitaria.⁽¹⁶⁾

La comunidad de bienes está extinguida o disuelta, pero aun no ha sido liquidada o partida entre los cónyuges.

Los bienes que los cónyuges poseían en calidad de bienes propios conservan este carácter, y tendrán que mantenerse, en principio, al margen del proceso de partición.

Los bienes gananciales, en cambio, conformarán la masa partible y tendrán que dividirse entre los cónyuges por mitades.

Los adquiridos por los cónyuges con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse serán, en principio, personales o propios del adquirente, con excepción de los que, en función de las situaciones tratadas en el capítulo que antecede, o por el juego de otras disposiciones legales, deban calificarse de gananciales, sujetos a la ulterior partición de la comunidad.

¿Cómo funciona la responsabilidad de los cónyuges ante los terceros durante el período de la indivisión post comunitaria?

(16) En España, el período se denomina de “comunidad post ganancial”: “Aunque el art. 1396 CC establece que disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, lo cierto es que en la práctica entre el momento de la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales puede transcurrir un largo período de tiempo. Imaginemos el siguiente caso: un matrimonio obtiene la sentencia judicial de separación en junio de 2004. Sin embargo, la liquidación de la sociedad de gananciales no se realiza por los cónyuges hasta cinco años después, en junio de 2009. Durante este período de cinco años existe lo que se denomina comunidad post ganancial y se plantean una serie de interrogantes; entre otros, los siguientes: ¿cuál es el régimen jurídico de los actos de disposición de los bienes gananciales?; ¿a quién pertenecen los bienes que se adquieren durante esos cinco años con dinero ganancial?; ¿cómo y quién administra los bienes del patrimonio ganancial durante esos cinco años? Ciertamente la comunidad post ganancial es una cuestión compleja que merecería por sí sola un estudio monográfico.” Pérez García, Máximo Juan en el Capítulo VI de la obra Derecho de Familia, Thomson Reuters año 2012, coordinada por Gemma Díez-Picazo Giménez, pág. 1174.

La respuesta a esta pregunta resulta de lo establecido por el artículo 486 del Código Civil y Comercial: “En las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión post comunitaria se aplican las normas de los artículos 461, 462 y 467 sin perjuicio del derecho de éstos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común”.

Como se ve con claridad, la norma transcripta propone una suerte de extensión de las pautas que regían la responsabilidad ante terceros durante el período de la convivencia matrimonial.⁽¹⁷⁾

En razón de esta prolongación, el esquema se ajusta a los siguientes criterios:

a) Se mantiene el principio general conforme al cual cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y con los gananciales adquiridos por él.⁽¹⁸⁾

b) Si alguno de los cónyuges se hubiera endeudado para atender las “necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos”, ambos cónyuges tendrán que responder solidariamente con todos sus bienes.⁽¹⁹⁾ La responsabilidad solidaria no sólo comprende las obligaciones contraídas para satisfacer las necesidades de los hijos comunes, sino también las contraídas para solventar las “de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos”, como resulta de lo establecido por el artículo 455 del Código Civil y Comercial.

c) A tenor de lo prescripto por el artículo 467 del Código Civil y Comercial, si la deuda guardara relación con la conservación y reparación de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges, responde el deudor con todo su patrimonio, y también el cónyuge del deudor, pero sólo con sus bienes gananciales. A estos efectos, tiene interés determinar si los bienes adquiridos por los cónyuges con posterioridad a la separa-

(17) Así lo apunta Sambrizzi: “Durante el período de indivisión postcomunitaria debe continuar aplicándose, con respecto al pasivo de la comunidad y en la relación con los derechos de los acreedores anteriores a su disolución, iguales normas que las que regían con anterioridad. ... La solución admitida es coherente, al resguardar los derechos de los acreedores de los esposos.” Sambrizzi, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, La Ley 2021, Tomo II, págs. 238/239.

(18) Así está dispuesto en el primer párrafo del artículo 467 del Código Civil y Comercial: “Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos”.

(19) Ver al respecto lo establecido por el artículo 461 del Código Civil y Comercial.

ción de hecho sin voluntad de unirse deben calificarse como propios o gananciales del adquirente, pues la responsabilidad del cónyuge no deudor sólo se extiende a sus bienes gananciales.

d) En cualquiera de los supuestos enunciados hasta aquí, entiendo que la responsabilidad de los cónyuges no compromete la vivienda familiar, a no ser que la deuda hubiera sido contraída por ambos cónyuges, o por uno con el asentimiento del otro. La norma del artículo 486 del Código Civil y Comercial que se ha transcripto más arriba no hace ninguna referencia a la inejecutabilidad de la vivienda establecida en el artículo 456 segundo párrafo del Código Civil y Comercial, pero yo estimo que la intangibilidad de la vivienda familiar es un precepto de rango superior que se impone y constituye un límite para la responsabilidad solidaria y extensiva de los artículos 461 y 467 del Código.

e) En el período que estamos considerando, posterior a la definitiva separación de hecho de los cónyuges, no es sencillo definir los contornos de lo que debe entenderse como vivienda familiar. Al haberse quebrado la convivencia matrimonial, sin voluntad de unirse, no está claro si corresponde asumir que sólo puede considerarse vivienda familiar el inmueble que antes ocupaban ambos cónyuges, o si puede admitirse que coexisten dos viviendas familiares. Si, con posterioridad a la separación de hecho de los cónyuges, uno de ellos hubiera adquirido un inmueble con fondos propios, extraños a la comunidad, y hubiera instalado allí su domicilio, ¿habrá que entender que se trata de una segunda vivienda familiar? El punto tiene trascendencia jurídica, pues el artículo 456, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial establece que la vivienda familiar —en singular— es inejecutable por las deudas contraídas por uno de los cónyuges con posterioridad a la celebración del matrimonio y sin el asentimiento del otro.

f) Por último, y para terminar de precisar los alcances de la responsabilidad de los cónyuges en el período de la indivisión post comunitaria, es interesante poner de resalto que los frutos y las rentas generados por los bienes gananciales indivisos forman parte y acrecen la indivisión.⁽²⁰⁾ En cambio, los frutos o las rentas de los bienes propios de los cónyuges que se devengaren después de la extinción de la comunidad, pertenecerán al

(20) También es así en España: “Durante la comunidad post ganancial las rentas del trabajo y los frutos de los bienes privativos se consideran privativos del cónyuge que las obtiene; evidentemente durante esta etapa los frutos de los bienes gananciales sí se incluyen en el patrimonio ganancial” Pérez García, Máximo Juan en el Capítulo VI de la obra Derecho de Familia, Thomson Reuters 2012, coordinada por Gemma Díez-Picazo Giménez, pág. 1176.

titular y quedarán fuera de la partición ulterior.⁽²¹⁾ El punto interesa al juego de la responsabilidad, pues sólo podrán considerarse gananciales los frutos de los bienes indivisos —y, por tanto, gananciales— y no los generados por bienes propios luego de la disolución de la comunidad.

VIII. EL ASENTIMIENTO PARA DISPONER SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

La norma del artículo 456 del Código Civil y Comercial establece como una disposición común a ambos regímenes patrimoniales que, para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, se requiere la conformidad de ambos cónyuges.

El dueño del inmueble que constituye el asiento del hogar familiar no puede comprometer su disposición sin el asentimiento expreso del otro cónyuge.

No importa que se trate de un bien propio o ganancial del titular; para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar es menester que los dos cónyuges estén de acuerdo.

Esto es así, sin ninguna duda, durante el desarrollo normal de la vida conyugal.

Pero, después de la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges, ¿subsisten, con los mismos alcances, las restricciones para disponer respecto de la vivienda?

Desde mi punto de vista, hay que hacer una distinción importante.

En relación con el inmueble en donde se hallaba asentado el hogar conyugal durante la convivencia, no hay ninguna variante. Aunque éste fuera un bien propio del cónyuge que lo continúa habitando, o fuera un bien propio del otro cónyuge, o fuera un bien ganancial de cualquiera de ellos, o de ambos, está bien claro que el titular del inmueble no puede disponer sin el asentimiento del cónyuge no propietario. Si estamos hablando de la vivienda de la familia, del inmueble asiento de la convivencia, no puede prescindirse del asentimiento.

(21) Es la conclusión que se deriva de lo estipulado por el artículo 465 inciso c) del Código Civil y Comercial: “Son bienes gananciales los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales devengados durante la comunidad”.

Este inmueble familiar sólo podría enajenarse con posterioridad al divorcio y siempre que, en el marco de la partición, quedara constancia de su carácter propio, o se le atribuyera la titularidad del bien a quién quiere disponer.

Si, en cambio, se tratara de un inmueble en el que nunca habitó la familia, *si fuera un bien adquirido con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse* por el cónyuge que no siguió ocupando la vivienda familiar, sólo se requeriría el asentimiento en el supuesto caso de que el bien revistiera carácter ganancial. De lo contrario, si el nuevo inmueble se hubiera adquirido con fondos extraños a la comunidad, y sólo fuera el domicilio personal del propietario, entiendo que, una vez decretado el divorcio, éste podría disponer sin necesidad de requerir el asentimiento del cónyuge no titular.

En el supuesto caso de que el dueño quisiera desprenderse del inmueble antes de que se decretara el divorcio, la operación podría suscitar dificultades, pues el enajenante ostentaría el estado civil de casado, y es probable que el interesado en adquirir el bien requiriera el asentimiento conyugal.

Pero una vez decretado el divorcio, y resultando del título de adquisición que el bien se incorporó al patrimonio del titular con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse, estimo que el asentimiento no sería necesario ni exigible.

Si el interesado en adquirir el bien se empeñara en exigir el asentimiento conyugal, el cónyuge no titular no podría negarse a conferirlo, y, si lo hiciera, en un comportamiento abusivo, el titular siempre tendría la posibilidad de requerir la autorización judicial que abriría la posibilidad de una disposición ajustada a derecho e inatacable.⁽²²⁾

IX. LA SEPARACIÓN DE HECHO SIN VOLUNTAD DE UNIRSE Y SUS DERIVACIONES EN MATERIA SUCESORIA

Sobre el final de este breve estudio sobre las implicancias patrimoniales de la separación de hecho, me parece importante abordar, aunque sea brevemente, el análisis de sus consecuencias en materia sucesoria.

(22) La instancia judicial permite sortear una oposición que no estuviera inspirada en el resguardo del interés de la familia, como resulta de lo dispuesto por el artículo 458 del Código Civil y Comercial.

Conforme se dijo en el capítulo III del presente trabajo, la separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, excluye el llamado a la herencia.

Así lo establece, de un modo categórico, el artículo 2437 del Código Civil y Comercial: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

La norma, que es concluyente, corresponde al título IX del Libro Quinto, dedicado a las “Sucesiones intestadas”.

Quiere decir que, en el marco de la sucesión legítima, los cónyuges que están separados de hecho con un alcance definitivo, sin voluntad de unirse, no se heredan entre sí.⁽²³⁾

Aunque la decisión de uno de los cónyuges no fuera tan concluyente como la del otro, aunque uno de ellos conservara una disposición favorable a restablecer la convivencia, si la decisión del otro es rotundamente contraria a la subsistencia del proyecto de vida y, en los hechos, los cónyuges se mantienen separados, haciendo cada uno de ellos su propia vida, la vocación sucesoria resulta extinguida para ambos.

En el marco del ordenamiento actual, la culpa en la separación de hecho es irrelevante, y el cónyuge que no deseó ni impulsó la separación de hecho, y que no tuvo responsabilidad ninguna en los hechos que la suscitaron, tampoco tiene derecho a heredar al cónyuge responsable de la ruptura.⁽²⁴⁾

(23) Acerca del sentido de la separación de hecho como gesto contrario al proyecto de vida en común, enseñan Hernández y Ugarte: “Por otra parte, la separación tiene que ser permanente, y aunque no pueden considerarse plazos mínimos no requeridos por la ley, debe excluirse su provisoriedad. Es que con esta última calidad se pone de manifiesto la voluntad de unirse, y como se verá, la omisión de un elemento esencial de esta causal de exclusión. Actualmente, el concepto de separación de hecho se torna más complejo de asimilar y probar, frente al debilitamiento del deber de convivencia entre los cónyuges, que permitiría en sentido amplio señalarlo como cese del proyecto de vida en común de los consortes sin intervención jurisdiccional”. (Hernández, Lidia B. y Ugarte, Luis A., “Tratado de las Sucesiones”, Abeledo-Perrot, año 2020, tomo II, página 173).

(24) El artículo 3575 del Código Civil, en la redacción de la ley 23.515, consagraba una solución más justa: “Si la separación fuere imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574”.

Dicho esto, y admitido que, conforme a la ley, la separación de hecho sin voluntad de unirse excluye el llamado de los cónyuges a la herencia, *es interesante plantearse el caso de que uno de los cónyuges hubiera instituido al otro como heredero testamentario, nombrándolo heredero universal o de cuota.*

En este supuesto, no se trataría de una vocación de fuente legal, sino de una institución testamentaria.

La pregunta es si la designación del cónyuge como heredero universal o de cuota se mantiene a pesar de que, a la fecha del fallecimiento del causante, los cónyuges se hallaren separados de hecho, sin voluntad de unirse.

Desde mi punto de vista, la respuesta es afirmativa, aunque admite algún matiz en función de la fecha del testamento.

a) Si el causante instituyó a su cónyuge como heredero a través de un testamento dictado con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse, no cabe ninguna duda de que la institución es válida e inatacable, y que el cónyuge, a pesar de estar separado del causante, puede heredarlo.

En este supuesto, la institución testamentaria es incuestionable, pues está claro que el testador, conociendo la separación de hecho definitiva y la ruptura del proyecto de vida, quiso designar a su cónyuge como heredero.

El testamento posterior a la separación de hecho sin voluntad de unirse borra los efectos de esta última y otorga la herencia en favor del cónyuge separado.

La interpretación favorable a la institución hereditaria se ve reforzada por el hecho de que la ley considera que el testamento en favor del indigno importa el perdón y la cancelación de las causales de indignidad. Si esto es así cuando media una conducta censurable del llamado a la herencia, con más razón tendrá que serlo cuando se trata de una situación objetiva y neutra como la separación conyugal.⁽²⁵⁾

(25) El testamento que beneficia al indigno fue considerado desde la sanción del Código Civil como un signo de perdón de la indignidad. El artículo 3297 del Código Civil, en la redacción de Vélez Sarsfield, disponía: "Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después." El ar-

b) La situación no es tan clara si el testamento instituyendo al cónyuge como heredero es de fecha anterior a la separación de hecho sin voluntad de unirse.

Porque en una hipótesis como la descrita, podría interpretarse que la separación sobreviniente excluyó la institución del cónyuge como heredero del causante.

Es cierto que este último no revocó su última voluntad, y mantuvo la designación del cónyuge —ahora separado de hecho— como heredero.

Aunque el tema es dudoso, y requeriría un examen completo de la voluntad testamentaria, *yo pienso que, en principio, la designación del cónyuge conserva su virtualidad*, y que, ante una designación expresa y vigente, no se configura la exclusión establecida por el artículo 2437 del Código Civil y Comercial para el ámbito de las sucesiones intestadas.

X. APUNTES FINALES

La separación de hecho de los cónyuges produce consecuencias jurídicas de importancia en muchos aspectos.

Conforme al título del trabajo, el propósito principal fue el de estudiar el impacto de la separación de hecho en orden a la calificación de los bienes adquiridos por los cónyuges después de la ruptura. Sin embargo, al adentrarme en el análisis de las cuestiones involucradas, no quise pasar por alto el tema de la separación de hecho y el juego de la responsabilidad, el funcionamiento del asentimiento conyugal respecto de bienes adquiridos luego de la separación, y, por último, el punto de la exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse en el ámbito de la sucesión intestada y en el campo de las sucesiones testamentarias.

La separación de hecho es una cuestión de gran importancia práctica, porque es frecuente que, antes de poner en marcha las acciones de divorcio o de nulidad de matrimonio, o con anterioridad al fallecimiento de alguno de los cónyuges, éstos vivan un tiempo separados.

título 2282 del Código Civil y Comercial retoma la idea del perdón, aunque la formula de un modo más flexible. “El testamento en que se beneficia al indigno, posterior a los hechos de indignidad, comporta el perdón, excepto que se pruebe el desconocimiento de tales hechos por el testador”. Significa que, si los que pretenden la declaración de indignidad, prueban que el causante otorgó testamento sin conocer los hechos configurativos de la indignidad, ésta puede igualmente configurarse.

En muchos casos, la separación de hecho es incierta y puede tener vaivenes y contramarchas jurídicamente relevantes.

La separación de hecho sin voluntad de unirse hace que, en principio, los bienes que los cónyuges adquieren con posterioridad a la ruptura no deban calificarse como gananciales.

Pero este es un criterio general que admite las excepciones que hemos tratado a lo largo de este trabajo, y las que resulten del examen de otras situaciones particulares.

La inejecutabilidad de la vivienda familiar y la necesidad del asentimiento para disponer también pueden experimentar algunas variaciones a partir de la separación de hecho de los cónyuges.

Por último, la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges excluye la vocación sucesoria recíproca en el ámbito de la sucesión intestada. Si, por el contrario, el causante hubiera testado en favor del cónyuge ya separado de hecho, o en favor del cónyuge de quien después se separara, me inclino a pensar que la voluntad expresa del testador prevalecerá, en principio, sobre la exclusión legal del cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse, manteniendo incólume la institución testamentaria.

Digo en principio porque, en las cuestiones en las que está involucrado un testamento, es indispensable considerar todo el cuadro familiar, en conjunto, para establecer cuál quiso ser y cuál fue la última voluntad del causante.

LOS DERECHOS DEL PADRE FRENTE A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

POR JUAN G. NAVARRO FLORIA (*)

I. INTRODUCCIÓN

En la República Argentina se ha aprobado y está vigente una legislación que no solamente ha despenalizado el aborto voluntario, sino que lo promueve con entusiasmo. El aborto ha sido erigido en derecho subjetivo de las “personas gestantes”, prácticamente absoluto y sin condiciones. Al mismo tiempo, se ha establecido la obligación también casi absoluta del personal sanitario y de los centros de salud de procurar su práctica a simple requerimiento, restringiéndose al máximo la posibilidad de objetarla⁽¹⁾. Lo que era un delito (abortar) se ha convertido en derecho, y lo que era un deber (proteger la vida y evitar el aborto) se ha convertido en delito para los médicos.

En este dramático cambio legislativo (el calificativo vale más allá de cualquier valoración ética, simplemente por la constatación de la magnitud del cambio y de la dirección diametralmente opuesta que ha tomado la política legislativa) hay un protagonista que brilla por su ausencia: el padre del niño por nacer que resultará eliminado mediante la práctica del aborto o, como eufemísticamente lo llama la legislación, la “interrupción voluntaria del embarazo”, que no es otra cosa que la interrup-

(*) Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Sobre la objeción de conciencia al aborto ver NAVARRO FLORIA, Juan G. y LO PRETE, Octavio, “Objeción de conciencia y protección de la vida humana: situación en la República Argentina” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 57 (2021), ISSN: 1696-9669, núm. 57, Octubre (2021); y más ampliamente, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier y VALERO-ESTARELLAS, María José (coords.), “Objeciones de conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar”, *Iustel*, Madrid, octubre de 2023 (ISBN 978-84-9890-469-7).

ción irremediable de la vida de ese niño por nacer. La voluntad a la que hace referencia la norma es exclusivamente la de la madre o “persona gestante”. Obviamente no se considera la de la persona por nacer, absolutamente incapaz de manifestarla; pero tampoco la del “progenitor masculino”. El propósito de estas líneas es explorar mejor esta situación.

Cabe ante todo formular alguna precisión terminológica. Si se interroga a cualquier persona por la calle, su sentido común dirá que para que nazca (y antes de eso, para que sea concebido) un niño hacen falta un padre (varón) y una madre (mujer). La experiencia indica que casi todas las personas tenemos un padre y una madre conocidos. Y que indefectiblemente hemos nacido (y las personas siguen naciendo) de una mujer, luego de haber transitado ella un embarazo. Por lo tanto, cuando se produce la “interrupción voluntaria del embarazo” necesariamente nos encontramos, biológicamente hablando, ante una mujer que aborta; y que para haber llegado al estado de embarazo que se va a interrumpir, también necesariamente, debió requerir del concurso de un varón en sentido biológico, sea que la fecundación del óvulo femenino (propio o ajeno) haya ocurrido por vía natural o mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Ahora bien: en razón del concurso de varias normas legales relativamente recientes, el Derecho en la Argentina se ha divorciado de esa realidad natural que refleja, como decimos, el sentido común, y que se expresa en el lenguaje generalmente aceptado que ante un embarazo no duda en decir “bebé”, “mujer”, “madre” o “padre”. Ese divorcio resulta principalmente del juego de las leyes 26.743 de “identidad de género”⁽²⁾, 26.618 de “matrimonio igualitario”⁽³⁾ o legalización del matrimonio entre contrayentes del mismo sexo, 27.610 de “interrupción voluntaria del embarazo”⁽⁴⁾, y del mismo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994⁽⁵⁾).

En ese conjunto de leyes el legislador ha hecho el mayor esfuerzo por eliminar los conceptos de “padre” y “madre”, no obstante su indudable vigencia social, y reemplazarlos por el concepto genérico de “progenitores”, o en el mejor de los casos por el plural indiferenciado “padres”⁽⁶⁾.

(2) BO 24/5/2012.

(3) BO 22/7/2010.

(4) BO 15/1/2021.

(5) BO 8/10/2014.

(6) El CCCN habla de “los padres” o de “ambos padres” en los artículos 63, 64, 101, 106, 111, 116, 120, 121, 139, 416, 420, 534, 597, 607, 608, 609, 625, 634, 670, 1646, 1755,

Por ejemplo, el Código Civil y Comercial sólo usa conjuntamente los términos “padre” y “madre” en los artículos 109 y 110, referidos a la tutela de menores; el término “padre” aludiendo exclusivamente al varón en los arts. 580, 583, 604, 625, 2281 (cinco artículos); y “madre” en los artículos 565, 572, 583, 585, 588, 590, 592, 604, 625, y 2281 (diez artículos). En cambio, se habla de “progenitor” o “progenitores” (muchas veces diciendo “ambos progenitores”, asumiendo que son sólo dos; y a menudo usando el término repetidamente dentro del mismo artículo) en los artículos 26, 64, 106, 580, 582, 586, 589, 611, 624, 625, 628, 630, 631, 632, 638, 639, 640, 641, 642, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 660, 661, 662, 663, 665, 666, 667, 668, 669, 671, 672, 673, 674, 675, 677, 678, 679, 980, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 700bis, 701, 702, 703, 704, 2361 y 2362: ochenta artículos.

El esfuerzo legislativo por ocultar la figura paterna es notable. Se ve incluso en leyes como la 27.773 de “procedimientos médico-asistenciales para la atención de mujeres y personas gestantes frente a la muerte perinatal”⁽⁷⁾, concepto que se define por remisión a lo que define la Organización Mundial de la Salud, y que es “la muerte que ocurre entre la semana 22 de gestación (154 días) y los primeros 7 días de vida del bebé”⁽⁸⁾. En esa norma, de hondo sentido humanista, la atención está dirigida no sólo de modo preferente (lo que sería comprensible) sino excluyente a “las mujeres y otras personas gestantes”, sin que en ningún momento se considere la eventualidad de que la pérdida del hijo también afecte al padre, o incluso que el padre exista. Apenas se toma en cuenta la posibilidad de que la mujer o persona gestante designe, si lo desea “un/a acompañante” (art. 5 inc. d) y esté asistida, además de por un psicólogo, por “su entorno familiar y/o afectivo” al tiempo de sufrir la pérdida de su hijo. El padre, para la ley, no existe.

1756, 2432 y 2543. El art.1566 dice “padre” refiriéndose a padre o madre, en correcto castellano. Sobre esta cuestión, entonces con relación al proyecto de Código Civil y Comercial, ver LAFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “¿Padre, madre o progenitor? Ambigüedades terminológicas del proyecto de Código Civil” (ED 250-1008).

(7) BO 12/10/2023.

(8) Esa definición es oficialmente recogida por el Estado: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/salud/muerte-perinatal#titulo-1> Como la ley no distingue cual sea la causa de esa muerte, se deberían incluir las causadas por aborto intencional. Es paradójico que el Estado por una parte aliente y promueva el aborto, y al mismo tiempo reconozca lo traumático que es ese hecho para la madre y se preocupe por garantizarle contención y asistencia en esa situación, reconociendo también por una parte que es algo que la madre “sufre”, y por la otra que existe un “bebé” que muere.

La misma miopía se advierte en la ley 27.611, “de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia”. A lo largo de todo su articulado sólo hay referencias a “las mujeres y otras personas gestantes”, a “los niños y las niñas en la primera infancia⁽⁹⁾” (sin referencia alguna a los niños por nacer, sino sólo al embarazo de la madre), y al Estado. Pareciera que las mujeres se han embarazado sin el concurso de ningún varón, y que los niños sólo pueden aspirar a prestaciones del Estado, no de sus padres⁽¹⁰⁾.

Es curioso que el significado etimológico del término “progenitor” —que como vemos es el término preferido por el Código Civil y Comercial— alude a la procreación, es decir, a quien biológicamente ha generado o engendrado a otro. Sin embargo, el Derecho parece darle únicamente el significado de quien posee un vínculo jurídico, un parentesco legal ascendente, que no necesariamente corresponde a un vínculo biológico previo⁽¹¹⁾.

Más allá de este esfuerzo del legislador, en este trabajo salvo aclaración en contrario preferiremos el vocablo “padre” para hacer referencia al padre varón, y “madre” a la madre mujer, en ambos casos en el sentido biológico de los términos e independientemente de lo que puedan indicar los documentos de identidad, que pueden no responder a esa identidad biológica sino al género autopercebido.

(9) La reglamentación (Decreto 515/2021, Anexo 1) aclara que ella “es la etapa de la niñez que abarca desde el nacimiento de la persona hasta el momento de cumplir los TRES (3) años de vida”

(10) No demasiado tiempo atrás, en 2004, todavía la ley 25.929 de “parto humanizado” (BO 21/9/2004), hablaba con realismo de “madre” y de “mujer” embarazada; y de derechos de “el padre y la madre de la persona recién nacida” (art.4) requiriendo el consentimiento de ambos para las decisiones médicas sobre el hijo. Su reglamentación (Decreto 2035/2015, BO 24/9/2015), que al igual que la ley sigue vigente, ordena al equipo de salud “informar en forma fehaciente a la persona en estado de gravidez y a su grupo familiar, en forma comprensible y suficiente acerca de posibles intervenciones que pudieran llevarse a cabo durante los procesos de embarazo, parto, trabajo de parto y puerperio”. Es claro que el grupo familiar incluye en primer término al cónyuge o conviviente de la mujer encinta.

(11) Sobre la discusión en España del significado del término, ver https://www.abc.es/sociedad/abci-real-academia-enmienda-articulo-progenitor-vivo-origina-otro-200603100300-142679695676_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

II. LA FILIACIÓN ANTES DEL NACIMIENTO

¿Cuándo se establece la filiación de una persona, es decir, cuándo queda constituido el vínculo filial con sus progenitores? La ley dice que la determinación de la filiación matrimonial y su prueba se produce mediante la partida de nacimiento que expide el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 569 CCCN) que, por definición, se labra luego de ocurrido el nacimiento. Pero ese documento no es más que la constatación de un hecho preexistente. También se determina por la sentencia de un juicio de filiación, supuesto que no interesa en este momento, y de un modo diferente como veremos luego si se ha recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Nuevamente, si acudimos a la experiencia y al sentido común de las personas encontraremos que ellas reconocen que la filiación existe desde antes del nacimiento. Ninguna mujer embarazada, consciente de su situación, podrá negar que exista un vínculo filial entre ella y el hijo que porta en su vientre. Los padres (padre y madre) que esperan el nacimiento de un hijo (y que piensan para él o ella un nombre, acondicionan amorosamente el hogar para recibirlo, y proyectan la vida familiar con ese nuevo integrante), lo llaman así: hijo.

Como dijimos, el modo de establecer la filiación es diverso según sea ésta por naturaleza o por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (u obviamente por adopción, supuesto que tampoco interesa en orden al tema que aquí nos ocupa), con diferencias también según se trate de filiación matrimonial o extramatrimonial. Veamos los casos.

II.1. Filiación paterna matrimonial por naturaleza

El Código Civil y Comercial establece que la maternidad, en la filiación por naturaleza, se establece con la prueba del nacimiento (art. 565). En orden a la práctica del aborto, no cabe duda de que es quien cursa el embarazo que se ha de interrumpir es madre⁽¹²⁾. Porque ya vimos que hay otras normas que reconocen una maternidad antes del nacimiento: la mujer embarazada ya es madre, en acto y no en potencia, porque el embarazo que cursa es algo real y lo que lleva en su vientre es un individuo de la especie humana, y no otra cosa.

(12) Si en la Argentina fuese legal la maternidad subrogada o alquiler de vientres esta afirmación podría ser discutida, ya que podría pretenderse que la mujer gestante no es madre, sino que los son las o los comitentes. Pero como la ley no autoriza ese procedimiento que nace de un contrato nulo por ser violatorio de la dignidad de la mujer, no interesa aquí profundizar el supuesto.

Si la mujer que dará a luz está casada, la ley presume que su cónyuge (varón o mujer, la norma dice “el o la cónyuge”, art. 566 CCCN) es también progenitor, si el nacimiento ocurre después de celebrado el matrimonio y hasta los trescientos días después de interpuesta demanda de divorcio o nulidad, o de ocurrida la separación de hecho o la muerte. La presunción solo opera en la filiación por naturaleza, y obviamente es una ficción en el caso de matrimonio “igualitario” entre dos personas de sexo femenino, ya que hay una imposibilidad natural de que una mujer será “padre”. Pero la ley no distingue, al contrario⁽¹³⁾.

En cualquier caso, es claro que, mediando matrimonio, aún si éste es “igualitario” (entre personas del mismo sexo⁽¹⁴⁾), ya durante el embarazo y antes del nacimiento hay una filiación legalmente atribuida al cónyuge de la mujer embarazada, más allá de que su registro ocurrirá después del nacimiento.

II.2. Filiación paterna extramatrimonial por naturaleza

Si se trata de filiación extramatrimonial por naturaleza, si bien la maternidad se definirá también por el parto, la paternidad “queda determinada por el reconocimiento... o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal” (art. 570 CCCN). Normalmente el reconocimiento, y con más razón la sentencia del juicio de filiación, ocurren después del nacimiento.

Ahora bien: el Código expresamente prevé que “Es posible el reconocimiento del hijo por nacer” (art. 574 CCCN). En este caso, como el reconocimiento es previo a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento (que todavía no ocurrido), deberá hacerse por alguna de las otras formas previstas en el art. 571, que son de gran amplitud: “declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido” o “disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental”⁽¹⁵⁾.

(13) De manera que cuanto aquí se afirma respecto del padre (varón) se puede afirmar también respecto de la mujer casada con la mujer gestante que pretende interrumpir su embarazo.

(14) Que en el caso que nos ocupa necesariamente deben ser dos mujeres, porque si se trata de un matrimonio entre dos varones no es posible la filiación por naturaleza. De manera que, si la mujer casada con otra mujer decide abortar y su cónyuge no acompaña la decisión, estaremos ante un conflicto de derechos o al menos de intereses entre dos mujeres.

(15) Dado que el testamento necesariamente debe ser hecho por escritura pública o en forma ológrafa, es decir, por escrito, el segundo supuesto está en realidad incluido dentro del primero.

Queda claro entonces que ya antes del nacimiento y durante el embarazo puede existir un padre reconocido de la persona por nacer, no sólo biológicamente (lo que es obviamente indispensable) sino también legal y jurídicamente.

Por otra parte, más allá del reconocimiento expreso, o impuesto por una sentencia, el Código contiene también presunciones que juegan incluso antes del nacimiento. La presunción de paternidad del marido de la mujer casada, como vimos, es clara y es clásica en el Derecho. Pero también en relaciones no matrimoniales, “La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada” (art. 585).

La norma no dice que la presunción juegue sólo después del nacimiento, de manera que el conviviente puede ya presumirse padre durante el embarazo, del mismo modo que el marido en la filiación matrimonial ya es padre durante el embarazo.

En conclusión: ya antes del nacimiento y durante el embarazo, es posible hablar no sólo social y biológicamente, sino también jurídicamente, de “padre” del niño por nacer.

II.3. La filiación por voluntad procreacional

En el caso de la filiación fundada en la voluntad procreacional, por el uso de las TRHA, el asunto es todavía más claro.

En estos casos la filiación matrimonial se determina “por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas” (art. 569 inc. c), y lo mismo ocurre en la filiación extramatrimonial (art. 575)⁽¹⁶⁾.

Como es sabido, la ley exige al menos un doble consentimiento: al poner en marcha el uso de las técnicas, y cada vez que se haga uso de los gametos o se implanten los embriones producidos mediante las técnicas: “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones” (art. 560).

(16) “Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.”

En este caso los comitentes (la mujer gestante, y el varón o mujer que también expresó su voluntad procreacional) quedan emplazados como progenitores no solamente antes del nacimiento del niño por nacer, sino incluso antes de su concepción y comienzo de la existencia.

Es cierto que el Código habla del “consentimiento debidamente inscripto en Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”. Pero parece claro que la inscripción hace a la publicidad frente a terceros, pero no modifica ni perfecciona al consentimiento en sí mismo, que es lógicamente anterior a su registración. Lo que determina la filiación no es la inscripción, sino la prestación del consentimiento (del mismo modo que en la filiación por naturaleza, lo que constituye en padre a quien reconoce a un hijo extramatrimonial es el acto mismo de reconocimiento, y no su posterior inscripción en el Registro⁽¹⁷⁾).

También en el caso de recurso a las TRHA, la maternidad se atribuye a “quien dio a luz” (art. 562). No han faltado sentencias que —sorprendentemente— declarasen inconstitucional esa norma, a fin de legitimar el alquiler de vientres o “maternidad por subrogación”, posibilidad que fue expresamente excluida por el legislador cuando se trató el vigente Código Civil y Comercial⁽¹⁸⁾. Pero se trata de casos aislados y harto discutibles en su fundamentación, que contradicen precedentes actuales y de gran relevancia que rechazan la maternidad subrogada por violatoria de la dignidad humana del niño y de la mujer utilizada como gestante⁽¹⁹⁾.

(17) Si el reconocimiento se realiza mediante una declaración hecha ante el Registro Civil, ambos actos coinciden en el tiempo. Pero si el reconocimiento ocurre, por ejemplo, en una disposición testamentaria, la inscripción será muy posterior, aunque el reconocimiento tendrá validez por sí mismo antes de que esa inscripción se materialice. En otros términos: la inscripción es declarativa pero no constitutiva del acto de reconocimiento de la filiación. Lo propio ocurre con el consentimiento informado prestado ante el laboratorio que ejecuta las TRHA.

(18) Como se sabe, la maternidad subrogada estaba prevista en el proyecto de Código y fue eliminada del texto en la discusión legislativa. No puede por lo tanto afirmarse con buena fe que hay una laguna legal u olvido del legislador, sino una decisión deliberada de no legitimar esa práctica. En ese sentido, CNCiv, sala K, “F.R.R. y otro c. G.P.M.A. s/impugnación de la filiación, 28/10/2020, Exp.33409/17, y BASSET, Ursula, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?”, LL 2016-C-88. Contra lo expuesto y defendiendo la práctica en cuestión: LAMM, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y su regulación legal” Revista de derecho de Familia n° 50. AbeledoPerrot. Buenos Aires. Julio 2011.

(19) Así, la relevante sentencia 277/2022 del Tribunal Supremo español del 31/3/2022, Roj: STS 1153/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1153, disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d460d65731/20220405> . O la re-

Ahora bien: como para llegar a ese nacimiento “quien dio a luz” debió prestar un consentimiento informado previo y libre (art. 560), ya desde ese momento puede decirse que hay un vínculo establecido; y lo mismo ocurre con el otro progenitor de los únicos dos que la ley admite⁽²⁰⁾.

En definitiva, también en la filiación por voluntad procreacional hecha efectiva mediante el uso de las TRHA, existe una paternidad o progenitura legalmente establecida durante el embarazo y antes del nacimiento.

III. DERECHOS Y DEBERES DEL PROGENITOR MASCULINO DURANTE EL EMBARAZO

El embarazo es el estado o situación que media desde la implantación en el útero femenino del embrión humano, hasta el nacimiento completo del niño. En el caso de los niños concebidos en laboratorio mediante el uso de TRHA, la persona humana existe desde el momento de la concepción (art. 19 CCCN, art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, ley 23.849, entre otras normas), y es merecedora de protección por parte del Derecho aún antes de producido el embarazo propiamente dicho (cfr. art. 9 de la ley 26.994, cláusula transitoria segunda del CCCN), pero esa situación es irrelevante en orden a lo que aquí nos interesa.

Si hay embarazo es porque hubo necesariamente concepción, y si hubo concepción hay persona humana (art. 19 CCC), y por lo tanto persona por nacer. Esto es indiscutible.

Una vez establecido que puede existir paternidad antes del nacimiento, tanto matrimonial como extramatrimonial, tal como por otra

solución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “C.yE. v. Francia” del 12/12/2019 y “Paradiso y Campanelli v. Italia” del 24/01/2017. En la Argentina, CN-Fed. Civ. y Com., sala I, 22/03/2022, “S., E. R. y otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ Amparo de salud” LL 10/5/2022, con nota de MARRAMA, Silvia, “La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos”.

(20) El art.558 establece que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Ello no ha impedido que la creatividad y voluntarismo judiciales hayan llevado en varios casos al establecimiento de triples y aún cuádruples filiaciones con fundamento en la “socioafectividad”, particular pero no únicamente en casos de filiación por uso de las TRHA. Dejamos también de lado el caso de las adopciones simples e incluso plenas con subsistencia del vínculo de sangre, que dan lugar también a triples o cuádruples filiaciones, supuesto que no interesa para el tema que aquí se trata.

parte resulta de modo contundente del art. 574 CCC, sea que al embarazo se haya llegado por vía natural o mediante el uso de TRHA, cabe preguntarse qué efectos o consecuencias se siguen de esa circunstancia.

III.1. Representación de la persona por nacer

El niño por nacer es una persona absolutamente incapaz de hecho o de ejercicio (art. 24 inc. a), la única clase de incapaces absolutos que subsiste en nuestro ordenamiento. Como tal, está sujeto a una representación necesaria.

Según el art. 101 inc. a) CCCN, “son representantes de las personas por nacer, sus padres”. La norma es clara y no deja lugar a dudas⁽²¹⁾. Al hablar de “padres” en plural obviamente se incluye a la madre gestante, y al padre. Esta asignación de la representación legal ratifica y refuerza lo dicho más arriba, acerca del emplazamiento del estado de padre durante el embarazo y antes del nacimiento. Mal podría el padre ejercer la representación legal del hijo por nacer, si no se le reconoce justamente el estatus de padre, más allá de que aún no existirá un documento (partida de nacimiento del Registro de Estado Civil) que así lo acredite.

Es más: históricamente era únicamente el padre varón quien ejercía la representación del hijo por nacer, lo mismo que de los hijos menores de edad; y solamente ante su falta o incapacidad esa representación era ejercida por la madre. La reforma al régimen de filiación y patria potestad realizada por la ley 23.264⁽²²⁾ estableció lo que en ese momento se denominó “patria potestad compartida”, otorgando paridad de derechos y responsabilidades a ambos progenitores, pero obviamente no implicó borrar o eliminar la representación del padre varón sino, en todo caso, regular su ejercicio de modo diferente y establecer los supuestos en que debía ejercerse de modo conjunto o alternado con la madre. Ese sistema es el que ha pasado sin grandes cambios al vigente Código Civil y Comercial.

La representación del hijo por nacer es al mismo tiempo un derecho y un deber para el padre. Como deber, se ejerce en beneficio del niño y siempre atendiendo a su interés superior. Pero no deja de ser también

(21) El art.103 CCCN asigna también la representación complementaria o principal de las personas incapaces, entre las que sin duda se cuentan las personas por nacer, al Ministerio Público. Esta representación legal mandada por la ley es olvidada o declinada en los casos de abortos provocados, lo que merecería otras consideraciones que dejamos ahora de lado para no distraer el objeto de este trabajo.

(22) BO 23/10/1985.

un derecho del padre, más allá de que ahora se exprese en términos de responsabilidad antes que de potestad.

III.2. Ejercicio de la responsabilidad parental

El antiguo Código Civil, en la redacción dada por la ley 23.264, definía a la patria potestad como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado” (art. 264). El Código era explícito al incluir como deber y derecho del padre (de ambos padres, pero lo que aquí nos interesa es el del padre varón) el cuidado de los hijos “desde la concepción”.

El Código vigente, como es sabido, ha variado el concepto hablando de “responsabilidad parental”, subrayando así los deberes de los padres antes que sus derechos o potestades sobre sus hijos. Y al definirla, dice que “es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.” Ya no hay referencia explícita al momento inicial de ejercicio de esa responsabilidad, que en el texto anterior era el de la concepción, como vimos. ¿Significa eso que no existe responsabilidad parental con relación a los niños por nacer? De ninguna manera.

Por lo pronto, es indudable que el niño por nacer ya es “hijo”, según lo que se expuso más arriba. Y no cabe duda de que es un hijo necesitado de la máxima protección, porque está absolutamente impedido de proveérsela a sí mismo. Decir que la responsabilidad parental se ejerce “hasta” el momento de la mayoría de edad emancipación nada predica respecto del momento inicial de ese ejercicio. Como veremos en seguida, la ley prevé expresamente el deber alimentario del padre ya antes del nacimiento y durante el embarazo, lo que sólo se explica por la existencia de la responsabilidad parental, de la que el deber alimentario es un aspecto⁽²³⁾.

(23) Como explica BASSET, comentando el art.574 del CCC, el Código “no explicita el comienzo de la protección y representación de la persona del hijo en el capítulo de responsabilidad parental, sin embargo, es precisamente en el sistema filiatorio en el que aparecen implícitos los mandatos internacionales de tutela: la responsabilidad parental comienza en la concepción por imperio de los tratados suscritos por la Argentina y por el bloque de constitucionalidad, y esa coherencia es el revés de la trama del reconocimiento del hijo por nacer y del art.19” (BASSET, Ursula, art.574 en ALTE-RINI, Jorge H. (dir.) “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, T.III, p.553.

El contenido de la responsabilidad parental es extenso, pero el primero de los deberes que se enuncia como derivado de ella es el de “cuidar del hijo” (art. 646 inc. a). Parece evidente que el cuidado más elemental es el que se dispensa a la vida misma del hijo, incluyendo el hijo por nacer.

El segundo deber que la ley impone (art. 646 inc. b) es el de “considerar las necesidades específicas del hijo según su... desarrollo madurativo”. Las necesidades de los hijos son distintas según la etapa de la vida que transiten. Lejos de excluirlo, esto reclama especialmente el cuidado durante la etapa previa al nacimiento donde la dependencia de los padres es máxima, por no decir absoluta.

Conviene recordar que el cuidado de los niños antes de su nacimiento es un expreso mandato constitucional, que se impone al Estado, pero de manera claramente subsidiaria respecto del mismo mandato que por ley natural y derecho propio compete a los padres. El Estado Nacional, por medio del Congreso, tiene el deber de “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo [...], y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia” (art. 75 inc. 23 CN). Pero ese deber estatal que debe contemplar el período prenatal no sustituye el deber de cuidado de los padres, sino que lo complementa.

Como recuerda el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Cabe recordar que para la Argentina, “niño” es “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (ley 23.849 art. 2, declaración interpretativa de la Convención que constituye una de las “condiciones de su vigencia” en los términos del art. 75 inc. 22 CN). Y que según la propia Convención es deber del Estado respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres” (art. 5). Obviamente, de ambos, incluido el padre varón.

Siempre atendiendo a la Convención sobre los Derechos del Niño, es oportuno recordar que el art. 18 dispone que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”. Es decir: la Convención pone en pie de igualdad a la madre y al padre en la obligación de cuidado de los hijos, que principia por el cuidado de la vida del niño, garantizada desde la concepción (art. 4).

III.3. Deber alimentario del progenitor

Es indudable que el padre del niño por nacer tiene una obligación alimentaria hacia el hijo, como elemento integrante de la responsabilidad parental. Ya la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño” (art. 27). La obligación es de ambos por igual: padre y madre.

El deber alimentario del padre respecto del hijo por nacer está expresamente reconocido por el Código Civil y Comercial, recogiendo así una jurisprudencia sólida y constante. El art. 665 dispone que “La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada”. Obviamente, la madre actúa en ese caso en representación del hijo por nacer (art. 101 CCC), dado que si tuviera un derecho alimentario propio no haría falta la norma, ni sería necesaria la prueba sumaria de la filiación: la obligación alimentaria es consecuencia de esa filiación, establecida ya antes del nacimiento y durante el embarazo. La paternidad presunta, fuente de la obligación alimentaria hacia el hijo por nacer, puede acreditarse por cualquier medio de prueba⁽²⁴⁾.

Incluso la jurisprudencia ha reconocido, con fundamento en el art. 665 CCC, la procedencia de una demanda de alimentos contra los abuelos paternos del niño por nacer, cuando el presunto padre (extramatrimonial) es un adolescente en edad escolar⁽²⁵⁾. Cabe preguntarse entonces (dejamos planteado el caso como un eventual desarrollo adicional del objeto de estas reflexiones) si los abuelos paternos —obligados a una prestación alimentaria a favor del nieto por nacer— no están también legitimados para actuar en su representación y en defensa del derecho a la vida de ese nieto.

III.4. Derecho indemnizatorio por la muerte de la persona por nacer

Consistentemente la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a los padres el derecho a ser indemnizados por la muerte de hijos por nacer, lo que resulta lógico y coherente con todo el sistema jurídico.

(24) LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, art.665.

(25) Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de Tucumán, 10/6/2024, “C.,J.M. c/C.,C.G. s/alimentos provisorios”, exp.90/24, http://www.saij.gob.ar/FA24240004?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-provincial

En una demanda de indemnización por la muerte antes del nacimiento de un *nasciturus*, dijo la Cámara Nacional en lo Civil: “el mero hecho de tratarse de una persona por nacer no significa que el daño deba considerarse como meramente hipotético o conjetural, o que la posibilidad frustrada tenga que calificarse de muy general y vaga. Por supuesto que tal conclusión no empece a evaluar que la mayor proximidad del hijo a una edad que le permitiera cooperar económicamente con sus padres otorgaría derecho a un resarcimiento numéricamente superior; en la medida que otorga mayor certeza a la pérdida de esa chance”, agregando que: “de no admitirse esta tesitura, no podría conocerse a ciencia cierta cuál sería la etapa de la vida en que —produciéndose la muerte de un hijo— debería admitirse el resarcimiento de la pérdida de la ‘chance’. En todo caso, esa posición restrictiva conllevaría a conceder indemnizaciones por daños materiales sólo para los supuestos en que la víctima tuviera aptitud para el trabajo, dado que recién en ese entonces se adquiriría una real certeza de pérdida patrimonial” y que si bien no puede soslayarse “la dificultad que se le presenta al judicante para establecer la índole de la actividad creadora de bienes que hubiera podido desarrollar el fenecido de haber llegado a la mayoría de edad; empero no debe perderse de vista que estamos en presencia de una “chance” y que su pérdida es un daño resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico”⁽²⁶⁾. No es un caso aislado.

En definitiva, la jurisprudencia reconoce a los padres (incluyendo obviamente al padre varón) el derecho a una indemnización tanto por el daño espiritual o moral, como por la pérdida de chance de contar con el apoyo futuro de su hijo, a consecuencia de la pérdida de la vida del hijo por nacer imputable a la acción de un tercero.

El tema se planteó con relación a las indemnizaciones dispuestas por la ley 24.411 y modificatorias, que establecían una indemnización para los desaparecidos⁽²⁷⁾. En el caso “Sanchez” se discutió la situación de una mujer detenida/desaparecida hallándose encinta, cuyo cadáver fue luego hallado, comprobándose que al morir llevaba un bebé de probablemente nueve meses de gestación en su vientre, que obviamente no llegó a nacer. Sus familiares (incluyendo el cónyuge de la desaparecida,

(26) CNCiv, sala B, 20/3/2009, “N. d. M. S. C. y otro c. Solidez S.R.L. y otros” La Ley, cita Online: AR/JUR/9654/2009. Reiterado por la misma Sala en el caso “Z..S.A. y otro c/GCBA s/daños”, 9/2/2018, exp.89945/2007.

(27) Para mantener la ficción de que los desaparecidos no están muertos, la ley dijo que la indemnización era para ellos, pero percibida por sus “causahabientes” en una suerte de representación. Sobre el tema ver NAVARRO FLORIA, Juan G., “La condición jurídica de “desaparecido” y sus consecuencias en el derecho argentino”, ED 163-962.

presunto padre del nonato) reclamaron una doble indemnización: por la mujer occisa, y por su hijo. La indemnización por la muerte del hijo fue negada en sede administrativa. La mayoría de la Cámara Federal⁽²⁸⁾ para resolver examinó “las consecuencias de la frustración del nacimiento del feto quien, sin lugar a dudas, durante su vida en el seno materno era considerado persona desde su concepción y a partir de entonces era titular de derechos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, y sin embargo no nació con vida”, pero concluyó que lo que la ley establecía era una indemnización para la persona víctima de la violencia estatal, y que al no haber nacido con vida el bebé no consolidó su derecho y por tanto no pudo transmitirlo. Pero la Corte Suprema revocó esa sentencia⁽²⁹⁾, advirtiendo que el derecho reconocido por la ley a los causahabientes de personas fallecidas era recibido por aquellos *iure proprio* y no *iure hereditatis*. La Corte subraya que la persona por nacer es efectivamente una persona, y que su muerte violenta (antes de haber nacido) justifica un derecho indemnizatorio a favor de sus familiares que sufren un claro daño por esa muerte prematura.

En conclusión, la vida de un hijo por nacer es valiosa (incluso en términos económicos, aunque eso no sea lo más relevante) para un padre, y su pérdida constituye un daño indemnizable.

IV. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y SUS PROTAGONISTAS

La ley que promueve el aborto es deliberadamente ambigua a la hora de identificar a los protagonistas de ese hecho, al que denomina como ya dijimos “interrupción voluntaria del embarazo” o en ciertos supuestos “interrupción legal del embarazo”⁽³⁰⁾.

(28) CNCont.Adm.Fed, sala IV, 11/5/2004, Causa 13.548/01 - “S. E. B. c/ M° JyDD-HH B art 6 ley 24411 (resol 409/01)”

(29) CS, 22/5/2007, “Sánchez, Elvira Berta c. Ministerio de Justicia y DD.HH. s/art,6 ley 24411”, S.1091.XLI, FALLOS 330:2304.

(30) Un reciente documento de la Iglesia católica advierte: “Precisamente en el caso del aborto se percibe la difusión de una terminología ambigua, como la de “interrupción del embarazo”, que tiende a ocultar su verdadera naturaleza y a atenuar su gravedad en la opinión pública. Quizás este mismo fenómeno lingüístico sea síntoma de un malestar de las conciencias. Pero ninguna palabra puede cambiar la realidad de las cosas: el aborto procurado es la eliminación deliberada y directa, como quiera que se realice, de un ser humano en la fase inicial de su existencia, que va de la concepción al nacimiento». Los niños que van a nacer «son los más indefensos e inocentes de todos, a quienes hoy se les quiere negar su dignidad humana en orden a hacer con

Incluso muchos de los defensores y propulsores de la legalización del aborto, reconocen que el aborto es un drama. Detengámonos un momento a considerar quienes son sus actores protagónicos.

IV.1. El niño por nacer que ha de ser abortado

La ley 27.610 en todo momento omite referirse al principal protagonista de ese acto, que es el niño por nacer cuya vida ha de ser truncada mediante el aborto, porque la “interrupción del embarazo” no es otra cosa que la “interrupción de la vida” de ese niño. Es un silencio estruendoso que sólo se explica porque, de no haber existido, hubiera impedido al legislador disponer lo que dispuso de modo contradictorio con la legislación protectoria de ese niño por nacer, vigente y de rango supralegal. Sólo fingiendo que no hay un niño al que se priva de su vida, es posible legislar del modo en que se hizo en la Argentina.

Pero no puede haber ninguna duda en el Derecho argentino (más allá, por lo demás, de la evidencia biológica y empírica) que estamos en presencia de un niño, y más genéricamente de una persona humana.

Por lo pronto, el art. 19 del CCCN no deja lugar a dudas cuando establece que el comienzo de la existencia de la persona humana es la concepción. A efectos del tema que estamos considerando, como ya insinuamos antes, es irrelevante la discusión acerca de si la noción de “concepción” se identifica con lo que indica la biología (la unión de los gametos masculino y femenino y formación del embrión), sea que ocurra dentro o fuera del seno materno; o con la anidación del óvulo en el útero femenino, como sostuvo con muy escaso fundamento científico la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”⁽³¹⁾: si hemos de hablar de interrupción de un embarazo, es porque estamos en

ellos lo que se quiera, quitándoles la vida y promoviendo legislaciones para que nadie pueda impedirlo». Se deberá, por tanto, afirmar con total fuerza y claridad, también en nuestro tiempo, que «esta defensa de la vida por nacer está íntimamente ligada a la defensa de cualquier derecho humano. Supone la convicción de que un ser humano es siempre sagrado e inviolable, en cualquier situación y en cada etapa de su desarrollo. Es un fin en sí mismo y nunca un medio para resolver otras dificultades. Si esta convicción cae, no quedan fundamentos sólidos y permanentes para defender los derechos humanos, que siempre estarían sometidos a conveniencias circunstanciales de los poderosos de turno” (Declaración del Dicasterio para la Doctrina de la Fe “*Dignitatis in finia* sobre la dignidad de la persona humana”, 8/4/2024).

(31) Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, sentencia de 28 de noviembre de 2012, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

presencia de un embrión ya implantado, porque de otro modo no habría embarazo.

La existencia de una persona humana cuya vida se trunca, por otra parte, no resulta únicamente del Código Civil y Comercial, sino de normas de jerarquía constitucional. La Convención Americana de Derechos Humanos establece sin dejar dudas que “todo ser humano es persona”⁽³²⁾, y no puede en buena fe dudarse de que la persona por nacer es un individuo de la especie humana, así sea en un estadio inicial de su desarrollo. La misma Convención establece de modo explícito que el derecho a la vida de las personas (art. 4) “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Con lo cual no quedan dudas de que el niño por nacer es una persona que en principio goza del derecho a la vida, cualquiera sea el alcance que se le quiera dar a la relativización que introduce la expresión “en general”⁽³³⁾.

Para mayor claridad, está la Convención sobre los Derechos del Niño, que como dijimos, ya en su preámbulo dice que el niño “necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, en su art. 6 dice que “*todo* niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. Como ya recordamos también, la ley 23.849 que aprobó la Convención formuló como reserva y declaración interpretativa que para la Argentina “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Y aquí no hay relativización ninguna.

Ciertamente, la contundencia de las normas de jerarquía constitucional recién mencionadas, y de otras correlativas (que son sugestiva y expresamente indicadas como “marco normativo constitucional” de la ley 27.610, art. 3), permite cuanto menos dudar muy seriamente de la constitucionalidad en general de la ley de promoción del aborto, y afirmar en cambio sin muchas hesitaciones la inconstitucionalidad de

(32) El texto en castellano de la Convención dice “persona es todo ser humano”. El texto en francés, que tiene la misma validez, lo dice de modo invertido: “todo ser humano es persona”. En cualquier caso, la sinonimia entre los conceptos ser humano-persona está clara.

(33) Al otorgarse jerarquía constitucional al Pacto de San José en el año 1994, tal como rescatan documentadamente Alfonso SANTIAGO y Luciano RUHL (“A cuarenta años de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)”; LL 13/6/2024) muchos de los convencionales constituyentes subrayaron que esa jerarquización implicaba constitucionalizar la protección de la persona por nacer a partir del momento de la concepción y, por tanto, vedar el aborto.

varias de sus disposiciones. Pero no es esta la cuestión que nos ocupa ahora, aunque sin duda ese planteo debería al menos incidir, como telón de fondo, en la que sí estamos tratando.

Sorprendentemente (o no tanto) el niño por nacer, cuya vida está en juego, no es siquiera mencionado en la ley 27.610 de promoción del aborto. Esa ley únicamente tutela lo que considera derechos de las personas gestantes, entre los que declara el de “interrumpir el embarazo”. Si el legislador no hubiera ocultado deliberadamente que en la ecuación deben ponderarse también los derechos de otra persona (el niño por nacer), nunca hubiera podido legislar como lo hizo. Sencillamente, porque la Convención sobre los Derechos del Niño (que sin duda integra el “marco constitucional” de la ley de aborto) pone como principio y criterio determinante la protección del interés superior del niño. Es decir que si entran en contraste derechos de un adulto (la persona gestante) con los de un niño, necesariamente deberían prevalecer los de este último. En otros términos: aun declarando la existencia de un derecho de la madre a interrumpir el embarazo, hubiera sido necesario contrastar ese derecho con el interés superior del niño, que comienza evidentemente por la protección de su derecho a la vida. Esa ponderación está ausente en la ley.

Es más: en caso de verificarse ese contraste el Estado tiene la obligación de intervenir con “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico... [o] malos tratos... mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres” (art. 19, CDN). También compete al Estado garantizar que “el niño mental o físicamente impedido [pueda] disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” (art. 23 CDN). Parece evidente que el niño por nacer, que padece un claro impedimento físico para su desarrollo autónomo, debe ante todo poder nacer para alcanzar en su hora la autonomía a la que está llamado y que la Convención obliga al Estado a garantizar.

La conclusión en este punto es que la interrupción del embarazo implica la negación del derecho a la vida del niño por nacer, que está constitucionalmente garantizada. Y aunque no lo estuviera, porque “en el caso del derecho a la vida, es evidente que las personas tenemos ese derecho por naturaleza y no por convención ni por disposición legal. Ontológicamente hablando, ni el nacimiento ni la viabilidad influyen en ello. Aunque suene una perogrullada, uno vive desde que tiene vida, no desde que nace o desde el momento en que pudiera ser viable independientemente

de su madre. Así que la cuestión es si, además de vivir, uno tiene derecho a vivir desde que vive⁽³⁴⁾. Y no parece dudoso que así deba ser.

IV.2. La persona gestante que aborta

La otra persona protagonista de la ley 27.610, en realidad la única a la que la ley presta atención, es “la persona gestante”. Los artículos 1º, 2º, 4º y 5.a de la ley hablan “de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar”. En el resto del articulado se menciona llanamente a “la persona gestante”; aunque esporádicamente se habla también de “niñas” (art. 4, 5.b, 16); y en varias oportunidades de “la paciente”, en femenino (art. 5.a, 5.b, 5.c, 5.d, 5.e, 10, 11).

Este modo arrevesado de expresión es necesario, porque la ley 26743⁽³⁵⁾ de identidad de género dispone que las personas tengan derecho a identificarse con el género autopercebido, independientemente de su sexo biológico. De tal modo, en la Argentina puede darse —y de hecho se ha dado— la situación de que alguien que sea legalmente varón (pero biológicamente mujer) quede embarazado y dé a luz. Especialmente, porque el cambio de identidad de género y consiguiente cambio de nombre y documentación identificatoria en ningún caso requiere de intervenciones quirúrgicas, farmacológicas o de otro tipo que alteren la funcionalidad fisiológica de quien lo decida⁽³⁶⁾: “En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico” (art. 4).

Como se sabe, la ley 27.610 ha impuesto la práctica de abortos a simple requerimiento y prácticamente sin ninguna limitación, hasta el momento mismo anterior al parto, con obligación para el personal y

(34) RUBIO LÓPEZ, José Ignacio, “Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: el derecho a la vida como primer derecho” en PALOMINO, Rafael (coord.), “Dobbs v. Jackson. El cambio de paradigma sobre el aborto”, IUSTEL, Madrid, 2024, p.41. En este trabajo se demuestra con contundencia la titularidad del derecho a la vida de la persona por nacer, con argumentos biológicos, metafísicos y jurídicos.

(35) BO 24/5/2012.

(36) Ello sin perjuicio de que la ley les garantiza el derecho a “acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa” e impone a los “efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales” garantizar la prestación de esos tratamientos hormonales o quirúrgicos, que han sido incluidos en el Plan Médico Obligatorio (art.11), por lo que su costo es asumido por toda la comunidad.

establecimientos de salud de acceder al requerimiento, de proponer el aborto, y de no obstaculizarlo en modo alguno. Esa exigencia no admite ningún condicionamiento “hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional”, quedando durante ese lapso a absoluta discrecionalidad de la persona gestante⁽³⁷⁾. Pero a partir de ese límite —de por sí difuso— el aborto también queda legitimado si la persona gestante declara que el embarazo es “resultado de una violación”⁽³⁸⁾ (sin necesidad de que el hecho sea probado ni investigado, ni el presunto responsable identificado, bastando la mera declaración de la gestante). Tampoco hay límite alguno de edad gestacional si quien aborta es una niña menor de 13 años, o si “estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante” (art. 4, ley 27.610).

El texto de la ley aprobado decía que habilitaba el aborto el peligro de “la salud integral” de la persona gestante. El término “integral” fue observado por el Poder Ejecutivo⁽³⁹⁾, con la promesa manifestada en el Senado de restringir el acceso al aborto por la causal “salud” únicamente a los casos de riesgo para la salud física de la persona gestante. Sin embargo, ese propósito declarado fue inmediatamente traicionado por el mismo Poder Ejecutivo, que estableció por vía reglamentaria que el aborto quedaba habilitado por la mera “posibilidad de afectación” de la salud⁽⁴⁰⁾, sin necesidad de comprobación o certeza alguna. A su turno, el “protocolo” aprobado por la autoridad de aplicación —Ministerio de

(37) Por lo demás, no hay ninguna exigencia de acreditar o investigar la real edad gestacional, por lo que bien podría accederse al aborto más allá del límite establecido con la sola declaración de estar cursando un embarazo más temprano. La reglamentación aclara que basta con que la primera consulta tendiente a la práctica del aborto se haya hecho dentro de las primeras 14 semanas (declaradas) del embarazo, aunque la práctica se postergue y realice más adelante.

(38) Según la reglamentación, “se entiende por violación cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas del derecho de la persona de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de engaño, amenazas, coerción, uso de la fuerza, intimidación o aprovechamiento de su estado de vulnerabilidad. Se incluye la violencia sexual dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia” (Protocolo, 3.2.1). “La declaración jurada [de haber existido una violación] es el documento simple en el que se deja constancia de la manifestación de la persona gestante sobre el embarazo producto de una violación. En este documento, sin formalidades legales, queda prohibido exigir a la persona que profundice en las circunstancias del hecho o que brinde prueba alguna”.

(39) Decreto 14/2021 (BO 15/1/2020). El mismo veto parcial se hizo sobre la norma correlativa del Código Penal (art.86, texto según art. 16 de la ley 27.610).

(40) Decreto reglamentario 516/2021 (BO 13/8/2021) anexo 1, art.4.

Salud⁽⁴¹⁾—, insistió en que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (punto 3.2.2); “Por ello, un embarazo puede legalmente interrumpirse cuando cualquiera de estas dimensiones de la salud está en riesgo”. El “riesgo” de la salud “social” se tiene por configurado cuando existen “situaciones relacionadas con factores de vulnerabilidad social”, mencionándose situaciones de violencia “física, psicológica, sexual, económica, patrimonial, simbólica y política”⁽⁴²⁾.

La afectación de la salud psicosocial que habilita según la reglamentación el aborto en cualquier momento, “incluye el dolor psicológico y el sufrimiento mental asociado con la pérdida de la integridad personal y la autoestima”. Basta “con la potencialidad de afectación de la salud para determinar el encuadre como causal de ILE. El concepto de peligro no exige la configuración de un daño, sino su posible ocurrencia”, evaluado subjetivamente por la mujer⁽⁴³⁾.

En definitiva, la mera voluntad de la persona gestante es suficiente para la práctica del aborto sin penalidad alguna en cualquier estadio del desarrollo del niño, sin importar si se está ante un bebé que sea ya viable, es decir, en condiciones de sobrevivir fuera del seno materno. En estos casos, la reglamentación prescribe detalladamente las técnicas para matar al niño en el vientre materno antes de extraerlo en pedazos. Ciertamente, no es una elección ni una práctica compatible con la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6).

IV.3. El padre del niño por nacer

El tercer protagonista del drama está también completamente omitido en el texto de la ley 27.610, y es al que nos queremos referir en este trabajo: el padre o “progenitor masculino” del niño por nacer cuya vida ha de ser eliminada mediante la “interrupción voluntaria del embarazo”. La ley no lo menciona, ni siquiera tangencialmente.

La ley de promoción del aborto guarda absoluto silencio sobre el padre del niño por nacer que ha de ser abortado. Nos centramos aquí en la figura paterna, suponiendo el caso ordinario de que la “persona ges-

(41) Resolución 1535/2021 (BO 25/5/2021).

(42) El protocolo vincula la “salud social” con los supuestos de violencia contra la mujer previstos en la ley 26.485, pero no limita el concepto a esas situaciones.

(43) No parece dudoso que el Poder Ejecutivo ha incurrido en un exceso reglamentario, expandiendo al máximo posible los supuestos de aborto no punible.

tante” es una mujer (lo que es biológicamente inexcusable, más allá de su género autopercebido) y que se ha llegado al embarazo con el concurso de un varón (lo que, también, es biológicamente inexcusable), que es por lo tanto el padre de la criatura. Pero ciertamente lo mismo puede decirse si la mujer embarazada se encuentra unida en matrimonio o unión convivencial con otra mujer, o es otra mujer quien ha prestado su consentimiento para el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y por tanto expresado su voluntad procreacional respecto del niño por nacer que ha de ser abortado, alcanzando así un vínculo filiatorio con él. Así como la ley ignora al padre varón, ignora al o la cónyuge o conviviente de la persona gestante.

También en el decreto reglamentario de la ley nos encontramos con un silencio total respecto del padre o progenitor concurrente (y del o la cónyuge o conviviente de la persona que aborta, de quien se presume como hemos visto la paternidad).

El Protocolo del Ministerio de Salud para la práctica de abortos, enfatiza la obligación de garantizar la “privacidad” de quien requiere la práctica, evitando la intervención de terceros (lo que incluye obviamente al padre de la persona por nacer). Y también la confidencialidad: “nada de lo ocurrido en la consulta puede ser divulgado o comunicado a otras personas (como personal sanitario fuera del equipo interviniente, familiares o funcionarios administrativos, judiciales o policiales), salvo expresa autorización escrita de la propia solicitante otorgada de manera libre y sobre la base de información clara”. En otros términos: no solamente no se prevé consultar o dar intervención al padre del niño que va a ser abortado, sino que se prohíbe al personal de salud hacerlo, bajo apercibimiento de sanciones.

IV.4. Los médicos y personal de la salud

Quedan por último otros actores normalmente necesarios en la práctica del aborto: los médicos, farmacéuticos y personal de la salud llamados a prestar sus servicios en la realización de la práctica. No hemos de detenernos en el rol que se les ha asignado, muchas veces de manera compulsiva. La ley ha restringido tanto como le fue posible el ejercicio de un derecho fundamental del personal de salud, como es el derecho a la objeción de conciencia. Nos hemos ocupado extensamente de esta cuestión en otras oportunidades, por lo que no lo haremos aquí⁽⁴⁴⁾.

(44) Ver sobre el tema en general NAVARRO FLORIA, Juan G., “Nuevas dimensiones de la objeción de conciencia”, Buenos Aires, Abaco, 2022 (ISBN 978-950-569-359-7); y específicamente NAVARRO FLORIA, Juan G. y LO PRETE, Octavio, “Objeción de

Sólo interesa ahora preguntarnos, ya que el tema que nos ocupa es el rol del padre en la práctica del aborto, si los médicos y personal de la salud tienen el deber, el derecho o meramente la posibilidad de advertir a ese padre varón, consultarlo o darle al menos la posibilidad de intervenir. Y la respuesta como ya se dijo es negativa.

Los médicos tienen terminantemente prohibido dar intervención o aviso a ninguna otra persona fuera de la persona gestante que requiere o a quien se le debe proponer la práctica del aborto, bajo severos apercibimientos de ser sancionados⁽⁴⁵⁾. El art. 5 inc. b) de la ley 27610 prohíbe al personal de salud compartir información acerca del pedido de aborto con la familia o el acompañante de la persona gestante salvo expresa conformidad de ésta.

La ley dice que “deberá protegerse a la paciente de injerencias ilegítimas por parte de terceros” (art. 5.b). Sin embargo, hay que notar que la eventual intervención (injerencia) del padre del niño por nacer no es ilegítima, sino plenamente legítima, por ser como hemos visto ejercicio de un derecho propio y de la representación que tiene legalmente otorgada del niño por nacer.

V. DERECHOS Y DEBERES DEL PADRE O PROGENITOR MASCULINO EN LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

Revisado el panorama precedente, cabe preguntarse si la regulación legal de la “interrupción voluntaria del embarazo” es razonable, justa, y en definitiva acorde con la Constitución Nacional, en relación con el padre o progenitor masculino de la persona por nacer cuya vida resulta interrumpida.

conciencia y protección de la vida humana en la República Argentina”, en Martínez-Torrón, Javier y Valero-Estarellas, María José (coords.), “Objeciones de conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar”, Iustel, Madrid, octubre de 2023 (ISBN 978-84-9890-469-7), pp. 371-394.

(45) La ley 27610 (art.15) introdujo en el Código Penal el art.85 bis, que reza: “Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados”. La insistente obligación de confidencialidad y prohibición de advertir a terceros de la decisión de abortar tomada por la gestante enfrenta a los profesionales a la posibilidad de que se interprete cualquier notificación al padre del niño por nacer como una “obstaculización” del aborto, que quiera ser encuadrada como configurativa de este delito.

V.1. Marco normativo

Ante todo, hay que decir que más allá de la omisión en la que incurre la ley de reconocer voz y decisión al padre del niño por nacer en el proceso de interrupción del embarazo, hay suficientes razones jurídicas para afirmar que ese padre sí tiene el derecho propio a intervenir y expresar su voluntad. Y también tiene no solamente el derecho, sino la obligación, de actuar en representación de su hijo por nacer, defendiendo su derecho a la vida.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga al Estado a tomar en cuenta y respetar los derechos de “los padres” (ambos dos) para asegurar el bienestar y la protección del niño (art. 3.2); y respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres”, nuevamente, ambos dos (art. 5). La Convención es muy clara: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que *ambos padres* tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (art. 18). Por lo tanto, la omisión de dar intervención al padre en el proceso que lleva al aborto es claramente inconveniente por desconocer al progenitor un derecho que le es propio, y por lo tanto es inconstitucional. No hace falta repetir que en el aborto hay un niño de cuya vida se trata, lo que hace claramente aplicables las normas y principios de la Convención que lo protege.

Muchas veces se pasa por alto que la propia Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁽⁴⁶⁾ exige reconocer los derechos del padre varón. Los Estados, incluso la Argentina, se han obligado a consagrar “en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la *igualdad del hombre y de la mujer* y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio” y “Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre” (art. 2): la Convención impone derechos iguales, no superiores, para la mujer respecto del padre varón.

Según esa Convención, se deben reconocer a la mujer y *al varón* “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos

(46) Aprobada en la Argentina por Ley 23.179 y también con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (art. 16 inc. d). Específicamente se deben reconocer a ambos “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (art. 16 inc. e).

Es cierto que las normas transcriptas apuntaron en su momento a dar a la mujer los mismos derechos de los que ya gozaba el padre varón en el marco de lo que se suele denominar una cultura patriarcal. Pero una cosa es la equiparación de derechos, y de deberes (que está muy bien y es indiscutible) y otra muy distinta es suprimir los derechos del padre. La letra de las convenciones, que es el primer elemento para su interpretación, es clara en equiparar al varón y a la mujer, lo que implica reconocer expresamente los derechos de aquel.

Esa igualdad debe ser tomada en serio: el padre tiene el mismo derecho (no superior, pero tampoco inferior) que la madre a decidir respecto del nacimiento de los hijos, y a su vez ambos deben supeditar el ejercicio de ese derecho al interés superior del hijo, que no puede ser otro que —en principio— el de vivir.

V.2. Intervención del padre antes de practicado el aborto

Si como vimos hay un derecho del padre a intervenir en el proceso de decisión acerca del nacimiento (o no nacimiento) del hijo, debería reconocérsele en primer término el derecho a ser notificado de la intención de la madre de abortar⁽⁴⁷⁾.

Enterado por el medio de que sea de la posibilidad del aborto, debería reconocerse al padre varón el derecho de ejercer acciones preventivas del daño, en los términos del art. 1710 y concordantes del CCCN. Es indudable que el padre tiene “un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712 CCCN), tanto sea que se considere el daño al hijo por nacer, como el daño a sus propios derechos. En otros términos, debería poder accionar por derecho propio, y por la representación legal que le compete respecto del hijo por nacer, según ya hemos visto.

(47) La ley italiana que regula el aborto (Ley 194 del 22 de mayo de 1978), art. 5, prevé expresamente que “en todos los casos, y especialmente cuando el pedido de interrupción del embarazo esté motivado por la incidencia de las condiciones económicas, o sociales, o familiares sobre la salud de la gestante” el tema sea examinado “con la mujer y con el padre del concebido”; aunque es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce la prevalencia de la decisión de la mujer (Sentencia No. 389 of 31 Mar. 1988, Corte Cost., Gazz. Ufficiale, 1 serie speciale, 13 April 1988, n. 15 Giur. Cost e Civ. 2110 (1988)).

Es cierto que la acción preventiva del art. 1711 procede en principio “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño”, y frente a ello podría alegarse que la acción de la persona gestante de interrumpir el embarazo no es antijurídica, porque se trata del ejercicio de un derecho que la ley le reconoce. Sin embargo, ese derecho no puede ser absoluto. Aún si por hipótesis se admite que exista un derecho a abortar en cabeza de la mujer, ese derecho debe ser ejercido de manera regular, porque de lo contrario deja de ser un obrar legítimo (cfr. art. 10, CCC).

El padre al menos debería poder discutir la legitimidad o juridicidad de la decisión de la mujer de abortar, exigiendo la verificación de que efectivamente concurren todos los extremos que la habilitan. Y podría del mismo modo llevar a la Justicia el conflicto de intereses evidente entre el proclamado derecho al aborto de la mujer gestante (supuesta por vía de hipótesis su legitimidad), frente al derecho a la vida del hijo al que el padre representa. Ya hemos visto que en ese conflicto, normas de jerarquía constitucional imponen privilegiar el interés superior del niño. Por lo que aun cuando se alegase un derecho subjetivo de la gestante que hiciera formalmente legal al aborto, debería al menos ponderarse si en el caso concreto ese derecho tiene suficiente entidad como para extinguir el derecho a la vida del niño (además de justificar los daños que podría sufrir el propio padre, por más que ello pueda parecer secundario).

El caso se ha planteado ya en los Tribunales, con resultado adverso al padre solicitante, dado que se argumentó que en todos los casos debe prevalecer la decisión de la madre⁽⁴⁸⁾, si bien es cierto también que en el caso se tuvo por no acreditada la alegada paternidad extramatrimonial. ¿Se hubiera resuelto lo mismo si se hubiera tratado de paternidad matrimonial, o extramatrimonial reconocida? Además, la sentencia dejó una puerta abierta: “si se pretende, como en este caso, que en sede judicial se entre a considerar si debe dejar de prevalecer la voluntad de aquélla [la madre] frente a la del presunto padre, es menester que se aleguen motivos serios, excepcionales y atinentes al caso particular que desborden el simple deseo y la mera voluntad de paternar de quien alega ser padre, como aquí sucede en que no se ha traído más que aquel deseo de la paternidad”.

Eso en cuanto a la prevención o momento previo a la interrupción del embarazo.

(48) CCiv.Com. Trenque Lauquen, 20/4/2023, “B., C. G. c/B., J. B. s/Medidas Precautorias (art. 232 del CPCC)”, Cita Digital: ED-IV-CCCLIX-652.

V.3. Intervención y derechos del padre luego del aborto

Ocurrido ya el aborto, y especialmente si el padre no ha tenido oportunidad de intervenir efectivamente en la etapa previa, nace para él la acción para demandar los daños sufridos por él mismo como resultado de ese acto. Aquí ya no se trata de su actuación en representación del hijo, en defensa del derecho a la vida del *nasciturus*, que ya se ha extinguido, sino del derecho del propio padre que se ha visto frustrado por la acción unilateral de la madre gestante.

¿De qué derecho estamos hablando? Ciertamente y en primer lugar, del derecho a ser indemnizado por el daño espiritual que produce la pérdida de la vida de un hijo, que no necesita de mayores explicaciones ni fundamentaciones.

Pero también del daño material consistente en la pérdida de la chance de contar con la asistencia y apoyo futuros de ese hijo que ya no nacerá ni crecerá. Recordemos que la ley impone a los hijos el deber de “prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria” (art. 671 inc. c, CCC). Hay una obligación alimentaria de los hijos hacia los padres (art. 537 CCC). El aborto trunca la posibilidad del padre de recibir en el futuro ese auxilio. Por eso de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia, y la ley misma (Art. 1741 CCC), reconocen el derecho de los padres a una indemnización por la muerte de los hijos que, como vimos más arriba, también se ha reconocido en caso de hijos por nacer.

Pero hay más.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye [...] la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”⁽⁴⁹⁾; y que “El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”⁽⁵⁰⁾, de manera que “la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto

(49) Corte IDH, Caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, sentencia del 28/11/2012, § 143, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

(50) *Idem*, § 145.

de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”⁽⁵¹⁾.

Repárese en que el derecho es reconocido en pie de igualdad al padre y la madre, y que la decisión acerca de la paternidad se atribuye a “la pareja”. Por lo tanto, la frustración de ese derecho para uno de los miembros de la pareja por la decisión unilateral del otro es una vulneración de un derecho convencionalmente protegido.

La misma sentencia cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que ha establecido que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud”⁽⁵²⁾. Nuevamente: el hombre está puesto en pie de igualdad con la mujer en el proceso de toma de decisión respecto del nacimiento de los hijos. No es una decisión exclusiva de la mujer/madre.

Por lo tanto, la exclusión del hombre de ese proceso de toma de decisión que conduce a la interrupción del embarazo (embarazo del que él es corresponsable), es vulneratoria de su derecho convencional (y constitucional) a formar una familia y a decidir el nacimiento de los hijos. Y esa vulneración debería ser objeto de una justa reparación. Otro tema es quién debería responder por ese daño. Seguramente la mujer en tanto haya excluido al padre varón de la decisión de poner fin a la vida del hijo común; pero también los médicos y centros de salud que hayan ejecutado esa decisión sin dar oportunidad al padre de hacer valer sus derechos.

No olvidemos que el derecho a la indemnización integral de los daños “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima... y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1730 CCC). La eliminación del hijo por nacer constituye con mucha claridad una interferencia en el proyecto de vida del padre, muy especialmente si se trata de un hijo deseado y buscado.

(51) *Idem*, § 146.

(52) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 14, nota al pie de la página 12.

Con relación a este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “[...] el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor. [...] El ‘daño al proyecto de vida’, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”⁽⁵³⁾.

La frustración de la paternidad por el aborto provocado es una interferencia clara en el proyecto de vida del padre.

Finalmente: se ha reconocido el derecho de los padres (también, hay que decirlo, del padre varón) a dar sepultura a los restos de sus hijos mortinatos, de conformidad con sus creencias y convicciones⁽⁵⁴⁾. El padre tiene derecho a recibir los restos de su hijo abortado, y a darles sepultura. La ley prevé también la inscripción de las “defunciones fetales” o de los mortinatos⁽⁵⁵⁾, y no excluye el supuesto de que el niño haya muerto como consecuencia de un aborto. Por lo que podría el padre legítimamente pretender la inscripción de esa defunción, y la entrega del cuerpo de su hijo abortado para darle sepultura.

(53) CIDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (*Reparaciones y Costas*), § 147, 148 y 150.

(54) Juzgado Cont. Adm. I Zárate Campana, 7/10/2019, “T.B.M. s/materia a categorizar”, ED 205, Cita Digital: ED-CMVIII-147.

(55) Ley 26.413, art.40, y normas provinciales concordantes. Existen varios proyectos de ley tendientes a la regulación de la inscripción de las defunciones fetales y al destino de los cuerpos de los mortinatos (Cfr. LAFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “Presentan proyectos de ley sobre defunciones fetales en la Argentina”, <https://v3.esmsv.com/campaign/htmlversion?AdministratorID=893&CampaignID=80177&StatisticID=58172&MemberID=262488&s=552f36ab17cc0a7958022174f0074ddd&isDemo=0>).

VI. CONCLUSIONES

Es sabido que no existe ningún tratado internacional que consagre o reconozca el “derecho al aborto”, y obviamente tampoco lo hace la Constitución Nacional.

La extensión inusitada que se ha dado en la Argentina a ese “derecho” reconocido como tal a las “personas gestantes”, es una pura creación legislativa, lograda mediante una exigua mayoría circunstancial. En cambio, y como se ha visto a lo largo de los párrafos precedentes, hay en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos una consistente protección al derecho a la vida de las personas por nacer. Siendo así, aun suponiendo por vía de hipótesis que haya en ese derecho internacional (y constitucional) algún margen para la despenalización o legalización del aborto, ella debería darse cuanto menos de manera restrictiva, excepcional y mediando una robusta justificación para desconocer, en casos puntuales, el primordial derecho a la vida del *nasciturus*, y secundariamente y por extensión el derecho del progenitor varón.

En ese entendimiento, el legislador (y a su turno, los jueces) debería prestar debida atención a todos los derechos en juego. Sin desconocer los derechos de las mujeres (o personas gestantes), debería cuanto menos tomar en seria consideración los derechos del niño por nacer, acerca de cuya personalidad jurídica y titularidad de derechos, comenzando por el derecho a la vida, no puede haber duda alguna en nuestro ordenamiento jurídico. Pero también el legislador debería atender a otros derechos que están expresamente reconocidos en normas de jerarquía constitucional, tal como se ha visto, como son los derechos de los padres⁽⁵⁶⁾, e incluso de la familia en general.

En ese sentido, parece bastante evidente que la ley 27.610 está viciada de inconstitucionalidad por omisión, al haber eludido tanto la consideración de los derechos del niño por nacer, a quien ni siquiera menciona, como los derechos del progenitor masculino del niño cuya vida se busca interrumpir.

Como hemos visto, el padre debería tener derecho al menos a expresar su opinión, a cuestionar la decisión unilateral de la madre gestante, y a exigir (supuesto que se invoque alguna de las causales admitidas por

(56) Y también, aunque no es objeto de estas páginas, los derechos de otras personas eventualmente llamadas a intervenir en las interrupciones de embarazos, como es la libertad de conciencia y el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario.

la ley y asumiendo por mera vía de hipótesis que ellas estén justificadas) la exhaustiva verificación de todos los extremos que realmente permitan encuadrar el caso en alguna de esas causales legales. Por ejemplo, el padre debería poder impugnar la alegada violación a la mujer, demostrando que no ha existido tal cosa y que el embarazo es fruto de relaciones consentidas; o debería poder cuestionar la alegación de riesgo para la salud de la madre, ofreciendo en todo caso soluciones alternativas que garanticen tanto como fuera posible la evitación de ese riesgo y permitiendo al mismo tiempo el nacimiento con vida del niño, de modo de alcanzar una justa composición de los intereses y derechos en juego.

El aborto, aún en la hipótesis de considerarse un derecho de la mujer, no puede ser la solución única y ni siquiera la preferida para el resguardo de los derechos de la mujer, tal como hoy postula la ley vigente.

Del mismo modo, en caso de haberse ejecutado el aborto en contra de la voluntad del padre o sin haberle dado la oportunidad de intervenir en la toma de la decisión, ese padre debería poder demandar la indemnización del daño que supone para él la privación del bien que representa la vida de su hijo.

Por otra parte, siendo que ambos padres tienen igual derecho a intervenir en la toma de decisiones respecto del hijo, nunca debería admitirse una sanción a los médicos o personal sanitario que ante un requerimiento de interrupción de embarazo den la debida intervención al padre, para que pueda actuar oportunamente en el caso. También en este aspecto, la ley 27.610 en su actual redacción debe ser invalidada.

Si se admite lo dicho hasta aquí, parece claro que la ley 27.610 debería ser cuando menos profundamente modificada. Y mientras el legislador no cumpla con ese cometido, compete a los jueces —en ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad al que están obligados— reducirla a sus justos límites y reconocer los derechos del padre varón (por no decir los del hijo por nacer), hoy flagrantemente ignorados.

EN DEFENSA DE LA JURIDICIDAD DEL DEBER DE CONVIVENCIA CONYUGAL

POR ANALÍA G. PASTORE

I. INTROITO

En las normas proyectadas de los artículos 431 a 434 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (Anteproyecto), los derechos y deberes conyugales se hallaban reducidos al deber de asistencia (art. 431) ceñido, a su vez, a la obligación alimentaria (arts. 432 a 434).⁽¹⁾ Fue la Comisión de Reformas la que posteriormente incorporó el deber de fidelidad calificándolo como “moral”, y luego la Comisión del Senado la que sumó el deber de convivencia.

La estructura originariamente delineada para los derechos y deberes derivados de la celebración del matrimonio fue presentada en los Fundamentos del Anteproyecto como “(u)na de las modificaciones sustanciales”, justificando que sólo se regulaban “los deberes y derechos estrictamente jurídicos” entendiendo por tales aquellos de cuyo incumplimiento se derivaban consecuencias en ese plano. En relación con los deberes de fidelidad y cohabitación, presupuesta su calificación moral o ética, se aclaraba que quedaban reservados al ámbito privado (cfr. art. 19 CN) dado que en el marco de un régimen incausado de divorcio su in-

(1) En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se lee: “... se conserva el derecho y deber jurídico de asistencia, previéndose expresamente el deber alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho; tras el divorcio, esa obligación puede existir por acuerdo de partes o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio transmitiéndose a los herederos del alimentante, y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo.” *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Infojus, 2012, p. 575.

cumplimiento no generaba consecuencias jurídicas, sin que ello significara desconocer su “alto valor axiológico”⁽²⁾.

Finalmente, la norma del artículo 431 del Código Civil y Comercial (CCyC) vigente dispone que “(l)os 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”.

Por su parte, en el tercer párrafo del art. 418 CCyC, se impone al oficial público del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Registro Civil) que, en el acto de celebración del matrimonio, en el orden indicado, dé lectura al artículo 431, reciba el consentimiento matrimonial de cada uno de los contrayentes y pronuncie que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley.

La relevancia jurídica de los deberes matrimoniales surge, entonces, no sólo de su explícita incorporación en la norma del art. 431 CCyC sino también de la circunstancia de que el oficial público del Registro Civil recibirá de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges luego de que han tomado conocimiento de los alcances del compromiso que asumen, esto es, a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad, además de que deberán prestarse asistencia mutua.

La pauta interpretativa que emana de la norma del art. 2 CCyC resulta en este caso esclarecedora. “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, (...) los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” Si la incorporación del deber de convivencia al CCyC se considerara con indiferencia, negándole su apropiada significación e importancia, entonces, resulta

(2) Ver en el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nro. 884/2012 y Proyecto de Ley de Aprobación: “Si bien se reconoce el valor de los deberes de fidelidad y cohabitación, al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.” *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Infojus, 2012, p. 6. Ver también en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial: “Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.” *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Infojus, 2012, p. 575.

inexplicable cuál habría sido la utilidad de este aporte materializado en la redacción final que se terminó de gestar en la Comisión del Senado.

En consecuencia, no puedo sino coincidir cuando se afirma que, en un sistema legal, la aplicación de reglas redactadas con precisión sólo podría ser atacada a través de un planteo de inconstitucionalidad resultando insuficiente la invocación de una mera discrepancia ideológica con los principios que las fundamentan que, además, supondría un apartamiento palmario de lo que la literalidad de la norma con claridad establece⁽³⁾.

Por otra parte, tampoco tendría sentido alguno la adjetivación moral propuesta por el legislador al deber de fidelidad —cuyos alcances merecería otro análisis particular que excede el objeto de este trabajo— si se pretendiera negarles juridicidad a los demás deberes conyugales.

II. LIBERTAD DE LOS ESPOSOS, DEBERES CONYUGALES Y ORDEN PÚBLICO

Uno de los basamentos estructurales que fundamentan los cambios medulares que el CCyC introdujo en la institución matrimonial es la libertad de los cónyuges para “salir” del matrimonio⁽⁴⁾. El principio de libertad para contraer matrimonio, por su parte, se halla receptado en la contundente norma del art. 401 CCyC cuando establece que “(n) hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura”, más allá de al-

(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (2015). “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, *La Ley*, 02/07/2015. Las autoras citan el *leading case* “Santa Coloma” para sostener que la jurisdicción no puede imponer sus propias pautas culturales en contra de los principios constitucionales. *Vid.* “Santa Coloma, Luis y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, CSJN, 05/08/1986, publicado en *El Derecho*, Tomo 120, pp. 649 y ss.,

(4) “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 no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio.” Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Infojus, 2012, p. 576. *Vid.* arts. 436 a 438 CCyC.

guna crítica que esta última parte ha recibido en la doctrina nacional y que, en líneas generales, comparto en tanto y en cuanto se contrapone al principio de no dañar a otro injustamente (cfr. arts. 19 CN y 1716 CCyC).⁽⁵⁾

No obstante, la libertad de los esposos a la que aquí refiero tiene que ver con la posibilidad de moldear “a gusto y piacere” ese proyecto de vida en común que los contrayentes se comprometen a desarrollar cuando contraen matrimonio.

En este sentido, Basset, quien reconoce la juridicidad de los deberes conyugales, interpreta que los esposos siempre fueron libres para acordar privadamente cualquier tipo de modalidad relacional en el seno del matrimonio aclarando que el problema acarreado por la pretensa supresión de los deberes de fidelidad o cohabitación habría sido la convalidación de la conducta del adúltero o abandonante, dejando sin acción a la víctima por no configurarse la ilicitud requerida para reclamar la reparación de un daño injusto.⁽⁶⁾

En la misma línea, aunque partiendo de la premisa de que no existirían deberes matrimoniales que impliquen un compromiso legal, salvo los de asistencia y alimentos, AZPIRI asevera que los cónyuges son totalmente libres para determinar el proyecto de vida en común que llevarán

(5) Graciela MEDINA entiende que debió haberse mantenido la posibilidad del reclamo por los daños y perjuicios patrimoniales producidos por la ruptura dolosa del contrato de esponsales ya que no se cubrirían con el enriquecimiento sin causa previsto. MEDINA, Graciela (2016). “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IV, pp. 287 y ss. En tanto que Lidia B. HERNÁNDEZ y Luis A. UGARTE, han calificado la norma como un evidente retroceso merecedor de una pronta reforma, si bien han advertido que, siguiendo los principios de la responsabilidad civil, cuando la ruptura de los esponsales se produjera intempestivamente ocasionando un daño injusto por una conducta dolosa o culposa, podrían reclamarse daños y perjuicios, interpretando que la norma sólo prohíbe la acción referida a la simple ruptura sin que ello pueda ser considerado por sí solo antijurídico. AMEAL, Oscar J. (director) (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial*, Tomo 2, Buenos Aires: Editorial Estudio, p. 29. Es dable destacar que tanto el Código Civil como la ley 2393 (art. 8) rechazaban los esponsales de futuro y disponían que “ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia ni por indemnización por los perjuicios que ellos pudiesen causar”. Luego, la ley 23.515 (art. 165), si bien mantuvo el rechazo de los esponsales, habilitó la posibilidad de que la ruptura de la promesa de matrimonio configurar un ilícito resarcible por el obrar doloso o culposo de uno de los futuros contrayentes.

(6) BASSET, Úrsula C. (2012). “Matrimonio” en UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA. Facultad de Derecho (2012). *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires: El Derecho, pp. 211-227 Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>.

a cabo, con la peculiaridad de que no debe ser explicitado ni puede ser sometido a sanción alguna en caso de incumplimiento. La estructura del matrimonio dependería, entonces, de la voluntad de los contrayentes y el proyecto de vida en común, que podría no existir sin que ello afectara la validez del matrimonio, y quedaría reservado, a su vez, a la intimidad de los cónyuges.⁽⁷⁾

Para Perrino, en cambio, el cumplimiento de los deberes conyugales no puede quedar dispensado por acuerdo de los esposos dado que se trata de normas de orden público donde el interés general predomina sobre la voluntad de los particulares. En este sentido, agrega que todo pacto al respecto quedaría fulminado de nulidad absoluta porque el hecho, en sí mismo, resulta lesivo a la institución matrimonial. Este autor argumenta que la realización plena del matrimonio, entendido como consorcio o comunidad de vida y amor, supone la cohabitación como medio natural para conservar y cultivar la unidad espiritual de los esposos y la realización de los fines matrimoniales (bien de los cónyuges, y procreación y educación de los hijos).⁽⁸⁾

Igual de categórica es la afirmación de Sambrizzi al destacar que los deberes conyugales son imperativos, y por ello indisponibles para los esposos, por hallarse involucrado el orden público. En este orden, puntualiza que aun cuando los cónyuges no fueran conscientes de los mismos, el consentimiento de los contrayentes expresado ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio bastaría para que se tornaran operativos (cfr. art. 406 CCyC). En consecuencia, el autor citado estima posible exigir legamente el cumplimiento de los deberes conyugales, y aunque no podrían ser ejecutados en forma directa y coactiva sobre la persona del deudor, en cambio, se encontraría justificada la fijación de *astreintes* con el fin de conminar el cumplimiento del deber omitido por uno de los cónyuges.⁽⁹⁾

Por mi parte, discrepo en este último punto dado que entiendo que las relaciones matrimoniales requieren de la satisfacción espontánea de los deberes conyugales de contenido personal resultando altamente dis-

(7) AZPIRI, Jorge O. (2019). *Derecho de Familia*, Buenos Aires: Hammurabi, 3ra. edición, 2019, p. 118.

(8) PERRINO, Jorge Oscar (2012). "Matrimonio en el Proyecto de Código Civil", *SJA* 19/12/2012, p. 36 y ss. *JA* 2012-IV. En los mismos términos, SAMBRIZZI, Eduardo A. (2018). *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II, Capítulo XVI, E), Buenos Aires: La Ley, 2da. edición, 2018.

(9) SAMBRIZZI, Eduardo A. (2018). *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II, Capítulo XVI, E), Buenos Aires: La Ley, 2da. edición, 2018.

valioso pretender su cumplimiento coactivo. Esta ha sido la posición de Belluscio que, analizando el incumplimiento del deber de cohabitación que imponía a los cónyuges la norma del art. 199 del Código Civil (ref. por ley 23.515), se manifestaba en desacuerdo con la aplicación de sanciones conminatorias para lograr el reintegro al hogar ya que entendía que la amenaza de un perjuicio económico no era un recurso razonable pues, en cualquier caso, no habría sido capaz de restablecer la convivencia armoniosa propia de la unión conyugal⁽¹⁰⁾.

Más allá de esto, interpreto que el legislador no ha querido que el diseño de ese proyecto de vida en común que los contrayentes se comprometen a desarrollar quedara absolutamente supeditado a la autonomía de la voluntad de los esposos. No se trata de cualquier proyecto de vida sino de uno específico que, sin desconocer la amplitud de cuestiones que podrían ser resueltas en el ámbito intrafamiliar de acuerdo con diversas modalidades relacionales que convengan los cónyuges en la intimidad de la vida matrimonial y familiar, por la trascendente e insustituible función social que históricamente se le ha reconocido al matrimonio⁽¹¹⁾, se cimienta sobre cuatro pilares constitutivos que la misma norma explicita con claridad: cooperación, fidelidad, convivencia y asistencia mutua.

No es posible pretender derivar de la ley lo que ella no dice y, menos aún, aquello que claramente se contrapone a su literalidad. El legislador, que podría haber optado por un giro todavía más radical en la regulación positiva de los derechos y deberes de los cónyuges, aunque con el alto costo social que habría significado afectar profundamente su naturaleza —ya maltrecha—, no pensó —ni quiso— un proyecto de vida en común basado en la autonomía de la voluntad de los cónyuges pues, de lo contrario, así habría quedado plasmado en la norma del art. 431 CCyC.

III. EL DEBER DE CONVIVENCIA CONYUGAL EN LA ERA DEL DIVORCIO INCAUSADO

Se ha sostenido que la instauración de un régimen de divorcio sin invocación de causa, en el que la subsistencia del matrimonio sólo se justificaría en la *affectio maritalis*, sería contradictoria con la previsión de sanciones para el cese de la convivencia o la separación de hecho pues

(10) BELLUSCIO, Augusto C. (2006). *Manual de Derecho de Familia*, Tomo 1, Buenos Aires: Astrea, 8va. edición, p. 392.

(11) MURDOCK, G. P. (1949). *Social Structure*, New York: Mac Millan, 1949.

esta ya no se encontraría tipificada como un obrar ilícito dado que los esposos estarían legalmente autorizados para observar tal conducta.⁽¹²⁾

En opinión de Sambrizzi, en cambio, el hecho de haberse establecido un divorcio sin expresión de causa no significa la inexistencia del deber de convivencia que, además de ser fundamental en la vida conyugal, su incumplimiento puede dar lugar a sanciones que nada tengan que ver con el divorcio.⁽¹³⁾

Herrera, por su parte, explica que la cohabitación había sido quitada del elenco de derechos y deberes jurídicos en la norma proyectada en el art. 431 por resultar una consecuencia derivada de la derogación del régimen de divorcio causado y culpable.⁽¹⁴⁾

En la misma línea, Solari, con una posición más radical, sostiene la necesidad de suprimir el elenco de deberes matrimoniales haciendo especial referencia al deber de cohabitación.⁽¹⁵⁾

Si bien es cierto que, en vigencia del Código Civil, el incumplimiento de los deberes conyugales se hallaba íntima y directamente ligado a la invocación de causa y la consecuente atribución de culpabilidad en el divorcio, también es dable resaltar que ya entonces, enmarcado en las disquisiciones doctrinarias en torno a la responsabilidad derivada de las relaciones familiares (endofamiliares), gran parte de los autores reconocía la posibilidad de reparación de los daños y perjuicios acaecidos con motivo del incumplimiento de deberes impuestos por los vínculos familiares, entre los cuales se incluían, lógicamente, los deberes conyugales. Volveré sobre este aspecto más adelante.

Importa ahora enfatizar que el incumplimiento de los deberes conyugales siempre produjo consecuencias jurídicas diferenciadas, no todas inescindiblemente atadas al divorcio con invocación causa. Esta independencia, entonces, permite abogar por la subsistencia de ciertos efectos o consecuencias jurídicas derivadas, en lo que aquí interesa, del cese de la convivencia y que resultarían muy difíciles de justificar, en un

(12) PERRINO, Jorge Oscar (2012). "Matrimonio en el Proyecto de Código Civil", *SJA* 19/12/2012, p. 36 y ss.; *JA* 2012-IV.

(13) SAMBRIZZI, Eduardo A. (2018). *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II, Capítulo XVI, E), Buenos Aires: La Ley, 2da. edición, 2018.

(14) HERRERA, Marisa (2015). "El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género", *La Ley*, 19/02/2015, Tomo 2015-A.

(15) SOLARI, Néstor (2015). *Derecho de las Familias*, Buenos Aires: Thomson Reuters, 2015, p. 67.

sistema normativo con aspiraciones de coherencia, si no aceptáramos como presupuesto que la convivencia es un deber que los contrayentes se comprometen a respetar en el desarrollo del proyecto de vida común que supone el ingreso a la vida matrimonial.

IV. NATURALEZA DEL “DEBER” DE CONVIVENCIA CONYUGAL

Nutrida ha sido la elaboración doctrinaria en este tema en torno al CCyC, influenciada, en algún caso, por su redacción original en el Anteproyecto. Así, en una primera línea es posible identificar quienes reconocen en la convivencia conyugal un verdadero deber, de aquellos que, por el contrario, lo califican como un elemento típico del proyecto de vida en común. Luego, entre los primeros, a su vez, algunos autores le atribuyen la categoría de deber exclusivamente moral con sustento en que su incumplimiento no derivaría en sanciones ni efectos o consecuencias jurídicas, en tanto que otros encuentran en este débito los rasgos distintivos de la juridicidad. Entre estos últimos, finalmente, los hay quienes admiten una coercibilidad intrínseca frente al incumplimiento espontáneo, en tanto que otros, en cambio, interpretan que no es posible conminar su cumplimiento.

Así, en opinión de Galli Fiant, la *convivencia* aparece mencionada en la norma del art. 431 CCyC como un elemento tipificante del proyecto de vida en común matrimonial, pero no constituiría un deber jurídico.⁽¹⁶⁾

Para Ugarte, la subsistencia del deber de convivencia se fundaría, indirectamente, en las consecuencias jurídicas ocasionadas por la separación de hecho⁽¹⁷⁾.

Por su parte, si bien Herrera reconoce que, en el contexto normativo actual, el deber de convivencia conyugal tiene entidad jurídica, interpreta que su incumplimiento no tendría consecuencia, efecto o sanción jurídica alguna. En su concepción doctrinaria, la naturaleza del deber de convivencia es moral y por ello debería quedar fuera de la autoridad de los magistrados (cfr. art. 19 CN).⁽¹⁸⁾

(16) GALLI FIANT, María Magdalena (2016). “Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho”, *La Ley*, 08/06/2016, p. 9.

(17) UGARTE, Luis (2015). “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *La Ley*, Tomo 2015-C, pp. 992 y ss.

(18) HERRERA, Marisa (2015). “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, *La Ley*, 19/02/2015, Tomo 2015-A.

En el análisis propuesto por Mazzinghi, E. M., sólo serían dos los derechos y deberes conyugales que tendrían consecuencias jurídicas —asistencia y alimentos— que, en realidad, entiende que se circunscriben a uno solo porque el de alimentos es una forma de realización de la asistencia en su aspecto material. Este autor extrae de la supresión del deber de cohabitación —en los términos en que se hallaba normado en el Código Civil— la conclusión de que se encontraría legalmente aceptado que los cónyuges acuerden establecer domicilios separados.⁽¹⁹⁾

En sentido similar, Azpiri observa que al no imponerse el deber de vivir en el mismo domicilio como lo establecía el Código Civil, los cónyuges podrían acordar compartir una vivienda o no, y en aquel supuesto, según diferentes modalidades (algunos días, los fines de semana, durante las vacaciones o un viaje) atendiendo las razones que ellos mismos estimaran convenientes.⁽²⁰⁾

Kemelmajer de Carlucci y Herrera destacan cierta inconsistencia derivada de la redacción final de la norma del art. 431 CCyC porque los deberes morales no deberían encontrarse en los textos legales y, de conformidad con una interpretación coherente (art. 2 CCyC), sólo serían jurídicos aquellos deberes cuyo incumplimiento generara una reacción-sanción del sistema legal, situación que no se daría con la convivencia, aunque sí, en cambio, para su opuesto, la separación de hecho.⁽²¹⁾

Finalmente, Orlandi, si bien admite la naturaleza jurídica del deber de convivencia conyugal, postula su incoercibilidad.⁽²²⁾

Cuando los contrayentes expresan su consentimiento matrimonial ante el oficial público del Registro Civil, se obligan mutuamente a desarrollar un proyecto de vida en común tipificado, por el propio legislador, por ciertos elementos constitutivos e intrínsecos de los que, a su vez, se

(19) MAZZINGHI, Esteban M. (2019). *Derechos y deberes de los cónyuges. Disolución del matrimonio*. Colección Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires: El Derecho, 2019.

(20) AZPIRI, Jorge O. (2019). *Derecho de Familia*, Buenos Aires: Hammurabi, 3ra. edición, 2019, p. 118.

(21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (2015). “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, *La Ley*, 02/07/2015.

(22) ORLANDI, Olga E. (2014). “Matrimonio: Los principales cambios en el derecho sancionado”, *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*, 2014, diciembre, pp. 1 y ss.

derivan deberes específicos vinculados a determinadas consecuencias o efectos jurídicos.

Po otra parte, resulta oportuno precisar, desde una perspectiva ius-naturalista, que el deber jurídico siempre es moral y, en consecuencia, las normas jurídicas también rigen la conducta moral aunque en un aspecto delimitado por su ordenación al bien común, ámbito en el cual gozan de una presunción de obligatoriedad moral que sólo en circunstancias patológicas estaría justificado cuestionar.⁽²³⁾ Ocurre que en la esfera moral (la de la libertad y la autodeterminación personal), el buen obrar se logra a través de hábitos virtuosos y, por eso, las leyes además de regular cuestiones técnica jurídicas, se dirigen en última instancia a que las personas ejerzan ciertas virtudes que tienen relación directa e inmediata con el bien común, buscando también mejorar y fomentar buenas personas. Se advierte así que las leyes no son indiferentes de la formación y desarrollo del comportamiento moral, sino que contribuyen favoreciendo de modo notable a moralizar las costumbres. “Escindir la legalidad de la moralidad como si fuesen dos mundos separados y sin relación mutua, supone una concepción falseada de las leyes” postulada por quienes aspiran a la utopía del Estado moralmente neutro.⁽²⁴⁾ Esto no significa identificar las exigencias morales y las jurídicas ya que éstas persiguen una finalidad específica más modesta que aquellas consistente en garantizar una convivencia social pacífica (mínimo ético). No obstante, la cuestión de la delimitación de lo jurídico encierra un problema moral dado que la relevancia de ciertos comportamientos los ubica dentro del margen del mínimo ético indispensable para la convivencia social.⁽²⁵⁾

Ya había advertido Ollero sobre la utilización del derecho como instrumento de particular eficacia para la reconversión del código moral de una sociedad a través de la fórmula “no cabe imponer convicciones a los demás” cuando, en realidad, se pretende imponer las propias.⁽²⁶⁾

(23) OLLERO, Andrés (2009). “Derecho y Moral. Implicaciones Actuales: A Modo de Introducción”, *Persona y Derecho*, 61 (2009), pp. 17-31.

(24) HERVADA, Javier (1988). “La distinción entre moral y derecho en la perspectiva del realismo clásico”, *Moral y Derecho*, Anales de la Cátedra F. Suárez, Nro. 28, pp. 295-303.

(25) OLLERO, Andrés (2009). “Derecho y Moral. Implicaciones Actuales: A Modo de Introducción”, *Persona y Derecho*, 61 (2009), pp. 17-31.

(26) OLLERO, Andrés (2009). “Derecho y Moral. Implicaciones Actuales: A Modo de Introducción”, *Persona y Derecho*, 61 (2009), pp. 17-31.

En suma, de lo que se trata es de establecer qué conductas se imponen o excluyen y por qué medios.⁽²⁷⁾ Que no pueda reclamarse ni compelerse el cumplimiento forzado de la convivencia matrimonial no implica que de su incumplimiento no se sigan ciertas consecuencias jurídicas. Y en la resolución de aquellas cuestiones, habrá de evitarse la generación de situaciones irrazonables, de habitual ocurrencia cuando se fuerzan argumentos para sostener posiciones ideológicas.⁽²⁸⁾

V. DERIVACIONES JURÍDICAS DE LA CONVIVENCIA CONYUGAL Y DE SU CESE O SEPARACIÓN DE HECHO

Sin ánimo de agotar, con el análisis que propongo en este acápite, las diversas regulaciones normativas inescindiblemente sustentadas en el reconocimiento del deber de convivencia matrimonial, destaco aquellas cuya interpretación, de acuerdo con la pauta rectora en la materia —“de modo coherente con todo el ordenamiento”, cfr. art. 2 CCyC— se halla anclada en la cohabitación de los esposos.

En esta línea, se establece que la nulidad relativa del matrimonio no puede ser solicitada si el cónyuge que padece el impedimento ha continuado la cohabitación después de haber recuperado su salud (art. 425, inc. b CCyC), y tampoco si se ha mantenido la cohabitación por más de treinta días después de haber conocido el error o de haber cesado la violencia. Por su parte, se dispone que el plazo para interponer la demanda —que es de un año— comienza a correr desde que cesa la cohabitación (art. 425, inc. c CCyC).

Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho (art. 432 CCyC) estableciéndose, para ambos supuestos, las mismas pautas que guiarán su fijación (art. 433 CCyC).

Las categorías jurídicas “domicilio conyugal efectivo”, “vivienda familiar” y “hogar” adquieren en este punto una particular notabilidad, además de su evidente interconexión.

(27) OLLERO, Andrés (2009). “Derecho y Moral. Implicaciones Actuales: A Modo de Introducción”, *Persona y Derecho*, 61 (2009), pp. 17-31.

(28) MAZZINGHI, Esteban M. (2019). *Derechos y deberes de los cónyuges. Disolución del matrimonio*. Colección Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires: El Derecho, 2019. El autor realiza esta observación con referencia, entre otros, a los efectos derivados del cese de la convivencia.

Entre ellas, se destaca la conceptualización normativa que el propio legislador esboza para definir “domicilio conyugal efectivo” precisando que se entiende “el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges” (art. 2621 CCyC), giro vinculado en el ámbito del derecho internacional privado a la determinación de la competencia jurisdiccional en las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio; al derecho aplicable a las relaciones personales de los cónyuges (art. 2624 CCyC) y a los efectos patrimoniales del matrimonio (art. 2625 CCyC); a la determinación de la competencia en las acciones de alimentos entre cónyuges (art. 2629 CCyC), y al derecho aplicable al deber alimentario conyugal (art. 2630 CCyC). Asimismo, para los procesos de familia sin puntos de contacto foráneos, el último domicilio conyugal ha sido una de las pautas elegidas por el legislador para establecer las reglas de competencia en los juicios de divorcio y nulidad matrimonial (art. 717 CCyC), y en las acciones por alimentos o pensiones compensatorias entre cónyuges (art. 719 CCyC).

En relación con la vivienda familiar, se halla regulada la posibilidad de afectar a un régimen protectorio especial un único inmueble destinado a vivienda (art. 244 CCyC), afectación que también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio (art. 245 CCyC). Entre los beneficiarios de esta medida protectoria se incluye al cónyuge del propietario constituyente (art. 246 CCyC), destacándose el requisito, cuando la afectación es solicitada por el titular registral, de que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble (art. 247 CCyC). Por su parte, se establece que el convenio regulador de las cuestiones conexas al divorcio debe contener lo relativo a la atribución de la vivienda (art. 439 CCyC); que la atribución de la vivienda familiar será una de las circunstancias que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, se considerará para la fijación judicial de la compensación económica (art. 442, inc. f CCyC); que la atribución de la vivienda familiar a pedido de uno de los cónyuges es uno de los efectos del divorcio (art. 443 a 445 CCyC); que la protección de la vivienda familiar se encuentra entre las disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio (art. 456 CCyC), y que la determinación de cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar se halla comprendida entre las medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad del matrimonio (art. 721, inc. a CCyC).

Párrafo aparte merece, por su especial elocuencia, la norma del art. 2332 CCyC en su último párrafo pues, reunidas ciertas condiciones, habilita al cónyuge supérstite para oponerse a la partición de la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante.

En la misma línea, el término “hogar” ha sido utilizado por el legislador con cierta recurrencia. Si bien el CCyC no aporta una definición que precise su concepto, su vinculación con el domicilio conyugal sumado a la protección de la vivienda familiar permite razonablemente concluir que se trata del lugar donde los cónyuges conviven y, en consecuencia, habita el grupo familiar, de manera permanente y estable hasta el quiebre de la convivencia⁽²⁹⁾. Es el sentido en el que debe entenderse cuando se alude al “trabajo dentro del hogar” que se incluye entre las pautas que habrán de considerarse para la fijación de los alimentos entre los esposos durante la vida en común y la separación de hecho (art. 433, inc. a CCyC); se impone a los cónyuges el deber de contribución al sostenimiento del hogar (art. 455 CCyC) y la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por uno de los esposos para solventar las necesidades ordinarias del hogar (art. 461 CCyC); se refiere a los muebles indispensables del hogar (art. 462 CCyC); se establece a cargo de la comunidad el sostenimiento del hogar (art. 489, inc. b CCyC), y se reconoce el derecho real de habitación, vitalicio y gratuito, que el cónyuge superviviente tiene de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar conyugal, siempre que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con otras personas (art. 2383 CCyC).

En otro orden, también se contemplan efectos jurídicos subsiguientes al cese de la convivencia o separación de hecho de los cónyuges. Si bien en la doctrina nacional se ha sostenido que la separación de hecho se configura a través de dos elementos concurrentes: uno objetivo, consistente en la falta de cohabitación, y otro subjetivo, que se constituye con la voluntad de la separación, el legislador ha diferenciado la simple separación de hecho de aquella otra calificada por la falta de voluntad de continuar unidos. Esta distinción es perceptible en ciertas normas que regulan efectos jurídicos específicos para uno y otro caso. El rasgo común y típico, en cualquier supuesto, como bien lo señala Ugarte, es la existencia de convivencia previa.⁽³⁰⁾

Así, la simple separación de hecho o mero cese de la convivencia conlleva la pérdida de la legitimación para solicitar la declaración de incapacidad o capacidad restringida (art. 33, inc. b CCyC) y de la posibilidad de ser designado curador de su cónyuge (art. 139 CCyC); extiende la obligación alimentaria entre cónyuges con los mismos alcances y de acuerdo

(29) Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 16/10/2020, “F. F. V. J. y otros c. D. E. A. D. C. D. J. s. medidas precautorias”.

(30) UGARTE, Luis A. (2015). “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *La Ley*, 08/06/2015.

a las mismas pautas de fijación que durante la vida en común (arts. 432 y 433 CCyC); produce el cese de la presunción de filiación matrimonial (arts. 566, 567 y 589 CCyC⁽³¹⁾); habilita la adopción unilateral por parte de uno de los cónyuges (art. 603, inc. b); tipifica uno de los supuestos contemplados en torno a la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641, inc. b CCyC), y cuando el cese de la convivencia es consecuencia de una decisión judicial de cualquier tipo, conlleva la exclusión del derecho hereditario entre cónyuges (art. 2437 CCyC).

Por su parte, la separación de hecho sin voluntad de unirse habilita a uno de los cónyuges a solicitar la separación judicial de bienes (art. 477, inc. c CCyC); determina el momento en que se produce la extinción de la comunidad cuando precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio (art. 480 CCyC), y causa la exclusión de la vocación sucesoria entre cónyuges (art. 2437 CCyC).

Dado que Kemelmajer de Carlucci y Herrera postulan que el incumplimiento del deber de convivencia no generaría efectos jurídicos, intentan justificar el reconocimiento legal de las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura de la convivencia limitando los alcances jurídicos de la separación de hecho a los supuestos en los que efectivamente los cónyuges hubieran acordado cohabitar.⁽³²⁾

En sentido similar, AZPIRI advierte que en las numerosas disposiciones que se alude a la separación de hecho y a sus consecuencias jurídicas se presupone la convivencia previa entre los cónyuges, ya que si los esposos hubieran decidido no convivir la separación de hecho sería de imposible ocurrencia.⁽³³⁾

Cierto es que, como bien lo señala Ugarte, la separación de hecho supone, lógicamente, convivencia previa que, a su vez, es presupuesto

(31) Con referencia específica al cese de la presunción de filiación matrimonial transcurridos trescientos días de la separación de hecho cuando luego se configure también alguno de los otros supuestos previstos en la norma del art. 566 CCyC, FAMÁ entiende que “prima la interrupción real de la cohabitación matrimonial, porque la vida en común constituye el presupuesto básico de la presunción”. FAMÁ, María Victoria (2015). “La presunción de la filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Jurisprudencia Argentina*, 2015-III, p. 1143.

(32) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (2015). “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, *La Ley*, 02/07/2015.

(33) AZPIRI, Jorge O. (2019). *Derecho de Familia*, Buenos Aires: Hammurabi, 3ra. edición, 2019, p. 118.

de diversas regulaciones específicas⁽³⁴⁾ que serían un verdadero sinsentido si su operatividad quedara supeditada a un plan de vida conyugal diseñado, en todos sus aspectos, por la autonomía de la voluntad de los propios esposos.

VI. RECONFIGURACIONES DE LA CONVIVENCIA Y LA SEPARACIÓN DE HECHO A PARTIR DEL PROYECTO DE VIDA EN COMÚN

Ya se ha señalado que la separación de hecho de los cónyuges calificada se produce con la ruptura material de la convivencia en concurrencia con la intención de al menos uno de los cónyuges de sustraerse al deber de vivir en una misma casa. Aún en vigencia del Código Civil, había consenso respecto a su configuración a partir del hecho objetivo del cese de la convivencia o cohabitación cuya existencia previa estaba presupuesta.

También en el derecho canónico los cónyuges tienen el deber de mantener la convivencia conyugal, salvo que los excuse una causa legítima. El canon 1151 al tratar sobre la separación se refiere a la ruptura de la comunidad de habitación que, a su vez, supone la permanencia del vínculo matrimonial si bien, además de la comunidad de vida, se suspenden la mayoría de los derechos y deberes conyugales.⁽³⁵⁾

Galli Fiant, a partir de su interpretación de la convivencia como un elemento tipificante del proyecto de vida en común, destaca la necesidad de reconceptualizar la separación de hecho ya que no podría ser definida en sentido contrario a un derecho subjetivo, al tiempo que señala la contradicción que se generaría al preverse consecuencias derivadas de su configuración que resultará difícil establecer si los cónyuges no tienen el deber de convivir.⁽³⁶⁾

Según Kemelmajer de Carlucci y Herrera, en cambio, no todo proyecto de vida en común conlleva convivencia ya que no se trataría de un requisito *sine qua non* del matrimonio, en tanto que, del otro lado, vivir

(34) UGARTE, Luis A. (2015). “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *La Ley*, 08/06/2015.

(35) SAMBRIZZI, Eduardo A. (2024). “De la separación de hecho de los cónyuges sin afectación del vínculo en el derecho canónico”, *El Derecho*, Tomo 305, 12-04-2024. Cita Digital: ED-V-CDXCIII-147.

(36) GALLI FIANT, María Magdalena (2016). “Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho”, *La Ley*, 08/06/2016, p. 9.

bajo el mismo techo tampoco garantizaría la subsistencia del proyecto de vida en común.⁽³⁷⁾

Para Krasnow, la inclusión del término “convivencia” en la norma del art. 431 CCyC no implica el reconocimiento del deber legal de cohabitación ya que su esencial caracterización no estaría dada por la mera convivencia sino por la existencia de un proyecto de vida en común.⁽³⁸⁾

En opinión de Rolón, si bien la norma del art. 431 refiere a un proyecto de vida en común basado en la convivencia, el CCyC no les exige a los cónyuges cohabitar o vivir bajo el mismo techo. Su posición se basa en que diferencia convivencia de cohabitación, atribuyéndole entidad de deber jurídico matrimonial al primero⁽³⁹⁾ y negándosele al segundo. Asimismo, afirma que de la violación del deber de convivencia no podría derivarse ningún efecto jurídico en función del sistema de divorcio sin causa instaurado con la vigencia del CCyC. Según este autor, la falta de cohabitación de los cónyuges no impide mantener vivo su proyecto de vida en común⁽⁴⁰⁾.

Ocurre que la convivencia requiere del *corpus* y del *animus*. Por eso, su quiebre se constituye a partir de la separación de hecho (ausencia del *corpus*, o elemento objetivo) que se completa con la intencionalidad rupturista de al menos uno de los esposos (ausencia del *animus* o elemento subjetivo, presente en el giro “sin voluntad de unirse”).

En opinión de Di Lella, la sistemática propia del CCyC aporta un nuevo sentido al término “convivencia” del cual se extrae que el cese de la convivencia debería interpretarse como el cese en el modo particu-

(37) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída HERRERA, Marisa (2015). “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, *La Ley*, 02/07/2015.

(38) KRASNOW, Adriana N. (2014). “Los efectos personales y patrimoniales entre cónyuges separados de hecho. Un abordaje desde el derecho vigente y proyectado”, *Jurisprudencia Argentina* 2014-III.

(39) No obstante, es necesario observar que más adelante en el mismo trabajo el autor citado utiliza ambos términos con sentido sinonímico afirmando que “*los cónyuges no están obligados a convivir o cohabitar*”: ROLÓN, Avelino (2022). “Exclusión de derechos hereditarios del cónyuge: la voluntad de ambos esposos, aun no conviviendo, ¿es suficiente para mantener el proyecto de vida en común?”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2022, junio, pp. 93 y ss.

(40) Tal, por ejemplo, la presentación de la demanda de divorcio. Cfr. Cámara Ira. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/09/2016, “M., S. J. s/ sucesión ab-intestato”, *La Ley*, 27/12/2016, p. 1.

lar que los esposos tenían de relacionarse sin haberlo reemplazado por otro.⁽⁴¹⁾

En realidad, la ruptura del proyecto de vida en común es una lógica consecuencia de la separación hecho sin voluntad de unirse dado que esta implica aquella.

VII. SEPARACIÓN DE HECHO SIN VOLUNTAD DE UNIRSE, CESE DE LA CONVIVENCIA Y EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN SUCESORIA DEL CÓNYUGE

La exclusión del derecho hereditario del cónyuge en caso de separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 2437 CCyC), que ya se encontraba regulada en los mismos términos en el Anteproyecto, fue criticada por considerarse contraria a la filosofía y los fundamentos de la supresión del deber de cohabitación originalmente propuesto⁽⁴²⁾. Asimismo, se ha destacado su injusticia, entre otros supuestos, cuando el cese de la convivencia se debe a la violencia doméstica ejercida por el otro cónyuge⁽⁴³⁾.

Esta prescripción normativa reproduce la norma del art. 3575 del Código Civil velezano que luego fuera reformada por la ley 17.711 condicionando la exclusión hereditaria del cónyuge a su culpabilidad.

Como ya fuera señalado, existe consenso doctrinario en torno a la configuración de la separación de hecho sin voluntad de unirse a partir de un elemento objetivo consistente en el cese de la convivencia entre los cónyuges, y otro subjetivo que se identifica con la falta de voluntad, de al menos uno de los esposos, de continuar unidos.

Rolón propone que el giro “separación de hecho” debería interpretarse como “ruptura del proyecto de vida en común” que se produciría

(41) DI LELLA, Pedro (2015). “Acerca de la exclusión hereditaria conyugal: el matrimonio in extremis”, *Jurisprudencia Argentina*, 2015-IV, p. 1135.

(42) PERRINO, Jorge Oscar (2012). “Matrimonio en el Proyecto de Código Civil”, *SJA* 19/12/2012, p. 36 y ss., *JA* 2012-IV.

(43) IGNACIO, Graciela (2016). “El cese del proyecto de vida en común como causa de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente. Exclusión de la vocación del cónyuge. Divorcio y separación de hecho. Matrimonios sin convivencia”, *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, 2016, diciembre, pp. 201 y ss.

cuando uno de los cónyuges hubiera asumido o manifestado expresamente⁽⁴⁴⁾ su voluntad en tal sentido⁽⁴⁵⁾.

Algunos antecedentes jurisprudenciales han puesto, también, el eje en la subsistencia del proyecto de vida en común para tener por demostrada la voluntad de mantener la unión matrimonial y, con ello, la incolmidad del derecho hereditario conyugal.⁽⁴⁶⁾

Por su parte, Ignacio, quien entiende que la legislación actual no impone a los esposos el deber de vivir en el mismo domicilio, propicia la posibilidad de que el cónyuge supérstite acredite que la separación de hecho que se le imputa para excluir su vocación hereditaria no había afectado el proyecto de vida en común que se mantiene, y que la separación de hecho sin voluntad de unirse debería ser interpretada según el proyecto de vida en común que cada matrimonio haya convenido. En este orden, promueve actualizar los aspectos material y espiritual del concepto “cohabitación” en el sentido de vivir bajo el mismo techo y mantener la comunidad de vida, para concluir que la norma *se refiere al sostenimiento de la no convivencia en el tiempo, pero como fin del proyecto de vida en común de los esposos*.⁽⁴⁷⁾

Según Galli Fiant, la exclusión hereditaria del supérstite no opera por el mero cese de la convivencia sino por la desaparición del proyecto de vida en común.⁽⁴⁸⁾ Así, cuando se cuestione la vocación sucesoria del cónyuge supérstite, éste deberá acreditar que, a pesar de habitar en distintas viviendas, no se encontraban separados de hecho sin voluntad

(44) Para ROLÓN no serían atendibles situaciones de hecho (por ejemplo, la cohabitación con otra persona o el nacimiento de descendencia extramatrimonial) de los que pudieran inferirse esa manifestación. ROLÓN, Avelino (2022). “Exclusión de derechos hereditarios del cónyuge: la voluntad de ambos esposos, aun no conviviendo, ¿es suficiente para mantener el proyecto de vida en común?”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2022, junio, pp. 93 y ss.

(45) Tal, por ejemplo, la presentación de la demanda de divorcio. Cfr. Cámara Ira. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/09/2016, “M., S. J. s/ sucesión ab-intestato”, *La Ley*, 27/12/2016, p. 1.

(46) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, sala I, 29/09/2021, “S., M. J. c. N., G. V. s/ ordinario”, en *La Ley*, 27/12/2021, p. 9.

(47) IGNACIO, Graciela (2016). “El cese del proyecto de vida en común como causa de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente. Exclusión de la vocación del cónyuge. Divorcio y separación de hecho. Matrimonios sin convivencia”, *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, 2016, diciembre, pp. 201 y ss.

(48) GALLI FIANT, María Magdalena (2016). “Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho”, *La Ley*, 08/06/2016, p. 9.

de unirse, sino que mantenían una comunidad de vida según su estilo propio.⁽⁴⁹⁾

La norma del art. 2437 CCyC es bien clara en la determinación de la causa que desencadena la pérdida del derecho hereditario del cónyuge. No se configura con el mero cese de la convivencia sino con la separación de hecho calificada por la falta de voluntad, de al menos uno de los esposos, de continuar unidos. Y no cabe duda de que cuando ese querer desaparece en uno de los esposos ya no será posible recomponer el proyecto de vida en común legalmente tipificado.

VIII. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONVIVENCIA CONYUGAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Se ha sostenido que sólo podrían indemnizarse, a través del sistema general de la responsabilidad civil, los daños y perjuicios que no tuvieran causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona.⁽⁵⁰⁾

Ya en vigencia del Código Civil se habían generado tres posturas doctrinarias en torno a la viabilidad del resarcimiento del daño provocado entre cónyuges. Quienes propiciaban una posición negatoria argumentaban que la especialidad del derecho de familia impedía aplicar las normas de la responsabilidad civil⁽⁵¹⁾. La posición amplia, en cambio, defendía el deber de indemnizar el daño provocado por las causales de divorcio en sí mismo⁽⁵²⁾. Para una posición intermedia, los deberes matrimoniales sólo podían ser cumplidos voluntariamente por quienes conservaban afecto conyugal; de allí que ni el divorcio ni las causales serían resarcidas, pero cuando los hechos que llevaran al divorcio fue-

(49) ALTERINI, Jorge H. (Director) (2019). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*. Tomo XI, Buenos Aires: La Ley, 3ra. edición, p. 537.

(50) En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.” *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: 2012, Infojus, p. 576.

(51) BORDA, LLAMBÍAS, DÍAZ DE GUJJARRO, MIZRAHI, MOLINARIO, BIBILONI.

(52) Plenario de la CNCiv., “G., G. G. c. B. de G., S. M. s. divorcio vincular”, 20/09/1994, referido al daño moral derivado de las causales de divorcio; BELLUSCIO, MAZZINGHI, ZANNONI MOSSET ITURRASPE, MÉNDEZ COSTA.

ran de una fuerza dañadora muy punzante que hieran la dignidad, lesionaran el bien moral, físico; cuando entraran en el ataque personal y fueran más allá de la culpa en el divorcio pero separables como daños a la persona en virtud de su gravedad, deberían ser amparados los derechos personalísimos del otro cónyuge⁽⁵³⁾. A este enfoque se le ha criticado su basamento en un problema casuístico de análisis de prueba para determinar la gravedad del daño, y que los incumplimientos a los deberes conyugales siempre lesionan la dignidad del otro cónyuge y lo hieren como persona aun cuando no se tornen públicos.

La irrupción del CCyC en el ordenamiento jurídico positivo argentino, lejos de apaciguar las diferencias doctrinarias, contribuyó a que la discusión se revitalizara. Así, de un lado se reconoce la existencia de daños endofamiliares con sustento en la juridicidad de los deberes matrimoniales de cuyo incumplimiento, culposo o doloso, en caso de producir daño, se deriva el deber de indemnizar. De otra parte, se afirma que la fuente del derecho de daños sería independiente de las relaciones familiares porque los deberes matrimoniales carecerían de juridicidad y si el divorcio ya no valora las conductas tampoco podría hacerlo el derecho de daños como fuente del resarcimiento. Para esta corriente doctrinaria, el fundamento de la reparación civil se hallaría en la afectación de la condición de persona del cónyuge dañado, cuando resulten vulnerados sus derechos fundamentales (intimidad, honor, etc.).

En lo particular, Zavala de González entiende que, en el contexto normativo actual de “divorcio remedio”, al haberse superado el modelo inculpatorio, la falta de convivencia no podría sustentar una acción resarcitoria por daños dado que la cuestión se circunscribiría al ámbito exclusivamente íntimo del matrimonio, con eventual incidencia moral, pero sin proyecciones jurídicas dado que no se reunirían los presupuestos básicos de la responsabilidad civil. Esta autora interpreta que el deber de convivencia ya no es jurídico y sólo rige, en consecuencia, como una obligación moral entre los cónyuges, por ello no sería posible exigir una conducta del otro cónyuge como deber familiar ni, en consecuencia, derivarse de su incumplimiento un daño resarcible, siquiera por lesionar un interés no reprobado por el derecho, según el concepto amplio de daño delineado por la norma del art. 1737 CCyC.⁽⁵⁴⁾

(53) CIFUENTES, DI LELLA, y voto de la minoría en el plenario de la CNCiv. antes referido.

(54) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. (2014). “Daños entre familiares”, *La Ley*, Tomo 2015-A, pp. 562 y ss.

En este sentido, Mizrahi, sostiene que la concepción del matrimonio como un proyecto de vida en común debe permitir que los cónyuges decidan sobre la existencia y regularidad de su convivencia porque, en la medida que no lesionen intereses ajenos, se trataría de una cuestión atinente al ámbito de la privacidad matrimonial.⁽⁵⁵⁾

Agrega Zavala de González que habría sido un sinsentido eliminar la discusión en el marco de un proceso judicial de divorcio si se habilitara su traslado a un litigio de responsabilidad civil.⁽⁵⁶⁾

Kemelmajer de Carlucci y Herrera, si bien entienden que, si se dieran los presupuestos de la responsabilidad civil, la vulneración de derechos humanos fundamentales podría ser reparada, destacan que el incumplimiento del deber de convivencia conyugal no constituiría, en sí mismo, una ofensa al honor.⁽⁵⁷⁾

Medina, por su parte, considera que en el marco del nuevo régimen de divorcio deberá demostrarse la antijuridicidad dado que no resultaría sin más de la sentencia de divorcio.⁽⁵⁸⁾

Coincido con Hernández cuando sostiene que la alteración de los deberes matrimoniales en el CCyC ha ocurrido principalmente a través de la interpretación propuesta luego por quienes participaron en la Comisión Redactora, y que la cuestión debe ser analizada respetando el sentido de justicia derivado de los principios generales de no dañar al otro y de dar a cada uno lo suyo.⁽⁵⁹⁾

Si el matrimonio se define en la norma como el compromiso a desarrollar un proyecto de vida en común basado, entre otros derechos-deberes, en la convivencia, esta no puede sino calificarse como un deber jurídico frente a cuyo incumplimiento, culposo o doloso, cuando pro-

(55) MIZRAHI, Mauricio Luis (2012). "Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto", *La Ley*, Tomo 2012-D, pp. 888 y ss.

(56) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. (2014) "Daños entre familiares", *La Ley* Tomo 2015-A, pp. 562 y ss.

(57) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (2015). "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", *La Ley*, 02/07/2015.

(58) MEDINA, Graciela (2012). "Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de Código", *La Ley*, Tomo 2012-E, pp. 1302 y ss.

(59) HERNÁNDEZ, Lidia B. "La falta de cumplimiento de los deberes matrimoniales y la reparación del daño producido", *El Derecho*, Tomo 269, p. 686.

duzca daño al otro cónyuge, se activará la aplicación del derecho de daños y la responsabilidad civil consecuente.

La incoercibilidad de la convivencia conyugal no importa, sin más, que abstenerse de su cumplimiento no conlleve ciertas y variadas consecuencias jurídicas que, por otra parte, el propio legislador consideró oportuno, conveniente y hasta necesario prever. La instauración normativa del divorcio sin invocación de causa tampoco puede justificar que el matrimonio se convierta en un espacio de inmunidad en el que esté permitido desconocer e incumplir los deberes conyugales produciendo daños⁽⁶⁰⁾. Todo daño injusto, también el daño moral que uno de los esposos acredite haber sufrido por incumplimiento del deber de convivencia matrimonial, debe ser reparado siempre que se reúnan los elementos típicos de la responsabilidad civil. En este sentido, amerita una consideración particular, la confianza y vulnerabilidad especiales que se suscitan en las relaciones íntimas familiares ya que podrían incidir en el agravamiento del daño (cfr. art. 1725 CCyC).

Esta interpretación, por otra parte, se condice con la prohibición de no dañar, y la conceptualización de la antijuridicidad como cualquier acción u omisión que causa un daño a otro (art. 1717 CCyC) y del daño resarcible como el que lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737 CCyC).⁽⁶¹⁾ En consecuencia, con sustento en la denominada “atipicidad del ilícito civil”, ya sea que la convivencia o cohabitación matrimonial se entienda como un derecho subjetivo o un interés jurídicamente relevante, en cualquier caso, cuando su vulneración provoque un daño, este será indemnizable.

IX. “CONVIVIR” EN EL MATRIMONIO Y EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

De lo normado en los arts. 510, inc. e) y 523, inc. g) del CCyC surge, respectivamente, que uno de los recaudos para la constitución de la unión convivencial es la convivencia sostenida durante al menos dos años, en tanto que entre las causas de cese de esta unión se indica la

(60) “El derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de éstos con la especificidad de los vínculos familiares”. Cfr. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, Conclusiones de la Comisión Nro. 3, voto por unanimidad.

(61) HERNÁNDEZ, Lidia B. “La falta de cumplimiento de los deberes matrimoniales y la reparación del daño producido”, *El Derecho*, Tomo 269, p. 686.

interrupción de la convivencia por un plazo superior a un año, siempre que cuando obedezca a motivos laborales u otros similares no subsista la voluntad de vida en común.

Advierten Kemelmajer de Carlucci y Herrera que en las uniones convivenciales la convivencia no es un deber sino un presupuesto de su propia existencia (art. 509 CCyC).⁽⁶²⁾

Si bien, en general, la doctrina ha significado sinonímicamente el término convivencia con la palabra “cohabitación”, ello no se replica en algunas interpretaciones sesgadas que atribuyen al término convivencia un sentido diferenciado según se trate del matrimonio o de las uniones convivenciales. En estos casos, la cohabitación desechada en el matrimonio adquiere, en cambio, singular relevancia en el reconocimiento y cese de la unión convivencial. Esta posición choca con principios básicos de técnica legislativa.

“El estilo de los textos normativos debe caracterizarse por la concisión, precisión y claridad, a fin de asegurar la certeza preceptiva, es decir, el conocimiento indubitable de los preceptos o normas que contiene.” La precisión se logra con la selección de las palabras exactas en función del significado buscado. Y si la utilización de un término puede resultar en la adjudicación de diferentes significados, lo conveniente será definirlo para delimitar su sentido y alcance. Nunca es recomendable el uso de sinónimos para expresar el mismo concepto ya que el significado nunca es idéntico porque tienen raíces etimológicas diferentes.⁽⁶³⁾

Entonces, así como el mismo concepto debe expresarse siempre con el mismo término o giro, no debe utilizarse el mismo término para referirse a dos conceptos distintos. Y cuando un término adquiere un significado más preciso, más restringido o diferente que el que tiene en el uso habitual del lenguaje, debe definirse precisando su alcance.⁽⁶⁴⁾

El término “convivencia” es definido como “acción de convivir” y “convivir”, que proviene del latín *convivĕre*, en su primera acepción

(62) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída HERRERA, Marisa (2015). “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, *La Ley*, 02/07/2015.

(63) GROSSO, Beatriz Marina y SVETAZ, María Alejandra. “Técnica legislativa: Marco teórico”, pp. 15 y 16. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>

(64) PÉREZ BOURBÓN, Héctor (2007). *Manual de Técnica Legislativa*, Buenos Aires: EDUCA, Konrad Adenauer Stiftung, 2007, pp. 106-107.

significa “vivir en compañía de otro u otros”, sinónimo de cohabitar y coexistir.⁽⁶⁵⁾

No puede haber duda alguna que la convivencia requerida para constituir una unión convivencial implica cohabitación que, según el Diccionario de la Lengua Española, significa “habitar juntamente con otra u otras personas” (primera acepción) o “hacer vida marital” (segunda acepción)⁽⁶⁶⁾. En consecuencia, no podría ser sino este el mismo sentido que el legislador le atribuye en cada ocasión que recurre a la utilización de este término.

X. REFLEXIÓN FINAL

Dado que el ser humano es social por naturaleza, la familia, lejos de constituirse en un artificio o constructo humano, moldeada de la misma manera que el artista lo hace con su obra, es una realidad natural implícita en un orden que descubrimos racionalmente. Aquella idea de familia como arte o construcción social va ligada al individualismo liberal. En este marco de pensamiento relativista, la familia se desvanece en la progresiva individualización de sus miembros y la consecuente priorización de su autorrealización personal por sobre los deberes que impone la vida en común. El norte deja de ser el interés familiar para enfocarse en la expansión de la libertad personal.

No es difícil detectar esta ideología cuando penetra en ámbitos morales y jurídicos que atañen al matrimonio y la familia.

(65) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Actualización 2023, disponible en <https://dle.rae.es/convivencia?m=form> y <https://dle.rae.es/convivir?m=form>

(66) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Actualización 2023, disponible en <https://dle.rae.es/cohabitar>

LA GUARDA DE LOS NIÑOS

POR OSVALDO PITRAU

I. CONCEPTO DE GUARDA. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

La guarda de los niños o convivencia con niños, niñas y adolescentes es uno de los derechos deberes que integran la responsabilidad parental en su conjunto y refiere particularmente al cuidado personal de los hijos e hijas menores.

Los progenitores son los guardadores primarios de sus hijos pues conviven con ellos y ejercen en forma compartida su cuidado personal. Sin embargo, esta función también puede presentarse desvinculada de los progenitores, con el fin de proteger a los niños y en algunos casos, otorgarles una filiación adoptiva.

La denominación “guarda” de menores no resulta acertada, tal como lo expusimos en el año 1991⁽¹⁾, hubiera sido preferible utilizar el término “convivencia” con el niño.

Sin perjuicio de ello, el término “convivencia” ha sido destinado preferentemente en la norma civil para otro instituto, “la unión convivencial” y, por otra parte, el término “guarda” sigue apareciendo en varios pasajes del texto del Código Civil y Comercial de 2015 y, por ende, también sigue siendo empleado en las sentencias de los jueces.

(1) Pitrau, Osvaldo, “La guarda de menores”, publicado en la Revista Derecho de Familia, n° 4, pág. 47 y ss. Ed. Abeledo-Perrot. Año 1991. El término más apropiado es el de “convivencia” con los niños, ya que éstos no son objetos. Los vocablos “guarda” o incluso “tenencia” son más adecuados en relación con las cosas u objetos que con las personas.

II. TIPOS DE GUARDA. GUARDAS DE DERECHO Y DE HECHO. GUARDAS LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS⁽²⁾

Se pueden distinguir diversos tipos de guardas de menores.

II.1. Guardas de derecho. Guardas directas delegadas

La guarda o convivencia con el menor, en muchos casos se puede independizar del progenitor para ejercerse en forma separada. Y esto así, ya sea porque los progenitores la han delegado en un tercero, ya sea cuando se ha derivado de una situación fáctica circunstancial ajena a los padres, como en los casos de sustracción, pérdida o extravío de esos niños y niñas.

Las guardas iniciadas por delegación directa realizada por los progenitores no son guardas de hecho sino guardas de *derecho*⁽³⁾.

En estos casos, el progenitor biológico delega en un tercero la guarda de su hijo por causas justificadas y lo hace en uso de sus facultades legales, por tanto, no se trata de una guarda de hecho, sino de derecho, plenamente legítima.

Esta delegación directa de la guarda respecto de un tercero tiene una finalidad protectoria y eventualmente podría tener una finalidad educativa cuando se trata de una institución escolar.

En el marco de esa finalidad protectoria no puede cuestionarse legalmente esa delegación de guarda directa.

Esta delegación directa usualmente se documentaba en una escritura pública, para el debido resguardo de los derechos de todas las partes incluido el niño.

En el caso en que esa guarda legítima delegada por los progenitores quisiera convertirse en una adopción, los progenitores y los guardadores debían recurrir con el niño a la justicia y someterse a la aplicación de las normas legales de la adopción de menores.

Si dicha guarda no tuviera esa finalidad meramente protectoria, y encubriera otro objetivo como la adopción o una contraprestación patri-

(2) Pitrau, Osvaldo. Voz "Guarda de Menores", incluida en la Enciclopedia de Derecho de Familia, T. II, dirigida por el Dr. Uriarte. Ed. Universidad. Año 1992.

(3) Pitrau, Osvaldo, "La guarda de menores", publicado en la Revista Derecho de Familia, n° 4, pág. 47 y ss. Ed. Abeledo-Perrot. Año 1991.

monial sería ilegítima aun cuando sea una delegación hecha por los progenitores. Por ello las denominadas entregas de niños en adopción por escritura pública son ilegítimas, porque el otorgamiento de un vínculo adoptivo requiere siempre de un proceso judicial.

En los arts. 643 y 674 del Código Civil y Comercial encontramos dos supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental de parte de los progenitores, que implica en consecuencia la delegación implícita de la guarda de esos hijos en un pariente (art. 643) o en el esposo o conviviente del progenitor que se encuentra en ejercicio de la responsabilidad parental (progenitor afín - art. 674), en ambos casos, está prevista la homologación judicial, pero resulta claro que no se trata de un otorgamiento judicial del ejercicio de la responsabilidad parental o de la guarda, como si ocurre en el supuesto del art. 657 de la norma de fondo, sino que son dos casos normados de delegación voluntaria de la guarda por parte de los progenitores en terceros.

II.2. Las guardas de hecho

Son aquellas que provienen de circunstancias ajenas a la voluntad de los progenitores, o del Estado en su caso, como ocurre en los supuestos de extravío, apropiación o sustracción de menores. Si alguien encuentra un niño perdido y lo acoge en su casa, estamos ante una guarda de hecho, del mismo modo si alguien lo sustrae a sus progenitores.

Tal como se ha visto, tampoco serían guardas de derecho aquellas que se realizan con otros objetivos que no sean de protección del niño, como es el caso de la trata o tráfico de esos niños por terceros o por los propios progenitores, ya que estas transferencias de la guarda, al tener un interés comercial, son ilegítimas.

II.3. Las denominadas “guardas de hecho” prohibidas por la ley. El art. 611 del Código Civil y Comercial

Aquellas guardas de derecho legítimas delegadas en forma directa por los progenitores resolvían una cuestión prioritaria, que era la protección de esos menores en la urgencia del caso, con participación directa de los padres de sangre y no había en ellas ilegalidad alguna.

Las sospechas de tráfico de niños, acreditadas en algunos casos registrados en las décadas de 1980 y 1990, llevó a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria a quitarle legitimidad doctrinaria a esas guardas delegadas en forma genérica, cuando en realidad debían considerarse ilegales solo aquellas que estaban realmente vinculadas a delitos de trata y no otras, que eran perfectamente legítimas y protectorias.

Las modalidades actuales de trata o tráfico de niños han cambiado en el presente siglo y los delincuentes eluden todo mecanismo legal instrumental como el de delegación de guarda directa por los progenitores.

En los más recientes casos, para sustraer o comerciar a los menores se utilizan redes sociales para la captación y se recurre preferentemente a la pérdida simulada o a la desaparición del niño o niña para concretar la venta del niño con el consenso de familiares, funcionarios de los centros de salud o de fuerzas de seguridad, en el marco de un beneficio económico⁽⁴⁾.

El Código Civil y Comercial zanjó estos debates prohibiendo las que denomina guardas de hecho, en el art. 611, algo que resulta positivo y desalienta las prácticas ilícitas, pero consideró incorrectamente en la norma que esas guardas fácticas incluyen a las delegaciones directas por progenitores o por el Estado, en tanto no sean judiciales, y estableciendo una generalización impropia que limita el estatuto de la responsabilidad parental y la protección familiar de la Constitución Nacional.

El error del art. 611 del Código Civil y Comercial surge al considerar como guarda de hecho a una guarda otorgada por delegación directa de los legítimos titulares de esa guarda, que son los progenitores o en su caso, el Estado a través de sus organismos administrativos de protección.

Sin embargo, la propia norma del art. 611, en su párrafo segundo admite la posibilidad de guardas directas delegadas cuando hay parentesco en el guardador, lo que muestra la confusión y contradicción que ostenta esta norma y permite aun seguir sosteniendo la idea de que en realidad las guardas delegadas por los padres son guardas de derecho legítimas por su origen y no pueden estar prohibidas.

El art. 611 del Código se encuentra situado en el capítulo de la adopción y no en el de la responsabilidad parental, por ello entendemos que las guardas delegadas directas no encuadran en este artículo, ni deberían estar prohibidas, porque no tienen una finalidad adoptiva.

La legitimidad de las guardas directas delegadas por los progenitores sigue siendo un tema de debate en la doctrina⁽⁵⁾ y en la jurisprudencia,

(4) Ver el caso del niño Loan Danilo Peña, desaparecido en junio de 2024 en la provincia de Corrientes, en la nota "Qué se debe hacer cuando un menor desaparece según Missing Children" del diario de 25 de junio de 2024 en www.infobae.com.

(5) Galli Fiant, María Magdalena, "Entregas directas y modificaciones legales", LA LEY 03/07/2023, 2.

destacándose un reciente fallo de la Corte Suprema que en cierta forma las reivindica⁽⁶⁾.

II.4. Guardas judiciales protectorias y guardas adoptivas

Una segunda distinción puede hacerse según su finalidad, entre guardas meramente protectorias y guardas preadoptivas o adoptivas.

La guarda protectoria tiene como única finalidad la tutela del menor. Se trata de una medida de protección o abrigo en relación con un niño o niña vulnerable.

Este tipo de guarda no tiene como finalidad la adopción del menor. En estos casos entonces, al no existir finalidad adoptiva, no debería ser aplicable el mencionado art.611, tal como afirma parte de la doctrina⁽⁷⁾.

Las guardas protectorias abarcan varios de los supuestos explicados en el punto anterior: las guardas delegadas en forma directa por los padres para proteger a sus hijos o aquellas comprendidas en los mencionados arts. 643, 657 y 674 son guardas protectorias, que tutelan al niño en circunstancias de vulnerabilidad y no tienen finalidad adoptiva.

En muchos casos esas guardas protectorias temporarias pero que se han extendido en el tiempo generan vínculos afectivos filiales que luego son muy difíciles de romper o deshacer.⁽⁸⁾

Las guardas comprendidas en la legislación que tutela a niños, niñas y adolescentes como la Ley Nacional N°26.061, que incluyen las medidas de abrigo del niño, son también guardas de tipo protectorio no adoptivo.

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/04/2023, "G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción", SJA 19/05/2023, 4 JA 2023-II, LA LEY 03/07/2023.

(7) Mizrahi, Mauricio L. "Niños en guardas de hecho y judiciales. Discutible interpretación del artículo 611 del Código Civil y Comercial", LA LEY 11/02/2019, 1, LA LEY 2019-A, 732, TR LALEY AR/DOC/17/2019.

(8) Pitrau, Osvaldo, "Guarda y Equidad", sobre un fallo de la Corte Suprema publicado en la Revista Derecho de Familia num. 2 pág. 110 y ss. Ed. Abeledo-Perrot. Año 1989.

En el año 1989 comentamos un fallo de la Corte donde se consolidaba una guarda otorgada que luego pretendía ser revocada años después. La cuestión giraba sobre la entidad que podía tener la construcción socio afectiva entre guardadora y niño para detener diversas causales de revocación posible, como el tardío acto de arrepentimiento de la madre biológica u otros. Esta misma doctrina aparece en reciente fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/04/2023, "G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción", SJA 19/05/2023, 4 JA 2023-II, LA LEY 03/07/2023.

La adopción también es un instrumento de protección como la simple guarda, pero tiene efectos más profundos en la situación jurídico-filiatoria del niño y requiere de un proceso más complejo de índole judicial con una finalidad que va más allá de la mera tutela ya que buscará proveer al niño de una familia permanente (art. 594 CCC).

La guarda con fines de adopción es un presupuesto procesal y sustancial necesario para el otorgamiento de la adopción. Esta guarda consiste en conceder la convivencia con el niño declarado en situación de adoptabilidad a los pretendidos adoptantes seleccionados de acuerdo con la reglamentación legal.

En este período de guarda que tiene un plazo máximo de 6 meses (art. 614, Código Civil y Comercial) se debe verificar la formación de un vínculo parental beneficioso para el menor que permita resolver el otorgamiento de la adopción y la conformación de la relación jurídico filial.

Durante la guarda preadoptiva y aun concluido el plazo legal, todavía no se consolidaron derechos formales para las partes. El juez puede válidamente, al concluir el período de guarda, no conceder la adopción por considerar que no se han dado las condiciones para ello.

La conclusión de la guarda preadoptiva se encuentra vinculada con el cumplimiento de dicho plazo, que habilita al Juez a decidir sobre la adopción, y con la verificación de la formación del vínculo socioafectivo que será presupuesto para la adopción. Es por ello que estas guardas pueden durar períodos más extensos que ese medio año legal.

Sin embargo, la extensión a veces demasiado prolongada de la guarda, sin una justificación científica, ha sido en algunos casos, una de las causas del desistimiento del guardador.

La formación de un vínculo socioafectivo no necesariamente requiere de plazos extensos de 4 o 5 años de guarda preadoptiva y si es así, habrá que probar técnicamente que esa duración prolongada, sin resolver la situación filial del niño o niña, se ha justificado.

La propia formación del vínculo afectivo probada en autos, no impide que se pueda producir de todos modos, un abandono del guardador decepcionado por la demora en el otorgamiento de la adopción.

Un período de guarda preadoptiva que no se encuentre jalonado por informes interdisciplinarios periódicos mensuales o incluso más acotados en el tiempo, no será de utilidad para juzgar el éxito o fracaso de esa guarda o para evaluar la extensión temporal que debe tener.

Por ello, la intervención de los diversos órganos del Estado, tanto del poder administrador como del judicial, es fundamental para hacer un seguimiento y asistir a los guardadores y a los menores durante la guarda, que permita resolver finalmente sobre ella en cuanto a su contenido, alcance y duración.

III. LAS GUARDAS ADOPTIVAS FRUSTRADAS

III.1. Introducción

La guarda adoptiva frustrada es aquella que concluye antes de completar su finalidad natural que es el otorgamiento de la adopción.

Una guarda preadoptiva que concluya muy tempranamente, antes de la formación del vínculo o mucho tiempo después del cumplimiento del término semestral, probablemente no haya cumplido su objetivo básico.

Si una guarda de seis meses muestra un vínculo filial formado, debiera tener como consecuencia el otorgamiento de la adopción.

La morosidad judicial en el otorgamiento de la adopción muchas veces genera la degradación de la relación parental en ciernes, por decepción y frustración de expectativas, provocándose finalmente el abandono por parte del guardador.

La frustración de la guarda también puede provenir de actos ilícitos del guardador, como malos tratos o directamente puede surgir de la expresión de voluntad de desistir o del abandono que pueden hacer de ella tanto el guardador, como los menores a cargo, por diversas motivaciones personales.

La guarda frustrada genera ciertos efectos asistenciales en cabeza del guardador a favor de los niños que estaban a su cargo. Si bien esta obligación no surge explícitamente de la normativa de adopción, ha merecido una interesante elaboración jurisprudencial reciente.

III.2. Antecedentes jurisprudenciales sobre guardas adoptivas frustradas

III.2.a. Cámara de San Martín. Guarda adoptiva de 5 años⁽⁹⁾ (2015)

En este caso, los pretensos adoptantes solicitaron el desistimiento de la guarda preadoptiva de dos niños de 3 y 7 años, luego de haber transcurrido casi cinco años desde su otorgamiento.

(9) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, 29/09/2015, "L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas", LA LEY 2016-A, 328.

La sentencia fijó una cuota alimentaria en favor de los menores y ordenó el mantenimiento de su obra social.

La Cámara modificó el fallo de primera instancia, en cuanto estableció un límite temporal a la obligación alimentaria vinculado al lapso de cuidado o al otorgamiento de la guarda a otra persona, todo esto, con base analógica en el art.676, última parte, del Código Civil y Comercial.

Este fallo considera que estos guardadores luego de 5 años si bien no son padres biológicos ni adoptivos, se los puede considerar “padres solidarios” o “progenitores afines”, con lo cual, la solución se justifica en la “solidaridad familiar”.

Esta sentencia introdujo el elemento del hecho dañoso, aplicando el art. 1737 del Código Civil y Comercial, en razón de ello, Basset sostiene en relación con este fallo, que la cuestión puede ser mirada desde el vértice alimentario, pero también desde el ángulo del resarcimiento del daño causado⁽¹⁰⁾.

La doctrina se ha ocupado de señalar que la Cámara priorizó en este caso el interés superior de los niños por sobre el interés de los ex guardadores, que habían ejercido en forma abusiva de su derecho a desistir de la guarda generando por ello responsabilidades.⁽¹¹⁾ Ese desistimiento abusivo o intempestivo deja a los niños desamparados y en un estado de vulnerabilidad y necesidad material, incluso muchas veces peor que el que tenían al iniciar la guarda⁽¹²⁾.

En este sentido, Atilio Álvarez ha sostenido acertadamente que mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significaría despreteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad.⁽¹³⁾

(10) Basset, Ursula, “Cese intempestivo de la guarda preadoptiva ¿responsabilidad civil o alimentos?”, LA LEY 2016-A, 328).

(11) Ignacio, Graciela, “La frustración de una adopción ¿justificar lo injustificable?”, DFyP 2016 (febrero), 64).

(12) Delli Quadri, Priscilla, “Alimentos a favor de los niños en una adopción frustrada, en vista del nuevo Cód. Civil y Comercial”, ED. Del 04/02/2016, p. 6.

(13) Álvarez, Atilio, “Responsabilidad civil por frustración de guardas preadoptivas”, ED, del 04/02/2016, p. 1).

III.2.b. Cámara de Morón. Guarda adoptiva de 5 años⁽¹⁴⁾ (2016)

En este caso del año 2016 el juez de primera instancia decretó el estado de adoptabilidad de una menor y dispuso que quienes habían ejercido su guarda hasta ese momento luego de 5 años, le abonaran una cuota alimentaria por el plazo en que la habían tenido bajo su cuidado, o hasta el momento en el que fuera otorgada la guarda a otra persona. La Cámara confirmó esta resolución.

III.2.c. Cámara de Mar del Plata. Guarda adoptiva de menos de un año⁽¹⁵⁾ (2016)

El Tribunal de alzada marplatense confirmó la sentencia de grado, que establecía una prestación alimentaria en cabeza de la guardadora con la aplicación analógica al caso de la obligación alimentaria del padre afín prevista en el art. 676 del Cód. Civil y Comercial y echando mano de los principios de socio afectividad y solidaridad familiar y del concepto amplio de familia, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006. Sin embargo, limitó el plazo de duración de la mentada obligación alimentaria para ajustarlo al plazo de duración de la convivencia.

Al aplicar el art. 27.1 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) este tribunal entendió que los guardadores estaban incluidos en la categoría de responsables financieros o asistenciales del niño y, asimismo, utilizó el art. 676 del Código Civil y Comercial para determinar ese encuadre ante la falta de normativa específica sobre los guardadores.

Para Galli Fiant, en este fallo se resolvió desde el ángulo del resguardo y la protección a la persona en situación de vulnerabilidad, siendo lo relevante la protección de la persona alimentada y el mantenimiento del *statu quo* derivado de su inserción en determinado grupo familiar que no puede ser abruptamente cortada.⁽¹⁶⁾

III.2.d. Cámara de San Isidro. Aplicación de la teoría de los actos propios (2023)

La Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro resolvió el 6 de marzo de 2023, un nuevo caso

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, 12/07/2016, "A., O. E. s/ vulneración de derechos", LA LEY 2016-E, 442.

(15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, 29/11/2016, "S., V. M. s/ materia a categorizar", DFyP 2017 (abril), 135.

(16) Galli Fiant, María Magdalena, "Alimentos por frustración de la guarda", LA LEY 03/10/2016, 7 - LA LEY 2016-E, 442.

que contempla efectos asistenciales ante una guarda adoptiva frustrada. En este fallo, se determinó la subsistencia, luego de la revocación de la guarda, de una obligación asistencial en cabeza de la guardadora en favor de los cuatro menores que tenía a su cargo.

La Cámara redujo las prestaciones que se habían otorgado en la primera instancia y más aún, las limitó temporalmente, quedando vigentes solo aquellas vinculadas a la cobertura de salud de los menores. Este Tribunal entendió que esta responsabilidad asistencial de la guardadora es esencialmente una consecuencia jurídica vinculada a una contradicción de sus propios actos.

Este pronunciamiento sostuvo que, no puede hallarse base para la obligación alimentaria en una sanción oblicua al adulto responsable de la guarda que no llega al feliz término del emplazamiento adoptivo.

Dice este tribunal que “menos aún la cuota de alimentos puede convertirse en una reparación indirecta de los daños y perjuicios causados... que tiene una vía específica para su tramitación (arts. 319 y 320 CPCC)”.

A continuación, la sentencia aplica la doctrina de los actos propios a la conducta de la guardadora: “La contribución que debe imponérsele a la recurrente encuentra una de sus potentes razones de ser no en el afecto, no en la sanción, no en el resarcimiento sino en sus propios actos. Ha sido ella quien, con denodado énfasis pidió que se le discerniera la guarda para incluir a los niños en el seguro médico por cuyo sufragio hoy levanta protesta (ver resoluciones del 26/06/22 y 15/07/22; doct. arts. 9, 10 y 1067 parte final CCyC)”.

El fallo sostiene que la buena doctrina ha dicho que la prestación asistencial limitada en el tiempo, de baja cuantía y orientada a la satisfacción de una necesidad específica, se justifica en cabeza de los ex guardadores en su calidad de responsables financieros de las personas en guarda según los términos del art. 27 de la CDNNA, responsabilidad que alguna vez asumieron voluntariamente⁽¹⁷⁾.

La Cámara establece entonces que habrá de mantenerse la afiliación de los niños en IOMA a cargo de la apelante, hasta tanto se acredite su incorporación a la misma obra social en el marco de la ley 15.218.

Para la Cámara entonces, “se armonizan los derechos en juego” y la obligación de la guardadora se hace más discreta, pero a la vez más justa

(17) Galli Fiant, María Magdalena, “Alimentos por frustración de la guarda”, LL 2016-E, 442 (cita del fallo).

y por ello restringe temporalmente la asistencia y revoca los alimentos en efectivo, equivalentes al valor de la AUH en favor de cada uno de los niños, así como la doble cobertura de salud.

Respecto de la prestación alimentaria otorgada en primera instancia, la sentencia dice que no puede mantenerse, en tanto no se justificó en concreto el destino que se le pretende dar a los fondos, ni la necesidad que se pretende cubrir a través de su concesión. En esas condiciones, no resulta justificado este aspecto de la contribución alimentaria impuesta a la recurrente (arts. 611, 726 del CCyC y 21 de la ley 14.528). En ese orden, la sentencia solo deja en pie la cobertura de salud de los menores a través de IOMA y hasta que el estado provincial se haga cargo de acuerdo con la reglamentación.

En este punto podemos enunciar los aspectos centrales de esta importante sentencia de San Isidro:

- *Prestaciones asistenciales del guardador frustrado limitadas en contenido y tiempo.* El fallo sostiene una visión restrictiva de los efectos de la guarda frustrada y reduce las prestaciones asistenciales amplias que habían sido otorgadas en primera instancia. Solo queda subsistente la cobertura de la obra social provincial y por un período limitado hasta que el estado provincial se haga cargo de ella de acuerdo con el régimen legal vigente.

- *Fundamento en la teoría de los actos propios.* La sentencia funda la asistencia, en la teoría de los actos propios de la guardadora.

Es cierto que el fallo alude en algún pasaje a la vulnerabilidad del menor y a una solidaridad familiar extensiva, sin embargo, sostiene que la obligación de la guardadora provino de la contradicción entre sus actos iniciales de solicitud de guarda y aquellos actos de desistimiento que generaron la revocación de todas las guardas otorgadas.

Con base en la teoría de los actos propios, la sentencia reprocha a la guardadora que haya ido contra su propia conducta inicial, malogrando el proceso de guarda y por ende de adopción. A partir de allí, corresponde asignarle algún tipo de responsabilidad por el desajuste entre distintos actos del mismo sujeto.

- *Aplicación del art. 27 de la CDN.* La sentencia también menciona el art. 27 de la CDN para fundar en forma complementaria, su decisión.

- *Responsabilidad del Estado en una guarda frustrada.* Aun cuando no surge en forma explícita, el fallo parece direccionar el reproche tam-

bién al Estado que termina prestando la cobertura de salud de los menores a través de IOMA. De esta forma, con esta decisión se expone el poco acompañamiento del Estado que tuvo la guardadora y los niños durante el proceso de guarda.

- *Perspectiva del guardador frustrado.* Se centraliza el fundamento asistencial en el guardador que incurrió en actos contradictorios, pero que no tuvo un vínculo parento-filial con los menores y que sufrió alguna falta de acompañamiento de parte de los órganos del Estado. La responsabilidad asistencial del guardador resulta, por tanto, bastante atenuada desde esa perspectiva.

III.3. Efectos asistenciales de las guardas adoptivas frustradas

III.3.a. La obligación asistencial del guardador frustrado. *Obligado alimentario o prestador asistencial*

El guardador adoptivo convive con el niño y en su obligación de cuidado personal y protección se encuentra incorporada la asistencia material. En el caso de las guardas con fines de adopción frustradas la jurisprudencia mencionada ha entendido que deben subsistir obligaciones asistenciales en cabeza de aquel, con relación a los menores que pretendía adoptar.

El guardador no es un obligado alimentario determinado explícitamente por la norma, salvo cuando el deber nazca de su propia relación de parentesco.

Sin embargo, dos aspectos nos conducirían en cambio, a pensar que de todos modos se trata de un obligado alimentario: en primer lugar, el art. 27 de la CDN que lo alcanza de alguna forma, atento su amplitud y, por otra parte, al estar al cuidado del niño resulta casi inevitable que sea el responsable de proveer la asistencia más inmediata, a pesar de no ser progenitor, ni pariente.

En materia de obligaciones del progenitor afín, el propio Código Civil y Comercial llama *obligación alimentaria* al deber del progenitor afín en funciones y en cambio, designa como *cuota asistencial* al aporte que se le requiere a partir del art. 676 una vez cesada la convivencia o el matrimonio con el progenitor del niño. Si trasladamos esa misma solución a nuestro caso, luego de la terminación de la guarda, la obligación del guardador frustrado sería una *prestación asistencial* más que una obligación alimentaria estricta.

III.3.b. Origen de la obligación desde la perspectiva del guardador frustrado centrada en su conducta

Si la causa de la obligación está en cabeza del guardador y en su conducta encontramos diversos posibles fundamentos de la obligación asistencial.

a. La punición del guardador. La conducta del guardador realizando actos impropios o ilícitos, desistiendo o abandonando la guarda en forma intempestiva, ameritaría algún castigo o sanción, que, en este caso, se materializa a través de la asistencia alimentaria que se ordena, sin perjuicio de otras sanciones que se le puedan atribuir.

b. El resarcimiento por el daño producido atribuible al guardador. En este caso, se considera que la actitud del guardador ha provocado un daño para el niño o niña, y, por tanto, en caso de configurarse los presupuestos legales necesarios, debería ser resarcido.

De todos modos, no parece adecuado que la asistencia alimentaria sea un vehículo de reparación, por lo que lo aconsejable es diferenciar ambas cuestiones, reparatoria y asistencial, que, por otra parte, requieren de procesos distintos.

En varios de los citados precedentes jurisprudenciales⁽¹⁸⁾, aparece en forma velada o explícita la existencia de un daño a los niños que sufren el abandono de la guarda.

Si se trata de un abandono intempestivo de la guarda que genera un daño atribuible al guardador se debería accionar a los efectos de obtener, por parte de ese niño o niña, una reparación económica por el daño sufrido. Este ejemplo resarcitorio, también impactará para evitar en el futuro conductas similares por otro u otros guardadores preadoptivos.⁽¹⁹⁾

c. Responsabilidad por los efectos de los actos propios contradictorios del exguardador entre el inicio y final del proceso de guarda. Para esta postura la responsabilidad del guardador frustrado surge de la contradicción entre sus propios actos, atento que solicitó la guarda y la adop-

(18) CCivCom San Martín, Sala I, 29/09/2015, “L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas”, LA LEY 2016-A, 328. CCivCom Morón, Sala II, 12/07/2016, “A., O. E. s/ vulneración de derechos”, LA LEY 2016-E, 442. CCivCom Mar del Plata, Sala III, 29/11/2016, “S., V. M. s/ materia a categorizar”, DFyP 2017 (abril), 135.

(19) Bado, Carlos A. “Configuración del daño y deber de reparar ante las devoluciones intempestivas de niños, niñas y adolescentes bajo guarda preadoptiva” Sup. Esp. CP 2019 (noviembre), 235 - RCyS 2020-VIII, 38. TR LALEY AR/DOC/3888/2019.

ción y ahora va en contra de esa voluntad propia, abandonando la convivencia con los menores.

La aplicación de la doctrina de los actos propios procedería ya que la guardadora llevó a cabo actos voluntarios propios al solicitar la guarda que luego abandona o complica con otros actos que se contraponen a aquellos originarios, y conducen a la conclusión intempestiva de la guarda.

La doctrina clásica de los actos propios ha sido enunciada por Enneccerus con la siguiente sentencia: "A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta"⁽²⁰⁾. De esa enunciación podría a su vez derivarse la siguiente regla jurídica: *venire contra factum proprium non valet*.⁽²¹⁾

Siguiendo este razonamiento, como la guarda fue solicitada inicialmente por el guardador, si ahora por un acto de él mismo, esa guarda se termina en forma irregular, debe de alguna manera hacerse cargo de esa conclusión no prevista de la etapa preadoptiva a través de una prestación asistencial en favor de los menores.

Como aplicación de este principio, tampoco el guardador podría alegar que no se ha formado la relación afectiva parental, ya que él mismo sería responsable de esa carencia, por lo que esa falta de vinculación no le es oponible a los menores.

Ahora bien, en un caso en que la guarda no concluye por voluntad del guardador, sino por voluntad de los propios menores, no podría aplicarse esta teoría pues no habría actos contradictorios.

Por otra parte, para que se puedan identificar los actos contradictorios, habría que analizar si la voluntad de solicitar una guarda preadoptiva no incluye una incertidumbre originaria sobre la formación de una relación afectiva entre guardador y niño.

Esto, sin duda, atemperaría la responsabilidad que se le puede adjudicar al guardador por actos posteriores, atento a que la perspectiva futura sobre la que se expresaba el guardador en el primer acto de solici-

(20) Enneccerus, Luwig, Nipperdey, Hans Carl, *Tratado, Parte general*, t. I, vol. II, p. 495, trad. Pérez González y Alguer, Barcelona, 1950.

(21) Mans Puigarnau, Jaime, *Los principios generales del Derecho*, ps. XXX y ss. y 24-25, Barcelona, 1979. Alterini, Atilio Aníbal - López Cabana, Roberto M. "La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino". LA LEY 1984-A, 877.

tud de guarda era incierta, y por tanto no podía constituir una voluntad inicial definida.

Asimismo, al aplicar la doctrina de los actos propios, será importante revisar la acción u omisión de los organismos y del propio juzgado, que pueden en algunos casos ser la real causa del abandono de la guarda, por falta de seguimiento en las guardas preadoptivas, morosidad en el otorgamiento de la adopción o falta de eficiencia a la hora de evaluar la idoneidad de los pretendientes adoptantes. En estos casos, también el guardador frustrado tendrá atenuantes para justificar su conducta contradictoria de abandono de la guarda.⁽²²⁾

III.3.c. La obligación del guardador frustrado desde una perspectiva asistencial. Mirada del niño. Solidaridad familiar. Socioafectividad. Vulnerabilidad

La prestación asistencial se sostiene luego del fin de la guarda a partir de fundamentos que no están vinculados a un castigo o a un daño resarcible o a actos contradictorios del guardador, sino que se relacionan con la necesidad de asistir al niño con base en la Solidaridad Familiar, la socioafectividad y en su vulnerabilidad.

El caso se observa desde la perspectiva de los menores, poniendo el acento en la relación familiar y afectiva, y esencialmente, en la situación de vulnerabilidad del niño o niña al concluir la guarda.

De allí que, el guardador presta alimentos por razones de solidaridad familiar extensiva, aunque no es formalmente un pariente jurídicamente obligado. Lo hace también en el caso en que exista una relación afectiva que lo incluye en una forma de familia amplia.

Y aun si esta relación afectiva no existiera, o se hubiera formado, estará obligado por las condiciones de vulnerabilidad del menor que estaba a su cuidado, y que ahora, luego de la terminación irregular de la guarda, se encuentra desprotegido.

De acuerdo con estos fundamentos, aun si la guarda concluyera por hechos ajenos al guardador, por estas razones de solidaridad familiar o en el caso de existir o no una relación socioafectiva constituida, el guardador debería siempre prestar una asistencia acorde a las necesidades que se derivan de la vulnerabilidad del niño.

(22) Blanchard, Victoria, "Consecuencias del cese de guarda preadoptiva". RCCyC 2017 (octubre), 207. TR LALEY AR/DOC/2297/2017.

III.3.d. Normas aplicables en el caso de la prestación asistencial del guardador frustrado

No existen normas jurídicas explícitas que originen una obligación alimentaria en cabeza del guardador preadoptivo, una vez concluida la guarda. Aquí es donde debemos citar dos soluciones normativas posibles que pueden aplicarse incluso conjuntamente.

a. El carácter del niño sujeto de derechos y su interés superior convierte en obligados asistenciales a los progenitores y a los responsables de los niños de acuerdo con el art. 27 CDN. Esta norma tiene una gran trascendencia en la Convención de Derechos del Niño y abre el paso a la *plurirresponsabilidad alimentaria simultánea*. Los niños y niñas tienen el derecho a recibir asistencia alimentaria y del otro lado, están todos los obligados a prestarla: progenitores, otros responsables, sean parientes o no, y hasta el Estado.

Ahora bien, cabe preguntarse si el guardador frustrado sería uno de esos responsables del art. 27 CDN. Para algunos, esa responsabilidad surge de la relación socioafectiva, y en caso de no haberse constituido, no implicaría entonces responsabilidad asistencial alguna para el guardador.

Pensamos que esa defensa que podría esgrimir el guardador no le es oponible al niño o niña que ha quedado desvalido por la conclusión de la guarda, especialmente cuando esta es consecuencia de un acto voluntario e intempestivo del propio guardador.

Por lo tanto, en orden a la cobertura asistencial presentada en el art. 27 de la CDN, la obligación alcanza a todos los responsables o encargados del niño, y el guardador lo ha sido, al haberse hecho cargo de su cuidado y ahora al provocar su vulnerabilidad, por su desistimiento o abandono de la guarda.

Por ello, el guardador preadoptivo es uno de los responsables del niño o niña a los que alude el art. 27 de la CDN, aun después de la frustración de la guarda.

b. La guarda frustrada que genera deberes post relación. Aplicación analógica o extensiva de la figura del progenitor afín, art. 676 CCC. Desde esta perspectiva, la obligación del guardador frustrado admite la aplicación analógica o extensiva de la figura del progenitor afín (art. 676 CCC.)

El aspecto en común entre ambas figuras para postular esta idea de aplicación analógica o extensiva es la importancia que tenía tanto el progenitor afín como el guardador en el sostenimiento del niño, al punto

que, para ese niño o niña, la conclusión de la relación con ellos, le significa un perjuicio relevante que amerita que continúe la asistencia aun finalizado el vínculo de guarda.

Se trata de dos sujetos obligados diferentes pero que ante una situación de vulnerabilidad de quien estaba a su cargo otrora, deben responder aun cuando ya no exista la relación jurídica que los vinculaba con ese niño.

Si bien la obligación del guardador surge del art. 27 de la Convención, sin necesidad de otra norma, esta aplicación analógica o extensiva del art. 676, resulta útil para apoyar esa inclusión del guardador entre los responsables de la Convención.

III.3.e. Alcance y contenido de la prestación del guardador frustrado: asistencia amplia o limitada

En los casos de jurisprudencia de guardas frustradas pueden distinguirse prestaciones de diverso alcance: una *amplia* y genérica que consiste o se asemeja a una cuota alimentaria o a una asignación universal por hijo y otra que es *restringida* y se limita solo a las cuestiones puntuales como la cobertura de salud.

En materia de plazos de la asistencia también encontramos diferencias: en los casos de prestaciones amplias, ésta se extiende hasta que el niño supere la vulnerabilidad o vuelva a encontrar otro guardador.

En el caso de prestaciones más específicas y restringidas, se toman parámetros más limitativos como el tiempo transcurrido de la guarda como máximo o la extensión del plazo de la prestación solo hasta el momento en que comience a regir la cobertura estatal asistencial.

Sobre el parámetro del tiempo de guarda transcurrido como unidad de medida de la prestación asistencial, existen dudas para su aplicación cuando el plazo que debería haber sido de 6 meses como máximo, fue mucho más extenso, y dicha extensión pudo tener su causa en la propia morosidad de los tribunales para definir la conclusión de la guarda y otorgar o no la adopción.

Las decisiones que tengan una perspectiva asistencial centrada en el niño vulnerable o en la solidaridad familiar van a establecer prestaciones asistenciales amplias y duraderas, vinculadas en su contenido a las necesidades del niño y extendidas en el tiempo hasta el momento en que ese niño encuentre otro guardador.

III.3.f. Conclusiones sobre la obligación asistencial del guardador frustrado

El guardador adoptivo frustrado debe asumir una obligación asistencial luego de la terminación de la guarda en favor de los niños que cuidaba. Y esto es así, tanto por la condición de vulnerabilidad en que quedan los menores luego de esa guarda frustrada, como por el efecto de su propia conducta contradictoria o deficiente como uno de los responsables de dicha conclusión irregular.

En este orden de ideas, y eligiendo la mirada o perspectiva de los niños que pierden su guarda, pensamos que la responsabilidad del guardador frustrado debería ser amplia y el contenido de la prestación tendría que estar vinculado a las necesidades de los menores y continuar hasta que puedan encontrarse con otro guardador.

IV. LA GUARDA EN EL PERIODO PRENATAL

IV.1. Las personas en situación de prenatalidad. Régimen jurídico discriminatorio para los niños por nacer

La adopción prenatal consiste en el establecimiento de un vínculo jurídico filiatorio de parentalidad entre una persona mayor de edad adoptante y un niño por nacer.

Desde la perspectiva del derecho vigente, la adopción de un niño por nacer podría ser factible, ya que el niño concebido, pero aún no nacido, es *una persona humana, un sujeto de derecho en situación de alta vulnerabilidad*⁽²³⁾ por lo que requiere de una protección especial urgente y de una familia que bien podría ser posible a través de la adopción.

Las dificultades legales para adoptar a un niño por nacer surgen del propio régimen jurídico del Código, pero si éste estuviera subordinado a los principios generales de la institución (art. 595) y a su finalidad eminentemente protectora (art. 594), la adopción prenatal debería admitirse pues encuadra perfectamente con el concepto y el objetivo del mencionado art. 594.

Lo que impide actualmente la adopción prenatal en nuestro sistema legal, es procedimental y probatorio, y por tanto instrumental, y no debería bloquear la protección de un niño muy vulnerable, en los supuestos

(23) PITRAU, Osvaldo, "La persona concebida no nacida", en la Revista Derecho de Familia y las Personas, La Ley, 2018 (julio).

en que se encuentre debidamente acreditada la voluntad de la madre de no desear ese embarazo y su intención de dar en adopción a su hijo.

Parte de la doctrina entiende que nuestro sistema legal contempla la posibilidad de la guarda y la adopción prenatal y que éstas podrían materializarse aplicando la legislación vigente antes del nacimiento, permitiendo la intervención de los órganos administrativos desde el período prenatal; implementando medidas de protección integral tendientes a resguardar la salud y la vida de la madre y el niño, y brindando orientación e información adecuadas a la madre en miras a la adopción.⁽²⁴⁾

En este punto, cabe aclarar que pueden existir *dos tipos de adopción prenatal*: la que se encuentra referida a la *adopción de un niño en el vientre de la madre* y aquella otra que pudiera producirse en relación con *niños concebidos a través de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*⁽²⁵⁾ que se encuentran en estado de *crioconservación*⁽²⁶⁾.

El objeto del presente estudio es el supuesto de un niño que pueda ser adoptado o dado en guarda durante el embarazo, con el consentimiento de la madre y eventualmente del padre, aun cuando no se haya producido la determinación específica del vínculo filiatorio.

La *prenatalidad* en nuestro sistema jurídico requiere aun de una mayor consideración legal, ya que si el niño es una persona desde la concepción (art. 19 CCC) debería tener una identificación jurídica, un vínculo filiatorio formal y una determinación de la maternidad desde el momento que es una persona, es decir desde que es un sujeto de derecho.

Toda persona nacida tiene una identificación jurídica documental, una filiación establecida y una edad, el niño por nacer no posee esos atributos, no tiene documentos, ni una filiación formal establecida⁽²⁷⁾, ni

(24) GALLI FIANT, María Magdalena, "Políticas públicas más humanas", DFyP 2018 (julio), p. 152. Cita Online: AR/DOC/1162/2018.

(25) SAMBRIZZI, Eduardo, "Reconocimiento del inicio de la vida humana desde la concepción", DFyP 2021 (octubre), 143, TR LALEY AR/DOC/2265/2021.

(26) En este caso, parte de la doctrina usualmente se refiere equivocadamente a la *adopción de embriones congelados o crioconservados*, aun cuando una terminología ajustada a la Convención de los Derechos del Niño en sus condiciones de incorporación a nuestro derecho y a la Constitución Nacional (art. 75 inciso 22), excluya la denominación "embrión" y requiera que se lo denomine "niño", como lo establece la propia Convención.

(27) De alguna forma podría establecerse alguna filiación formal del hijo por nacer, ya que, por ejemplo, puede ser reconocido antes de nacer según el art. 574. La maternidad, en cambio, se determina principalmente por la prueba del nacimiento.

siquiera tiene una edad jurídica real, ya que su edad comienza a contarse recién desde el momento del nacimiento, siendo esta una ficción jurídica ya que aun antes de nacer podría hasta recibir una herencia⁽²⁸⁾. Todo esto resulta injusto y aparece como un impedimento legal básico para una guarda o adopción prenatal.

Este régimen legal discriminatorio e injusto respecto del niño por nacer se contrapone con una aplicación efectiva del art. 19 del Código Civil y Comercial, y con la consideración de su dignidad de persona humana y del interés superior del niño y requiere de una propuesta legislativa que sirva de una base consistente para la adopción prenatal.

Sin perjuicio de ello, durante el embarazo los progenitores tienen todas las obligaciones que surgen de la responsabilidad parental, aun cuando no exista un emplazamiento filial⁽²⁹⁾, pues éste una vez que se produzca, necesariamente deberá considerarse retroactivo al momento de la concepción.

En conclusión, resulta poco probable que en nuestro régimen jurídico se pueda dar en adopción a un niño no nacido, pues aún no tiene una identidad jurídica documentada, ni un emplazamiento filial completo y es por ello, que la mayoría de los proyectos legislativos de adopción prenatal presentados en el congreso, solo contemplan un mejoramiento en los trámites de adopción, en algún caso, proponen una declaración de adoptabilidad prenatal o una guarda temprana, pero aun así aludirán a una supuesta “adopción prenatal” o “adopción de la persona por nacer” que en realidad será otorgada luego del nacimiento.

IV.2. La imposibilidad legal de una adopción prenatal en el Código Civil y Comercial

En el actual marco normativo el art. 597 se establece que “Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental”.

De modo que la ley ha previsto dos alternativas para colocar a una persona menor de edad en situación de ser adoptada: que se dicte la *declaración de la situación de adoptabilidad* o que *los progenitores hayan sido privados de la responsabilidad parental*.

(28) Ver art. 2279 inciso b) del Código Civil y Comercial.

(29) Cabe aclarar de acuerdo con el art. 574 es posible el reconocimiento del hijo por nacer, aun cuando esté condicionado al nacimiento del hijo con vida, tiene algún tipo de virtualidad jurídica.

Las condiciones para dictar la declaración de la situación de adoptabilidad ocurren si: “a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días” (art. 607).

En relación con la posibilidad de una adopción prenatal podría ser aplicable en principio, el inciso b) del art. 607, de modo que, si los padres tomaran la decisión libre e informada de dar el niño en adopción, antes del nacimiento, el juez, en principio, podría declarar la situación de adoptabilidad⁽³⁰⁾.

Sin embargo, la propia ley establece en el mencionado inciso b), que esa manifestación será válida solo si se produce luego de los 45 días del nacimiento. Este es el denominado *período de reflexión o tregua* que se le otorga a la madre para tomar la decisión de dar en adopción a su hijo⁽³¹⁾.

(30) SAMBRIZZI, “Personas que pueden ser adoptadas en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en la Revista de Derecho de Familia y Personas (DFyP 2013 mayo), 7. Este autor señala que, en principio, se darían las condiciones básicas para la adopción: el niño por nacer es una persona y por ende podría ser dado en adopción y además no existe una norma que prohíba la adopción prenatal, sin embargo, luego aclara que la norma del art. 607 inciso b) imposibilita esa alternativa.

(31) En la Comunidad Europea y en varios países del mundo se ha tomado la misma decisión legislativa de otorgar un período de reflexión o tregua de plazo variable.

El Convenio Europeo en Materia de Adopción de Menores (27 de noviembre de 2008): “Artículo 5. Consentimiento para la adopción... 5. El consentimiento de la madre para la adopción de su hijo sólo será válido cuando se preste después del nacimiento del mismo, al expirar el plazo prescrito por la ley, que no deberá ser inferior a seis semanas, o cuando no se hubiera especificado un plazo, en el momento en que, según la autoridad competente, la madre habría podido restablecerse adecuadamente de las consecuencias del alumbramiento”.

En España, el Código Civil establece en el art. 177 que, en relación con la adopción, “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto...”.

Sin embargo, inmediatamente después del parto la madre podrá firmar un *documento de renuncia* de la potestad sobre el menor, proporcionado por un trabajador social y un jurista que se desplazarán al hospital, en el que conste si desea ser informada de la situación del pequeño en un futuro y de las causas por las que ha decidido entregar a su hijo en adopción. Una vez que el menor recibe el alta médica, éste será

Ahora bien, si la manifestación de la madre durante el embarazo, recién se tornará válida a los 45 días del nacimiento, el juez no contaría con el sustento suficiente para declarar la adoptabilidad durante la gestación.

En este punto, también se podría sostener sobre la base del propio artículo, que de todos modos el juez podría declarar la adoptabilidad durante el embarazo, pero en tanto, ésta no tendría virtualidad hasta tanto se cumpla el plazo de validación de la manifestación de la madre, será difícil que se pueda avanzar en el proceso adoptivo.

Por ello, sobre la base de este inciso b) se torna imposible el otorgamiento de una adopción prenatal pues, el presupuesto de la adoptabilidad es la manifestación de la madre que recién es válida a los 45 días del nacimiento, y aun cuando el juez dictara la declaración de adoptabilidad durante el embarazo, ésta no tendría virtualidad jurídica hasta que se valide la intención de la madre en el plazo indicado.

Sin perjuicio de la existencia del mencionado plazo de reflexión, que tiene otra finalidad, no podría existir una manifestación de la madre que sea válida, durante el embarazo, porque aún no se encuentra establecido un vínculo filiatorio formal entre madre e hijo, aún no está determinada la maternidad y, por tanto, esa manifestación de voluntad de dar en adopción sólo tendrá validez una vez que nazca el hijo y que exista un completo emplazamiento filial. Esto es así por la situación de injusta desigualdad que tiene el niño durante el embarazo en nuestro derecho, ya que siendo una persona (art. 19) no tiene muchos de los atributos que le corresponden como tal⁽³²⁾.

Para parte de la doctrina, la exigencia de 45 días para habilitar la adoptabilidad del niño como impedimento para la adopción prenatal, se solucionaría incorporando un nuevo inciso al citado art. 607 del

recogido por los servicios de protección y entregado a un centro de acogida a esperas de una familia adoptiva. Ver <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-requisitos-son-necesarios-dar-bebe-adopcion-20170327100910.html>.

En Colombia en el art. 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1.098 del 08/11/2006) dispone que: "Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto. ... No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer... Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento...".

(32) Como ya lo hemos destacado, es posible el reconocimiento del hijo por nacer según el art. 574, pero injustamente solo tendrá plena virtualidad si el hijo nace con vida.

CCyC que permita a la progenitora iniciar los trámites judiciales de adopción durante el embarazo. De este modo, la madre y, en su caso, el padre, podrían manifestar en sede judicial su intención de que su hijo por nacer sea adoptado. El juez, entonces, iniciaría el proceso de adopción. Luego del nacimiento y producido el emplazamiento filial, la madre y, de corresponder, el otro progenitor, tendrían igualmente 45 días para ratificar o revocar su decisión, plazo que podría ser prorrogado a pedido de los progenitores hasta un máximo de seis meses. En ese tiempo, la guarda judicial podría ser otorgada a los progenitores bajo control administrativo y judicial, o a los aspirantes a guarda con fines adoptivos inscriptos en el Registro Único. En ambos casos, la decisión de los padres sería revocable. El procedimiento garantizaría, además, la asistencia médica y/o psicológica prenatal, durante el parto y el período de guarda⁽³³⁾.

Esta imposibilidad de declarar la adoptabilidad del niño durante el embarazo, por las razones apuntadas, también imposibilita la alternativa de otorgar una guarda adoptiva que significaría un comienzo de protección de ese niño vulnerable.

Muchos de los proyectos legislativos de adopción prenatal plantean la reforma del mencionado art. 607, incorporando un inciso que contempla a la manifestación de voluntad de la madre de dar en adopción a su hijo, como uno de los presupuestos para declarar la adoptabilidad de ese niño.

En conclusión, en el régimen jurídico actual no se puede otorgar una adopción prenatal, ya sea por el plazo de reflexión de 45 días, ya sea por la falta de identidad personal y de un completo emplazamiento fi-

(33) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. y BERTI GARCÍA, María Milagros, "Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia", en la Revista Derecho de Familia y las Personas, La Ley, 2018 (julio), p. 87 y ss. Cita Online: AR/DOC/1182/2018. El inciso d) del art. 607 que proponen estas autoras dice lo siguiente: "...d) Durante la gestación la progenitora, informada y asistida, y en su caso el otro progenitor, pueden manifestar en sede judicial su intención de que el niño sea adoptado. El juez dará inicio a los trámites ordenados a la adopción plena. Luego del parto y producido el emplazamiento filiatorio, la progenitora, y en su caso el progenitor, tendrán 45 días para ratificar o revocar tal intención. Este plazo podrá ser prorrogado, por petición expresa de los progenitores, hasta un máximo de 6 meses. Durante este plazo, los progenitores tendrán la guarda de su hijo, sujeta a la decisión final. Sin embargo, ellos podrán autorizar que el hijo sea puesto en guarda preadoptiva con las personas que designe el juez desde el momento mismo del nacimiento a través de los mecanismos judiciales correspondientes. Esta guarda preadoptiva cesará en caso de que los progenitores revoquen su intención de adopción en el plazo indicado precedentemente".

lial del niño por nacer, la aplicación efectiva de la protección prevista en el art. 594 encuentra escollos legales imposibles durante la gestación, a pesar de la alta vulnerabilidad que padece el niño y han motivado a la doctrina a encontrar valiosas soluciones interpretativas⁽³⁴⁾.

IV.3. La adopción prenatal sin declaración de la situación de adoptabilidad

Cabe destacar en este punto que de la lectura del texto del art. 597 se desprende que los niños están en condiciones de ser adoptados si se los declara en situación de adoptabilidad o *en el caso en que sus padres hayan sido privados de la responsabilidad parental*, de modo que en este último caso no sería necesaria una declaración de la situación adoptabilidad específica, bastaría la decisión judicial de privar de responsabilidad parental a ambos progenitores, para que el niño pueda ser adoptado.

En ese sentido, si el Juez priva de responsabilidad parental a ambos padres, el hijo en esas condiciones podría ser adoptado sin necesidad de una declaración de la situación de adoptabilidad, ya que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración de situación de adoptabilidad, según el art. 610.⁽³⁵⁾

En consecuencia, en el caso de privación de responsabilidad parental, no se aplicaría el art. 607 que ha sido previsto para el caso de declaración de situación de adoptabilidad y, por ende, tampoco sería requerido el plazo de 45 días para hacer efectiva la decisión de entrega de los padres, ya que, en este supuesto, esa determinación parental no existiría, pues los padres han sido privados de la responsabilidad parental.

(34) PASTORE, Analía, “Validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado”, EBOOK-TR 2021 (Sambrizzi), 115, TR LALEY AR/DOC/608/2021. Para esta autora, “La eficacia de la manifestación de voluntad expresada ante la autoridad judicial durante el embarazo anticiparía las dos primeras etapas procesales, de modo cautelar y provisorio, habilitando la declaración de situación de adoptabilidad y el discernimiento de la guarda preadoptiva con anterioridad al nacimiento. Ello evitaría la institucionalización del recién nacido y reduciría los riesgos de abandono, descuido y aborto, priorizando el interés superior del niño (cfr. art. 3° CND).

“Por otra parte, dado que la decisión prenatal se encuentra condicionada a su confirmación una vez transcurridos cuarenta y cinco días posteriores al alumbramiento, el recaudo temporal de validez exigido por la norma del art. 607, inc. b) Cód. Civ. y Com. estaría cubierto. Finalmente, la selección de los guardadores con fines adoptivos de la nómina de inscriptos en el RUA previene contra la amenaza de sustracción, venta o tráfico de recién nacidos”.

(35) ARTICULO 610.- “Equivalencia. *La sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.*”

A simple vista, este supuesto de privación de responsabilidad parental parecería no ser aplicable durante el embarazo, pues como ya hemos visto, no existe un emplazamiento filial formal con determinación de la maternidad y por ello la responsabilidad parental durante la gestación se ejerce solo precautoriamente por los progenitores, siendo esas obligaciones validadas con efecto retroactivo, una vez que se produzca el emplazamiento filial, por aplicación del art. 19.

En este punto y sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, cabe aclarar que según el art. 574 es posible el reconocimiento del hijo por nacer, por lo que podría considerarse que, en ese caso, existe un emplazamiento filial paterno, condicionado al nacimiento con vida, pero con efectos en las obligaciones de responsabilidad parental.

Finalmente, a pesar de las dificultades legales señaladas, de todos modos, deberíamos considerar el caso de progenitores que, durante la gestación, pongan intencionalmente en peligro la vida o salud de su hijo (incisos a) y d) del art. 700 del Código Civil y Comercial), aun cuando no exista un emplazamiento filial, y ese grave hecho no se puede ignorar y debería producir la privación de la responsabilidad parental al momento del nacimiento.

IV.4. La guarda prenatal protectoria

Como se ha visto la adopción prenatal de un niño consiste en el otorgamiento judicial de un vínculo filiatorio antes del nacimiento.

Desde la perspectiva del art. 594 del Código Civil y Comercial pueden configurarse todos los presupuestos de la protección allí regulada, ya que, ante un embarazo no deseado, se produce la necesidad de resguardar el derecho del niño a una familia, al mismo tiempo que surge que la madre biológica puede presentar su manifestación de darlo en adopción.

La protección prenatal del niño vulnerable encuentra fundamento en la propia Constitución Nacional que contempla el caso de "...protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo..." en el artículo 75 inciso 23.

Sin embargo, de acuerdo con lo explicado, la concreción de una adopción estrictamente prenatal resulta casi imposible, en el marco del Código Civil y Comercial, ya que, aun suprimiendo el plazo de 45 días del art. 607 inciso b), el proceso adoptivo no solo consiste en declarar la adoptabilidad del niño, sino que también requiere la designación de los guardadores, el desarrollo de un período de guarda y finalmente el otorgamiento del vínculo filiatorio adoptivo y todo ello antes del nacimiento.

Es por ello que, en orden a resguardar al niño vulnerable durante el embarazo, se debe considerar entonces la posibilidad del otorgamiento de una guarda prenatal estrictamente protectoria sin una finalidad adoptiva.

En este caso, debería contemplarse la designación de guardadores protectorios durante el embarazo, para luego evaluar si se lleva a cabo el proceso adoptivo una vez nacido el niño.

La utilización de este instrumento protectorio cautelar de guarda prenatal se podría llevar a cabo con el régimen legal vigente, sin ninguna modificación, ya que se podría otorgar esta guarda protectoria durante el embarazo, al margen de la manifestación de la madre o de la declaración de adoptabilidad, que en el régimen actual ocurriría recién cuando los progenitores validen a los 45 días su voluntad de dar a ese niño en adopción.

En caso de otorgarse una medida cautelar de guarda prenatal, luego de la declaración judicial de adoptabilidad, los guardadores podrían continuar con su guarda, incluso, si fuera el caso, con finalidad adoptiva y no meramente protectoria, en el marco de un proceso de adopción.

En el marco de este razonamiento también pensamos que es posible aplicar en este caso la delegación directa de la guarda prenatal del niño de parte de los progenitores durante el embarazo, supuesto que encuadraría en la excepción que contempla el art. 611 del Código respecto de los parientes y que nosotros pensamos se podría extender también a terceros designados válidamente por los progenitores.

Nuevamente aquí corresponde recordar que la guarda como instituto meramente protectorio o eventualmente adoptivo siempre se otorga o establece en beneficio del niño y en orden a su interés superior, de modo que de verificarse una situación de vulnerabilidad es un remedio adecuado para proteger.

Una guarda prenatal protectoria en términos prácticos tendrá como objetivo que ese niño nazca y deberá ejercerse en necesario conocimiento de la madre embarazada que voluntaria o involuntariamente puede poner en riesgo esa gestación.

En ese sentido, pueden darse diversos casos que permitan ameritar esa guarda, desde declaraciones de expresa voluntad de entrega en guarda del niño durante el embarazo, hasta casos de progenitores con adicciones, enfermedades graves o casos de violencia familiar o de género que pueden poner en riesgo la vida del niño en el propio vientre de la madre.

En estos casos el guardador protectorio del hijo por nacer deberá participar de la vida de la madre y del niño de manera directa y atenta, proveyendo toda la asistencia legal y medica necesaria.

En el análisis de los proyectos legislativos que se han presentado en los últimos años en el Congreso Nacional⁽³⁶⁾, se puede observar que en su gran mayoría aluden a una adopción prenatal que no es tal, en algunos casos se trata de una posible guarda prenatal, en otros se refieren solo a la posibilidad de una declaración de adoptabilidad prenatal, que, sin embargo, aparece condicionada al nacimiento o a determinado plazo temporal de ratificación de la madre.

Las medidas protectorias prenatales de tipo cautelar, como la guarda, pueden ser válidamente dispuestas por un juez en resguardo del niño. En este caso, no se requiere la voluntad de la madre de entregar en adopción, pero sí se deberá acreditar que existe una situación problemática para el niño por nacer, a partir situaciones de violencia, enfermedad, adicciones, de la manifestación materna de embarazo no deseado o de la expresión de su intención de renunciar al cuidado del niño por nacer, para que se configure una situación de vulnerabilidad que habilite el otorgamiento de una guarda protectoria.

La injusta norma del último párrafo del art. 21 (“si no nace con vida se considera que la persona nunca existió”) hace referencia a un niño que no nace con vida por causas naturales, pero no debería aplicarse a aquel nacimiento frustrado que hubiera sido provocado por los propios progenitores o terceros que en forma voluntaria o involuntaria colocaron a ese niño por nacer en una situación de grave vulnerabilidad y consecuente muerte.

Por ello resulta tan importante, poner en práctica el otorgamiento de guardas protectorias prenatales que aseguren el nacimiento de los niños vulnerables durante la gestación.

(36) PITRAU, Osvaldo “Adopción Prenatal. Régimen Jurídico y proyectos legislativos”, en Revista Anales de la Legislación Argentina, n° 5 (mayo 2019), Ed. La Ley, año 2019.

RELEVANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

I. INTRODUCCIÓN

Desde antiguo se ha considerado necesario determinar quiénes son el padre y la madre de cada persona, lo que le confiere a ésta un lugar en la sociedad y dentro de cada familia, circunstancia que hace que sobre la misma recaiga un haz tanto de derechos como de obligaciones, y también de prohibiciones, como las resultantes de los impedimentos matrimoniales, de los cuales resulta que no pueden contraer matrimonio entre sí determinados parientes vinculados ya sea por la consanguinidad o por la afinidad (art. 403, incisos a), b) y c), Cód. Civil y Com.)⁽¹⁾.

Piénsese en la cantidad de derechos —aparte de las recíprocas obligaciones— que le corresponden a la persona por su calidad de hijo, lo que le permite, entre otras cosas, reclamar alimentos tanto a sus padres, como a otros parientes, ya sea hasta llegar a la mayoría de edad, o inclusive más allá (arts. 537 y sigtes., Cód. Civil y Com.), así como también ejercer y reclamar el derecho de comunicación (arts. 555 y sigs.), o heredar a los padres y parientes más próximos (arts. 2426 y sigtes., Cód. Civil y Com.). Además, en algunos países, fundamentalmente europeos, que sostienen el régimen del *ius sanguinis*, la filiación determina la nacionalidad de la persona.

(1) Con relación a lo cual, cabe señalar que a diferencia del artículo 166 inciso 3º del Código Civil, nada se dispone en particular en el actual Código con relación a los impedimentos matrimoniales del adoptado por adopción simple con respecto a la familia del adoptante, debiéndose a nuestro juicio haber creado en forma explícita distintos impedimentos, tales como entre el adoptado y el cónyuge del adoptante (suponiendo que el adoptante se hubiera casado con posterioridad a la adopción), entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, y entre este último y los ascendientes y descendientes (aparte de los hijos) del adoptante.

Como se advierte, la identidad de las personas constituye una cuestión de suma relevancia, lo que así ha sido considerado —entre otros— en nuestro país, circunstancia que ha llevado en el año 1992 a crear la Comisión Nacional de Derecho a la Identidad en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Debemos recordar que entre las conclusiones aprobadas en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el año 1997, se afirmó que “la identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano”, y que “la identidad personal es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica”, así como que la misma constituye un derecho autónomo⁽²⁾. Se ha sostenido al respecto que la identidad biológica —que no puede renunciarse ni disponerse— conforma uno de los presupuestos del concepto jurídico de persona, por lo cual no tiene la condición de facultad conferida por el orden normativo a la voluntad de aquélla; no es, por tanto, se ha dicho, “un derecho subjetivo, sino un elemento que da contenido al atributo del estado civil, del cual nacen y se proyectan las relaciones de familia”⁽³⁾.

II. TODA PERSONA TIENE UNA IDENTIDAD Y EL DERECHO A QUE SE LA RESPETE

Toda persona tiene, por tanto, una identidad, no admitiendo la dignidad de la persona que la misma sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho de todos, y particularmente del *nasciturus*, a su identidad y, como consecuencia de ello, a gozar del uso del nombre y de la nacionalidad que le corresponde, así como de integrarse en el seno de su propia familia, lo cual implica por parte de los hijos el derecho de vivir con sus padres, debiendo en lo posible por ser ello deseable, que los padres biológicos coincidan con los padres legales, y ser criado por éstos. Es por ello, entre otras razones, que se ha sostenido con razón que la llamada maternidad subrogada no se compeadece con el

(2) Véase al respecto, Mizrahi, Mauricio Luis, “Límites y recaudos en las pruebas biológicas para determinar la filiación”, ED, 201-949, I; Figueroa Yáñez, Gonzalo, con la colaboración de Collantes Schaale, Carolina, “Información genética y derecho a la identidad personal”, en *Bioética y Genética*, Bs.As., 2000, pág. 124, quienes sostienen que el derecho a la identidad personal es un derecho esencial dentro de los Derechos Humanos, con características propias y con rango de autonomía.

(3) Cifuentes, Santos, “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”, LA LEY, 2001-C, 759.

necesario respeto a la dignidad humana⁽⁴⁾. Como también tiene el derecho a investigar con amplitud su verdadera identidad.

Recordamos sobre el tema, específicamente y con relación al niño, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, y en nuestro país por la ley n° 23.849 —sancionada el 27 de septiembre de 1990—, que tiene vigencia constitucional (art. 75 inciso 22, CN), el niño tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas⁽⁵⁾. Dicha norma agrega que “cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Y el artículo 7° dispone, a su vez, que “el niño... tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos”, y que “los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Es precisamente con fundamento en dicha Convención que se ha sostenido que el derecho a la identidad personal reconocida en la misma “determina que ninguna norma jurídica obstaculice que la persona sea tenida por hijo legal de quien es hijo biológico, pues constituye un error suponer que el Código Civil es el techo último de nuestro ordenamiento jurídico y no es correcto que cuestiones como la filiación y la legitimación para impugnarla o emplazarla dependen discrecionalmente de lo que la

(4) Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, pág. 141.

(5) Cabe sobre el tema señalar que el art. 12 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, sancionada en el año 1994, enumera entre los derechos de los que gozan las personas, el de “conocer la identidad de origen”. Por su parte el art. 12 inciso 1° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada en el año 1996, establece que la Ciudad garantiza “el derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquéllos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información”.

ley establece, pues por encima del Código Civil y de la ley está la Constitución y los Tratados Internacionales al estar en juego derechos que ni la ley ni los jueces pueden resolver sin subir un peldaño más arriba hasta la Constitución y los Tratados porque por vía de regular limitadamente la legitimación se está ocultando en las normas jurídicas una realidad biológica que compromete al estado civil de las personas, al derecho a la propia identidad, a la verdadera filiación y al acceso a la justicia”⁽⁶⁾.

La relevancia del derecho a la identidad ha sido puesto especialmente de relieve por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo del 4 de diciembre de 1995, que con cita de las normas más arriba referidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, resolvió que debía ser realizada la prueba de histocompatibilidad ordenada por el Tribunal Penal que había ordenado esa medida, a fin de determinar la veracidad de la filiación tanto paterna como materna que resultaba de la Partida de nacimiento de una menor. En el caso se oponían a la prueba quienes aparecían como los presuntos autores de los delitos investigados⁽⁷⁾. No obstante, en una sentencia posterior, de fecha 30 de septiembre de 2003, nuestro más Alto Tribunal resolvió al anular el fallo de la Cámara, que “se encuentra justificada la negativa de una persona mayor a someterse a la extracción de sangre para efectuar un examen a los fines de investigar su verdadera identidad, si los mismos pueden ser utilizados para obtener elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes considera sus verdaderos padres y la ley procesal autoriza a proteger”, y que no corresponde disponer “la extracción compulsiva de sangre a una persona mayor de edad —presunta víctima de los delitos de sustracción de menores y ocultación de estado civil— para someterla a una prueba hemática a fin de determinar su verdadera identidad, pues resulta violatorio de respetables sentimientos y consecuentemente del derecho a la intimidad asegurado por el artículo 19 de la Constitución Nacional”. En

(6) CApel. Civ. y Com. Concordia, sala III, fallo del 16-11-2001, ED, 201-642.

(7) CSJN, Fallos, 318:2526. El fallo también está publicado en ED, 168-443, con nota de Álvarez, Osvaldo Onofre, “Ante una compulsiva pericia hematológica y el resguardo de los derechos individuales”. Se trataba de una causa en la que se investigaba la separación —por motivo de abandono o sustracción— de niños recién nacidos de sus padres biológicos, y su entrega a terceros a cambio del pago de una suma de dinero. Debemos sin embargo recordar que en una causa resuelta con fecha 13/11/1990, donde también había una investigación penal de por medio, el mismo Tribunal había decidido por mayoría, que “someter a un menor de edad, que no es víctima del hecho de la causa, y al que no se le imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, vale decir, a una prueba que supone ejercer cierto grado de dolencia, por mínima que sea, sobre su cuerpo, invade su esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial, esto es, la disponibilidad del propio cuerpo, y comporta una lesión a su integridad física (Fallos, 313:1113)”.

ese fallo también se sostuvo, entre otros conceptos, que “si una persona mayor de edad no quiere conocer su verdadera identidad, el Estado no puede obligarla a investigarla ni a promover las acciones judiciales destinadas a establecerla”⁽⁸⁾. Tanto la sentencia recién reseñada de la Corte Suprema, como el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, citado en la nota que antecede, han sido criticados por Mizrahi, por comportar, según afirma dicho autor, “una restricción injustificada al legítimo derecho de los sujetos a la búsqueda de la verdad y a la consecuente determinación de los vínculos familiares”⁽⁹⁾.

(8) LA LEY, 2003-F, 434, con nota aprobatoria de Bidart Campos, Germán J., “El examen hematológico mediante prueba obtenida compulsivamente”. En su voto, los doctores Petracchi y Moliné O’Connor afirmaron que “la extracción compulsiva de sangre ordenada a la presunta víctima de delitos de sustracción de menores y ocultación de estado civil durante el Proceso de Reorganización Nacional implica una invasión, no sólo en su cuerpo, sino también en el ámbito íntimo de los lazos afectivos de aquélla; pues ello no haría más que duplicar sus padecimientos, primero por haber sufrido el delito y luego, al obligarla a traicionar su conciencia y a tolerar que el Estado pueda valerse de su cuerpo para satisfacer la pretensión penal pública”. Entre los fundamentos del voto, también sostuvieron que el interés de la presunta abuela debe ceder, “pues sólo podría ser satisfecho mediante un intenso ejercicio de violencia estatal sobre el cuerpo de la recurrente, que lesionaría el derecho a la intimidad que el art. 19 de la CN le reconoce”. En su voto en minoría, el doctor Maqueda consideró como una medida razonable, y por ello, “no cuestionable por la vía del recurso extraordinario, la orden de extraer compulsivamente una muestra de sangre a la presunta víctima de los delitos de sustracción de menores y ocultación de estado civil durante el Proceso de Reorganización Nacional, atento al derecho de la comunidad a conocer la identidad de los desaparecidos, el interés en la persecución de los culpables, la mínima afectación que la prueba supone para aquélla, la prisión preventiva dictada respecto de los imputados y su idoneidad por el grado de certeza de la prueba hematológica para determinar la filiación”. Cabe asimismo recordar que pocos días antes, el 08-09-2003, la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió un caso sometido a su decisión en igual sentido que lo resuelto en el fallo recién referido de la Corte Suprema de Justicia, al hacer lugar a un recurso de casación y consecuentemente, anular la sentencia de la sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, que había dispuesto la extracción compulsiva de sangre a una persona mayor de edad (se investigaba si era hijo de padres desaparecidos durante el último gobierno de facto) a los fines de establecer su filiación (LA LEY, 2003-F, 343).

(9) Mizrahi, Mauricio Luis, “Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas”, LA LEY, 2004-A, 1237, V. Conf. con la crítica, Cayuso, Susana Graciela, “La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 10 de noviembre de 2003, pág. 14.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD CON FUNDAMENTO EN LA GENÉTICA

En principio, es deseable que exista una concordancia entre el emplazamiento familiar de la persona y su presupuesto biológico o genético. La identidad de la persona en relación con otras resulta, por lo general, de la relación biológica o genética que exista entre ellas, cuestión que en los últimos tiempos ha sido puesto de relieve con especial énfasis en lo que se ha dado en llamar el *derecho a la identidad personal*, habiendo sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano”⁽¹⁰⁾.

El orden jurídico procura que exista identidad entre el vínculo genético y el jurídico, o sea, tratándose del hijo, que el mismo se halle inscripto en el Registro Civil como hijo de sus verdaderos padres considerados desde el punto de vista de la relación genética, tanto del padre como de la madre. Es que, como norma general, “las relaciones de filiación están guiadas por principios biológicos que expresan los componentes más elementales de la identidad de una persona humana, como es que su procreación sea el fruto de la unión de un varón y una mujer”⁽¹¹⁾. Y como señala Famá en una nota publicada en el año 2011, uno de los “ejes fundamentales que inspira la filosofía de la ley 23.264 y que constituye un cimiento esencial del régimen filiatorio argentino es el respeto por la realidad biológica, que halla su fundamento constitucional en el reconocimiento del derecho a la identidad y del derecho a la verdad”⁽¹²⁾.

Soto Lamadrid afirma que “la esencia original de la filiación es el vínculo genético”, a través del cual nos identificamos con nuestros descendientes, como asimismo, que “excluida la adopción, cuya base voluntarista resulta indiscutible, todos los códigos latinoamericanos han buscado, a través de diversas presunciones, el origen genético de la parentalidad”⁽¹³⁾. Corral Talciani sostiene que en una gran parte de los

(10) Cit. por Lafferrière, Jorge Nicolás, “El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética”, ED, diario del 21-08-2015, n° 3.2.

(11) Lafferrière, Jorge Nicolás, “La ley 26.618 y sus implicancias en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, RDFyP, año 4, n° 2, marzo de 2012, pág. 36, 2.

(12) Famá, María Victoria, “Padres como los demás... Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario”, RDF, n° 48, marzo de 2011, pág. 57.

(13) Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, filiación y delito, Bs. As., 1990, págs. 46 y sig., parágr. 13.

casos, el principio de verdad biológica tiene como beneficiario al hijo, a quien le interesa conocer quiénes son sus verdaderos progenitores, lo que es así no sólo porque ello le permite reclamarles deberes de afecto y de ayuda material, sino también porque él puede reconocerse y determinarse como individuo humano singular y único. De allí que se haya conectado el principio de verdad biológica como un derecho del hijo y, más específicamente, del hijo a construir su propia identidad, que asume la característica de un derecho humano tutelado por instrumentos jurídicos de alto rango⁽¹⁴⁾.

IV. EL CRITERIO DE LA VERDAD BIOLÓGICA NO ES ABSOLUTO

Pero si bien lo deseable es que exista identidad entre el vínculo genético y el jurídico, debemos señalar que el criterio de la verdad biológica no es absoluto, por lo que no siempre debe dársele preeminencia, existiendo supuestos en los cuales el emplazamiento familiar de la persona no coincide con su presupuesto biológico, a pesar de lo cual no siempre y en todas las circunstancias este último debe prevalecer. Tal es el caso, por ejemplo, de la adopción plena, en la cual el vínculo biológico no coincide con el jurídico, y salvo que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial (arg. art. 620, 1ª parte del Cód. Civil y Com.) o el posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, no resulta admisible la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores, o el reconocimiento por parte de éstos (art. 624, 2ª parte).

Esa incoincidencia entre ambos vínculos también se produce en distintos ordenamientos jurídicos —entre otros, en el nuestro—, en el supuesto del niño nacido de la fecundación de la mujer casada con gametos de un tercero donante, cuando el marido ha prestado consentimiento previo, informado y libre, para la práctica del procedimiento, puesto que en ese caso, la identidad filiatoria genética difiere de la paternidad atribuida al marido de la gestante. Ello ocurre, asimismo, entre otros supuestos, cuando se transfiere a una mujer para su gestación un embrión resultante de la fecundación de un óvulo de otra mujer, caso en el cual, en la mayor parte de las legislaciones, inclusive en nuestro país, el niño es considerado como hijo de aquella que lo ha gestado (arts. 562 y 565, Cód. Civil y Com.). Dicho Código prácticamente ha desconocido el derecho a la identidad de las personas nacidas por la aplicación de

(14) Corral Talciani, Hernán, “Anonimato del progenitor versus derecho del hijo a conocer su identidad biológica”, en *La Filiación: sus desafíos jurídicos*, hoy, AA.VV., Bs. As., 2010, pág. 232.

un procedimiento de procreación asistida, al asignarles una relación de identidad con su padre o “segunda” madre (aparte de la gestante) que deriva exclusivamente de la voluntad, en lugar de por una circunstancia objetiva, como es la que resulta del nexo genético existente entre ambos⁽¹⁵⁾, que es lo que como regla general ha sido reconocido hasta ahora, y particularmente por la ley 23.264. La distinción que efectúa la nueva normativa entre los nacidos por un procedimiento de procreación asistida y las personas nacidas de una relación sexual natural, cuya identidad —las de estas últimas— resulta, como regla general, de la relación genética o biológica, es ciertamente relevante y, a nuestro juicio, completamente injustificada. Roberto Andorno ha dicho al respecto que el Derecho, “desbordado por el avance de la biomedicina, se encuentra con que las biotecnologías de la reproducción artificial hacen estallar muchos principios jurídicos clásicos”, entre los cuales dicho autor menciona la presunción de paternidad de los hijos matrimoniales, la regla *mater semper certa est*, el principio básico de distinción personas-cosas, y el de indisponibilidad del estado civil; y agrega que por la utilización de gametos de terceros anónimos y la consiguiente imposibilidad para el hijo de conocer quiénes son sus verdaderos padres genéticos, también aparece afectado el orden genealógico, que no es sólo de índole jurídica sino también social y cultural⁽¹⁶⁾. Recordamos a Mercedes Ales Uría cuando afirma que no obstante que en los Fundamentos del nuevo Código se sostiene 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”, que se aparta de las tendencias más recientes en Derecho comparado⁽¹⁷⁾.

Por su parte, Zannoni considera que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico, no es suficiente para

(15) Conf. 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. 144, III. Héctor Rojas Peralta se pregunta cómo podría un niño tener derecho a conocer su identidad si no se le garantiza el derecho a saber quiénes son sus padres biológicos. Y agrega: “Esta es la razón por la cual el orden público internacional ha dado una preferencia a la filiación biológica debido a que se estaría decidiendo sobre derechos indisponibles donde la autonomía de la voluntad no es suficiente” (“Consideraciones sobre persona y familia en el Proyecto de Código Civil”, E.D., 249-887).

(16) Andorno, Roberto L., “La procreación artificial: actual problemática jurídica en Francia”, ED, 146-597 y nota 31.

(17) “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, pág. 119.

definir por sí mismo la proyección dinámica de esa identidad, entendida esta última en cuanto al aspecto de los vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos. Lo cual le permite concluir que el concepto de identidad filiatoria de una persona, no es necesariamente correlativo del dato puramente biológico determinado por la filiación. A lo que no obsta, agrega, lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño con respecto al derecho de éste a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad y sus relaciones familiares sin injerencias ilícitas, puesto que ello debe ser hecho “de conformidad con la ley”, la cual puede, por razones de política jurídica, privilegiar una identidad filiatoria consolidada, no coincidente con una *verdad biológica* considerada apriorísticamente, y negar una investigación de la verdadera identidad, aun cuando ello no implicare necesariamente alterar el emplazamiento filiatorio del niño⁽¹⁸⁾. Sobre lo cual Santos Cifuentes expresa que “se ha observado en varias ocasiones que la identidad biológica debe subordinarse a veces en atención de la paz de la familia. Razones de ética llevan a admitir una limitación a las indagaciones que en situaciones dadas no son constructivas para la sociedad, según las aspiraciones de ella”⁽¹⁹⁾.

Entiende Zannoni, siguiendo esas pautas, que no es inconstitucional ni contraría la Convención sobre los Derechos del Niño, la limitación de efectos que el art. 327 del derogado Código Civil —similar a la 2ª parte del artículo 624 del actual Código— establece con relación al reconocimiento por parte de los padres biológicos del menor adoptado plenamente, como también para el ejercicio por este último de una acción de reclamación de filiación; lo cual, señala por otra parte, no satisface ningún interés actual del adoptado y, por el contrario, puede introducir factores de perturbación de los vínculos creados en el seno de la familia adoptiva, debiendo hacer notar —señala— que la precitada Convención también dispone que ningún niño debe ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias en su vida privada y en su familia, teniendo asimismo el niño derecho a no querer conocer —pudiendo hacerlo— su realidad biológica, evitando de tal forma una intromisión en su intimidad. A la

(18) “Adopción plena y derecho a la identidad personal (La “verdad biológica”: ¿Nuevo paradigma en el Derecho de Familia?)”, en *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci, t. I, Santa Fe, 1999, pág. 231.

(19) “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”, *LA LEY*, 2001-C-762.

misma conclusión arriba con relación al artículo 323 del anterior Código, y sus concordantes⁽²⁰⁾.

En igual sentido, Mizrahi afirma que no siempre se ha de operar —ni es conveniente que así sea en todos los casos— una concordancia entre el vínculo biológico filiatorio y el jurídico, estimándose hoy en día insuficiente el planteo por el cual el puro dato biológico constituye un elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación. Agrega dicho autor que resultan discutibles las posturas biologists extremas que han sido esbozadas por algunos autores, y señala que “la identidad filiatoria tiene asimismo una perspectiva *dinámica* y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales *asumidos* y recíprocamente *aceptados* por padre e hijo... De esta manera sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato. Es que... el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, por lo que no es dable confundir el origen biológico con la identidad misma de la persona”⁽²¹⁾.

Señalamos asimismo que al igual que lo que ocurre en otras legislaciones, en la nuestra existen disposiciones negatorias de la investigación de la identidad (conf., art. 564, Cód. Civil y Com.), que —sin perjuicio del reconocimiento de excepciones, por razones puntuales— admiten

(20) Zannoni, Eduardo A., “Adopción plena y derecho a la identidad personal (La “verdad biológica”: ¿Nuevo paradigma en el Derecho de Familia?)”, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, coord. por Aída Kemelmajer de Carlucci, AA.VV., Santa Fe, 1999, pág. 238. Contra, Medina, Graciela, “Adopción y conocimiento de la verdad biológica (El caso Odievre de la Corte Europea)”, LA LEY, 2003-E-1253. Recordamos que el art. 19 de la ley de adopción, n° 19.134, análogo al art. 327 del Código Civil derogado y al art. 624, 2° párrafo del Cód. Civil y Com., fue convalidado —si así pudiéramos decir— por la Corte Suprema de Justicia, en un fallo de fecha 13-12-1990, LA LEY, 1991-B-470, con una excelente nota aprobatoria de Mazzinghi, Jorge A., “Cabal interpretación de una supuesta garantía constitucional”.

(21) Mizrahi, Mauricio Luis, “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, LA LEY, 2004-E, 1197. Aclara Mizrahi que “desde luego, siempre habrá que dejar a salvo los casos en que la relación fáctica familiar tiene su origen en la comisión de delitos y cuando han mediado reclamos positivos por parte de los parientes sanguíneos del hijo”. Conf., del mismo autor, “Legitimados para impugnar la paternidad matrimonial”, en RDE, n° 36, Buenos Aires, marzo/abril 2007, págs. 127 y sigte.; y “Desplazamiento filiatorio inconstitucional y legítima adquisición del apellido por el largo uso”, en RDE, 2004-II-28; este último trabajo es una nota a un fallo de la sala M de la CNCiv., en la que no obstante la posesión de estado de un menor por alrededor de 20 años, el Tribunal hizo lugar a la impugnación de la filiación extramatrimonial con fundamento en la prueba biológica, de la que resultó que quien lo había reconocido no era el progenitor.

como regla general el anonimato ya sea absoluto o limitado en cuanto a la persona del donante de gametos, así como también, vedan a este último los datos de la persona que utilizó el elemento fecundante con una finalidad procreativa, a fin de evitar que irrumpa de una manera que puede ser negativa en la familia que procreó a un hijo con gametos de ese tercero, causando daños que pueden llegar a ser irreparables. Al cuestionamiento constitucional que se ha efectuado de dichas disposiciones con fundamento en la afirmación de que el desarrollo de la personalidad incluye como derecho constitucional el de conocer su propio origen biológico, se ha replicado, siguiendo lo expresado al respecto por el Consejo de Europa, que si bien todo hombre busca su origen y, además, tiene derecho a investigarlo, ese derecho puede ser limitado por ley cuando determinados bienes jurídicos así lo exijan, lo cual ocurre en el supuesto contemplado, ya sea para evitar el chantaje por parte del donante o los remordimientos de los propios interesados, como también por otros motivos⁽²²⁾.

V. EL CÓDIGO PENAL Y LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

El Código Penal contempla distintos supuestos de violación del derecho a la identidad, tan es así que castiga con prisión de seis meses a dos años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro (art. 138).

A su vez el artículo siguiente fija la pena de prisión de dos a seis años a la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan, y al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

Por su parte, el artículo 139 *bis*, incorporado al Código Penal por la ley 24.410 —que también modificó los artículos 138 y 139—, establece que “será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este capítulo⁽²³⁾, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenazas o abuso de autoridad.

(22) Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999, págs. 102 y sigtes.

(23) Denominado “Supresión y suposición del estado civil y de la identidad”.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este capítulo”.

VI. LOS DAÑOS POR VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEBEN SER REPARADOS

Cuando la violación culposa del derecho a tener la propia identidad acarrea daños a la persona, éstos deben ser resarcidos. Existen varias maneras de violar ese derecho, entre las cuales señalamos —entre otros supuestos y aparte de lo que resulta de lo antes dicho al respecto— la adopción conseguida por medios ilícitos, o cuando el hijo no es reconocido por su padre.

Y al igual que el Código francés, que admite expresamente la acción de daños y perjuicios derivados del desconocimiento del derecho a la identidad del hijo por parte del padre que no lo reconoció (art. 340-5), el artículo 587 del Código Civil y Comercial establece la reparabilidad del daño causado al hijo por la falta de reconocimiento, debiendo señalar al respecto que antes de la reforma del Código, en nuestro Derecho no existía una norma legal expresa que dispusiera la procedencia del resarcimiento por esa causa, aunque sin embargo, ello fue reconocido tanto por la doctrina como por los fallos de nuestros tribunales.