

# **Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura Reforma del Código Civil Argentino.**

Gabriela Irrazábal.

Cita:

Gabriela Irrazábal (2012). *Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura Reforma del Código Civil Argentino. Revista de Derecho de Familia, (57), 113-134.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/gabriela.irrazabal/34>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pCN7/ThM>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.  
Para ver una copia de esta licencia, visite  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*





# DERECHO DE FAMILIA

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia

NOVIEMBRE 2012

57

## **DERECHO DE FAMILIA**

### **Directoras**

Cecilia P. Grosman - Aída Kemelmajer de Carlucci - Nora Lloveras

### **Vicedirectora**

Marisa Herrera

### **Secretarías de redacción**

María Bacigalupo de Girard - Carolina Bonaparte

Fundada por Cecilia P. Grosman, Celina A. Perrot y María Bacigalupo de Girard en 1989

---

### **Legislación y jurisprudencia extranjera**

Ida Scherman - Alicia A. Carnaval -  
María Victoria Famá - Ana M.  
Chechile - Javier Muñiz

### **Legislación nacional**

Graciela Monteavaro - Silvia  
Fernández

### **Síntesis bibliográfica**

Natalia de la Torre

### **Revista de revistas**

Viviana Gómez

### **Informaciones**

Marisol Bugués - Gabriela Vero -  
Sebastián Fortuna

### **Investigaciones**

Marisa Herrera

### **Arte, literatura y derecho de familia**

Jorge Azpiri

### **Volumen de jurisprudencia**

Myriam M. Cataldi - María Victoria  
Famá - Marisa Herrera - Carolina  
Bonaparte

### **Colaboraciones permanentes**

Beatriz Bísvaro - Mariana Fortuna -  
Clara Romero - Mariana Rodríguez  
Iturburu - Martín Culaciati

### **Comité consultivo nacional**

Jorge Azpiri, Augusto César Belluscio,  
Gustavo Bossert, Eduardo Cárdenas,  
Carlos Díaz Usandivaras, Eduardo  
Fanzolato, Eva Giberti, María Josefa  
Méndez Costa, Catalina Wainerman,  
Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo  
Zannoni

### **Comité consultivo internacional**

José de Castro Biggi (Brasil), Jacques  
Commaile (Francia), François Chabas  
(Francia), Jacqueline Rubellin Devichi  
(Francia), Lucette Khaiat (Francia),  
Eugenio Llamas Pombo (España),  
Raymundo Macías (México),  
Jean François Perrin (Suiza), Silvio  
Rodríguez (Brasil), Jean Pierre  
Rosenczveig (Francia), Karl August  
Prinz von Sachsen Gessaphe (Alemania),  
Marc Zuñiga (México), Encarna Roca  
Trias (España), Zarraluqui Sánchez  
Eznarriaga (España), Andrew Bainhaim  
(Inglaterra), Rainer Frank (Alemania),  
Stephen Parker (Australia)

Una publicación de  
**AbeledoPerrot S.A.**  
Tucumán 1471,  
(C1050AAC),  
Buenos Aires,  
Argentina

**Director Editorial**  
Alejandro P. F. Tuzio

**Editor**  
Alejandro Carey

**Coordinación Editorial**  
Fiorella C. Vigo

ISSN 1851-1201

---

# DERECHO DE FAMILIA

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia

NOVIEMBRE 2012

57

## Bioética y Derecho de Familia II

### Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

#### **Directoras**

Cecilia P. Grosman

Aída Kemelmajer de Carlucci

Nora Lloveras

ISSN: 1851-1201

Todos los derechos reservados  
© AbeledoPerrot S.A.

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471  
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas  
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030  
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5235-9620  
Figueroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468  
Fax.: (54-11) 5236-8939  
clientes@abeledoperrot.com  
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de octubre de 2012  
en los talleres gráficos de "La Ley" S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130  
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

# ÍNDICE GENERAL

## ÍNDICE GENERAL

### PRESENTACIÓN

Presentación	
<b>Por Marisa Herrera</b> .....	1

## BIOÉTICA Y DERECHO DE FAMILIA II

### PRESENTACIÓN

Presentación	
<b>Por Aída Kemelmajer de Carlucci y Eleonora Lamm</b> .....	3

### DOCTRINA

Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo	
<b>Por María Victoria Famá</b> .....	5
Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?	
<b>Por Aída Kemelmajer de Carlucci</b> .....	31
Reflexiones acerca del secreto profesional y sobre las justas causas de revelación	
<b>Por Sandra M. Wierzba</b> .....	59
¿“Vulnerabilidad” o “capas de vulnerabilidad” en las personas mayores?	
<b>Por Florencia Luna</b> .....	69
Europa y la “familia libre”. Reflexiones sobre el aporte del derecho de la procreación asistida a las evoluciones de la familia	
<b>Por Christian Byk</b> .....	85
Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España	
<b>Por Mónica Navarro Michel</b> .....	91
Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura reforma del Código Civil argentino	
<b>Por Gabriela Irrazábal</b> .....	113



Derecho a la vida ¿de quién? La interrupción voluntaria del embarazo en América latina <b>Por Lily Flah y Nelly Minyersky</b> .....	135
--	-----

## PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012

### DOCTRINA

El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación <b>Por Ana María Chechile</b> .....	167
Los viejos convenios de liquidación de sociedad conyugal y su transformación en el nuevo Código: la revalorización de la autonomía de la voluntad <b>Por Ramiro G. Flores Levalle</b> .....	179
Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género <b>Por Mariel F. Molina de Juan</b> .....	187
La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil <b>Por Lea M. Levy y María Bacigalupo de Girard</b> .....	205
El derecho alimentario familiar en el Proyecto de reforma <b>Por Osvaldo F. Pitrau</b> .....	215
Las acciones de filiación por naturaleza en el Proyecto de Código Civil y Comercial <b>Por Martín B. Alesi</b> .....	233
Comentarios a la normativa sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación <b>Por Sebastián I. Fortuna</b> .....	261
Responsabilidad parental <b>Por Mirta Ilundain</b> .....	305
Traslado forzoso de personas con padecimientos mentales. Una norma proyectada y varios derechos fundamentales protegidos <b>Por Alberto Jury</b> .....	331
Índice de colaboradores.....	IX
Índice de materias .....	XXI
Índice de partes litigantes.....	XXXIX
Índice de tribunales.....	XL

# ÍNDICES

## ÍNDICE DE COLABORADORES \* y \*\*

### **Abrantes de Pina, Ruskaia**

- Reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo en Brasil: un camino por recorrer, RDF 56-269 (DE)

### **Agrelo, Susana**

- El tiempo en la separación de hecho (De cómo el derecho sigue al hecho), RDF 2012-III-98 (JA)

### **Aguilera Rull, Ariadna**

- Un análisis feminista de la atribución de la custodia, RDF 54-181 (DE)

### **Alé, Romina**

- El derecho del niño a su defensa técnica, RDF 2012-IV-48 (JA)

### **Alesi, Martín B.**

- Las acciones de filiación por naturaleza en el Proyecto de Código Civil y Comercial, RDF 57-233 (D)

### **Antón, Ricardo E. y Moreno, Gustavo D.**

- La defensa pública de niñas, niños y adolescentes en las vías recursivas. Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, RDF 54-87 (D)

### **Antonelli, Loreley D.**

- “La antropología frente a los problemas del mundo moderno”, de Claude Lévi-Strauss, RDF 56-359 (ByC)

### **Arauz Castex, Agustín**

- El alcance y los límites respecto de la protección jurídica de la vivienda, RDF 2012-I-79 (JA)

### **Argeri, Gastón M. M.**

- La filiación extramatrimonial y su posible inconstitucionalidad en cuanto al plazo de caducidad, RDF 2012-II-25 (JA)

### **Argeri, Gastón y Zavalía, Amparo**

- “Teoría y práctica del derecho de familia hoy”, de Marisa Herrera, RDF 56-363 (ByC)

### **Assandri, Mónica y Lupoli, María Claudia**

- La garantía del debido proceso legal de las niñas, niños y adolescentes: un fallo innovador, RDF 2012-I-224 (JA)

### **Azevedo Ludwig, Frederico A.**

- Principio del afecto y la relación entre abuelos y nietos por afinidad, RDF 54-55 (D)

### **Bacigalupo de Girard, María y Levy, Lea M.**

- La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil, RDF 57-205 (D)

### **Baigún, Celia**

- La vida, RDF 55-391 (ALyDF)

### **Ballarin, Silvana**

- Puntos de encuentro familiar y régimen de comunicación: hacia la eficacia de la sentencia de familia, RDF 56-131 (D)

\* Las letras (A) identifican a la sección Actualidades, (ALyDF) identifica a la sección Arte, Literatura y Derecho de Familia, (ByC) a Bibliografía y Comentarios, (D) a Doctrina, (DE) a Doctrina Extranjera, (E) a Estudios, (EDE) a Estudios de Derecho Extranjero, (EDF) a Enseñanza en el Derecho de Familia, (I) a Investigaciones, (Inf.) a Informaciones, (JA) a Jurisprudencia Anotada, (JAE) a Jurisprudencia Anotada Extranjera, (JE) a Jurisprudencia Extranjera, (LE) a Legislación Extranjera, (LN) a Legislación Nacional, (RdR) Revista de Revistas, (R) a Reseñas, (T) a Temas.

\*\* Incluye el contenido de los números 2012-I, 53, 2012-II, 54, 2012-III, 55, 2012-IV, 56, 2012-V y del presente.

**Bañi Vique, Analía, Cabrera, Oscar A.,  
Gómez Lugo, Fanny y Hevia, Martín**

- Críticas al veto que impidió la despenalización del aborto en Uruguay, RDF 54-201 (E)

**Basanta, Alicia D.**

- La división de la herencia: una mirada desde la autonomía personal, RDF 53-117 (D)

**Beloff, Mary, Freedman, Diego y Terragni,  
Martiniano**

- La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: apuntes para un balance, RDF 56-59 (D)

**Beltrani, José Mariano y De Abelleira,  
Sylvina María**

- La procedencia de las medidas cautelares: ¿normas sustanciales o procesales? Hacia la búsqueda de una alternativa eficaz, RDF 2012-III-46 (JA)

**Benítez Barnetche, Gustavo M.**

- Los alcances del reconocimiento de la posesión de estado en el marco de una acción meramente declarativa, RDF 2012-IV-141 (JA)

**Berenice Dias, Maria**

- El Estatuto brasileño de la diversidad sexual, RDF 56-255 (DE)

**Bergallo, Paola**

- A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto, RDF 54-309 (E)

**Bergel, Salvador D.**

- Aspectos éticos del consejo genético, RDF 55-77 (D)

**Bianco, María Inés**

- Herramientas para el acceso efectivo a la cobertura de salud y discapacidad, RDF 54-127 (D)

**Bíscaro, Beatriz R. y Santángelo, María  
Victoria**

- Actualidad en Derecho Sucesorio, RDF 2012-II-247 (A)
- Actualidad en Derecho Sucesorio 2/2012, RDF 2012-V-269 (A)

**Blanco, Luis G.**

- Educación inclusiva. Derechos de los padres y de los alumnos, RDF 54-69 (D)

**Borrillo, Daniel**

- La “biofamilia” en Francia: ¿derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad?, RDF 55-177 (D)

**Brey, M. Sofía**

- Los viejos amigos, RDF 55-395 (ALyDF)
- Tori, RDF 53-341 (ALyDF)

**Bucich, María Florencia**

- Alimentos entre cónyuges separados de hecho, RDF 2012-V-48 (JA)

**Burgués, Marisol**

- IV Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, RDF 55-337 (Inf.)

**Byk, Christian**

- Europa y la “familia libre”. Reflexiones sobre el aporte del derecho de la procreación asistida a las evoluciones de la familia, RDF 57-85 (D)

**Cabrera, Oscar A., Gómez Lugo, Fanny,  
Hevia, Martín y Banfi Vique, Analía**

- Críticas al veto que impidió la despenalización del aborto en Uruguay, RDF 54-201 (E)

**Calá, María Florencia**

- Toma de decisiones terapéuticas al final de la vida, RDF 2012-III-172 (JA)

**Califano, Lucila**

- Protección de la vivienda familiar. Límites a la disposición del inmueble ganancial sede del hogar conyugal, RDF 2012-III-76 (JA)

**Candido Coelho de Souza, Ivone M. y  
Menezes da Costa, Maria Aracy**

- La niñez abusada. Un estigma sobre la familia, RDF 56-223 (DE)

**Cao, Christian A.**

- Vulnerabilidad familiar, derechos sociales y Estado constitucional, RDF 2012-IV-155 (JA)

**Capparelli, Julio C.**

- La “verdad económica” en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, RDF 2012-II-79 (JA)

**Carnaval, Alicia A.**

- Jurisprudencia francesa, RDF 53-219 (JE)
- Jurisprudencia francesa, RDF 55-289 (JE)
- Ley 2011-814 del 7/7/2011 relativa a bioética. Francia. Principales medidas adoptadas por la ley en cuestión, RDF 55-245 (LE)

**Carrier, Guadalupe**

- El testamento ¿subsistencia, revisión, modificación o adecuación?, RDF 53-147 (D)

**Casado, Eduardo J.**

- La determinación de la paternidad en el supuesto de hijos fecundados *post mortem*. A propósito la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, "A., Director de Seguridad Social v. C., en beneficio de B. N. C. y otros", RDF 2012-V-260 (JAE)

**Casado, María y De Lecuona, Itziar**

- Cambios jurídicos y debates ético-sociales: salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo en el Estado español, RDF 55-3 (D)

**Casey, María Inés**

- Lo que no se tuvo en cuenta para la procedencia del daño moral: cargas probatorias dinámicas y conducta procesal del demandado en un proceso de filiación, RDF 2012-III-59 (JA)

**Castro, Alicia M.**

- Alimentos de la cónyuge: su fuente, su *quantum*, RDF 2012-IV-105 (JA)

**Cechile, Ana María**

- El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, RDF 57-167 (D)

**Ciordia, Carolina**

- Judicialización de la vida familiar. Lectura desde el trabajo social, de Graciela Nicolini, RDF 55-359 (ByC)

**Ciuro Caldani, Miguel Ángel**

- Matrimonio civil entre personas de igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio, de Adriana N. Krasnow (dir.), Mariana B. Iglesias y Mariana De Lorenzi, RDF 55-365 (ByC)

**Corcoy Bidasolo, Mirentxu**

- Protección jurídica en el principio y en el fin de la vida, RDF 55-95 (D)

**Córdoba, Marcos M.**

- La posesión hereditaria y la autonomía personal, RDF 53-33 (D)

**Cordone Rosello, María Alejandra**

- Algunas pautas para tener en cuenta en la concesión de medidas cautelares en casos que involucran menores y discapacidad, RDF 2012-II-3 (JA)

**Cornejo Aguilera, Pablo**

- El debate sobre el matrimonio igualitario en Chile. Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1881-2010, RDF 2012-IV-357 (JAE)

**Cosola, Sebastián**

- Una sentencia justa inspirada en los principios emergentes del derecho de familia, RDF 2012-IV-9333 (JA)

**Crisci, Anabella y Quirno, Diego N.**

- Las restricciones a la capacidad de derecho, RDF 54-115 (D)

**Crespi Drago, María Alejandra y Murganti, Ana Belén**

- La responsabilidad de los padres y el derecho a la identidad de los hijos en la antecámara del derecho de daños, RDF 2012-II-58 (JA)

**Cugueró, Brunilda**

- Atrapada, RDF 55-389 (ALyDF)

**Culaciati, Martín M.**

- Tendencias del divorcio en el derecho comparado, RDF 54-257 (E)

**Culaciati, Martín Miguel y Rodríguez Iturburu, Mariana**

- Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, RDF 2012-II-275 (JA)
- Asuntos de familia - período 2011, RDF 2012-II-275 (A)

**De Abelleyra, Sylvina María y Beltrani, José Mariano**

- La procedencia de las medidas cautelares: ¿normas sustanciales o procesales? Hacia la búsqueda de una alternativa eficaz, RDF 2012-III-46 (JA)

**De la Torre, Natalia**

- Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad, de Andrés Gil Domínguez, RDF 55-355 (ByC)

**De la Torre, Natalia y Herrera, Marisa**

- Actualidad en derecho de familia (1/2012), RDF 2012-II-203 (A)
- Síntesis de legislación provincial en materia de familia durante 2011, RDF 53-191 (LP)

**De la Torre, Natalia y Uman, Nadia**

- Fecundación *post mortem*, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, RDF 2012-III-122 (JA)

**De Lecuona, Itziar y Casado, María**

- Cambios jurídicos y debates ético sociales: salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo en el estado español, RDF 55-3 (D)

**De Lorenzi, Mariana**

- Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar, RDF 2012-IV-289 (JAE)

**Díaz, Rodolfo G. y Tordi, Nadia A.**

- Disenso-dispensa y autonomía progresiva. Una revisión después de la ley 26.579, RDF 2012-V-193 (JA)

**Di Tullio Budassi, Rosana G.**

- La evolución legislativa y jurisprudencial en materia de salud mental referida a la vejez. Perspectiva en el derecho proyectado, RDF 56-23 (D)

**Dumas, Lucrecia J.**

- La protección alimentaria emanada de la ley 26.579 y su tránsito por el derecho adjetivo, RDF 2012-I-93 (JA)

**Eppstein, Constanza y Monjo, Sebastián**

- La autonomía personal en el derecho de sucesiones: el siglo XXI, RDF 53-167 (D)

**Estévez, Andrea S.**

- El derecho del anciano a ser oído en el marco del debido proceso: audiencia previa y figura de apoyo, RDF 56-15 (D)

**Estupiñan Romero, Cielo Nury**

- Huellas invisibles de la violencia psicológica, RDF 53-267 (I)

**Famá, María Victoria**

- Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo, RDF 57-5 (D)
- Jurisprudencia española. Autonomía de la voluntad y sucesión testamentaria, RDF 53-225 (JE)

**Farnós Amorós, Esther**

- Verdad biológica e interés del menor en los pleitos sobre filiación, RDF 54-169 (DE)

**Feierherd, María Julia**

- El plazo de caducidad en el art. 263, Cciv., y el derecho a la identidad, RDF 2012-III-33 (JA)

**Fernández, Paula E.**

- Matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen, ¿necesariamente importa fraude a la ley argentina?, RDF 2012-II-38 (JA)

**Fernández, Silvia E.**

- La infancia como escenario universal y sus falacias. “Niños” y “menores”: simbolizaciones sociales subyacentes, replicadas en la mayor edad. Algunas —necesarias— aplicaciones del principio de paternalismo justificado, RDF 56-39 (D)
- Síntesis de legislación provincial, RDF 55-235 (LP)

**Fillia, Laura E.**

- El derecho de representación en la sucesión testamentaria, RDF 2012-V-101 (JA)

**Flah, Lily y Minyersky, Nelly**

- Derecho a la vida ¿de quién? La interrupción voluntaria del embarazo en América latina, RDF 57-135 (D)

**Flamma, Maximiliano C.**

- Incertidumbre sobre el plazo de prescripción liberatoria, a propósito de las acciones de simulación y colación, RDF 2012-IV-15 (JA)

**Flores Levalle, Ramiro G.**

- Los viejos convenios de liquidación de sociedad conyugal y su transformación en el nuevo Código: la revalorización de la autonomía de la voluntad, RDF 57-179 (D)

**Folgar, María Laura**

- Discapacidad y autonomía de la voluntad en cuestiones de familia, RDF 2012-I-106 (JA)

**Fortuna, Mariana J.**

- Necesidad de una nueva mirada en el derecho filial argentino en el marco de una adopción integrativa, a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida, RDF 2012-V-25 (JA)

**Fortuna, Sebastián I.**

- Comentarios a la normativa sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, RDF 57-261 (D)

**Fortunato, Mariela A.**

- Legitimación activa de parejas convivientes para adoptar de manera conjunta. Su análisis desde el derecho comparado de Argentina y España, RDF 56-105 (D)

**Freedman, Diego, Beloff, Mary y Terragni, Martiniano**

- La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: apuntes para un balance, RDF 56-59 (D)

**Freedman, Diego y Terragni, Martiniano**

- El alcance de las prohibiciones probatorias en la investigación del abuso sexual infantil: nuevas interpretaciones a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, RDF 54-105 (D)

**Giberti, Eva**

- La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?, RDF 55-159 (D)

**Gil Domínguez, Andrés**

- Implantación compulsiva de embriones, colisión de derechos y racionalidad argumental, RDF 2012-I-124 (JA)

**Giraudó Esquivó, Nicolás y Assandri, Mónica**

- La autonomía personal “restringida” actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles, RDF 53-103 (D)

**Gómez, César J.**

- Prueba anticipada en el juicio de divorcio: correo electrónico y derecho a la intimidad, RDF 2012-IV-116 (JA)

**Gómez Lugo, Fanny, Hevia, Martín, Banfi Vique, Analía y Cabrera, Oscar A.**

- Críticas al veto que impidió la despenalización del aborto en Uruguay, RDF 54-201 (E)

**González de Vicel, Mariela y Peracca, Ana G.**

- De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias, RDF 2012-I-266 (JAE)

**Guahnon, Silvia V.**

- La protección judicial de las personas con padecimientos mentales en la actualidad y algunos de sus lineamientos en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, RDF 56-1 (D)

**Gutiérrez Goyochea, Verónica y Saá Zarán, María Cecilia**

- Derecho de alimentos y derecho a la vivienda. La colisión entre dos derechos humanos, RDF 2012-IV-26 (JA)

**Harari, Sofía P.**

- Pensando el derecho de alimentos como política pública, RDF 2012-I-287 (JAE)

**Hernández, Carlos A. e Iglesias, Mariana B.**

- Horizontes constitucionales del derecho de daños: reflexiones sobre una interesante sentencia que reconoce y amplía la legitimación activa de los hijos de crianza (relaciones con el derecho proyectado), RDF 2012-V-86 (JA)

**Herrera, Marisa**

- Abordaje teórico práctico del adelantamiento de la mayoría de edad. Ley 26.579, de Cristina N. Armella y Sebastián J. Cosola, RDF 55-351 (ByC)
- Legítima hereditaria y Constitución Nacional, de Marcelo Salomón, RDF 53-305 (ByC)

**Herrera, Marisa y De la Torre, Natalia**

- Actualidad en Derecho de Familia del (1/2012), RDF 2012-II-203 (A)
- Síntesis de legislación provincial en materia de familia durante 2011, RDF 53-191 (LP)

**Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Romero, Clara**

- Actualidad del TDEH 1/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2012-II-303 (A)
- Actualidad del TDEH 2/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2012-V-305 (A)

**Herz, Mariana**

- Sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, RDF 2012-I-13 (JA)

**Hevia, Martín, Banfi Vique, Analía, Cabrera, Oscar A. y Gómez Lugo, Fanny**

- Críticas al veto que impidió la despenalización del aborto en Uruguay, RDF 54-201 (E)

**Iglesias, Mariana B.**

- Destrucción o cancelación de testamento ológrafo: límites y posibilidades (A propósito de un reciente fallo de la Cámara Nacional Civil), RDF 2012-I-31 (JA)

**Iglesias, Mariana B. y Hernández, Carlos A.**

- Horizontes constitucionales del derecho de daños: reflexiones sobre una interesante sentencia que reconoce y amplía la legitimación activa de los hijos de crianza (relaciones con el derecho proyectado), RDF 2012-V-86 (JA)

**Ilundain, Mirta**

- Responsabilidad parental, RDF 57-305 (D)

**Iparraguirre, Diego A.**

- ¿Veinte años no es nada?, RDF 54-1 (D)

**Irrazábal, Gabriela**

- Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura reforma del Código Civil argentino, RDF 57-113 (D)

**Jiménez Herrero, María Mercedes y Sánchez, María Daniela Alma**

- La autonomía de la voluntad en el derecho de familia. Reflexiones a propósito del art. 215, CCiv. Una visión constitucional, RDF 2012-V-210 (JA)

**Jury, Alberto**

- Traslado forzoso de personas con padecimientos mentales. Una norma proyectada y varios derechos fundamentales protegidos, RDF 57-331 (D)

**Kemelmajer de Carlucci, Aída**

- Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?, RDF 57-31 (D)

**Kemelmajer de Carlucci, Aída, Romero, Clara y Herrera, Marisa**

- Actualidad del TDEH 1/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2012-II-303 (A)
- Actualidad del TDEH 2/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2012-V-305 (A)

**Klein Vieira, Luciane**

- El cambio de paradigma en Brasil: la aceptación jurisprudencial del casamiento entre personas del mismo sexo, RDF 2012-III-225 (JAE)

**Kozicki, Claudia**

- Ron-Ron, RDF 55-393 (ALyDF)

**Krasnow, Adriana N.**

- La filiación en el hoy y en el mañana, RDF 56-155 (D)

**Lamm, Eleonora**

- La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres, RDF 55-25 (D)

**Lathrop, Fabiola**

- Un aporte sociojurídico a los desafíos del derecho chileno frente a la ruptura de la pareja, RDF 56-201 (DE)

**Lepin Molina, Cristián**

- Las prestaciones económicas posdivorcio en la legislación chilena, RDF 56-171 (DE)

**Levy, Lea M. y Bacigalupo de Girard, María**

- La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil, RDF 57-205 (D)

**Levy, Lea M. y Monteavaro, Graciela**

- Legislación nacional, RDF 53-187 (LN)

**Lima Quintana, Susana, Montes, Irene B., Ramón, Mariana y Roberts, Juan E.**

- Recreando vínculos: nuevas prácticas en mediación familiar, RDF 54-35 (D)

**Litardo, Emiliano**

- *Habemus corpus*: el acto de juzgar los cuerpos (tod@s), RDF 2012-I-147 (JA)

**Lloveras, Nora y Monjo, Sebastián**

- El interés de los niños, niñas y adolescentes de cara al formalismo y ritualismo procesal: inadmisibilidad e improcedencia, RDF 2012-III-253 (JAE)

**Lloveras, Nora y Orlandi, Olga**

- Provincia de Córdoba (1/2012), RDF 2012-I-297 (A)

**Luis, Pedro M.**

- El *alambamento* bantú (casamiento tradicional bantú) como condición esencial para la validez de la unión de hecho y el casamiento. El caso de Angola, RDF 54-143 (DE)

**Luna, Florencia**

- ¿"Vulnerabilidad" o "capas de vulnerabilidad" en las personas mayores?, RDF 57-69 (D)

**Lupoli, María Claudia y Assandri, Mónica**

- La garantía del debido proceso legal de las niñas, niños y adolescentes: un fallo innovador, RDF 2012-I-224 (JA)

**Maisley, Nahuel**

- ¿Laica o libre? El fallo "Castillo v. Salta" y una oportunidad para reflexionar sobre el rol de la religión en la educación argentina, RDF 2012-IV-165 (JA)

**Martin, Patricia F.**

- La mayoría de edad de la ley 26.579 y su impacto en los convenios de liquidación de sociedad conyugal, RDF 2012-V-110 (JA)

**Mazzarella, Yanina**

- La defensa del menor víctima en el proceso penal, RDF 2012-III-143 (JA)

**Medina, Graciela**

- La autonomía de la voluntad en el derecho de sucesiones en el siglo XXI. Contratos sucesorios y controles impositivos, RDF 53-59 (D)

**Méndez, Romina A.**

- Impugnación de la maternidad: el merecido derecho a la identidad, RDF 2012-V-155 (JA)

**Mendoza, Elena**

- Sociedad conyugal, partición privada. Una sentencia salomónica que atenta contra la seguridad jurídica, RDF 2012-V-65 (JA)
- Un fallo fundado en principios procesales, RDF 2012-II-12 (JA)

**Menezes da Costa, Maria Aracy y Candido Coelho de Souza, Ivone M.**

- La niñez abusada. Un estigma sobre la familia, RDF 56-223 (DE)

**Meroi, Andrea A.**

- Pretensión de nulidad de cosa juzgada y divorcio por presentación conjunta, RDF 2012-I-66 (JA)

**Míguez Passada, María Noel**

- Niños, niñas y adolescentes en instituciones de tiempo completo. Psiquiatrización y discapacidad, RDF 54-133 (D)



**Minyersky, Nelly y Flah, Lily**

- Derecho a la vida ¿de quién? La interrupción voluntaria del embarazo en América latina, RDF 57-135 (D)

**Molina, Alejandro C.**

- Derechos personalísimos de un incapaz. Discapacidad sobreviniente a un accidente de tránsito. Tutela anticipatoria, RDF 2012-III-9 (JA)

**Molina, Mariel F.**

- Los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho. Cada vez menos “gananciales” y más “anómalos”, RDF 2012-II-143 (JA)

**Molina de Juan, Mariel F.**

- Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género, RDF 57-187 (D)
- Región Cuyo 1/2012, RDF 2012-IV-369 (A)

**Monjo, Sebastián**

- La adopción: un pronunciamiento alineado con el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, RDF 2012-V-177 (JA)

**Monjo, Sebastián y Eppstein, Constanza**

- La autonomía personal en el derecho de sucesiones: el siglo xxi, RDF 53-167 (D)

**Monjo, Sebastián y Lloveras, Nora**

- El interés de los niños, niñas y adolescentes de cara al formalismo y ritualismo procesal: inadmisibilidad e improcedencia, RDF 2012-III-253 (JAE)

**Montes, Irene B., Ramón, Mariana, Roberts, Juan E. y Lima Quintana, Susana**

- Recreando vínculos: nuevas prácticas en mediación familiar, RDF 54-35 (D)

**Monteavaro, Graciela**

- Legislación nacional, RDF 55-227 (LN)

**Monteavaro, Graciela y Levy, Lea**

- Legislación nacional, RDF 53-187 (LN)

**Morello, María Silvia**

- Alimentos entre parientes, RDF 2012-V-6 (JA)

**Moreno, Gustavo D. y Antón, Ricardo E.**

- La defensa pública de niñas, niños y adolescentes en las vías recursivas. Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, RDF 54-87 (D)

**Morlachetti, Alejandro**

- Adolescencia, juventud y sus derechos sexuales y reproductivos, RDF 55-55 (D)

**Muñiz, Javier**

- Algunos apuntes sobre el matrimonio y el divorcio en Perú a través de las reglas establecidas por el Tercer Pleno Casatorio Civil, RDF 53-199 (LE)
- La interrupción del embarazo en Colombia. El largo camino hacia su progresiva liberalización, RDF 55-249 (LE)

**Murganti, Ana**

- ¿Cómo debe protegerse a un niño en un caso de violencia familiar?, RDF 2012-I-238 (JA)

**Murganti, Ana Belén y Crespi Drago, María Alejandra**

- La responsabilidad de los padres y el derecho a la identidad de los hijos en la antecámara del derecho de daños, RDF 2012-II-58 (JA)

**Navarro Michel, Mónica**

- Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España, RDF 57-91 (D)

**Negrón Vera, Gloria I.**

- Fundamentos que avalan algunas de las modificaciones propuestas en el proyecto de ley sobre cuidado personal analizado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Boletines 5917-18 y 7007-18, RDF 56-243 (DE)

**Nicolini, Graciela M.**

- Rastreado los atravesamientos del espacio judicial sobre las familias, RDF 54-23 (D)

**Nieto Nieto, Norma C.**

- Corte Constitucional colombiana y construcción del concepto de familia, RDF 54-341 (EDE)

**Notrica, Federico P.**

- La filiación y el derecho a la identidad en una sentencia ejemplar, RDF 2012-II-97 (JA)

**Obligado, Clara A.**

- La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo del proceso. La construcción semiótica del fenómeno, RDF 56-83 (D)

**Ordóñez, María Victoria y Pierri Alfonsín, Milagros**

- El derecho de habitación de la conviviente supérstite: la necesaria perspectiva constitucional, RDF 2012-I-208 (JA)

**Orlandi, Olga**

- El paciente y su familia ante el proceso de muerte digna, RDF 55-133 (D)
- Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI, RDF 53-5 (D)

**Orlandi, Olga y Lloveras, Nora**

- Provincia de Córdoba 1/2012, RDF 2012-I-297 (A)

**Pagano, Luz M.**

- Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada antropológica sobre la Colonia Montes de Oca, de Juan Antonio Seda, RDF 53-309 (ByC)

**Pájaro, Marcela**

- Provincia de Río Negro (2011), RDF 2012-III-281 (A)

**Peracca, Ana G. y González de Vicel, Mariela**

- De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias, RDF 2012-I-266 (JAE)

**Pérez Lasala, Fernando**

- La autonomía de la voluntad y la partición por ascendiente, RDF 53-81

**Pérez Manrique, Ricardo C.**

- El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación, RDF 56-235 (DE)

**Pérez Pejic, Gonzalo**

- Condominio y comunidad hereditaria: expansión de la alícuota, RDF 56-295 (E)

**Pierri Alfonsín, Milagros y Ordóñez, María Victoria**

- El derecho de habitación de la conviviente supérstite: la necesaria perspectiva constitucional, RDF 2012-I-208 (JA)

**Pietra, María Luciana**

- Incidencias de la procreación humana asistida en la filiación. Denegación de la posibilidad de que un niño tenga, jurídicamente, dos padres, RDF 2012-III-274 (JAE)

**Pitrau, Osvaldo F.**

- El derecho alimentario familiar en el Proyecto de reforma, RDF 57-215 (D)

**Quirno, Diego N. y Crisci, Anabella**

- Las restricciones a la capacidad de derecho, RDF 54-115 (D)

**Raffo, Pablo E.**

- Titularidad y ejecución del crédito alimentario. ¿Quién se encuentra legitimado para ejecutar los alimentos devengados durante la minoridad, una vez que el joven ha alcanzado la mayoría de edad?, RDF 2012-II-122 (JA)

**Ragoni, María Laura**

- Cuando la cosa juzgada se encuentra con el derecho a la identidad, RDF 2012-I-164 (JA)

**Ramón, Mariana, Roberts, Juan E., Lima Quintana, Susana y Montes, Irene B.**

- Recreando vínculos: nuevas prácticas en mediación familiar, RDF 54-35 (D)

**Ripa, Mariana**

- La permeabilidad de la justicia ante la perspectiva de género, RDF 2012-II-190 (JA)

**Robba, Mercedes**

- El consentimiento de los progenitores para el otorgamiento de la guarda preadoptiva, RDF 2012-IV-77 (JA)

**Roberts, Juan E., Lima Quintana, Susana, Montes, Irene B. y Ramón, Mariana**

- Recreando vínculos: nuevas prácticas en mediación familiar, RDF 54-35 (D)

**Rodríguez Iturburu, Mariana y Culaciati, Martín Miguel**

- Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, RDF 2012-II-275 (JA)
- Asuntos de familia - período 2011, RDF 2012-II-275 (A)

**Rodríguez Virgili, María Isabel**

- La capacidad para testar y la “perfecta razón”. Reflexiones sobre el alcance de los arts. 3615 y 3616, CCiv., RDF 2012-III-109 (JA)

**Rolleri, Gabriel G.**

- Desheredación: Autonomía personal del causante y privación de la legítima hereditaria, RDF 53-87 (D)

**Romero, Clara, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa**

- Actualidad del TDEH 1/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2012-II-303 (A)
- Actualidad del TDEH 2/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2012-V-305 (A)

**Ronconi, Liliana M.**

- El apellido de los hijos. En referencia a la desigualdad que padecen las mujeres y los/as niños/as, RDF 56-143 (D)

**Rossi, Julia**

- La aceptación de la herencia y la autonomía de la voluntad, RDF 53-133 (D)

**Rubaja, Nieve**

- Estabilidad de los vínculos filiatorios consecuentes del recurso a la gestación por sustitución en el extranjero, RDF 2012-V-125 (JA)

**Russo, Federico**

- La revocación de las donaciones por ingratitud. Inaplicabilidad del art. 1101, CCiv., RDF 2012-III-19 (JA)

**Saá Zarándón, María Cecilia y Gutiérrez Goyochea, Verónica**

- Derecho de alimentos y derecho a la vivienda. La colisión entre dos derechos humanos, RDF 2012-IV-26 (JA)

**Sagarna, Fernando A.**

- El resistente art. 1078 del Código Civil: la tensión con el daño moral a la concubina, RDF 2012-II-172 (JA)

**Salomón, Marcelo J.**

- Derecho sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional, RDF 53-43 (D)

**Sánchez, Hugo E.**

- Una solución justa, un final abierto y una gran ausencia, RDF 2012-I-197 (JA)

**Sánchez, María Daniela Alma y Jiménez Herrero, María Mercedes**

- La autonomía de la voluntad en el derecho de familia. Reflexiones a propósito del art. 215, CCiv. Una visión constitucional, RDF 2012-V-210 (JA)

**Santángelo, María Victoria y Biscaro, Beatriz R.**

- Actualidad en Derecho Sucesorio, RDF 2012-II-247 (A)
- Actualidad en Derecho Sucesorio 2/2012, RDF 2012-V-269 (A)

**Sarrible, Graciela D.**

- Maternidad adolescente en Argentina y España, una comparación posible, RDF 55-63 (D)

**Sasso, Marcela L.**

- Cuestiones referidas al régimen de gananciales en la sociedad conyugal, RDF 2012-I-48 (JA)

**Scherman, Ida A.**

- El impacto del fallo de la Corte Suprema de Islandia “Guomundsdóttir v. Iceland” en la doctrina legal americana. El derecho a la información genética. ¿Un nuevo derecho familiar?, RDF 55-275 (JE)
- Jurisprudencia norteamericana. El hijo póstumo concebido luego del fallecimiento de su padre: ¿es su heredero?, RDF 53-211 (JE)

**Seaman, Brian y Tomasi, Anna D.**

- ¡Llora por mí, Argentina! El tráfico de menores por motivos sexuales en América del Sur, RDF 54-197 (DE)

**Seda, Juan Antonio**

- Enseñar derecho de familia en tiempos de reforma, RDF 56-353 (EDF)
- La curatela plural para la protección y representación de personas con discapacidad mental o intelectual, RDF 2012-III-188 (JA)

**Siderio, Alejandro J. y Ventura, Ana I.**

- Algunas apreciaciones sobre la intervención actual en la población infantil vulnerable y los tiempos propuestos por el Proyecto de reforma del Código Civil, RDF 56-93 (D)

**Sissa Daza, Denis O.**

- Los estudios feministas y de género, el derecho de familia y los avances en cuanto al reconocimiento de las parejas del mismo sexo en Colombia, RDF 54-355 (EDE)

**Siverino Bavio, Paula**

- Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: cuando los genes ganan y las personas pierden, RDF 55-195 (D)

**Solomonoff, Silvia**

- Diversidad sexual, de Beatriz Zelcer (comp.), RDF 53-315 (ByC)

**Szylowicki, Susana**

- Ser madre después de los 40. Historias reales de las nuevas maternidades de Silvina Quintans y Patricia Iacovone, RDF 54-409 (ByC)

**Tarditti, Federico C.**

- Acerca del plazo de prescripción bienal y los honorarios del abogado. Particularidades inherentes al juicio sucesorio, RDF 2012-IV-129 (JA)

**Talla, José Marco**

- El niño de la bicicleta: una contribución del séptimo arte para la construcción de un entendimiento sobre el abandono afectivo, RDF 2012-V-231 (JAE)

**Terragni, Martiniano, Beloff, Mary y Freedman, Diego**

- La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: apuntes para un balance, RDF 56-59 (D)

**Terragni, Martiniano y Freedman, Diego**

- El alcance de las prohibiciones probatorias en la investigación del abuso sexual infantil: nuevas interpretaciones a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, RDF 54-105 (D)

**Tobar Torres, Jenner A.**

- El matrimonio igualitario en Colombia. El camino de la sociedad colombiana hacia el reconocimiento pleno de los derechos de las parejas del mismo sexo, RDF 54-373 (EDE)

**Tófolo, Ariel**

- El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales, RDF 53-247 (I)
- El divorcio en la Argentina desde un enfoque socio-jurídico. Prácticas sociales y judiciales. Segunda parte, RDF 55-317 (I)

**Tomasi, Anna D. y Seaman, Brian**

- ¡Llora por mí, Argentina! El tráfico de menores por motivos sexuales en América del Sur, RDF 54-197 (DE)

**Tordi, Nadia A. y Díaz, Rodolfo G.**

- Disenso-dispensa y autonomía progresiva. Una revisión después de la ley 26.579, RDF 2012-V-193 (JA)

**Uman, Nadia y De la Torre, Natalia**

- Fecundación *post mortem*, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, RDF 2012-III-122 (JA)

**Vanella, Vilma R.**

- El beneficio de inventario desde la autonomía personal, RDF 53-95 (D)

**Valente, Soledad**

- Cuestiones jurisprudenciales en relación con la capacidad jurídica de las personas

con discapacidad psicosocial a la luz del nuevo paradigma, RDF 2012-IV-61 (JA)

**Vásquez, Juan Á.**

- Protección integral de derechos y medidas cautelares. Reflexiones acerca de la ponderación de derechos y garantías del imputado y derechos de la víctima. ¿Subsunción o ponderación?, RDF 2012-II-107 (JA)

**Ventura, Ana I. y Siderio, Alejandro J.**

- Algunas apreciaciones sobre la intervención actual en la población infantil vulnerable y los tiempos propuestos por el Proyecto de reforma del Código Civil, RDF 56-93 (D)

**Wierzba, Sandra M.**

- Reflexiones acerca del secreto profesional y sobre las justas causas de revelación, RDF 57-59 (D)

**Yuba, Gabriela**

- El papel del curados desde un enfoque de derechos, RDF 2012-V-16 (JA)

**Zannoni, Eduardo A.**

- Unión extraconyugal y matrimonio homosexual, de Gustavo A. Bossert, RDF 54-405 (ByC)

**Zavalía, Amparo**

- La fertilización asistida en el nuevo derecho de familia y en el campo de los derechos humanos, RDF 54-215 (DE)

**Zavalía, Amparo y Argeri, Gastón**

- Teoría y práctica del derecho de familia hoy, de Marisa Herrera, RDF 56-363 (ByC)

**Zibecchi, Carla**

- El cuidado en la agenda: notas sobre un estudio de opinión sobre la organización del cuidado, RDF 55-299 (I)

# ÍNDICE DE MATERIAS \* y \*\*

## ABORTO

### Doctrina

A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto, por Paola Bergallo, RDF 54-309 (E)

## ACTUALIDADES

### Doctrina

Actualidad en Derecho de Familia (1/2012), por Marisa Herrera y Natalia de la Torre, RDF 2012-II-203 (A)

Actualidad en Derecho Sucesorio (1/2012), por Beatriz R. Bísvaro y María Victoria Santángelo, RDF 2012-II-247 (A)

Actualidad en Derecho Sucesorio (2/2012), por Beatriz R. Bísvaro y María Victoria Santángelo, RDF 2012-V-269 (A)

Provincia de Córdoba (1/2012), por Nora Lloveras y Olga Orlandi, RDF 2012-I-297 (A)

Provincia de Río Negro 1/2012, por Marcela Pájaro, RDF 2012-III-281 (A)

## ADOPCIÓN

### Doctrina

#### Adopción simple. Efectos

La adopción: un pronunciamiento alineado con el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, por Sebastián Monjo, RDF 2012-V-177 (JA)

#### Adoptante

El consentimiento de los progenitores para el otorgamiento de la guarda preadoptiva, por Mercedes Robba, RDF 2012-IV-77 (JA)

Legitimación activa de parejas convivientes para adoptar de manera conjunta. Su análisis desde el derecho comparado de Argentina y España, por Mariela A. Fortunato, RDF 56-105 (D)

#### Juicio de adopción. Realidad biológica

Necesidad de una nueva mirada en el derecho filial argentino en el marco de una adopción integrativa, a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida, por Mariana J. Fortuna, RDF 2012-V-25 (JA)

### Jurisprudencia

#### Adopción simple. Efectos

Adopción. Adopción simple – Efectos – Conservación del apellido paterno – Incorporación del apellido de la adoptante – Guarda conjunta a un matrimonio – Abandono del padre adoptivo – Alimentos – Padre solidario – Fundamentos (Trib. Col. Familia Rosario n. 5, 10/5/2012 – B., P T.), RDF 2012-V-169 (JA)

#### Adoptante

Adoptante – Requisitos – Guarda previa – Oposición de la madre biológica – Interés superior del niño (C. Nac. Civ., sala G, 18/10/2011 – F., M. E. y R., L. D.), RDF 2012-IV-73 (JA)

#### Juicio de adopción. Realidad biológica

Adopción. Juicio de adopción – Realidad biológica – Adopción integradora – Adoptado

\* Las letras (A) identifican a la sección Actualidades, (ALyDF) identifica a la sección Arte, Literatura y Derecho de Familia, (ByC) a Bibliografía y Comentarios, (D) a Doctrina, (DE) a Doctrina Extranjera, (E) a Estudios, (EDE) a Estudios de Derecho Extranjero, (EDF) a Enseñanza en el Derecho de Familia, (I) a Investigaciones, (Inf.) a Informaciones, (JA) a Jurisprudencia Anotada, (JAE) a Jurisprudencia Anotada Extranjera, (JE) a Jurisprudencia Extranjera, (LE) a Legislación Extranjera, (LN) a Legislación Nacional, (RdR) Revista de Revistas, (R) a Reseñas, (T) a Temas.

\*\* Incluye el contenido de los números 2012-I, 53, 2012-II, 54, 2012-III, 55, 2012-IV, 56, 2012-V y del presente.

concebido mediante técnicas de fertilización asistida con material genético obtenido de un donante anónimo – Requerimiento a los fines de que el profesional médico interviniente revele la identidad del donante – Secreto profesional – Imprudencia del requerimiento en el marco de un proceso de adopción – Medidas propias de un proceso de reclamación de filiación (C. Nac. Civ., sala E, 26/3/2012 – C., V.), RDF 2012-V-21 (JA)

## ALIMENTOS

### Doctrina

#### Convenios

Alimentos de la cónyuge: su fuente, su *quantum*, por Alicia M. Castro, RDF 2012-IV-105 (JA)

#### En la patria potestad

La protección alimentaria emanada de la ley 26.579 y su tránsito por el derecho adjetivo, por Lucrecia J. Dumas, RDF 2012-I-93 (JA)

Titularidad y ejecución del crédito alimentario. ¿Quién se encuentra legitimado para ejecutar los alimentos devengados durante la minoridad, una vez que el joven ha alcanzado la mayoría de edad?, por Pablo E. Raffo, RDF 2012-II-122 (JA)

#### Entre cónyuges

De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias, por Mariela González de Vicel y Ana G. Peracca, RDF 2012-I-266 (JAE)

La permeabilidad de la justicia ante la perspectiva de género, por Mariana Ripa, RDF 2012-II-190 (JA)

#### Entre cónyuges. Modificación

Alimentos entre cónyuges separados de hecho, por María Florencia Bucich, RDF 2012-V-48 (JA)

#### Entre parientes

Pensando el derecho de alimentos como política pública, por Sofía P. Harari, RDF 2012-I-287 (JAE)

### Entre parientes. Contenido de la obligación

Alimentos entre parientes, por María Silvia Morello, RDF 2012-V-6 (JA)

### Generalidades

El derecho alimentario familiar en el Proyecto de reforma, por Osvaldo F. Pitrau, RDF 57-215 (D)

## Jurisprudencia

### Convenios

Alimentos. Convenios – Reclamo de alimentos en base a un convenio celebrado cuarenta años atrás – Irrenunciabilidad del derecho alimentario – Imprescriptibilidad (C. Nac. Civ., sala I, 22/11/2011 – L., S. P. E. v. M., J. M.), RDF 2012-IV-101 (JA)

### En la patria potestad

Alimentos. En la patria potestad – Cesación – Mayoría de edad – Modificación introducida por la ley 26.579 (C. Nac. Civ., sala I, 16/6/2011 – S., G. A. v. S., J. D.), RDF 2012-I-81 (JA)

Alimentos. En la patria potestad – Sujetos – Mayoría de edad del alimentado – Reclamo de alimentos por derecho propio (C. Civ. y Com. Necochea, 6/10/2011 – C., L. P. v. C., L. O.), RDF 2012-II-119 (JA)

### Entre cónyuges

Alimentos. Entre cónyuges – Por divorcio o separación personal – De toda necesidad – Cesación – Acuerdo de partes (C. Apels. Esquel, 6/10/2011, C., R. v. B., A.), RDF 2012-II-183 (JA)

Alimentos. Entre cónyuges – Por divorcio o separación personal – De toda necesidad – Cesación – Acuerdo de partes – Adquisición por parte de la alimentada de un beneficio previsional – Voluntad de las partes (Juzg. Familia Esquel, 25/8/2011 – C., R. v. B., A.), RDF 2012-II-188 (JA)

Alimentos. Entre cónyuges – Por divorcio o separación personal – Por culpa de uno de los cónyuges – Límite temporal – Fijación de una pensión vitalicia – Duración temporal del desequilibrio (Trib. Sup. España, sala 1ª, 15/6/2011 – A. R. C. v. M. del P. L. B.), RDF 2012-I-253 (JAE)

**Entre cónyuges. Modificación**

Alimentos. Entre cónyuges – Modificación – Monto adecuado a los fines de mantener el estatus de vida anterior a la separación o divorcio (C. Nac. Civ., sala G, 10/4/2012 – N., P. D. v. S., E. J.), RDF 2012-V-45 (JA)

**Entre parientes**

Alimentos. Entre parientes – Requisitos – Demanda de alimentos contra los abuelos de los alimentados – Suficiencia de ingresos de los demandados – Necesidades de los alimentados – Incumplimiento del deber alimentario por parte del progenitor de los menores (Sup. Corte Chile, 20/6/2011 – M. A., N. G. v. S. M., M. y otro), RDF 2012-I-285 (JAE)

**Entre parientes. Contenido de la obligación**

Alimentos. Entre parientes – Contenido de la obligación – Alimentos reclamados por el hijo de 70 años de edad – Naturaleza jurídica (C. Nac. Civ., sala B, 12/3/2012 – G., F. C. v. I. T., M. E.), RDF 2012-V-1 (JA)

**BIEN DE FAMILIA**

**Doctrina**

**Efectos**

Derecho de alimentos y derecho a la vivienda. La colisión entre dos derechos humanos, por Verónica Gutiérrez Goyochea y María Cecilia Saá Zarándón, RDF 2012-IV-26 (JA)

**Jurisprudencia**

**Efectos**

Efectos – Inembargabilidad e inejecutabilidad – Procedencia – Desafectación del bien de familia – Deuda alimentaria – Emplazamiento de hijo posterior a la afectación del inmueble al régimen de la ley 14.394 – Causa grave – Excepción prevista por el inc. e) del art. 49 de la ley 14.394 – Interpretación (C. Fed. Mendoza, 1/8/2011 – P, R. v. A. S., R.), RDF 2012-IV-25 (JA)

**BIOÉTICA**

**Doctrina**

Adolescencia, juventud y sus derechos sexuales y reproductivos, por Alejandro Morlachetti, RDF 55-55 (D)

Aspectos éticos del consejo genético, por Salvador D. Bergel, RDF 55-77 (D)

Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo, por María Victoria Famá, RDF 57-5 (D)

Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura reforma del Código Civil argentino, por Gabriela Irrazábal, RDF 57-113 (D)

Cambios jurídicos y debates ético-sociales: salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo en el Estado español, por María Casado e Itziar de Lecuona, RDF 55-3 (D)

Derecho a la vida ¿de quién? La interrupción voluntaria del embarazo en América latina, por Lily Flah y Nelly Minyersky, RDF 57-135 (D)

El paciente y su familia ante el proceso de muerte digna, por Olga Orlandi, RDF 55-133 (D)

Europa y la “familia libre”. Reflexiones sobre el aporte del derecho de la procreación asistida a las evoluciones de la familia, por Christian Byk, RDF 57-85 (D)

Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: cuando los genes ganan y las personas pierden, por Paula Siverino Bavio, RDF 55-195 (D)

La “biofamilia” en Francia: ¿derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad?, por Daniel Borrillo, RDF 55-177 (D)

La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?, por Eva Giberti, RDF 55-159 (D)

La fertilización asistida en el nuevo derecho de familia y en el campo de los derechos humanos, por Amparo Zavalía, RDF 54-215 (E)

La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres, por Eleonora Lamm, RDF 55-25 (D)

Maternidad adolescente en Argentina y España, una comparación posible, por Graciela D. Sarribe, RDF 55-63 (D)



Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España, por Mónica Navarro Michel, RDF 57-91 (D)

Protección jurídica en el principio y en el fin de la vida, por Mirentxu Corcoy Bidasolo, RDF 55-95 (D)

Reflexiones acerca del secreto profesional y sobre las justas causas de revelación, por Sandra M. Wierzba, RDF 57-59 (D)

Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?, por Aida Kemelmajer de Carlucci, RDF 57-31 (D)

¿“Vulnerabilidad” o “capas de vulnerabilidad” en las personas mayores?, por Florencia Luna, RDF 57-69 (D)

## CAPACIDAD

### Doctrina

#### Dementes

Cuestiones jurisprudenciales en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial a la luz del nuevo paradigma, por Soledad Valente, RDF 2012-IV-61 (JA)

Un fallo fundado en principios procesales, por Elena Mendoza, RDF 2012-II-12 (JA)

#### Dementes. Requisitos y condiciones para la interdicción

La curatela plural para la protección y representación de personas con discapacidad mental o intelectual, por Juan Antonio Seda, RDF 2012-III-188 (JA)

#### Incapacidades de derecho

Las restricciones a la capacidad de derecho, por Diego N. Quiro y Anabella Crisci, RDF 54-115 (D)

Niños, niñas y adolescentes en instituciones de tiempo completo. Psiquiatrización y discapacidad, por María Noel Míguez Passada, RDF 54-133 (D)

#### Menores

Abordaje teórico práctico del adelantamiento de la mayoría de edad. Ley 26.579, de Cristina N. Armella y Sebastián J. Cosola, por Marisa Herrera, RDF 55-351 (ByC)

## Sistemas de protección de incapaces

Herramientas para el acceso efectivo a la cobertura de salud y discapacidad, por María Inés Bianco, RDF 54-127 (D)

La protección judicial de las personas con padecimientos mentales en la actualidad y algunos de sus lineamientos en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, RDF 56-1 (D)

## Jurisprudencia

### Dementes

Competencia (En particular). Acciones en el derecho civil (parte general) – Personas – Capacidad – Insania – Internación del insano en el conurbano bonaerense – Competencia de los tribunales de la Capital Federal (C. Nac. Civ., sala A, 31/8/2011 – K., S. C.), RDF 2012-II-11 (JA)

### Dementes. Juicio de insania

Dementes – Juicio de insania – Sentencia – Dictamen pericial realizado cinco años antes del dictado de la sentencia – Art. 152 ter del CCiv. – Derecho de las personas con discapacidad mental a la modificación de su estatus (C. Nac. Civ., sala E, 20/10/2011 – L., M.), RDF 2012-IV-57 (JA)

### Dementes. Requisitos y condiciones para la interdicción

Capacidad – Dementes – Requisitos y condiciones para la interdicción – Enfermedad mental que impide al causante dirigir su persona y administrar sus bienes – Curatela conjunta de los progenitores del incapaz – Ejercicio (Trib. Col. Familia Rosario, n. 4, 6/10/2011. B., P.S.), RDF 2012-III-185 (JA)

### Dementes. Situación jurídica del insano interdicto

Dementes – Situación jurídica del insano interdicto – Generalidades – Derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto – Art. 3, inc. a) de la ley 19.945 (C. Nac. Civ., sala E, 29/12/ 2011 – F., W. F.), RDF 2012-IV-55 (JA)

### Dementes. Tutela y curatela

Tutela – Representación – Judicial – Designación de un tutor público del menor re-

presentado por el defensor oficial (C. Nac. Civ., sala M, 29/12/2011 – C., M. D.), RDF 2012-IV-59 (JA)

## CONCUBINATO

### Doctrina

#### Daños y perjuicios

El resistente art. 1078 del Código Civil: la tensión con el daño moral a la concubina, por Fernando A. Sagarna, RDF 2012-II-172 (JA)

## DAÑOS Y PERJUICIOS

### Doctrina

#### Daño a las personas. Daño resarcible por muerte. Daño moral en caso de muerte

Horizontes constitucionales del derecho de daños: reflexiones sobre una interesante sentencia que reconoce y amplía la legitimación activa de los hijos de crianza (relaciones con el derecho proyectado), por Carlos A. Hernández y Mariana B. Iglesias, RDF 2012-V-86 (JA)

### Jurisprudencia

#### Daño a las personas. Daño resarcible por muerte. Daño moral en caso de muerte

Daños y perjuicios. Daño a las personas – Daño resarcible por muerte – Daño moral en caso de muerte – Ejercicio de la acción – Legitimación activa – Hijos de crianza de la víctima fallecida en un accidente de tránsito (C. Nac. Civ., sala L, 8/11/2011 – O., L. v. S., J. O.), RDF 2012-V-77 (JA)

## DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

### Doctrina

#### Abuso sexual

El alcance de las prohibiciones probatorias en la investigación del abuso sexual infantil: nuevas interpretaciones a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, por Diego Freedman y Martiniano Terragni, RDF 54-105 (D)

## DERECHO CONSTITUCIONAL

### Doctrina

#### Generalidades

Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad, de Andrés Gil Domínguez, por Natalia de la Torre, RDF 55-355 (ByC)

## DERECHO DE FAMILIA

### Doctrina

#### Derechos de la ancianidad

El derecho del anciano a ser oído en el marco del debido proceso: audiencia previa y figura de apoyo, por Andrea S. Estévez, RDF 56-15 (D)

La evolución legislativa y jurisprudencial en materia de salud mental referida a la vejez. Perspectiva en el derecho proyectado, por Rosana G. Di Tullio Budassi, RDF 56-23 (D)

#### Familia

Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asuntos de familia – período 2011, por Martín Miguel Culaciati y Mariana Rodríguez Iturburu, RDF 2012-II-275 (A)

Actualidad del TEDH 1/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, por Aída Kemelmajer de Carlucci, Clara Romero y Marisa Herrera, RDF 2012-II-303 (A)

Actualidad del TEDH 2/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, por Aída Kemelmajer de Carlucci, Clara Romero y Marisa Herrera, RDF 2012-V-305 (A)

Atrapada, por Brunilda Cugueró, RDF 55-389 (ALyDF)

El cuidado en la agenda: notas sobre un estudio de opinión sobre la organización del cuidado, por Carla Zibecchi, RDF 55-299 (I)

Enseñar derecho de familia en tiempos de reforma, por Juan Antonio Seda, RDF 56-353 (EDF)

IV Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, por Marisol Burgués, RDF 55-337 (Inf.)

Judicialización de la vida familiar. Lectura desde el trabajo social, de Graciela Nicolini, por Carolina Ciordia, RDF 55-359 (ByC)

“La antropología frente a los problemas del mundo moderno”, de Claude Lévi-Strauss, por Loreley D. Antonelli, RDF 56-359 (ByC)

La vida, por Celia Baigún, RDF 55-391 (ALyDF)

Los viejos amigos, por M. Sofía Brey, RDF 55-395 (ALyDF)

Novedades bibliográficas, por Marisa Herrera, RDF 55-369 (ByC)

Provincia de Córdoba (1/2012), por Nora Lloveras y Olga Orlandi, RDF 2012-I-297 (A)

Provincia de Río Negro 1/2012, por Marcela Pájaro, RDF 2012-III-281 (A)

Puntos de encuentro familiar y régimen de comunicación: hacia la eficacia de la sentencia de familia, por Silvana Ballarín, RDF 56-131 (D)

Región Cuyo 1/2012, por Mariel Molina de Juan, RDF 2012-IV-369 (A)

Ron-Ron, por Claudia Kozicki, RDF 55-393 (ALyDF)

“Teoría y práctica del derecho de familia hoy”, de Marisa Herrera, por Gastón Argeri y Amparo Zavalía, RDF 56-363 (ByC)

### Generalidades

Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada antropológica sobre la Colonia Montes de Oca, de Juan Antonio Seda, por Luz M. Pagano, RDF 53-309 (ByC)

Diversidad sexual, de Beatriz Zelcer (comp.), por Silvia Solomonoff, RDF 53-315 (ByC)

Huellas invisibles de la violencia psicológica, por Cielo Nury Estupiñan Romero, RDF 53-267 (I)

La autonomía personal en el derecho de sucesiones: el siglo XXI, por Olga Orlandi, RDF 53-1

Los consejos de Martín Fierro a sus hijos y a Picardía, el hijo del sargento Cruz, RDF 53-347 (ALyDF)

Rastreado los atravesamientos del espacio judicial sobre las familias, por Graciela M. Nicolini, RDF 54-23 (D)

Tori, por M. Sofía Brey, RDF 53-341 (ALyDF)

¿Veinte años no es nada?, por Diego A. Iparraquirre, RDF 54-1 (D)

XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, RDF 53-289

### Parentesco

Principio del afecto y la relación entre abuelos y nietos por afinidad, por Federico A. Azevedo Ludwig, RDF 54-55 (D)

## DERECHO EXTRANJERO

### Doctrina

Corte Constitucional colombiana y construcción del concepto de familia, por Norma C. Nieto Nieto, RDF 54-341 (EDE)

Críticas al veto que impidió la despenalización del aborto en Uruguay, por Analía Banfi Vi-que, Oscar A. Cabrera, Fanny Gómez Lugo y Martín Hevia, RDF 54-201 (E)

Jurisprudencia española. Autonomía de la voluntad y sucesión testamentaria, por María Victoria Famá, RDF 53-225 (JE)

Jurisprudencia francesa, por Alicia A. Carnaval, RDF 53-219 (JE)

Jurisprudencia norteamericana. El hijo póstumo concebido luego del fallecimiento de su padre: ¿es su heredero?, por Ida A. Scherman, RDF 53-211 (JE)

El *alambamento* bantú (casamiento tradicional bantú) como condición esencial para la validez de la unión de hecho y el casamiento. El caso de Angola, por Pedro M. Luis, RDF 54-143 (D)

El Estatuto brasileño de la diversidad sexual, por María Berenice Dias, RDF 56-255 (DE)

El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación, por Ricardo C. Pérez Manrique, RDF 56-235 (DE)

El matrimonio igualitario en Colombia. El camino de la sociedad colombiana hacia el reconocimiento pleno de los derechos de las parejas del mismo sexo, por Jenner A. Tobar Torres, RDF 54-373 (EDE)

Fundamentos que avalan algunas de las modificaciones propuestas en el proyecto de ley sobre cuidado personal analizado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Boletines 5917-18 y 7007-18, por Gloria I. Negroni Vera, RDF 56-243 (DE)

- La niñez abusada. Un estigma sobre la familia, por Ivone M. Candido Coelho de Souza y Maria Aracy Menezes da Costa, RDF 56-223 (DE)
- Las prestaciones económicas posdivorcio en la legislación chilena, por Cristián Lepin Molina, RDF 56-171 (DE)
- ¡Llora por mí, Argentina! El tráfico de menores por motivos sexuales en América del Sur, por Brian Seaman y Anna D. Tomasi, RDF 54-197 (D)
- Los estudios feministas y de género, el derecho de familia y los avances en cuanto al reconocimiento de las parejas del mismo sexo en Colombia, por Denis O. Sissa Daza, RDF 54-355 (EDE)
- Reconocimiento de la unión de personas del mismo sexo en Brasil: un camino por recorrer, por Ruskaia Abrantes de Pina, RDF 56-269 (DE)
- Un análisis feminista de la atribución de la custodia, por Ariadna Aguilera Rull, RDF 54-181 (D)
- Un aporte sociojurídico a los desafíos del derecho chileno frente a la ruptura de la pareja, por Fabiola Lathrop, RDF 56-201 (DE)

## DERECHOS DEL NIÑO

### Doctrina

- ¿Cómo debe protegerse a un niño en un caso de violencia familiar?, por Ana Murganti, RDF 2012-I-238 (JA)
- La garantía del debido proceso legal de las niñas, niños y adolescentes: un fallo innovador, por Mónica Assandri y María Claudia Lupoli, RDF 2012-I-224 (JA)
- Una solución justa, un final abierto y una gran ausencia, por Hugo E. Sánchez, RDF 2012-I-197 (JA)

### Jurisprudencia

- Derechos y garantías. Derechos del niño – Interés superior del niño – Renuncia a la maternidad realizada por una menor de edad sin patrocinio letrado y sin consentimiento de sus padres – Vicios del consentimiento – Nulidad de las actuaciones – Guarda provisoria de la menor – Inscripción en el Registro Provincial – Carácter supletorio del Registro Nacional – Irregularidades verificadas en el proceso de guarda – Revinculación del niño con su madre

y familia biológica – Art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño (C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, 26/6/2011 – S., M. A.), RDF 2012-I-177 (JA)

Derechos y garantías. Derechos del niño – Interés superior del niño – Venia supletoria para realizar un viaje al exterior – Autorización para solicitar pasaporte – Capacidad progresiva (Juzg. Familia Córdoba, n. 4, 30/5/2011 – B. D. y otro), RDF 2012-I-221 (JA)

Derechos y garantías. Derechos del niño – Interés superior del niño – Derecho del niño a ser oído – Exclusión de las menores del hogar materno – Tenencia de las menores otorgada a sus hermanas mayores (C. 1ª Civ. y Com. Santiago del Estero, 17/8/2011 – B. I. y otras v. L. T. N. I.), RDF 2012-I-235 (JA)

## DERECHOS PERSONALÍSIMOS

### Doctrina

#### Alimentación y vivienda

El alcance y los límites respecto de la protección jurídica de la vivienda, por Agustín Arauz Castex, RDF 2012-I-79 (JA)

#### Derecho a la identidad

*Habemus corpus*: el acto de juzgar los cuerpos (tod@s), por Emiliano Litardo, RDF 2012-I-147 (JA)

#### Derecho a la intimidad

Discapacidad y autonomía de la voluntad en cuestiones de familia, por María Laura Folgar, RDF 2012-I-106 (JA)

#### Derecho a la procreación y a la planificación familiar

Fecundación *post mortem*, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, por Natalia de la Torre y Nadia Uman, RDF 2012-III-122 (JA)

#### Derecho a la salud y a la integridad personal

Algunas pautas para tener en cuenta en la concesión de medidas cautelares en casos que involucran menores y discapacidad, por María Alejandra Cordone Rosello, RDF 2012-II-3 (JA)

Traslado forzoso de personas con padecimientos mentales. Una norma proyectada y va-

rios derechos fundamentales protegidos, por Alberto Jury, RDF 57-331 (D)

Vulnerabilidad familiar, derechos sociales y Estado constitucional, por Christian A. Cao, RDF 2012-IV-155 (JA)

### **Derecho a la salud y a la integridad personal. Tratamientos, operaciones y exámenes**

Toma de decisiones terapéuticas al final de la vida, por María Florencia Calá, RDF 2012-III-172 (JA)

#### **Jurisprudencia**

### **Derecho a la identidad**

Derechos personalísimos. Derecho a la identidad – Pedido de autorización para modificar el sexo morfológico de una persona – Identidad sexual – Derecho a la libertad de intimidad – Fundamento constitucional – Autorización para el cambio de nombre y sexo – Autorización para la rectificación de la partida de nacimiento (Juzg. Nac. Civ., n. 88, 22/6/2011 – D., Y. A. v. Estado Nacional), RDF 2012-I-133 (JA)

### **Derecho a la intimidad**

Derechos personalísimos. Derecho a la intimidad – Negativa de la progenitora a tener contacto con su hija – Pedido de revinculación forzada – Régimen de visitas – Libertad de autodeterminación de las personas – Garantía constitucional (C. Nac. Civ., sala J, 28/6/2011 – R. M., A. E. v. M. D. de R. M., M. E.), RDF 2012-I-103 (JA)

### **Derecho a la procreación y a la planificación familiar**

Derechos personalísimos – Derecho a la procreación y a la planificación familiar – Tratamiento de fertilización asistida – Material genético crío–preservado antes del fallecimiento de un progenitor – Consentimiento presunto – Autorización judicial (Trib. Familia Morón, n. 3, 21/11/2011 – G., A. P), RDF 2012-III-119 (JA)

### **Derecho a la salud y a la integridad personal**

Derechos personalísimos. Derecho a la salud y a la integridad personal – Alimentación y vivienda – Acción de amparo contra un municipio – Puesta a disposición de una vivienda para el grupo familiar – Recaudos (C. Cont. Adm. La Plata, 10/11/2011 – C., S.

D. v. Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios), RDF 2012-IV-149 (JA)

Derechos personalísimos. Derecho a la salud y a la integridad personal – Tratamientos, operaciones y exámenes médicos – Requerimiento de especialidades no incluidas en la cartilla de la obra social – Medida cautelar – Cobertura integral de todas las prestaciones requeridas (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 16/8/2011 – F., N. E. v. Osdepym), RDF 2012-II-1 (JA)

### **Derecho a la salud y a la integridad personal. Tratamientos, operaciones y exámenes**

Derechos personalísimos – Derecho a la salud y a la integridad personal – Tratamientos, operaciones y exámenes médicos – Paciente en estado vegetativo permanente – Legitimación del curador para solicitar el retiro del soporte vital – Proceso voluntario – Consentimiento informado del paciente – Alimentación e hidratación del paciente – Derecho a la vida – Derecho a una muerte digna (C. Civ. Neuquén, sala 2ª, 6/9/2011 – D. M. A. s/declaración de incapacidad), RDF 2012-III-159 (JA)

## **DERECHOS Y GARANTÍAS**

### **Doctrina**

### **Derecho de enseñar y aprender**

Educación inclusiva. Derechos de los padres y de los alumnos, por Luis G. Blanco, RDF 54-69 (D)

### **Derechos del niño. Derecho del niño a ser oído**

El derecho del niño a su defensa técnica, por Romina Alé, RDF 2012-IV-48 (JA)

La defensa del menor víctima en el proceso penal, por Yanina Mazzarella, RDF 2012-III-143 (JA)

### **Derechos del niño. Interés superior del niño**

El interés de los niños, niñas y adolescentes de cara al formalismo y ritualismo procesal: inadmisibilidad e improcedencia, por Nora Lloveras y Sebastián Monjo, RDF 2012-III-253 (JAE)

La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo del proceso. La construcción semiótica del

fenómeno, por Clara A. Obligado, RDF 56-83 (D)

### **Igualdad**

Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar, por Mariana De Lorenzi, RDF 2012-IV-289 (JAE)

### **Igualdad. Ámbitos de aplicación.**

#### **Derecho civil**

Estabilidad de los vínculos filiatorios consecuentes del recurso a la gestación por sustitución en el extranjero, por Nieve Rubaja, RDF 2012-V-125 (JA)

### **Libertad religiosa**

¿Laica o libre? El fallo "Castillo v. Salta" y una oportunidad para reflexionar sobre el rol de la religión en la educación argentina, por Nahuel Maisley, RDF 2012-IV-165 (JA)

### **Jurisprudencia**

### **Derechos del niño. Derecho del niño a ser oído**

Derechos y garantías. Derechos del niño – Derecho del niño a ser oído – Designación de un abogado del niño – Madurez y comprensión del niño (C. Nac. Civ., sala C, 7/12/2011 – T., F. H. v. A., M. A. M.), RDF 2012-IV-41 (JA)

Derechos y garantías. Derechos del niño – Derecho del niño a ser oído – Representación del menor en un procedimiento penal – Abogado del niño (Sup. Trib. Just. Corrientes, 19/10/2011 - E., C.), RDF 2012-III-135 (JA)

### **Derechos del niño. Interés superior del niño**

Derechos y garantías. Derechos del niño – Interés superior del niño – Pedido de uno de los progenitores para fijar el domicilio del menor en el exterior – Requisitos de admisibilidad del recurso de apelación – Incumplimiento – Efectos – Facultades judiciales – *Jura novit curia* (C. Esp. Niñez y Adolescencia San Salvador, 17/6/2011. A. A., R. A.), RDF 2012-III-235 (JAE)

### **Igualdad**

Derechos y garantías. Igualdad – Discriminación – Indagación sobre la orientación

sexual de una magistrada en el marco de una investigación disciplinaria – Trato diferenciado – Responsabilidad del Estado – Daño resarcible – Daño emergente – Daño moral – Gastos de tratamiento psicológico (Corte Interamericana Derechos Humanos, 24/2/2012 – A. R., K. y N. v. Chile), RDF 2012-IV-179 (JAE)

### **Igualdad. Ámbitos de aplicación.**

#### **Derecho civil**

Derechos y garantías. Igualdad – Ámbitos de aplicación – Derecho civil – Matrimonio de personas de sexo masculino – Concepción de un hijo mediante técnicas de fertilización asistida en el exterior del país – Inscripción del menor como hijo del matrimonio de personas de sexo masculino – Ley 26.413 – Aplicación analógica (Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As. n. 5, 22/3/2012 – D., C. G. y G., A. M. v. GCBA), RDF 2012-V-119 (JA)

### **Libertad religiosa**

Derechos y garantías. Libertad religiosa – Ministerio de Educación provincial – Imposición de prácticas de la religión católica – Obligación de manifestar qué religión se profesa – Diferenciación de actividades – Acción de amparo (C. Civ. y Com. Salta, sala 3ª, 23/2/2012 – C., C. V. y otros v. Gobierno de la Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta), RDF 2012-IV-163 (JA)

## **DESALOJO**

### **Doctrina**

### **Legitimación pasiva**

Una sentencia justa inspirada en los principios emergentes del derecho de familia, por Sebastián Cosola, RDF 2012-IV-93 (JA)

### **Jurisprudencia**

### **Legitimación pasiva**

Desalojo. Legitimación pasiva – Intruso – Inmueble ocupado por la familia primaria de la condómina – Prueba de la obligación de restituir el inmueble – Presunción (C. Nac.

Civ., sala H, 8/11/2011 – F., A. S. M. s/ sucesión v. C., V. C. R.), RDF 2012-IV-89 (JA)  
Desalojo. Legitimación pasiva – Ocupantes – Acuerdo celebrado en el marco de un proceso sobre violencia familiar – Ocupación provisoria del inmueble sede del hogar conyugal por parte de la cónyuge y sus hijos – Aplicación analógica de las reglas del comodato – Contrato de locación – Legitimación del comodatario – Obligación de restituir (C. Nac. Civ., sala H, 15/6/2011 – L., H. F. v. L., D. F. y otros), RDF 2012-I-75 (JA)

## **DIVORCIO VINCULAR Y SEPARACIÓN PERSONAL**

### **Doctrina**

#### **Causas. Abandono**

El tiempo en la separación de hecho (De cómo el derecho sigue al hecho), por Susana Agrelo, RDF 2012-III-98 (JA)

#### **Derecho comparado**

Tendencias del divorcio en el derecho comparado, por Martín M. Culaciati, RDF 54-257 (E)

#### **Efectos**

Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género, Mariel F. Molina de Juan, RDF 57-187 (D)

Los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho. Cada vez menos “gananciales” y más “anómalos”, por Mariel F. Molina, RDF 2012-II-143 (JA)

#### **Efectos. Sobre el hogar conyugal**

Protección de la vivienda familiar. Límites a la disposición del inmueble ganancial sede del hogar conyugal, por Lucila Califano, RDF 2012-III-76 (JA)

#### **Generalidades**

El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, por Ana María Chechile, RDF 57-167 (D)

El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales, por Ariel Tófaló, RDF 53-247 (I)

El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales. Segunda parte, por Ariel Tófaló, RDF 55-317 (I)

### **Juicio de divorcio y de separación personal**

La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil, por Lea M. Levy y María Bacigalupo de Girard RDF 57-205 (D)

Pretensión de nulidad de cosa juzgada y divorcio por presentación conjunta, por Andrea A. Merói, RDF 2012-I-66 (JA)

Prueba anticipada en el juicio de divorcio: correo electrónico y derecho a la intimidad, por César J. Gómez, RDF 2012-IV-116 (JA)

### **Mutuo consentimiento o presentación conjunta**

La autonomía de la voluntad en el derecho de familia. Reflexiones a propósito del art. 215, CCiv. Una visión constitucional, por María Daniela Alma Sánchez y María Mercedes Jiménez Herrero, RDF 2012-V-210 (JA)

### **Jurisprudencia**

#### **Causas. Abandono**

Divorcio vincular y separación personal – Causas – Abandono – Presunción de voluntariedad – Actitud del cónyuge abandonado – Valoración – Momento del abandono (C. Civ. Com. Junín, 8/9/2011 – L., J. C. v. F., M. C.), RDF 2012-III-89 (JA)

#### **Efectos**

Divorcio vincular y separación personal. Mutuo consentimiento o presentación conjunta – Efectos patrimoniales – Separación personal – Ganancialidad de los bienes (Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 7/9/2011 – S., H. H. v. G., A. M.), RDF 2012-II-133 (JA)

#### **Efectos. Sobre el hogar conyugal**

Divorcio vincular y separación personal – Efectos – Sobre el hogar conyugal – Uso exclusivo por parte del cónyuge inocente – Indivisión – Protección de la vivienda de los hijos menores (C. Nac. Civ., sala L, 20/10/2011 – G. A., G. D. v. L. O., M. C.), RDF 2012-III-73 (JA)

#### **Juicio de divorcio y de separación personal**

Divorcio vincular y separación personal. Juicio de divorcio y de separación personal – Prue-

bas – Objeto de la prueba – Medida de prueba anticipada – Procedencia – Intercambio de correos electrónicos – Carácter relativo de la inviolabilidad de la correspondencia (C. Nac. Civ., sala J, 22/11/2011 – R., P. E. C. v. C., L. S. H.), RDF 2012-IV-111 (JA)

Divorcio vincular y separación personal. Juicio de divorcio y de separación personal – Sentencia – Solicitud de nulidad de la sentencia – Sentencia firme – Existencia de causales subjetivas – Demanda por causales objetivas – Teoría de los actos propios (C. Nac. Civ., sala H, 9/5/2011 – M., M. D. v. L., E.), RDF 2012-I-59 (JA)

**Mutuo consentimiento o presentación conjunta**

Divorcio vincular y separación personal. Mutuo consentimiento o presentación conjunta – Cónyuges convivientes durante cinco meses – Plazo dispuesto por el art. 215 del Cód. Civil – Declaración de inconstitucionalidad – Improcedencia (Trib. Col. Familia Rosario n. 7, 1/2/2012 – B., O. L. v. M., J. R.), RDF 2012-V-205 (JA)

**DONACIÓN**

**Doctrina**

**Revocación**

La revocación de las donaciones por ingratitud. Inaplicabilidad del art. 1101, CCiv., por Federico Russo, RDF 2012-III-19 (JA)

**Jurisprudencia**

**Revocación**

Donación. Revocación – Causa penal iniciada por el donante contra el donatario por administración fraudulenta – Injurias graves – Dictado de sentencia en sede civil sin que haya sentencia penal (C. Nac. Civ., sala A, 6/10/2011 - B., V. E. v. B., C.), RDF 2012-III-15 (JA)

**FILIACIÓN**

**Doctrina**

**Acciones de filiación**

Cuando la cosa juzgada se encuentra con el derecho a la identidad, por María Laura Ragoni, RDF 2012-I-164 (JA)

La filiación y el derecho a la identidad en una sentencia ejemplar, por Federico P. Notrica, RDF 2012-II-97 (JA)

Las acciones de filiación por naturaleza en el Proyecto de Código Civil y Comercial, por Martín B. Alesi, RDF 57-233 (D)

Los alcances del reconocimiento de la posesión de estado en el marco de una acción meramente declarativa, por Gustavo M. Benítez Barnetche, RDF 2012-IV-141 (JA)

**Acciones de filiación. Acción de reclamación de filiación. Prueba en la acción de filiación extramatrimonial**

Lo que no se tuvo en cuenta para la procedencia del daño moral: cargas probatorias dinámicas y conducta procesal del demandado en un proceso de filiación, por María Inés Casey, RDF 2012-III-59

**Acciones de filiación. Acciones de impugnación de la filiación. Impugnación de la paternidad matrimonial**

El plazo de caducidad en el art. 263, Cciv., y el derecho a la identidad, por María Julia Feierherd, RDF 2012-III-33 (JA)

Impugnación de la maternidad: el merecido derecho a la identidad, por Romina A. Méndez, RDF 2012-V-155 (JA)

**Daños y perjuicios**

El niño de la bicicleta: una contribución del séptimo arte para la construcción de un entendimiento sobre el abandono afectivo, por José Marco Talla, RDF 2012-V-231 (JAE)

La filiación extramatrimonial y su posible inconstitucionalidad en cuanto al plazo de caducidad, por Gastón M. M. Argeri, RDF 2012-II-25 (JA)

La responsabilidad de los padres y el derecho a la identidad de los hijos en la antesala del derecho de daños (JA), por María Alejandra Crespi Drago y Ana Belén Murganti, RDF 2012-II-58

**Determinación de la paternidad matrimonial. Generalidades**

Incidencias de la procreación humana asistida en la filiación. Denegación de la posibilidad de que un niño tenga, jurídicamente, dos padres, por María Luciana Pietra, RDF 2012-III-274 (JAE)



**Generalidades**

La filiación en el hoy y en el mañana, por Adriana N. Krasnow, RDF 56-155 (D)

**Jurisprudencia****Acciones de filiación**

Filiación. Acciones de filiación – Acción de reclamación de filiación – Posesión de estado – Nexo biológico – Inscripción registral de la sentencia meramente declarativa – Pretensión de uso del apellido paterno (C. Nac. Civ., sala M, 7/11/2011 – D. la P, E. F. v. V., F.), RDF 2012-IV-137 (JA)

Filiación. Acciones de filiación – Acción de reclamación de filiación – Caducidad – Derecho a la identidad – Derecho a conocer la identidad biológica – Caducidad de las acciones de filiación – *lura novit curia* – Acción meramente declarativa (C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 25/8/2011 – S., M. C. v. L., M. A. y otra), RDF 2012-II-87 (JA)

Filiación. Acciones de filiación – Acción de reclamación de filiación – Sentencia – Efectos – Cosa juzgada respecto de la sentencia recaída en un proceso de filiación en que no se hizo prueba de ADN – Derecho a la identidad (C. Civ. y Com. Dolores, 16/8/2011 – P, M. E. v. M., G. J. M.), RDF, 2012-I-159 (JA)

**Acciones de filiación. Acciones de impugnación de la filiación. Impugnación de la paternidad matrimonial**

Filiación – Acciones de filiación – Acciones de impugnación de la filiación – Impugnación de la paternidad matrimonial – Acción interpuesta por el supuesto padre biológico del menor – Derecho a la identidad – Aspectos estáticos y dinámicos de la identidad – Insuficiencia del dato genético a los fines de establecer la filiación (C. Nac. Civ., sala B, 26/10/2011. S., R. N. v. M., M. R. y otro), RDF 2012-III-27 (JA)

**Acciones de filiación. Acción de reclamación de filiación. Prueba en la acción de filiación extramatrimonial**

Filiación. Acciones de filiación - Acción de reclamación de filiación - Prueba en la acción de filiación extramatrimonial - Prueba de ADN – Negativa del demandado a some-

terse a la prueba genética – Presunción – Efectos – Valoración del resto de la prueba – Daños y perjuicios (C. Nac. Civ., sala E, 15/11/2011. D. M. L. G. v. A. P. S.), RDF, 2012-III-53 (JA)

Filiación. Acciones de filiación – Acciones de impugnación de la filiación – Impugnación de la paternidad matrimonial – Acción ejercida por quien fuera inscripto erróneamente como hijo de quienes no eran sus progenitores – Derecho a la identidad – Prueba biológica (Juzg. Fam. n. 1, Azul, 1/2/2012 – D., J. O. v. S., M. E. y otros), RDF 2012-V-149 (JA)

**Daños y perjuicios**

Filiación. Acciones de filiación – Acciones de impugnación de la filiación – Impugnación de la paternidad matrimonial – Acción interpuesta por el supuesto padre biológico del menor – Derecho a la identidad – Aspectos estáticos y dinámicos de la identidad – Insuficiencia del dato genético a los fines de establecer la filiación (C. Nac. Civ., sala B, 26/10/2011 – S., R. N. v. M., M. R. y otro), RDF 2012-II-19 (JA)

Filiación. Daños y perjuicios – Falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial – Acción de reconocimiento – Acción de daños y perjuicios – Daño resarcible – Daño moral (C. Nac. Civ., sala J, 19/9/2011 – G., I. G. v. Z., M.), RDF 2012-II-51 (JA)

Filiación. Daños y perjuicios – Obligación de los padres de cuidar a sus hijos – Incumplimiento – Daño resarcible – Daño moral *in re ipsa* (Sup. Trib. Brasil, 24/4/2012 – N. de O. S., L. v. D. S., A. C. J.), RDF 2012-V-221 (JAE)

**Determinación de la paternidad matrimonial. Generalidades**

Filiación – Determinación de la paternidad matrimonial – Generalidades – Orden público español – Solicitud de inscripción de la paternidad biológica respecto de dos menores nacidos en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada – Matrimonio de dos personas de sexo masculino – Superior interés del niño (Juzg. N° 15 Valencia, 23/11/2011. D. P y D. S.), RDF 2012-III-269 (JAE)

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

### Doctrina

#### Derecho extranjero

Jurisprudencia norteamericana. El impacto del fallo de la Corte Suprema de Islandia “Guomundsdóttir v. Iceland” en la doctrina legal americana. El derecho a la información genética. ¿Un nuevo derecho familiar?, por Ida A. Scherman, RDF, 55-275 (JE)

Jurisprudencia francesa, por Alicia A. Carnaval, RDF, 55-289 (JE)

## LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Algunos apuntes sobre el matrimonio y el divorcio en Perú a través de las reglas establecidas por el Tercer Pleno Casatorio Civil, por Javier Muñoz, RDF 53-199 (LE)

La interrupción del embarazo en Colombia. El largo camino hacia su progresiva liberalización, por Javier Muñoz, RDF, 55-249 (LE)

Ley 2011-814 del 7/7/2011 relativa a bioética. Francia. Principales medidas adoptadas por la ley en cuestión, por Alicia A. Carnaval, RDF, 55-245 (LE)

## LEGISLACIÓN NACIONAL

Legislación nacional, por Graciela Monteavaro, RDF, 55-227 (LN)

Legislación nacional, por Lea Levy y Graciela Monteavaro, RDF 53-187 (LN)

## LEGISLACIÓN PROVINCIAL

Síntesis de legislación provincial en materia de familia durante 2011, por Natalia de la Torre y Marisa Herrera, RDF 53-191 (LP)

Síntesis de legislación provincial, por Silvia E. Fernández, RDF, 55-235 (LP)

## MATRIMONIO

### Doctrina

#### Celebración

El debate sobre el matrimonio igualitario en Chile. Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1881-2010, por Pablo Cornejo Aguilera, RDF 2012-IV-357 (JAE)

Matrimonio civil entre personas de igual sexo.

Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio, de Adriana N. Krasnow (dir.), Mariana B. Iglesias y Mariana De Lorenzi, por Miguel Ángel Ciuro Caldani, RDF, 55-365 (ByC)

#### Celebración. Edad mínima. Dispensa judicial

Disenso-dispensa y autonomía progresiva. Una revisión después de la ley 26.579, por Nadia A. Tordi y Rodolfo G. Díaz, RDF 2012-V-193 (JA)

#### Esponsales

El cambio de paradigma en Brasil: la aceptación jurisprudencial del casamiento entre personas del mismo sexo, por Luciane Klein Vieira, RDF 2012-III-225 (JE)

#### Derecho internacional privado

Matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen, ¿necesariamente importa fraude a la ley argentina?, por Paula E. Fernández, RDF 2012-II-38 (JA)

### Jurisprudencia

#### Celebración

Matrimonio. Celebración – Consentimiento – Matrimonio de personas del mismo sexo – Requerimiento a los fines de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la aplicabilidad del art. 102 del CCiv. – Competencia legislativa – Derecho a la igualdad (Trib. Const. Chile, 3/11/2011 – P.W., C. A. y otros v. S., S. A.), RDF 2012-IV-325 (JAE)

#### Celebración. Edad mínima. Dispensa judicial

Matrimonio. Celebración – Edad mínima – Dispensa judicial – Parientes colaterales en cuarto grado – Impedimentos legales – Capacidad progresiva (Trib. Col. Familia Rosario n. 5, 17/2/2012 – B., L. R. y otro), RDF 2012-V-189 (JA)

#### Esponsales

Matrimonio – Esponsales – Personas del mismo sexo – Derecho a contraer matrimonio – Derecho a la igualdad – Dignidad de las personas – Discriminación – Atribuciones del

Estado (Sup. Trib. Brasil, 25/10/2011 – R., K. O.), RDF 2012-III-195 (JAE)

### **Derecho internacional privado**

Matrimonio. Derecho internacional privado – Segundo matrimonio del causante celebrado en el extranjero mediando impedimento de ligamen – Efectos – Sucesiones – Vocación hereditaria de la cónyuge supérstite (C. Nac. Civ., sala G, 8/8/2011 – C., C. E.), RDF 2012-II-35 (JA)

## **MEDIACIÓN**

### **Doctrina**

#### **Ámbito**

Recreando vínculos: nuevas prácticas en mediación familiar, por Susana Lima Quintana, Irene B. Montes, Mariana Ramón y Juan E. Roberts RDF 54-35 (D)

## **MÉDICO**

### **Jurisprudencia**

#### **Sistemas de intermediación**

Médico. Sistemas de intermediación – Obras sociales – Responsabilidad de la obra social en los sistemas de prestación abierta – Indemnización por muerte – Daño resarcible – Daño material – Daño moral – Legitimación de la concubina (C. Civ. y Com. Córdoba, 21/6/2011 – R., L. E. y otros v. M., G. E. y otros), RDF 2012-II-157 (JA)

## **MEDIDAS CAUTELARES**

### **Doctrina**

#### **Cuestiones generales. Requisitos. Peligro en la demora**

Derechos personalísimos de un incapaz. Discapacidad sobreviniente a un accidente de tránsito. Tutela anticipatoria. Comentario a fallo, por Alejandro C. Molina, RDF 2012-III-9 (JA)

#### **Medidas cautelares sobre las personas**

Protección integral de derechos y medidas cautelares. Reflexiones acerca de la ponderación de derechos y garantías del imputado y derechos de la víctima. ¿Subsunción o ponderación?, por Juan Á. Vásquez, RDF 2012-II-107 (JA)

## **Jurisprudencia**

#### **Cuestiones generales. Requisitos. Peligro en la demora**

Medidas cautelares. Cuestiones generales – Requisitos – Peligro en la demora – Tutela anticipada – Daños derivados de un accidente de tránsito – Cuadruplejía irreversible de la víctima – Presunción de responsabilidad dispuesta por el art. 1113 del CCiv. – Depósito de las sumas requeridas para afrontar el tratamiento médico de la víctima – Facultades judiciales (Corte Sup., 6/12/2011. P, H. P y otro v. D. C., L. A.), RDF 2012-III-1 (JA)

#### **Medidas cautelares sobre las personas**

Medidas cautelares. Medidas sobre las personas – Supuestos particulares – Prohibición al progenitor de acercarse a doscientos metros de la vivienda y escuela de sus hijos menores – Denuncia de abuso sexual con acceso carnal (Juzg. Nac. Crim. Instr. n. 44, 11/3/2011 – A., P s/denuncia de abuso sexual), RDF 2012-II-105 (JA)

## **MENORES**

### **Doctrina**

Algunas apreciaciones sobre la intervención actual en la población infantil vulnerable y los tiempos propuestos por el Proyecto de reforma del Código Civil, por Ana I. Ventura y Alejandro J. Siderio, RDF 56-93 (D)

La infancia como escenario universal y sus falacias. “Niños” y “menores”: simbolizaciones sociales subyacentes, replicadas en la mayor edad. Algunas —necesarias— aplicaciones del principio de paternalismo justificado, por Silvia E. Fernández, RDF 56-39 (D)

La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: apuntes para un balance, por Mary Beloff, Diego Freedman y Martiniano Terragni, RDF 56-59 (D)

## **MINISTERIO PÚBLICO**

### **Doctrina**

#### **Asesoría de Menores e Incapaces**

La defensa pública de niñas, niños y adolescentes en las vías recursivas. Análisis de

casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Ricardo E. Antón y Gustavo D. Moreno, RDF 54-87 (D)

**PATRIA POTESTAD**

**Doctrina**

**Derecho internacional privado**

Sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, por Mariana Herz, RDF 2012-I-13 (JA)

**Generalidades**

Responsabilidad parental, por Mirta Ilundain, RDF 57-305 (D)

**Jurisprudencia**

**Derecho internacional privado**

Derechos y garantías. Derechos del niño – Interés superior del niño – Menores residentes en Francia ilegítimamente retenidos en el país por su progenitora – Restitución – Cumplimiento de la sentencia extranjera – Deber de colaboración de las partes – Publicación de hechos y circunstancias relativas a la vida de los menores en diversas redes sociales – Convención sobre los Derechos del Niño – Protección del derecho a la intimidad de los niños – Protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de los niños y en su familia (Corte Sup., 16/8/2011 – V., D. L.), RDF 2012-I-1 (JA)

**PERSONAS FÍSICAS**

**Doctrina**

**Comienzo de la existencia. Reproducción asistida**

Comentarios a la normativa sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, por Sebastián I. Fortuna, RDF 57-261 (D)

Implantación compulsiva de embriones, colisión de derechos y racionalidad argumental, por Andrés Gil Domínguez, RDF 2012-I-124 (JA)

**Nombre**

El apellido de los hijos. En referencia a la desigualdad que padecen las mujeres y los/as niños/as, por Liliana N. Ronconi, RDF 56-143 (D)

**Jurisprudencia**

**Comienzo de la existencia**

Personas físicas. Comienzo de la existencia – Reproducción asistida – Autorización judicial a los fines del implante de embriones criopreservados – Oposición del progenitor aportante del material genético fundada en la disolución del vínculo matrimonial – Adopción prenatal – Derecho a la vida – Derecho a la integridad física (C. Nac. Civ., sala J, 13/9/2011 – P, A. v. S., A. C.), RDF 2012-I-115 (JA)

**PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA**

**Doctrina**

**Prescripción de las acciones en particular**

Acerca del plazo de prescripción bienal y los honorarios del abogado. Particularidades inherentes al juicio sucesorio, por Federico C. Tarditti, RDF 2012-IV-129 (JA)

**Jurisprudencia**

**Prescripción de las acciones en particular**

Prescripción de las acciones en particular – Honorarios profesionales – Abogados y procuradores – Proceso sucesorio – Base regulatoria – Venta de un inmueble con posterioridad a la renuncia del letrado (C. Nac. Civ., sala M, 19/12/2011 – L., R. D.), RDF 2012-IV-127 (JA)

**SOCIEDAD CONYUGAL**

**Doctrina**

**Carácter de los bienes**

Cuestiones referidas al régimen de ganancialidad en la sociedad conyugal, por Marcela L. Sasso, RDF 2012-I-48 (JA)

**Convenciones matrimoniales**

La mayoría de edad de la ley 26.579 y su impacto en los convenios de liquidación de so-

ciudad conyugal, por Patricia F. Martín, RDF 2012-V-110 (JA)

Los viejos convenios de liquidación de sociedad conyugal y su transformación en el nuevo Código: la revalorización de la autonomía de la voluntad, por Ramiro G. Flores Levalle, RDF 57-179 (D)

### Generalidades

La “verdad económica” en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, por Julio C. Capparelli, RDF 2012-II-79 (JA)

### Liquidación. Procedimiento

Sociedad conyugal, partición privada. Una sentencia salomónica que atenta contra la seguridad jurídica, por Elena Mendoza, RDF 2012-V-69 (JA)

### Jurisprudencia

#### Convenciones matrimoniales

Sociedad conyugal. Convenciones matrimoniales – Acuerdo de disolución al tiempo que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad – Modificaciones introducidas por la ley 26.579 – Naturaleza de la obligación de prestar alimentos al hijo mayor de 18 años (C. Nac. Civ., sala M, 16/2/2012 – D., H. A. v. T., G. M.), RDF 2012-V-107 (JA)

#### Disolución

Sociedad conyugal. Liquidación – Liquidación – Recompensas – Aportes realizados en pesos por uno de los cónyuges cuando se encontraba vigente la paridad peso-dólar – Reajuste – Esfuerzo compartido – Carácter de la gratificación recibida por uno de los cónyuges por el cese laboral con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal – Valor locativo – Tasas, impuestos y expensas (C. Nac. Civ., sala F, 3/6/2011 – G., J. E. v. P. E.), RDF 2012-I-41 (JA)

### Generalidades

Escribanos. Responsabilidad – Civil – Inscripción tardía de una escritura aclaratoria – Inoponibilidad del documento – Traba de embargo – Daño resarcible – Daño material – Daño moral – Mora (C. Nac. Civ., sala K, 16/8/2011 – C., G. M. v. S., N. E. R.), RDF 2012-II-73 (JA)

### Liquidación. Procedimiento

Sociedad conyugal. Liquidación – Procedimiento – Acuerdo de los cónyuges para la venta de un inmueble – Interpretación de los contratos – Facultades judiciales – Venta en subasta (Juzg. Nac. Civ. n. 106, 12/8/2011 – F., S. E. v. D., A. M.), RDF 2012-V-57 (JA)

Sociedad conyugal. Liquidación – Procedimiento – Acuerdo de los cónyuges para la venta de un inmueble – Interpretación de los contratos – Facultades judiciales (C. Nac. Civ., sala J, 1/3/2012 – F., S. E. v. D., A. M.), RDF 2012-V-63 (JA)

## SOCIEDADES (EN GENERAL)

### Doctrina

#### Intervención judicial. Requisitos

La procedencia de las medidas cautelares: ¿normas sustanciales o procesales? Hacia la búsqueda de una alternativa eficaz, por José Mariano Beltrani y Sylvina María de Abelleira, RDF 2012-III-46 (JA)

### Jurisprudencia

#### Intervención judicial. Requisitos

Sociedades (En general). Intervención judicial – Requisitos – Supremacía del régimen societario por sobre el previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Legitimación activa – Cónyuge del socio (C. Nac. Com., sala D, 13/10/2011. V., A. M. A. v. Capitolio S.A.), RDF 2012-III-43 (JA)

## SUCESIONES

### Doctrina

#### Aceptación de herencia

La aceptación de la herencia y la autonomía de la voluntad, por Julia Rossi, RDF 53-133 (D)

#### Comunidad e indivisión hereditaria

Condominio y comunidad hereditaria: expansión de la alícuota, por Gonzalo Pérez Pejic, RDF 56-295 (E)

El derecho de habitación de la conviviente supérstite: la necesaria perspectiva cons-

titucional, por María Victoria Ordóñez y Milagros Pierri Alfonsín, RDF 2012-I-208 (JA)  
 La división de la herencia: una mirada desde la autonomía personal, por Alicia D. Basanta, RDF 53-117 (D)

**Derechos y obligaciones del heredero**

El beneficio de inventario desde la autonomía personal, por Vilma R. Vanella, RDF 53-95 (D)

**Generalidades**

Actualidad en Derecho Sucesorio 2/2012, por Beatriz R. Bísarco y María Victoria Santángelo, RDF 2012-V-269 (A)  
 La autonomía de la voluntad en el derecho de sucesiones en el siglo XXI. Contratos sucesorios y controles impositivos, por Graciela Medina, RDF 53-59 (D)  
 La autonomía personal en el derecho de sucesiones: el siglo xxi, por Constanza Eppstein y Sebastián Monjo, RDF 53-167 (D)  
 La autonomía personal “restringida” actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles, por Nicolás Giraud Esquivó y Mónica Assandri, RDF 53-103 (D)  
 La posesión hereditaria y la autonomía personal, por Marcos M. Córdoba, RDF 53-33 (D)  
 Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI, por Olga Orlandi, RDF 53-5 (D)

**Legítima hereditaria**

Derecho sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional, por Marcelo J. Salomón, RDF 53-43 (D)  
 Desheredación: Autonomía personal del causante y privación de la legítima hereditaria, por Gabriel G. Rolleri, RDF 53-87 (D)  
 Legítima hereditaria y Constitución Nacional, de Marcelo Salomón, por Herrera, Marisa, RDF 53-305 (ByC)

**Partición**

La autonomía de la voluntad y la partición por ascendiente, Fernando Pérez Lasala, RDF 53-81

**Sucesión intestada. Derecho de representación**

El derecho de representación en la sucesión testamentaria, por Laura E. Fillia, RDF 2012-V-101 (JA)

**Sucesión intestada. Órdenes sucesorios. De los descendientes**

La determinación de la paternidad en el supuesto de hijos fecundados *post mortem*. A propósito la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, “A., Director de Seguridad Social v. C., en beneficio de B. N. C. y otros”, por Eduardo J. Casado, RDF 2012-V-260 (JAE)

**Testamentos**

Destrucción o cancelación de testamento ológrafo: límites y posibilidades (A propósito de un reciente fallo de la Cámara Nacional Civil), por Mariana B. Iglesias, RDF 2012-I-31 (JA)  
 El testamento ¿subsistencia, revisión, modificación o adecuación?, por Guadalupe Carrier, RDF 53-147 (D)

**Testamentos. Capacidad para testar**

La capacidad para testar y la “perfecta razón”. Reflexiones sobre el alcance de los arts. 3615 y 3616, cciv., por María Isabel Rodríguez Virgili, RDF 2012-III-109 (JA)

**Jurisprudencia**

**Comunidad e indivisión hereditaria**

Sucesiones. Indivisiones forzosas – Derecho de habitación del cónyuge supérstite – Concubinato – Extensión del derecho acordado por el artículo 3573 bis del Código Civil a la concubina del causante (C. Civ. y Com. Córdoba, sala 3ª, 28/7/2011 – M., M. D. C.), RDF 2012-I-205 (JA)

**Sucesión intestada. Derecho de representación**

Sucesiones. Sucesión intestada – Derecho de representación – Mejora realizada por la causante a una de sus hijas con la totalidad de la porción disponible – Derecho de representación de los descendientes de la hija en el sucesorio de su abuela (C. Nac. Civ., sala M, 14/2/2012 – C., E. A. y G., M. N.), RDF 2012-V-99 (JA)

**Sucesión intestada. Órdenes sucesorios. De los descendientes**

Sucesiones. Sucesión intestada – Órdenes sucesorios – De los descendientes – Hijos póstumos nacidos mediante técnicas de

fertilización asistida – Derecho a los beneficios de la seguridad social – Pedido por parte de la progenitora de los hijos menores – Remisión a las leyes locales – Vocación hereditaria conforme a la Ley local de Sucesiones Intestadas (Corte Sup. EE.UU. de A., 21/5/2012 – A., Director de Seguridad Social v. C., K., en beneficio de B. N. C. y otro), RDF 2012-V-249 (JAE)

### Testamentos

Sucesiones. Testamentos – Testamento ológrafo – Valor probatorio – Acción de petición de la herencia que había sido declarada vacante (C. Nac. Civ., sala D, 27/6/2011 – F., A. P v. GCBA), RDF 2012-I-25 (JA)

### Testamentos. Capacidad para testar

Sucesiones. Testamentos – Capacidad para testar – Persona no declarada demente – Presunción legal – Utilización de distintos bolígrafos – Pedido de nulidad – Carga de la prueba (C. Civ. y Com. Pergamino, 4/10/2011. S., F. J. v. E., M. B. y otros), RDF 2012-III-103 (JA)

## TUTELA Y CURATELA

### Doctrina

#### Curatela. Facultades del curador

El papel del curador desde un enfoque de derechos, por Gabriela Yuba, RDF 2012-V-16 (JA)

### Jurisprudencia

#### Curatela. Facultades del curador

Tutela y curatela. Curatela – Facultades del curador – Cuidado, asistencia, protección y seguridad del incapaz – Innecesariedad de designar otro curador en los términos del art. 22 de la ley 26.657 cuando el incapaz ya es representado por un curador oficial (C. Nac. Civ., sala D, 9/2/2012 – O., A. J., RDF 2012-V-15 (JA)

### VICIOS

#### Doctrina

#### Simulación

Incertidumbre sobre el plazo de prescripción liberatoria, a propósito de las acciones de simulación y colación, por Maximiliano C. Flamma, RDF 2012-IV-15 (JA)

### Jurisprudencia

#### Simulación

Simulación – Acción ejercida por herederos – Donación realizada a favor de un coheredero y en perjuicio de otro bajo la apariencia de un acto oneroso – Acción de colación – Plazo de prescripción – Cómputo (Corte Sup., 20/12/2011 – Carniel, Leandro A.), RDF 2012-IV-1 (JA)

## ÍNDICE DE PARTES LITIGANTES

- A. A., R. A., 17/06/2011, RDF 2012-III-237  
A., Director de Seguridad Social v. C., K., en beneficio de B. N. C. y otro, 21/5/2012, RDF 2012-V-249  
A., P., 11/3/2011, RDF 2012-II-105  
A. R. C. v. M. del P. L. B., 15/6/2011, RDF 2012-I-253  
A. R., K. y N. v. Chile, 24/2/2012, RDF 2012-IV-179  
B. D. y otro, 30/5/2011, RDF 2012-I-221  
B. I. y otras v. L. T. N. I., 17/8/2011, RDF 2012-I-235  
B., L. R. y otro, 17/2/2012, RDF 2012-V-189  
B., O. L. v. M., J. R., 1/2/2012, RDF, 2012-V-205  
B., P. S., 6/10/2011, RDF 2012-III-185  
B., P. T., 10/5/2012, RDF 2012-V-169  
B., V. E. v. B., C., 6/10/2011, RDF 2012-III-15  
C., C. E., 8/8/2011, RDF 2012-II-35  
C., C. V. y otros v. Gobierno de la Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta, 23/2/2012, RDF 2012-IV-163  
C., E. A. y G., M. N., 14/2/2012, RDF 2012-V-99  
C., G. M. v. S., N. E. R., 16/8/2011, RDF 2012-II-73  
C., L. P. v. C., L. O., 6/10/2011, RDF 2012-II-119  
C., M. D., 29/12/2011, RDF 2012-IV-59  
C., R. v. B., A., 25/8/2011, RDF 2012-II-188  
C., R. v. B., A., 6/10/2011, RDF 2012-II-183  
C., S. D. v. Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios, 10/11/2011, RDF 2012-IV-149  
C., V., 26/3/2012, RDF 2012-V-21  
Carniel, Leandro A., 20/12/2011, RDF 2012-IV-1  
D., C. G. y G., A. M. v. GCBA, 22/3/2012, RDF 2012-V-119  
D., H. A. v. T., G. M., 16/2/2012, RDF 2012-V-107  
D., J. O. v. S., M. E. y otros, 1/2/2012, RDF 2012-V-149  
D. la P., E. F. v. V., F., 7/11/2011, RDF 2012-IV-137  
D. M. L. G. v. A. P. S., 15/11/2011, RDF 2012-III-54  
D. M. A. s/declaración de incapacidad, 6/9/2011, RDF 2012-III-160  
D. P y D. S., 23/11/2011, RDF 2012-III-270  
D., Y. A. v. Estado Nacional, 22/6/2011, RDF 2012-I-133  
E., C., 19/10/2011, RDF 2012-III-135  
F., A. P. v. GCBA, 27/6/2011, RDF 2012-I-25  
F., A. S. M. s/sucesión v. C., V. C. R., 8/11/2011, RDF 2012-IV-89  
F., M. E. y R., L. D., 18/10/2011, RDF 2012-IV-73  
F., N. E. v. Osdepym, 16/8/2011, RDF 2012-II-1  
F., S. E. v. D., A. M., 12/8/2011, RDF 2012-V-57  
F., S. E. v. D., A. M., 1/3/2012, RDF 2012-V-63  
F., W. F., 29/12/ 2011, RDF 2012-IV-55  
G. A., G. D. v. L. O., M. C., 20/10/2011, RDF 2012-III-73  
G., A. P., 21/11/2011, RDF 2012-III-119  
G., F. C. v. I. T., M. E., 12/3/2012, RDF 2012-V-1  
G., I. G. v. Z., M., 19/9/2011, RDF 2012-II-51  
G., J. E. v. P. E., 3/6/2011, RDF 2012-I-41  
K., S. C., 31/8/2011, RDF 2012-II-11  
L., H. F. v. L., D. F. y otros, 15/6/2011, RDF 2012-I-75  
L., J. C. v. F., M. C., 8/9/2011, RDF 2012-III-89  
L., M., 20/10/2011, RDF 2012-IV-57  
L., R. D., 19/12/2011, RDF 2012-IV-127



- L., S. P. E. v. M., J. M., 22/11/2011, RDF 2012-IV-101
- M. A., N. G. v. S. M., M. y otro, 20/6/2011, RDF 2012-I-285
- M., M. D. v. L., E. E., 9/5/2011, RDF 2012-I-59
- M., M. D. C., 28/7/2011, RDF 2012-I-205
- N., P. D. v. S., E. J., 10/4/2012, RDF 2012-V-45
- N. de O. S., L. v. D. S., A. C. J., 24/4/2012, 2012-V-221
- O., A. J., 9/2/2012, RDF 2012-V-15
- O., L. v. S., J. O., 8/11/2011, RDF 2012-V-77
- P., A. v. S., A. C., 13/9/2011, RDF 2012-I-115
- P., H. P. y otro v. D. C., L. A., 6/12/2011, RDF 2012-III-2
- P., M. E. v. M., G. J. M., 16/8/2011, RDF 2012-I-159
- P., R. v. A. S., R., 1/8/2011, RDF 2012-IV-25
- P. W., C. A. y otros v. S., S. A., 3/11/2011, RDF 2012-IV-325
- R., K. O., 25/10/2011, RDF 2012-III-197
- R., L. E. y otros v. M., G. E. y otros, 21/6/2011, RDF 2012-II-157
- R. M., A. E. v. M. D. de R. M., M. E., 28/6/2011, RDF 2012-I-103
- R., P. E. C. v. C., L. S. H., 22/11/2011, RDF 2012-IV-111
- S., F. J. v. E., M. B. y otros, 4/10/2011, RDF 2012-III-103
- S., G. A. v. S., J. D., 16/6/2011, RDF 2012-I-89
- S., H. H. v. G., A. M., 7/9/2011, RDF 2012-II-133
- S., M. A., 26/6/2011, RDF 2012-I-177
- S., M. C. v. L., M. A. y otra, 25/8/2011, RDF 2012-II-87
- S., R. N. v. M., M. R. y otro, 26/10/2011, RDF 2012-II-19
- S., R. N. v. M., M. R. y otro, 26/10/2011, RDF 2012-III-28
- T., F. H. v. A., M. A. M., 7/12/2011, RDF 2012-IV-41
- V., A. M. A. v. Capitolio S.A., 13/10/2011, RDF, 2012-III-43
- V., D. L., 16/8/2011, RDF 2012-I-1

## ÍNDICE DE TRIBUNALES

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- 16/8/2011 – V., D. L., RDF 2012-I-1
- 6/12/2011 – P., H. P. y otro v. D. C., L. A., RDF, 2012-III-2
- 20/12/2011 – Carniel, Leandro A., RDF 2012-IV-1

### Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal

- sala 2ª, 16/8/2011 – F., N. E. v. Osdepym, RDF 2012-II-1

### Cámara Federal Mendoza

- 1/8/2011 – P., R. v. A. S., R., RDF 2012-IV-25

### Cámara Nacional en lo Civil

- sala A, 6/10/2011 - B., V. E. v. B., C., RDF, 2012-III-15

- sala A, 31/8/2011 – K., S. C., RDF 2012-II-11
- sala B, 26/10/2011, S., R. N. v. M., M. R. y otro, RDF 2012-II-19 y RDF 2012-III-28
- sala B, 12/3/2012, G., F. C. v. I. T., M. E., RDF 2012-V-1
- sala C, 7/12/2011. - T., F. H. v. A., M. A. M., RDF 2012-IV-41
- sala D, 27/6/2011 – F., A. P. v. GCBA, RDF 2012-I-25
- sala D, 9/2/2012, O., A. J., RDF 2012-V-15
- sala E, 29/12/2011. - F., W. F., RDF 2012-IV-55
- sala E, 20/10/2011 – L., M., RDF 2012-IV-57
- sala E, 26/3/2012 – C., V., RDF 2012-V-21
- sala F, 3/6/2011 – G., J. E. v. P. E., RDF 2012-I-41
- sala G, 18/10/2011 – F., M. E. y R., L. D., RDF 2012-IV-73

sala G, 8/8/2011 – C., C. E., RDF 2012-II-35  
 sala G, 10/4/2012 – N., P. D. v. S., E. J., RDF 2012-V-45  
 sala H, 8/11/2011 – F., A. S. M. s/sucesión v. C., V. C. R., RDF 2012-IV-89  
 sala H, 15/6/2011 – L., H. F. v. L., D. F. y otros, RDF 2012-I-75  
 sala H, 9/5/2011 – M., M. D. v. L., E. E., RDF 2012-I-59  
 sala I, 22/11/2011 – L., S. P. E. v. M., J. M., RDF 2012-IV-101  
 sala I, 16/6/2011 – S., G. A. v. S., J. D., RDF 2012-I-89  
 sala J, 22/11/2011 – R., P. E. C. v. C., L. S. H., RDF 2012-IV-111  
 sala J, 19/9/2011 – G., I. G. v. Z., M., RDF 2012-II-51  
 sala J, 13/9/2011 – P., A. v. S., A. C., RDF 2012-I-115  
 sala J, 28/6/2011 – R. M., A. E. v. M. D. de R. M., M. E., RDF 2012-I-103  
 sala J, 1/3/2012 – F., S. E. v. D., A. M., RDF 2012-V-63  
 sala K, 16/8/2011 – C., G. M. v. S., N. E. R., RDF 2012-II-73  
 sala L, 20/10/2011 – G. A., G. D. v. L. O., M. C., RDF, 2012-III-73  
 sala L, 8/11/2011 – O., L. v. S., J. O., RDF 2012-V-77  
 sala M, 16/2/2012 – D., H. A. v. T., G. M., RDF 2012-V-107  
 sala M, 14/2/2012 – C., E. A. y G., M. N., RDF 2012-V-99  
 sala M, 29/12/2011 – C., M. D., RDF 2012-IV-59  
 sala M, 19/12/2011 – L., R. D., RDF 2012-IV-127  
 sala M, 7/11/2011 – D. la P, E. F. v. V., F., RDF 2012-IV-137

**Cámara Nacional en lo Comercial**

sala D, 13/10/2011 – V., A. M. A. v. Capitolio S.A., RDF, 2012-III-43

**Juzg. Nac. Civ.**

n. 88, 22/6/2011 – D., Y. A. v. Estado Nacional, RDF 2012-I-133  
 n. 106, 12/8/2011 – F., S. E. v. D., A. M., RDF 2012-V-57

**Juzg. Nac. Crim. Instr.**

n. 44, 11/3/2011 – A., P., RDF 2012-II-105

**Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As.**

n. 5, 22/3/2012 – D., C. G. y G., A. M. v. GCBA, JA 2012-V-119

**C. Civ. y Com. Azul**

sala 1ª, 25/8/2011, S., M. C. v. L., M. A. y otra, RDF 2012-II-87

**C. Civ. y Com. Dolores**

16/8/2011 – P., M. E. v. M., G. J. M., RDF 2012-I-159

**C. Civ. y Com. Junín**

8/9/2011 – L., J. C. v. F., M. C., RDF, 2012-III-89

**C. Cont. Adm. La Plata**

10/11/2011 – C., S. D. v. Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios, RDF 2012-IV-149

**C. Civ. y Com. Mercedes**

sala 1ª, 26/6/2011 – S., M. A., RDF 2012-I-177

**C. Civ. y Com. Necochea**

6/10/2011 – C., L. P. v. C., L. O., RDF 2012-II-119

**C. Civ. y Com. Pergamino**

4/10/2011 – S., F. J. v. E., M. B. y otros., RDF, 2012-III-103

**Trib. Familia, Morón**

n. 3, 21/11/2011 – G., A. P., RDF, 2012-III-119

**Juzg. Familia Azul**

n. 1, Azul, 1/2/2012 – D., J. O. v. S., M. E. y otros, JA 2012-V-149

**C. Apels. Esquel**

6/10/2011, C., R v. B., A., RDF 2012-II-183

**Juzg. Familia Esquel**

25/8/2011 – C., R. v. B., A., RDF 2012-II-188

**Trib. Sup. Just. Córdoba**

sala Civ. y Com., 7/9/2011 – S., H. H. v. G., A. M., RDF 2012-II-133

**C. Civ. y Com. Córdoba**

sala 3ª, 28/7/2011 – M., M. D. C., RDF 2012-I-205

21/6/2011 – R., L. E. y otros v. M., G. E. y otros, RDF 2012-II-157

### **Juzg. Familia de Córdoba**

n. 4, 30/5/2011 – B. D. y otro, RDF 2012-I-221

### **Sup. Trib. Just. Corrientes**

19/10/2011 - E., C., RDF, 2012-III-135

### **C. Civ. Neuquén**

sala 2ª, 6/9/2011 - D. M. A. s/declaración de incapacidad, RDF 2012-III-160

### **C. Civ. y Com. Salta**

sala 3ª, 23/2/2012 – C., C. V. y otros v. Gobierno de la Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta, RDF 2012-IV-163

### **Trib. Col. Familia Rosario**

n. 4, 6/10/2011 – B., P S., RDF 2012-III-185

n. 5, 17/2/2012 – B., L. R. y otro, RDF 2012-V-189

n. 5, 10/5/2012 – B., P T., RDF 2012-V-169

n. 7, 1/2/2012 – B., O. L. v. M., J. R., RDF 2012-V-205

### **C. 1ª Civ. y Com. Santiago del Estero**

17/8/2011 – B. I. y otras v. L. T. N. I., RDF 2012-I-235

## **TRIBUNALES EXTRANJEROS**

### **Corte Interamericana Derechos Humanos**

24/2/2012 – A. R., K. y N. v. Chile, RDF 2012-IV-180

### **Corte Sup. EE.UU. de A.**

21/5/2012 – A., Director de Seguridad Social v. C., K., en beneficio de B. N. C. y otro, RDF 2012-V-249

### **Sup. Trib. Brasil**

24/4/2012 – N. de O. S., L. v. D. S., A. C. J., RDF 2012-V-221

25/10/2011 - R., K. O., RDF, 2012-III-197

### **Sup. Corte Chile**

20/6/2011 – M. A., N. G. v. S. M., M. y otro, RDF 2012-I-285

### **Trib. Const. Chile**

3/11/2011 – P W., C. A. y otros v. S., S. A., RDF 2012-IV-325

### **Trib. Sup. España**

sala 1ª, 15/6/2011 – A. R. C. v. M. del P.L. B., RDF 2012-I-253

### **Juzg. N° 15 Valencia**

23/11/2011 – D. P y D. S., RDF, 2012-III-270

### **C. Esp. Niñez y Adolescencia San Salvador**

17/6/2011 – A. A., R. A., RDF, 2012-III-237

## PRESENTACIÓN

por MARISA HERRERA

¿Por qué un número especial o, al menos, diferente? Sucede que en plena elaboración del nro. 2 dedicado al cruce entre bioética y derecho de familia se presentó en el Congreso de la Nación el Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial nacional, redactado por la comisión de reformas designada por dec. presidencial 191/2011. De este modo, adquirió estado parlamentario según expte. 884-PE-2012, por lo tanto, pasó de ser anteproyecto a ser proyecto. Este acontecimiento no podía estar ajeno para la primera revista de derecho de familia que se publica en el país y que ya tiene presencia, entidad e identidad de hace más de veinte años. Para ser más exactos, desde 1989.

Es por ello que se decidió, de un modo particular, estar presente en este debate democrático que implica la reforma de la legislación civil, la cual regula la gran mayoría de los temas, conflictos y preocupaciones del derecho de familia.

Así, en este número se dedica una primera parte a terminar de acercarle al lector los diferentes trabajos, miradas y conflictos actuales que observa el vasto campo de la bioética, tal como da cuenta la nota editorial que sigue a la presente, y tras ello, nos concentramos en exponer, y así compartir, algunos de los tantos cambios que propone la reforma en diferentes temáticas afines con las relaciones de familia.

¿Por qué? Si bien, de por sí, toda propuesta de cambio abre consigo un inexorable y saludable intercambio de ideas sobre lo “nuevo” —y la consecuente mirada crítica o revisionista de lo “viejo”—, lo cierto es que en materia de familia, infancia y adolescencia se ha generado un debate mayor que excede con creces el ámbito legislativo, que también debe ser compartido dentro del mundo académico, como en los medios de comunicación y, en definitiva, en la sociedad civil en su conjunto. En este contexto se inserta este número especial.

A modo de palabras de apertura —amén de las que se harán sentir en lo relativo a la segunda y última parte del aludido cruce entre bioética y familia—, en lo que respecta a la reforma, el eje gira en torno a explicitar ciertos temas que han generado un encendido y bienvenido debate, tanto en relación con el libro segundo del Proyecto de reforma dedicado a las “Relaciones de familia”, como algunos cambios en materia de salud mental y vivienda, que a la luz de la obligada perspectiva de derechos humanos también observan importantes cambios —y no menos debates— y que, además, se vinculan directamente con el derecho

de familia. ¿Por qué? En pocas palabras, porque las relaciones de familia hacen a la vida cotidiana de todas las personas en su calidad de tal, de humanas, e involucran aspectos “sensibles” donde las razones jurídicas se entrecruzan con aspectos morales y/o personales de los particulares.

Con el fin de contribuir a este debate de manera reflexiva, este número de la revista es especial: se concentra en dos ejes. El primero, a cerrar con el lector el profuso diálogo que despertó en el nro. 55, colocando sobre el escenario los principales y actuales conflictos que observa el amplio campo de la bioética y su incidencia en el derecho de familia. El segundo, a analizar algunas de las principales propuestas que coloca en otro escenario la reforma del Código Civil y que también impactan de manera directa en el derecho de familia.

Brevemente, cabe destacar que esta parte 2ª consta de nueve artículos de doctrina elaborados por destacados autores, donde se analizan nudos centrales del campo del saber, eje de la revista. En algunos casos, desentrañan el alcance y el significado de figuras nuevas que se incorporan, enhorabuena, a nuestro derecho, como la “compensación económica” o la “filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. En otros casos, estudian las modificaciones producidas en institutos claves de nuestro sistema, como la protección de la vivienda familiar, en todas sus vertientes, alimentos, divorcio, los convenios reguladores en el divorcio, las acciones de filiación natural y la antigua “patria potestad”, hoy renombrada y resignificada por “responsabilidad parental”.

¿Y en la parte 1ª? Como es un espacio con entidad propia, se lo pasa a describir de manera sintética en un prólogo aparte.

En definitiva, con esta entrega especial, se cierra un camino de estudio profundo sobre el cruce entre bioética y derecho de familia y, a la vez, se abre otro más profundo, complejo y movilizador como es analizar las implicancias de la reforma del Código Civil. Se trata de transitar un camino en el que esta revista de derecho de familia está acostumbrada: el de revisar, deconstruir y reconstruir un derecho de familia en plural.

## BIOÉTICA Y DERECHO DE FAMILIA II

---

### PRESENTACIÓN

por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y ELEONORA LAMM

Las vinculaciones entre bioética y derecho de familia son muy numerosas; de allí que la Dirección de la revista decidiera publicar dos números referidos a la temática.

En el primero se explicaron las razones de esta decisión y se abordaron algunos temas muy importantes, en especial, el referido al aborto, como consecuencia del verdadero hito puesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su reciente sentencia del 13/3/2012 (F.259.XLVI).

En este segundo número se amplía la temática bajo tratamiento. Claro está, somos conscientes de que los trabajos publicados no agotan el amplio campo de las relaciones entre bioética y derecho de familia; sin embargo, creemos haber abierto un terreno fértil para el debate de ideas en temas altamente sensibles y conflictivos.



## AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE SU PROPIO CUERPO

por MARÍA VICTORIA FAMÁ\*

*Nuestra manía enseñante y pedantesca consiste siempre en enseñar a los niños lo que aprenderían mucho mejor por sí mismos, y en olvidar lo que sólo nosotros habríamos podido enseñarles.*  
Jean-Jacques Rousseau<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup> otorgó visibilidad al niño como sujeto de derechos y, desde esta perspectiva, inauguró una nueva relación entre aquél, el Estado y la familia, conocida como modelo o paradigma de la “protección integral de derechos”, reforzada a nivel interno tras la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Uno de los principales desafíos de este modelo, centrado en la subjetividad del niño, es la necesidad de equilibrar su derecho a participar en las decisiones y asumir las responsabilidades para las cuales tiene competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares.

La tensión entre intervención/protección y autonomía reposa latente en la Convención y se proyecta en las distintas esferas de la vida de infantes y adolescentes, pero no es exclusiva de esta franja etaria. En el campo de la bioética, incluso cuando se alude a personas adultas y capaces, esta tensión ha sido el motor del paso de un modelo paternalista a uno que reconoce la autonomía del paciente aunque no sin dificultades, que todavía persisten<sup>3</sup>.

\* Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia. Secretaria del Juzgado Nacional en lo Civil n. 25. Adjunta regular de la Facultad de Derecho, UBA, y docente de posgrado de esa institución y de otras universidades del país. Coordinadora de la sección de jurisprudencia de la *Revista de Derecho de Familia* de AbeledoPerrot. Autora del libro *La filiación. Régimen, constitucional, civil y procesal* y de otras obras en materia de derecho de familia.

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Emilio, o De la educación*, 6ª reimpr., Alianza, Madrid, 2008, p. 101.

<sup>2</sup> En adelante, indistintamente CDN o Convención.

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, piénsese en las polémicas subsistentes en torno del reconocimiento legislativo de la eutanasia, incluso la que se ha dado en llamar “pasiva” y que refiere



La concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social, sumada a los dilemas subsistentes en el campo de la salud, atravesado aún en nuestros días por el principio de beneficencia<sup>4</sup>, nos enfrenta con la particular dificultad de determinar los alcances y los límites del derecho del niño a la toma de decisiones inherentes al cuidado de su propio cuerpo. Tal es la finalidad de estas líneas.

## II. AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

### 1. La autonomía progresiva en la CDN

El principio de autonomía o capacidad progresiva está ínsito en todo el texto de la CDN. Así, desde su preámbulo se considera que el niño “debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad” y en el art. 12 se garantiza al niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, el derecho “de expresar su opinión libremente” en todos los asuntos que lo afectan, “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”. A su vez, sendas disposiciones aluden al deber del Estado, de los progenitores y de otros responsables del niño de favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 6.1, 18.1, 27.1, 32.1, etcétera).

Pero es el art. 5º, CDN, el que fundamentalmente recoge este principio al recordar el derecho de los padres de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos “en consonancia con la *evolución de sus facultades*”<sup>5</sup>. En orden concretamente al ejercicio de la libertad de conciencia y religión, el art. 14 reproduce este mandato al exigirle al Estado el respeto de los derechos y los deberes de los progenitores o de los representantes legales “de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”<sup>6</sup>.

El reconocimiento de la autonomía progresiva o autodeterminación de niños y adolescentes significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos fundamentales, en función de su

---

exclusivamente a la posibilidad de rechazar tratamientos o intervenciones que impliquen un ensañamiento terapéutico y estén destinadas a prolongar innecesariamente la vida.

<sup>4</sup> Ver al respecto GARCÍA AZNAR, Andreu, “Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes”, *Estudios de bioética y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 198.

<sup>5</sup> El destacado me pertenece.

<sup>6</sup> En el orden interno, la autonomía progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos fundamentales resulta un postulado implícito en todo el articulado de la ley 26.061, aunque sólo explicitado en tres normas: el art. 3º, que cuando se refiere al interés superior del niño destaca en su inc. d) que se debe respetar “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”; el art. 19 —relativo al derecho a la libertad—, cuando en su inc. a) dispone que este derecho comprende “tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades...”, y el art. 24, que al reconocer el derecho del niño a ser oído subraya que sus opiniones serán “tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” (inc. b)).

desarrollo psicofísico. Esta premisa de rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN), conlleva necesariamente el abandono de la rígida dicotomía binaria entre “capacidad/incapacidad” propuesta por nuestro Código Civil<sup>7</sup> y basada exclusivamente en el dato objetivo de la edad. Es que ya no basta con reconocer a los niños como sujetos titulares de derechos; es preciso también consentir que ellos ejerzan con autonomía estos derechos en cada etapa madurativa y sin sujetarse a una edad cronológica determinada.

En este orden de ideas se ha subrayado que “si la titularidad de los derechos fundamentales depende de la capacidad jurídica, su ejercicio depende de la de obrar”, que puede ser definida como “la aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces”, “la capacidad de obrar depende de las efectivas condiciones de madurez, que, siendo diferentes en cada individuo, se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la edad de mayoría, la cual en sí misma lleva implícita una presunción *iuris tantum* de plena capacidad de obrar”. Y se ha advertido en este sentido que la minoría de edad “no es una causa de incapacidad, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de las personas. El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada...”<sup>8</sup>.

Este principio de autonomía, novedoso en el derecho internacional, tiene notables implicancias para los derechos humanos de los niños, ya que afirmar que a medida que ellos crecen y adquieren discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, alcanzan competencias cada vez mayores para asumir responsabilidades que afectan su propia vida, implica una correlativa disminución en la necesidad de dirección y orientación por parte de sus padres, así como en el ejercicio del deber de contralor del mismo Estado. En este sentido, como anticipé, la autonomía progresiva de niños y adolescentes se expresa tanto en el ámbito público como en el privado, denotando la necesidad de reconocer distintos grados de participación, sea frente a sus progenitores u otros adultos, como frente al Estado.

Pero, además, este principio ocupa un lugar central en el equilibrio que la Convención establece entre el reconocimiento de los niños como sujetos activos de su propia vida y la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección

<sup>7</sup> Recuérdese que de acuerdo con lo prescripto por el art. 54, CCiv., las personas por nacer y los menores impúberes (aquellos que no han alcanzado la edad de 14 años) son incapaces absolutos de hecho. En cambio, a los menores adultos (aquellos que se encuentran en la franja etaria de los 14 a los 18 años) se los considera incapaces relativos de hecho, ya que sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar (conf. art. 55, CCiv.). Curiosamente este último artículo, en la versión original de Vélez Sarsfield, disponía como principio la capacidad de los menores adultos, quienes sólo eran “incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos”. De la actual redacción de la norma, por el contrario, se desprende que para los niños mayores de 14 años la regla es la incapacidad, ya que sólo pueden ejercer por sí mismos los derechos y contraer las obligaciones que la normativa civil les reconoce.

<sup>8</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Á., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, ps. 36, 38 y 39.

en función de su relativa inmadurez. La autonomía progresiva, en consonancia con la evolución de sus facultades, constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta<sup>9</sup>.

La búsqueda de este equilibrio presenta una dificultad constante cuya solución varía en función de los distintos derechos en juego, resultando complejo establecer una solución universal y uniforme. Basta aquí decir —por ahora— que la promoción y el apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable involucra tres aspectos: a) la *evolución*, reconociendo en qué medida la realización de los derechos enunciados en la CDN promueve el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía del niño; b) la *participación*, destacando el derecho del niño a que se respeten sus capacidades y transfiriendo la responsabilidad del ejercicio de derechos de los adultos al niño en función de su nivel de competencia, y c) la *protección*, admitiendo que, dado que las facultades del niño se siguen desarrollando durante toda su infancia, éste tiene derecho a recibir la protección de sus progenitores o representantes y del Estado contra la exposición a situaciones que puedan serle perjudiciales<sup>10</sup>.

## 2. ¿Qué se entiende por evolución de las facultades?

La noción de autonomía progresiva se incluye dentro de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>11</sup> o abstractos<sup>12</sup>, de ahí que sea necesario establecer o *determinar* en qué consiste esta autonomía progresiva. He dicho ya que jurídicamente el principio está ligado a una gradación en el ejercicio de los derechos en función del desarrollo psicofísico o —como sostiene la CDN— la evolución de las facultades del niño. En consecuencia, una mayor precisión de este concepto requiere, a su vez, definir qué se entiende por “evolución de facultades” o “desarrollo psicofísico” y en qué contexto se connotan y reconocen estas premisas. Para ello, el discurso jurídico se ha mostrado insuficiente, de modo que debe buscarse el apoyo de otras disciplinas, en especial en los estudios de la psicología evolutiva.

De manera sintética puede decirse que existen dos enfoques teóricos opuestos en torno del desarrollo infantil que influyen en la interpretación de esta noción de “evolución de facultades”: las teorías convencionales y las teorías culturales.

Las teorías convencionales encuentran su máximo exponente en Jean Piaget, quien explica que el arribo a la adultez implica un proceso en el cual el niño pasa por distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual. Así, observa que “el desarrollo psíquico que se inicia con el nacimiento y finaliza en la edad adulta es

<sup>9</sup> LANSDOWN, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Unicef, Florencia, 2005, p. 19.

<sup>10</sup> LANSDOWN, Gerison, *La evolución...*, cit., ps. 31/32.

<sup>11</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Dignidad y autonomía progresiva de los niños”, RDPyC 2010-3, Derechos del Paciente, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 137.

<sup>12</sup> LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución*, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 417.

comparable al crecimiento orgánico: al igual que este último, consiste esencialmente en una marcha hacia el equilibrio. De igual forma, en efecto, que el cuerpo evoluciona hasta un nivel relativamente estable, caracterizado por el final del crecimiento y por la madurez de los órganos, también la vida mental puede ser concebida como si evolucionara en la dirección de una forma de equilibrio final representado por el espíritu adulto<sup>13</sup>.

El citado autor distingue, pues, entre las funciones constantes del ser humano —comunes a todas las edades— y las estructuras variables propias de cada etapa del desarrollo psíquico. Las estructuras variables serán, por tanto, las formas de organización de la actividad mental bajo su aspecto motor o intelectual, por un lado, y su faceta afectiva o emocional, por el otro. En este sentido, se discriminan seis períodos de desarrollo que señalan la aparición de estas estructuras construidas sucesivamente. En lo que aquí interesa, en la última etapa, es decir, a partir de la adolescencia, el niño comienza a tener un nivel operatorio formal que le permite manejarse no sólo en el mundo de lo concreto inmediato, sino también en el mundo de lo posible, a través de la formulación de hipótesis abstractas que le otorgan una capacidad de autonomía de juicio característica de la inteligencia reflexiva completa<sup>14</sup>. El adolescente, por oposición al niño, es un individuo que reflexiona fuera del presente y elabora teorías sobre todas las cosas, complaciéndose particularmente en las consideraciones inactuales. A través de un método hipotético-deductivo, es decir, sobre simples suposiciones sin relación necesaria con la realidad o con las creencias del sujeto, el adolescente elabora un pensamiento reflexivo puro e independiente de la acción, confinado en la necesidad del razonamiento en sí, como antítesis de la concordancia de las conclusiones con la experiencia<sup>15</sup>.

Este modelo conceptual de la niñez que proponen las teorías convencionales se caracteriza por la suposición de que hay un orden natural, según el cual los niños son dependientes y existen normas incontrovertibles que rigen su evolución hasta la edad adulta<sup>16</sup>. La infancia se presenta así como un proceso *universal*, lineal y prescriptivo, sin atender al impacto que tienen en el desarrollo infantil elementos de vital importancia como el contexto social, cultural y económico y el entorno familiar.

Por esta razón, las teorías convencionales han sido puestas en crisis en los últimos veinte años, máxime teniendo en cuenta que las conclusiones a las que se arriba parten de investigaciones formuladas exclusivamente en Europa y los Estados Unidos y, además, son consecuencia de observaciones de los niños en condiciones de aislamiento respecto de otros adultos y basadas en un número reducido de experiencias. Nacen así las teorías culturales que reprochan la inca-

<sup>13</sup> PIAGET, Jean, “El desarrollo mental del niño”, *Seis estudios de psicología*, Labor, Colombia, 1995, p. 11.

<sup>14</sup> PIAGET, Jean, *La psicología de la inteligencia*, Crítica, Barcelona, 1999, ps. 138 y ss.

<sup>15</sup> PIAGET, Jean, *La psicología...*, cit., ps. 163 y 164.

<sup>16</sup> QVORTRUP, Jens, “Useful to Useful: The Historical Continuity of Children’s Constructive Participation”, en MANDELL, Nancy (ed.), *Sociological Studies of Children*, vol. 7, JAI, London, 1995, ps. 49 y ss.

pacidad de las convencionales de reflejar la complejidad de factores que inciden sobre la adquisición de competencias por parte de los niños y ven al desarrollo infantil como el producto de determinados procesos económicos, sociales, culturales y ambientales vinculados en concreto con las prácticas de crianza en que aquéllos desarrollan su existencia<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva, observa Woodhead: “La implicación de aceptar que el desarrollo infantil debe ser considerado un proceso cultural es que los puntos de referencia no son intrínsecos, fijos o prescriptos; son extrínsecos, específicos de un momento histórico y negociables dentro de un cuadro de promoción de los derechos del niño”<sup>18</sup>.

La conjunción de ambas teorías o lecturas sobre el desarrollo infantil será, en definitiva, lo que nos permita delimitar los alcances de la expresión “evolución de las facultades” sobre la cual se asienta el principio de autonomía progresiva. En efecto, por un lado, las enseñanzas de las teorías convencionales aportan una base genérica de suma utilidad a la hora de pensar en una legislación que ponga en marcha este principio con alcances generales. Por otra parte, las teorías culturales demuestran la particularidad de cada niño y su entorno y sirven, entonces, de fundamento para reflexionar sobre la flexibilidad que demanda el reconocimiento de la autonomía progresiva y la necesidad de contemplar variantes o alternativas en los distintos supuestos que se regulen.

### 3. Reformulación de los roles de los sujetos implicados en el reconocimiento de la autonomía del niño

Así como el reconocimiento constitucional del principio de la autonomía progresiva impone la revisión de la categoría binaria de capacidad/incapacidad emergente del Código Civil, exige —en consecuencia— la reformulación de los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos “pasivos” de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos. Me refiero fundamentalmente a dos categorías de sujetos: los progenitores —y, en su ausencia, otros responsables del niño— y el Estado.

Con respecto a los primeros, el reconocimiento de la autonomía progresiva del niño en el seno de la familia presume la redefinición de la relación paterno filial a partir del principio democrático de interacción entre el adulto y el niño, basado en la consideración de su personalidad y el respeto de sus necesidades en cada período de su vida, y en su participación activa en el proceso formativo<sup>19</sup>. Desde

<sup>17</sup> SUPER, Charles - HARKNESS, Sara, “Cultural Perspectives on Child Development”, en WAGNER, Daniel - STEVENSON, Harold (eds.), *Cultural Perspective on Child Development*, WH Freeman, San Francisco, 1982, ps. 170 y ss.

<sup>18</sup> WOODHEAD, Martin, “Understanding Children’s Rights”, en VERHELLEN, Eugene (ed.), *Collected Papers Presented at de Fifth Interdisciplinary Course of Children’s Rights*, Universidad de Gante, Gante, 2002, p. 113.

<sup>19</sup> GROSMAN, Cecilia P., “Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades”, en WAINERMAN, Catalina (comp.), *Vivir en familia*, Unicef - Losada, Buenos Aires, 1994, p. 84.

esta óptica se impone una resignificación de la institución de la “patria potestad” y, en su reemplazo, conviene hablar de “responsabilidad parental”, concepto que destierra la idea de poder (que evoca la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica) y subraya la noción de “función” que, cumplida adecuadamente, resalta el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía<sup>20</sup>.

El punto de partida de esta necesaria adecuación del régimen civil a la Convención será la reestructuración del sistema de representación de los menores de edad desarrollado por nuestro Código Civil en los arts. 57 y ss.

Veamos. Se entiende por representación el fenómeno jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otra<sup>21</sup>. En efecto, el término “representación” como tal trasluce la idea de que se está actuando en lugar de otro que no puede hacerlo por sí mismo. En particular, la representación legal se presenta como un supuesto de heteronimia en que la ley otorga al representante un poder de configuración de la esfera jurídica ajena por el cual la única actuación posible es la del representante y su voluntad, la única a tener en cuenta en la formación del acto jurídico<sup>22</sup>. En otros términos, “la voluntad del representante no depende de la voluntad de la persona representada, sino que goza de su propia autonomía, sustituyendo plenamente en su actividad jurídica a la persona sometida a los poderes familiares de los que aquélla deriva”<sup>23</sup>.

En este sentido, tradicionalmente se ha dicho que los niños necesitan de la representación legal de sus padres para el ejercicio de los derechos que se les atribuyen en el contexto de las relaciones jurídicas (conf. art. 59, CCiv.). Desde esta perspectiva se ha afirmado que dicha representación es necesaria —o indisponible— y universal, en tanto se extiende a todas las relaciones jurídicas que tengan como sujeto a los hijos menores de edad, que afecten un interés legítimo o un derecho subjetivo a ellos referido, con excepción de los actos específicamente enumerados, que pueden realizar por sí mismos con el asentimiento paterno o sin él (conf. art. 62, CCiv.)<sup>24</sup>.

La concepción tradicional de la representación legal de los menores de edad para todos los actos de su vida resulta incompatible con el principio de autonomía progresiva. Y es que del sistema de representación descrito surge la siguiente paradoja: si bien el niño es formalmente titular de una plena autonomía en función

<sup>20</sup> MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 168 y ss.

<sup>21</sup> RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel - GARCÍA ALGUACIL, María José, *La representación legal de menores e incapaces. Contenidos y límites de la actividad representativa*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 27.

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, ps. 49 y 50.

<sup>23</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil I. Parte general y derechos de la persona*, Pons, Barcelona, 2011, p. 498.

<sup>24</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. II, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 769 y 770.

de su edad y desarrollo, el ordenamiento civil no prevé los medios necesarios para que pueda ejercer en los hechos la autonomía de la que goza en teoría. Esta paradoja sólo puede despejarse pensando en un sistema que excluya del ámbito de la representación paterna aquellos actos inherentes al ejercicio de los derechos fundamentales que, en función de su desarrollo físico y psíquico, los niños puedan ejercer por sí mismos, sea de manera autónoma o con el apoyo de su entorno.

Así lo prevé, entre otros, el modelo español, recogido por el art. 162, Código Civil, que exceptúa de la representación legal: “a) Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; y b) aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo”. En estos actos, los padres prestan al niño y/o adolescente una especie de *asistencia o apoyo*, cumpliendo una función meramente complementaria respecto de la decisión del niño.

Se ha definido la asistencia como “un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido”<sup>25</sup>. En este sentido, asistencia y representación tienen alcances bien diferenciados, en tanto esta última implica un mecanismo de sustitución de la voluntad del niño, mientras que la primera prevé un acompañamiento justificado en miras de la protección del niño en el desarrollo de su personalidad.

En orden a la relación entre el niño y el Estado, cuando se alude al reconocimiento de sus derechos, el principio de la autonomía progresiva impone dos tipos de actitudes. Por un lado, el desplazamiento del lugar tradicional de Estado *interventor* que considera el niño como objeto de tutela y amparo hacia un rol de apoyo de aquél y su familia, y de la propia autodeterminación de padres e hijos en la medida en que sea coincidente y no vulnere los derechos fundamentales de estos últimos. Por el otro lado, esta nueva dimensión de la infancia exige un Estado *regulador* de acciones positivas tendientes a diseñar estrategias para favorecer la elaboración de un marco jurídico y la creación de ambientes en el ámbito público y privado (Poder Judicial, espacios sanitarios, escuelas, etc.) que promuevan, respeten y protejan el desarrollo de las capacidades del niño y su participación activa en la toma de decisiones hasta el máximo de sus posibilidades. La función del Estado conjuga entonces un rol pasivo y uno activo (un dejar hacer y un hacer), que deben desplegarse de manera simultánea y equilibrada a fin de que los niños sean respetados y, a la vez, resulten protegidos adecuadamente según lo requiere la evolución de sus facultades.

#### 4. Aplicación del principio de autonomía progresiva

De lo expuesto hasta aquí se desprende la importancia de elaborar un marco jurídico *eficaz* para respetar el derecho del niño a participar gradualmente en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos y, a la vez, brindarle

<sup>25</sup> CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 218.

protección adecuada en orden a su subsistente vulnerabilidad. A tales fines se han diseñado diversos modelos que luego serán ejemplificados en materia del cuidado del propio cuerpo. En términos generales, estos modelos pueden clasificarse en los siguientes<sup>26</sup>:

a) *Estipulación, mediante leyes, de límites de edad fijos y prescriptivos para la adquisición gradual de derechos*, basados esencialmente en las enseñanzas de las teorías convencionales. Estos modelos proporcionan seguridad jurídica pero, por la uniformidad e inflexibilidad de sus reglas, se desentienden del fundamento de la autonomía progresiva y no consideran las facultades evolutivas reales de cada niño, que difieren de un caso a otro.

b) *Eliminación de todos los límites de edad*, sustituyéndolos por una evaluación individual de cada niño a fin de determinar su capacidad para participar en la toma de decisiones. Si bien este enfoque resulta la máxima expresión del principio de autonomía progresiva y apunta a considerar la individualidad de cada niño o adolescente, es en verdad incompatible con la propia CDN —que propone la introducción de ciertos límites etarios por vía legal— y genera gran inseguridad jurídica, además de un despliegue judicial y/o administrativo permanente para la evaluación de la capacidad del niño frente a todos los supuestos.

c) *Introducción de límites de edad fijos con la posibilidad del niño de demostrar su competencia y ejercer el derecho en cuestión antes de haber alcanzado la edad establecida*. Este modelo es una combinación de los anteriores y, como tal, presenta la ventaja de proporcionar directrices generales que confieren seguridad a los adultos y protección a los niños y, a la vez, contiene cierta flexibilidad que permite considerar cada niño en su individualidad. El problema radica en la demostración de la competencia antes de llegada la edad legal, lo cual implica para el niño la superación de las barreras que para esta franja vulnerable se presentan para el acceso a la justicia, máxime cuando se trata de sectores socioeconómicos más desfavorecidos.

d) *Estipulación de límites de edad fijos sólo para aquellos derechos que corren el riesgo de ser vulnerados por los adultos, e introducción de la presunción de capacidad para los demás derechos*. Este último modelo —también mixto— establece límites etarios para la protección contra determinadas situaciones, tales como los daños autoinfligidos o los factores sociales o económicos perjudiciales (p. ej., ingreso a las Fuerzas Armadas, consumo de alcohol, etc.) y la explotación o los abusos (p. ej., trabajo infantil, explotación sexual, etc.), y recoge la presunción de capacidad en función de la competencia y sin límites fijos de edad, cuando el ejercicio de un derecho tiene repercusiones solamente para el niño, pero acarrea consecuencias tanto inmediatas como a largo plazo (p. ej., la religión, la educación, el cuidado del propio cuerpo, etc.). En estos casos incumbirá a los adultos desvirtuar la presunción y demostrar que el niño no es competente para la toma de determinadas decisiones.

Si bien este último modelo refleja el espíritu de la regla convencional de la autonomía progresiva, no deja de suscitar incertidumbres, puesto que también aquí será preciso delimitar la competencia del niño en cada caso concreto. Pe-

<sup>26</sup> Ver la clasificación diseñada por LANSDOWN, Gerison, *La evolución...*, cit., ps. 71 y ss.



reciera que algún límite etario, aun para el ejercicio de derechos fundamentales como la salud, la religión, la educación, etc., resulta indispensable para brindar cierta seguridad jurídica y resguardar este delicado equilibrio entre la necesaria protección de los derechos del niño y la defensa de su autonomía.

En este sentido, las pautas esbozadas por las teorías convencionales lideradas por Piaget permiten elaborar *estándares* uniformes y destinados a regular la generalidad de las situaciones. La entrada en la adolescencia —que, sabemos, varía en cada cultura, cada familia y cada niño— marca igualmente un punto medio que se alza como razonable. Así, podrá considerarse un límite de 12, 14 o 16 años para *presumir* la competencia en la toma de decisiones, sin perjuicio de que aquélla pueda ser desvirtuada por prueba en contrario o que pueda acreditarse que se posee competencia aun antes de adquirir la edad legal. De este modo se armoniza la necesidad de contar con cierta seguridad jurídica y el respeto del principio de la autonomía progresiva, pues la indicación de límites no supone la fijación de edades inamovibles, sino parámetros de mínima que señalan sólo una presunción y, por ende, participan de la flexibilidad inherente a la idea de “facultades en evolución” consagrada por la CDN.

Estos límites resultarán variables en función de las consecuencias que implique el ejercicio de cada derecho. No serán los mismos, seguramente, en materia de libertad religiosa o educativa, que en relación con cuestiones atinentes al cuidado del propio cuerpo pudieran poner en riesgo la salud o la vida del adolescente. De hecho, por su complejidad, es este último aspecto el que mayores interrogantes genera de cara al reconocimiento de la autonomía progresiva, de modo que debe ser considerado particularmente.

### III. AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO EN LAS DECISIONES SOBRE SU PROPIO CUERPO

#### 1. Capacidad, competencia y mayoría anticipada para el acto médico

En materia de salud, la autonomía progresiva de niños y adolescentes se manifiesta en la posibilidad de otorgar su consentimiento informado para determinadas prácticas, entendido aquél como “una declaración de voluntad efectuada por un paciente quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”<sup>27</sup>.

La relación médico-paciente presupone el derecho de toda persona, como agente moral autónomo, de recibir la información necesaria para formar su opinión y asegurar la autonomía de la voluntad en la toma de decisiones que le competen. Es indudable el papel protagónico que asume el principio bioético de autonomía en este aspecto al encontrarse estrechamente cohesionado con el valor supremo de la dignidad humana. Así lo ha expresado de manera contundente Kemelmajer

<sup>27</sup> HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., “Consentimiento informado”, en GARAY, Oscar E. (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 191.

de Carlucci, al decir: “La autonomía de la voluntad permite decidir el proyecto autorreferencial, y la dignidad humana supone el respeto a lo que la persona quiere y decide. Como proyecto de vida o como acto”<sup>28</sup>.

La relación médico-paciente no se agota, entonces, con el cumplimiento de la obligación de informar sino que requiere, asimismo, que el paciente destinatario de la información tenga una función participativa y de colaboración que le permita comprender, procesar y valorar lo que se le informa y adoptar las decisiones racionales que le dicta su interés. Es así que una correcta hermenéutica del término “consentimiento” remite ineludiblemente a sus presupuestos previos: la información adecuada<sup>29</sup>, la comprensión de esa información, la libertad en el sujeto que presta su consentimiento y la competencia para participar en la toma de decisiones<sup>30</sup>.

Desde esta perspectiva se coincide en que, en el ámbito de la salud y las decisiones referidas al propio cuerpo, el concepto jurídico de *capacidad* no se identifica con el bioético de *competencia*.

La capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que puede tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos<sup>31</sup>. Como bien se ha dicho, “bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”<sup>32</sup>. Es que el consentimiento informado, aunque pudiera tener lugar en el marco contractual de la relación médico-paciente, tiene una fisonomía particular que no se confunde con el consentimiento o capacidad como elemento esencial en la formación del contrato, sino que se vincula con la legitimación para disponer de derechos fundamentales<sup>33</sup>.

Por oposición a la capacidad legal, la competencia es una noción perteneciente al área del ejercicio de los derechos fundamentales o personalísimos que no se valora en un momento preciso, “sino que se va formando, requiere una evolución;

<sup>28</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Dignidad y autonomía...”, cit., p. 129.

<sup>29</sup> PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009, ps. 79 y ss.

<sup>30</sup> KRAUT, Alfredo, “Ausencia de consentimiento médico: la decisión por otro”, JA 1997-I-745.

<sup>31</sup> HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 87.

<sup>32</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en BERGEL, Salvador D. - MINYERSKY, Nelly (comps.), *Bioética y derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 114.

<sup>33</sup> WEINGARTEN, Celia, “Contrato y responsabilidad médica: el deber de información y el consentimiento informado”, JA 1997-I-823.

no se adquiere o pierde en un día o una semana”<sup>34</sup>. Se trata, precisamente, de un elemento de desarrollo evolutivo en el terreno de la bioética que se identifica con el principio jurídico de autonomía progresiva.

Teniendo en cuenta estos parámetros, en el derecho comparado —y también en nuestro país, especialmente como consecuencia de la sanción de sendas legislaciones sobre salud sexual y procreación responsable— se ha incorporado expresa o implícitamente la idea de *mayoría anticipada para el acto médico*, que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de arribar a la mayoría de edad generalmente estipulada por las leyes.

Este concepto tuvo su origen en Gran Bretaña, en virtud del célebre caso “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”<sup>35</sup> resuelto por la Corte de los Loes en 1986, a raíz de la oposición formulada por una madre de cinco niñas menores de 16 años para que se les proveyeran métodos anticonceptivos sin su autorización. Para rechazar la petición, la Corte aseveró que “los derechos de los padres existen sólo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes” y que “el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta”<sup>36</sup>. En este sentido, el tribunal afirmó que la competencia o capacidad legal para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende sólo de la edad, sino también de la madurez del niño y/o adolescente y de su idoneidad para comprender las consecuencias de su decisión. En consecuencia, quienes aún siendo menores de 16 años tengan madurez suficiente para ello pueden, por sí solos —y sin necesidad de contar con la autorización de sus padres o representantes—, requerir asesoramiento médico y prestar su consentimiento para prácticas anticonceptivas.

En nuestro país, esta misma tendencia ha sido seguida en distintos precedentes, entre los que cabe destacar el fallo “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros v. Ciudad de Buenos Aires”<sup>37</sup>, *leading case* que puso fin a las discusiones jurisprudenciales en torno del ejercicio del derecho a la salud sexual por parte de niños y adolescentes, al menos en el ám-

<sup>34</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Dignidad y autonomía...”, cit., p. 131.

<sup>35</sup> El fallo ha sido comentado, entre otros, por GROSMAN, Cecilia P., “Los derechos del niño y adolescente al cuidado de su propio cuerpo y, en especial, a la protección de su salud reproductiva”, *Anuario Departamento de Derecho Privado I*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 192, y por POLAKIEWICZ, Marta - GORVEIN, Nilda S., “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 149.

<sup>36</sup> BOULANGER, François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, Económica, Paris, 1998, nro. 141, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho...”, cit., p. 117.

<sup>37</sup> Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 14/3/2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros v. Ciudad de Buenos Aires”, RDF 2004-I, Lexis-Nexis, Buenos Aires, p. 47, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., “Sexualidad, minoridad, discernimiento y patria potestad”.

bito local, y marcó una clara referencia a seguir por otros tribunales regionales. La causa fue promovida por la Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Profamilia a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 5° y 7°, ley 448 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerarlos violatorios del derecho-deber de los padres emergente de la responsabilidad parental. El primero, en cuanto establece como destinatarios de la ley a la población en general y especialmente a las personas en edad fértil y, el segundo, en tanto desarrolla los contenidos del derecho a la salud sexual y la procreación responsable. Entre los vastísimos fundamentos del fallo —y en lo que aquí importa— cabe destacar los siguientes: a) tanto la jurisprudencia internacional como la CDN han resignificado el alcance de la patria potestad, orientándolo hacia un concepto que está directamente asociado con la capacidad progresiva (del voto de Ruiz); b) del régimen de patria potestad vigente en nuestro país no se desprende que los hijos menores de edad deban contar obligatoriamente con el consentimiento expreso de los padres para informarse sobre temas vinculados con la salud sexual y la procreación responsable ni para solicitar la asistencia pública para la prescripción de métodos anticonceptivos no abortivos. Si un o una joven menor de edad resuelve acudir a un establecimiento público de salud para asesorarse sobre los distintos aspectos de la salud sexual, lo hace a partir de un maduro grado de discernimiento (del voto de Casás); y c) el concepto de capacidad consagrado en el Código Civil ha sido superado por el que emana de la CDN, en tanto el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes se encuentra determinado por la evolución de sus facultades (del voto de Russo).

En síntesis, como anticipé, las nociones de *competencia o mayoría anticipada para el acto médico* en el campo de la bioética son indispensables para delimitar los alcances del principio jurídico de la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de su derecho a la salud. En este orden de ideas, en materia del cuidado del propio cuerpo (al igual que respecto de los demás derechos fundamentales), debe pensarse en un sistema o régimen que reconozca autonomía para ejercer este derecho y su manifestación concreta, el consentimiento informado, en consonancia con la evolución de las facultades del niño. Sin perjuicio de ello y para el caso de que se verifique la ausencia de competencia, debe preverse la participación del niño en la conformación de tal consentimiento, cuyo grado dependerá de su madurez psíquica y física en cada caso<sup>38</sup>.

Ampliaré estas ideas más adelante, pero primero considero interesante reseñar el tratamiento que el derecho del niño al cuidado del propio cuerpo ha merecido en el derecho comparado y en algunas legislaciones y precedentes locales.

## 2. Las tendencias del derecho comparado

Siguiendo en cierta medida los modelos de aplicación del principio de autonomía progresiva ya explicitados, en relación con el derecho del niño a tomar decisiones

<sup>38</sup> Ver al respecto RODRÍGUEZ PALOMO, Carlos, *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Universidad Complutense de la Facultad de Derecho, Madrid, 2004, p. 111.

relativas al cuidado de su propio cuerpo se han esbozado dos tendencias en el derecho comparado; cada una de las cuales presenta ventajas y desventajas.

Una primera tendencia se inclina por no marcar límites etarios para consentir determinados actos médicos, receptando el principio general de la autonomía progresiva. Así, en Francia, el Código de Salud Pública autoriza a los médicos a evacuar la consulta de un niño o adolescente que se presenta solo, sin ningún límite de edad. El niño debe prestar su consentimiento para la realización de cualquier tratamiento si resulta apto para expresar su voluntad y participar de la decisión. En tal supuesto, tiene derecho a participar en el tratamiento médico que le será prodigado y debe ser informado, de acuerdo con su capacidad de comprensión, de todo acto o intervención médica en su persona. En el caso en que el rechazo de un tratamiento por la persona titular de la responsabilidad parental genere el riesgo de entrañar consecuencias graves para la salud del niño, el médico prescribirá los tratamientos indispensables (art. 1111-4).

En la misma línea, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscripto por países miembros del Consejo de Europa el 4/4/1997 (conocido como Convención Europea de Bioética) dispone que cuando, conforme a la ley, un niño no tenga capacidad para expresar su consentimiento referido a una intervención médica deberá requerirse la autorización de “su representante (en primer lugar sus padres), de una autoridad o de una institución designada por la ley”, para agregar luego: “La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez” (art. 6-2).

Si bien este tenor de legislaciones son las que en definitiva recogen con verdadera plenitud el principio de la autonomía progresiva, la principal desventaja que presenta este sistema amplio —como ya se adelantó— es la dificultad de precisar cuándo existe madurez suficiente para tomar una decisión en materia de salud, así como también la de establecer a cargo de quién estará la determinación de dicha madurez. Evidentemente, ante la ausencia de parámetros legislativos, la delimitación de la competencia de un niño o adolescente será resuelta por el juez. Ello obliga a movilizar el aparato judicial para cualquier situación en la que resulte involucrado el cuidado del propio cuerpo del niño, puesto que los médicos —frente a la falta de reglas específicas— no se arriesgarán a realizar una intervención sin el consentimiento paterno por temor a ser pasibles de responsabilidad civil y penal. En este sentido, se ha afirmado que “el criterio de permitir al menor con la suficiente madurez prestar el consentimiento a las actuaciones de los facultativos, si bien es el más conforme a la legislación y respetuoso con la dignidad del menor y el libre desarrollo de su personalidad, no deja de producir cierta inseguridad jurídica por la necesidad de su apreciación en el caso concreto y la grave responsabilidad que asume el facultativo, teniendo además en cuenta que la capacidad natural se mide en relación con la naturaleza y trascendencia de la actuación médica”<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Á., *La patria potestad...*, cit., p. 123.

En la segunda vertiente, que tiende a establecer parámetros etarios diferenciados en materia de salud, se ubica Inglaterra, que en la sección octava del Acta de Reforma de Derecho de Familia de 1969 autoriza a los adolescentes mayores de 16 años a consentir tratamientos quirúrgicos, médicos u odontológicos, prevaleciendo su decisión por encima del criterio de sus representantes legales. Por su parte, la *Children Act* de 1989 permite a un niño o adolescente, con discernimiento suficiente, tomar una decisión una vez informado y rehusarse a los criterios médicos o psiquiátricos o de otra naturaleza que los tribunales dispongan en las órdenes de protección. De todos modos, si el niño no ha alcanzado la edad de 16 años, se aplica el estándar jurisprudencial y aun así puede determinarse si es *Gillick competent*.

En España, la ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica dispone en su art. 9.3 que “se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: ...c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene 12 años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con 16 años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Merece aquí también destacarse la actualmente discutida Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, cuyo art. 13 expresamente prevé que “en el caso de mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”<sup>40</sup>. En el mismo país, a nivel autonómico, puede mencionarse —entre otras— la ley 8/2008, de 20 de junio, de Valencia, de los Derechos de Salud de Niños y Adolescentes, cuyo art. 15 reza: “Se reconoce a los mayores de 16 años y a los menores emancipados el derecho a prestar su consentimiento informado, de conformidad con la legislación sobre derechos del paciente y demás legislación sanitaria”<sup>41</sup>.

En la misma línea, en Estados Unidos, diversos estatutos atribuyen facultades a los pacientes menores de edad para dar su consentimiento informado en intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos —así, en Alabama, Columbia, Carolina del Sur, etcétera—.

<sup>40</sup> Un muy buen análisis de esta ley puede encontrarse en CASADO, María - LAMM, Eleonora (coords.), *Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia y sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2011.

<sup>41</sup> Un análisis concreto de estas legislaciones puede encontrarse en CANO HURTADO, María Dolores, “Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el derecho estatal y en el derecho valenciano”, en VALLÉS, Antonio (dir.), *La protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, ps. 87 y ss.

En los Países Bajos, el Código Civil establece tres tipos de categorías: para los niños menores de 12 años se requiere la autorización paterna, entre los 12 y 16 años se impone un sistema de doble autorización y, a partir de los 16 años, la decisión es exclusiva del adolescente. Así, cualquiera sea su edad, el niño tiene derecho a ser informado en forma clara respecto de los exámenes realizados, los tratamientos propuestos, su seguimiento y su estado de salud. En particular, el niño menor de 12 años tiene derecho a ser informado de un modo adaptado a su capacidad de comprensión, aunque no tiene derecho por sí solo a consultar la historia clínica. Entre la edad de 12 y 16 años, los pacientes comparten con sus padres el derecho a consultar la historia clínica en forma conjunta. Sin perjuicio de ello, los padres pueden ser excluidos de la relación entre los profesionales médicos y los niños si el interés de estos últimos así lo exige (por ejemplo, en el tratamiento de una enfermedad venérea). A partir de los 16 años, los jóvenes gozan de los mismos derechos que los adultos.

En Québec, Canadá, el Código Civil de 1996 dispone que el niño mayor de 14 años puede consentir por sí solo tratamientos, exámenes o cualquier tipo de intervención médica. De todos modos, y más allá de la regla genérica, la ley canadiense formula algunas distinciones. Si su estado de salud exige que permanezca internado en un establecimiento de salud o un servicio social por más de doce horas debe informarse tal situación al titular de la responsabilidad parental (art. 14). Cuando el niño tenga menos de 14 años se requerirá autorización judicial si los progenitores se niegan injustificadamente a consentir un tratamiento necesario para la salud del niño. También se precisa dicha autorización cuando deba someterse a un niño mayor de 14 años a un tratamiento que éste rechaza, salvo que no exista urgencia y su vida o su integridad no se encuentren en riesgo, en cuyo caso resultará suficiente el consentimiento del titular de la responsabilidad parental (art. 16). El niño mayor de 14 años puede consentir por sí mismo los tratamientos que no comprometan su estado de salud. Es necesario el consentimiento de los titulares de la responsabilidad parental si los tratamientos presentan un riesgo serio para la salud del niño y pueden causar consecuencias graves y permanentes (art. 17). En estos mismos supuestos, y tratándose de un niño menor de 14 años, es suficiente con la autorización de sus padres o representantes, salvo que los tratamientos impliquen un riesgo para su salud, en cuyo caso se requerirá la autorización judicial (art. 18). Las personas menores de edad no pueden enajenar una parte de su cuerpo a menos que ésta resulte susceptible de regenerarse y que no implique un riesgo cierto para su salud, en cuyo caso requerirán el consentimiento de sus representantes y la autorización judicial (art. 19). Tampoco pueden someterse a un experimento que importe un riesgo serio para su salud (art. 21).

En concreto, en materia de eutanasia, la ley holandesa de 2001 reconoce una escala gradual de autodeterminación. Así, entre los 16 y 18 años pueden solicitar la eutanasia (ya sea en el acto o como directiva anticipada) quienes estén en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses, debiendo participar los padres en la decisión; y entre los 12 y 16 años, se requiere el doble consentimiento del niño y sus progenitores. Por su parte, según la ley belga de 2002, puede requerir la eutanasia el menor de edad emancipado (dado que en

Bélgica pueden ser emancipados desde los 15 años) si tiene una enfermedad grave e irreversible. Los demás no pueden hacer una petición de eutanasia, tampoco sus representantes.

En fin, en Nueva Zelanda, la ley adopta un modelo mixto que recoge criterios cronológicos, aunque admite cierta flexibilidad, pues si bien dispone que los niños pueden dar su consentimiento para los tratamientos médicos solamente después de haber cumplido 16 años, se les permite hacerlo antes de esa edad si demuestran que tienen la competencia necesaria.

La mayor crítica que ha recibido este sistema se centra en que desvirtúa el principio de la autonomía progresiva al establecer nuevamente márgenes etarios fijos para ejercer determinados derechos. En este sentido se ha dicho que “cualquier restricción referida a la edad puede convertirse en fuente de nuevas discriminaciones y arbitrariedades, que son justamente las que queremos desterrar del sistema, aun a riesgo de hacerlo más complejo”<sup>42</sup>.

Estas observaciones no dejan de ser ciertas. Como adelanté, la imposición de reglas inflexibles atenta contra el espíritu del mandato convencional. Pero la eliminación absoluta de estándares puede generar dificultades en relación con las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, donde el principio de autonomía progresiva adquiere una complejidad adicional, especialmente en función de la seriedad de la decisión que pueda tomarse. Ello obliga a establecer pautas básicas, siempre *móviles*, para evitar la judicialización innecesaria de todas las cuestiones inherentes a la salud de niños y adolescentes. En el ámbito de la salud, las decisiones requieren en general de un tratamiento urgente muchas veces incompatible con los tiempos judiciales.

Para finalizar este apartado merecen destacarse sendos precedentes jurisprudenciales que en el derecho comparado han marcado tendencias bien definidas. Así, en un fallo ejemplar dictado por la Corte Constitucional de Colombia, el 12/5/1999, en un caso de pseudohermafroditismo de una niña de 8 años, tras detallar y valorar un innumerable material probatorio, se denegó el pedido de la madre de ordenar la intervención quirúrgica para la readecuación de sus genitales, por considerar que sería la niña, cuando adquiriera madurez suficiente, quien debería decidir por sí sola sobre una cuestión que involucra un derecho personalísimo. Ante ello se resolvió que, con miras a “proteger el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad del menor... deberá constituirse un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre... A este equipo le corresponderá entonces establecer cuándo la menor goza de la autonomía suficiente para prestar su consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si la paciente toma esa opción”<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> NADDEO, María Elena, “Comentarios acerca de la ley nacional 26.061. Vigencia del paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, RDF, nro. 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 71.

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia, 12/5/1999, *Revista Justicia y Derechos*, nro. 4, Unicef, Buenos Aires, 2002, p. 103.



En otro caso que vinculaba el derecho a la salud con la libertad religiosa, el Tribunal Constitucional español, el 18/7/2002<sup>44</sup>, resolvió sobreseer a los padres de un niño de 13 años condenados penalmente como autores responsables del delito de homicidio, ante el fallecimiento de su hijo por negarse éste a someterse a una transfusión sanguínea invocando su libertad religiosa y de conciencia (que obviamente, en el caso, coincidía con la de sus progenitores). El tribunal reconoció que la sentencia recurrida había vulnerado el derecho a la libertad religiosa de los progenitores al juzgarlos como garantes de la vida de su hijo. Sin perjuicio de ello —y en lo que aquí interesa—, tras resaltar la titularidad del derecho a la libertad religiosa y del derecho al cuidado del propio cuerpo por parte de niños y adolescentes, el fallo subrayó que “el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos..., no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”. Y concluyó que no había “datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza... que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de 13 años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar”.

Volviendo a nuestro continente, la Corte de Apelaciones de Valdivia, el 14/5/2009<sup>45</sup>, resolvió favorablemente el pedido conjunto de una madre y su hijo de 11 años de que no se lo sometiera a un tratamiento médico que le brindaría un 40% de posibilidades de supervivencia, alegando que su práctica le significaría enormes padecimientos. El tribunal destacó que el derecho a la vida “no puede entenderse pura y simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas..., sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar” y que “la acción coactiva del Estado puede justificarse cuando se trate de una enfermedad curable, o con porcentajes altos de probabilidad de curación y de acciones médicas cuya práctica no suponga un deterioro físico o psíquico del paciente que afecte su esencial dignidad como persona... Si no se reúnen esas condiciones, el Estado debe retroceder, y dejar que sea la familia, con la información suficiente aportada en el contexto de la relación médico-paciente, la que adopte la decisión que mejor se acomoda a su sistema de creencias, a sus experiencias previas, a sus valores...”.

### 3. El estado del arte en nuestra legislación y jurisprudencia

La legislación argentina, que tradicionalmente ha regulado el ejercicio de la medicina y adscribe al modelo médico paternalista, ha seguido el mandato del Código Civil, de modo que en principio los actos médicos e intervenciones realizadas a favor de menores de edad requieren del consentimiento de sus representantes

<sup>44</sup> RTC 2002\154, Tribunal Constitucional español, en pleno, 18/7/2002, [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>45</sup> Recurso 103/2009, resolución 5231, secretaría: Familia.

legales. Así lo prevén la ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración, el Código de Deontología del Cirujano y el Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina, sólo que éste formula la siguiente excepción: “En caso de menores adultos, su conocimiento será suficiente tratándose de operaciones indispensables y urgentes y no hubiese tiempo de avisar a sus familiares”.

De manera más reciente se ha sancionado la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado<sup>46</sup> que, si bien consagra con verdadera amplitud el principio de autonomía en las relaciones médicas, se queda a mitad de camino en lo relativo a las personas menores de edad, pues reconoce su posibilidad de participar en la decisión, mas no de brindar su consentimiento de manera autónoma. Así, el art. 2º, inc. e), estipula que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a *intervenir*<sup>47</sup> en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...”. Pero luego la ley alude en forma reiterada a la actuación de los representantes legales. A modo de ejemplo, el art. 4º dispone que “en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal...”. A su vez, el art. 5º define al consentimiento informado como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada...”. En fin, el art. 11, referido a las directivas anticipadas, las limita expresamente a “toda persona capaz mayor de edad”.

Por lo demás, existen leyes especiales que estipulan mayorías anticipadas para el acto médico, tales como las leyes 24.193 y 26.066 de Trasplantes de Órganos, que prevén la edad de 18 años para disponer de sus órganos en vida y tras la muerte, y la ley 22.990, que recepta tal edad para donar sangre, pudiéndolo hacer también el adolescente a partir de los 16 años con el consentimiento de sus representantes. De todos modos, estas legislaciones han perdido en este aspecto virtualidad con la reforma introducida al Código Civil por la ley 26.579, que redujo la mayoría de edad a los 18 años.

En el terreno local, la resolución 1252/2005 de la Secretaría de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre “Niñas, niños y adolescentes. Asistencia sanitaria. Obligatoriedad”, del 28/7/2005, dispone: “La obligatoriedad de asegurar la asistencia sanitaria requerida por niñas, niños, y adolescentes, ya sean solos/as... ya sea sin acompañante adulto o con acompañante adulto que no sea su representante legal...” (art. 1º). El art. 4º de la ley reza: “A los efectos de la implementación de lo dispuesto en la presente resolución, deberá enfatizarse en el reconocimiento de las capacidades del niño/a y adolescente para comprender la información suministrada por el profesional actuante, y para otorgar su consentimiento sobre la realización de estudios y tratamientos indicados, de conformidad

<sup>46</sup> BO del 21/10/2009.

<sup>47</sup> El destacado me pertenece.

con los términos descriptos en el anexo I...". Dicho anexo establece —en lo que aquí interesa— que “toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello...”<sup>48</sup>.

En el ámbito jurisprudencial, nuestro país encuentra un precedente remoto dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “S. y D., C. G.”, del 6/11/1980<sup>49</sup>, mediante el cual se otorgó la autorización requerida conjuntamente por los progenitores de una joven, a quien le faltaban dos meses para cumplir 18 años, para que donara uno de sus riñones a su hermano, quien padecía insuficiencia renal crónica. Para así decidir, el tribunal subrayó: “No surge de autos que ella padezca de ignorancia, error o dolo que obsten a su intención, ni que se encuentre afectada su libertad con relación al acto de ablación en vida que motiva la causa y en la audiencia de comparecencia personal, se pudo verificar también que la referida menor ha comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quiere someterse y que no ha sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos...”.

Ya en este siglo, la cuestión de la autonomía progresiva en las decisiones sobre el propio cuerpo —como anticipé— tuvo especial auge en materia de salud sexual y procreación responsable. Además del ya mencionado *leading case* del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —y los fallos que lo precedieron<sup>50</sup>—, de manera más reciente la cuestión se planteó en un juzgado mendocino, en torno de un pedido de interrupción del embarazo de una niña de 12 años violada por el conviviente de la madre. La medida fue solicitada por la misma progenitora en representación de su hija, mientras la niña manifestaba su deseo de continuar el embarazo a raíz de la fuerte influencia ejercida por su abuela. Del informe psicológico ordenado por el tribunal surgía que “la formulación explícita de L. de continuar su embarazo está ligada a nivel manifiesto y consciente

<sup>48</sup> El destacado me pertenece.

<sup>49</sup> Fallos 302:1284.

<sup>50</sup> Entre los precedentes en los que se ha tratado esta cuestión, ver C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 7/5/2002, “M. de D. R., M. v. Municipalidad de Vicente López”, LL 2002-E-324 y en LL del 2/12/2002, supl. Derecho Constitucional, con nota de FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa - REVSIN, Moira, “¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de derechos fundamentales?”; Juzg. Fed. n. 3 Córdoba, 30/12/2002, “Mujeres por la vida”, LLC 2003-167, con nota de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Ley Nacional de Salud Reproductiva: ¿resguardo cautelar o temeridad procesal?”; C. Civ. y Com. Córdoba, 6ª, 31/10/2003, “Mujeres por la vida - asociación civil sin fines de lucro (filial Córdoba) v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, LLC 2004-801, con nota de FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa - REVSIN, Moira, “Los derechos sexuales y reproductivos como un derecho humano”; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, 18/12/2001, “P. C. S. y otro s/fuga del hogar”, JA 2002-I-548, con nota de MEDINA, Graciela, etcétera.

al deseo de no dañar al feto, a lo que se agrega la posición de la abuela a través de su consejo de continuar con el embarazo”. En este contexto, el tribunal desestimó el pedido de la progenitora, observando que “a mayor grado de madurez y entendimiento en el asunto concreto que le atañe al niño, mayor es la incidencia que tal opinión tendrá en la decisión final y viceversa; si bien es cierto que aún L. no está vinculada con el maternaje; que por su edad y drama existencial se encuentra en una situación de vulnerabilidad; del informe socioambiental surgen recursos familiares y sociales que permitirían presumir una adecuada contención cualquiera fuera la decisión que se adoptara”<sup>51</sup>.

La autonomía progresiva para el ejercicio del derecho a la identidad sexual también fue motivo de resolución por nuestros tribunales. El tema se planteó en el Juzgado Civil y Comercial de Segunda Nominación de Villa Dolores, Córdoba, que hizo lugar al pedido formulado por los progenitores de un joven de 17 años (obviamente, con la anuencia de éste) para que se le hiciera una operación de re-educación de sexo<sup>52</sup>. Para así decidir, el magistrado consideró los informes médicos que daban cuenta de un “cuadro de transexualismo infantil y adolescente (disforia de género)” y las conclusiones del Comité de Bioética consultado y del informe psicológico, de los que se desprendía que el joven había demostrado entender la información que se le brindó; se verificó su aptitud de valorar el significado de tal información con relación a las consecuencias de la intervención, comprendiendo racional y lógicamente los riesgos y las ventajas del acto médico, y se constató su capacidad de razonar, habiendo ponderado la información de forma racional, con un pensamiento lógico. A la luz de estas constancias probatorias y distinguiendo entre el concepto jurídico de capacidad y el bioético de competencia, se señaló que “el mismo joven, ahora por sí, y recién a su edad actual, puede asumir una decisión autónoma, lo que seguramente no estaba en condiciones de expresar por falta de madurez al tiempo de promoverse la demanda... Cuando la situación se presenta en niños y adolescentes..., por la misma índole de la incapacidad propia de la edad minoril, las características de la etapa evolutiva que se atraviesa, signada por cambios, labilidad emocional... la ‘demanda’ del transexual, requiere de una decodificación para analizar desde qué lugar viene formulada..., apostando así a la emergencia del sujeto con su propio y singular discurso...”. De acuerdo con estos principios, el juzgado resolvió lo siguiente: “1) En forma previa a la cirugía, el equipo médico que tenga a su cargo la práctica, deberá requerir el otorgamiento por escrito del debido ‘consentimiento informado’, tanto del menor como de sus dos padres, el que deberá ser coincidente. 2) Imponer a los padres..., el aseguramiento de una debida supervisión o acompañamiento interdisciplinario

<sup>51</sup> Juzg. Familia n. 1 Mendoza, 16/9/2008, “B., L. A.”, [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com).

<sup>52</sup> El mismo juzgado había desestimado el pedido cuando el interesado tenía 15 años, tras considerar que se trataba de un acto personalísimo que no podía ser ejercido por los padres en representación de su hijo, y que el niño no tenía discernimiento (C. Civ. Com. Trabajo y Familia Villa Dolores, 28/11/2005, “C., J. A. y otra”, con nota de FAMÁ, María Victoria, “Identidad sexual y derecho a la autodeterminación de niñas, niños y adolescentes: un fallo que nada dice y dice mucho”, JA 2006-II-395).

por psicólogo, psiquiatra, endocrinólogo y cirujano, tanto anterior como posterior a la cirugía, y hasta la mayoría de edad de su hijo”<sup>53</sup>.

En fin, el principio de autonomía progresiva en relación con la toma de decisiones sobre el propio cuerpo fue también considerado frente a situaciones en las que estas decisiones se vinculaban con creencias religiosas, en particular, en torno del rechazo absoluto a la realización de transfusiones sanguíneas por parte de los Testigos de Jehová.

En general, la jurisprudencia ha distinguido dos situaciones en función del desarrollo físico y psíquico del niño. Así, cuando se trataba de niños pequeños, incapaces de expresar su voluntad, se ha mostrado proclive a autorizar la transfusión sanguínea necesaria para salvar la vida del hijo pese a la negativa de los progenitores, invocando el deber estadual de proteger la vida<sup>54</sup>. Distinto ha sido el tratamiento en casos en que el propio niño (más bien adolescente) ha expresado su negativa a transfundirse como consecuencia de sus propias convicciones religiosas, aunque éstas resultaran de la innegable influencia paterna. En tales circunstancias, los tribunales han dado soluciones diversas en función de elementos fácticos concretos, entre ellos, el grado de madurez física y psíquica del hijo para tomar una decisión que fuera a costarle su vida.

Así, en un caso de disenso entre los progenitores, resuelto en los términos del art. 264 ter, CCiv., se autorizó al padre de un joven de 16 años —ante la negativa de la madre y del mismo joven— a otorgar por sí solo el consentimiento informado necesario para que su hijo fuera sometido a una transfusión sanguínea considerada indispensable para salvar su vida. En función del informe elevado por el Servicio de Psicoterapia del hospital donde se hallaba internado y de la propia entrevista mantenida con éste, el magistrado concluyó que el joven, “pese a hallarse ubicado en tiempo y espacio, lúcido y ser menor adulto con discernimiento, no se encuentra... en condiciones de decidir sobre su vida y su muerte”<sup>55</sup>.

En otro caso se hizo lugar al pedido de transfusión sanguínea a una joven de 18 años ante la oposición de su madre, por estimarse que la adolescente no profesaba el culto de su progenitora. Allí se señaló que “si bien R. S. debiera ser considerada en principio como ‘competente’ para las decisiones médicas que hacen al cuidado de su propia salud..., diversas actuaciones incorporadas a la causa... ponen de manifiesto la presión psicológica y emocional que especialmente la progenitora de la menor ha exteriorizado permanente sobre ella”. “Nos encontramos frente a una persona en situación de vulnerabilidad, cuya autonomía en consecuencia se halla seriamente disminuida en orden a la toma de decisiones

<sup>53</sup> Juzg. Civ. y Com. Villa Dolores, 2ª, 21/9/2007, “C. J. A. y otra”, RDF 2008-I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 103, con nota de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El caso ‘Nati’: escrito en el cuerpo, inscripto en la ley”.

<sup>54</sup> En este sentido, ver Juzg. Civ. n. 3, 24/4/1985, “C., R”, ED 114-113, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., “La transfusión de sangre y la objeción religiosa de conciencia”, y C. Civ. y Com. San Martín, sala 2ª, 11/11/1986, “A. Q., J. R.”, ED 125-540, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., “La objeción de conciencia de los padres y el derecho a la vida de su hija recién nacida”.

<sup>55</sup> Juzg. Civ. n. 43, 18/11/1998, “S., J. M. v. G., A. M.”, LL 1999-D-151.

que hacen al cuidado de su propia salud, y que afecta por lo tanto la capacidad de discernimiento acerca de cuáles son sus ‘mejores intereses...’<sup>56</sup>.

En la misma línea, en otro precedente se resolvió favorablemente que se diera la medicación necesaria y se colocara un botón de gastrostomía a una niña de 10 años, pese a la oposición de su madre y de la propia pequeña. La progenitora había señalado que dichos tratamientos “en su oportunidad le produjeron a la menor vómitos, diarreas, palpitaciones” y que “tiene creencia evangélica” y “que Dios va a salvar a su hija”. Para autorizar la intervención se señaló que “el derecho a la libertad de creencias y el derecho a la libertad de cultos que establece el orden jurídico argentino, no es fundamento que permita a un habitante de la Nación imponer su creencia, y las consecuencias prácticas a sus hijos menores de edad, cuando de dichas prácticas, conductas o abstenciones resulte la posible vulneración de derechos esenciales de dichos hijos, como es el derecho a la vida y el derecho a gozar de su salud física... sólo cabe entender la patria potestad como función en favor de la vida y la protección del hijo. Su ejercicio es funcional, cuando parte de respetar y procurar la defensa de la vida del hijo y de su salud, cuando entiende al hijo como sujeto con autonomía propia e individual para ser respetadas (art. 264 del Código Civil y su doctrina; arts. 3°, 7°, 8° y 14 de la ley 26.061)”<sup>57</sup>.

#### IV. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

He dicho que uno de los principales retos que propone el paradigma de la protección integral de derechos emergente de la CDN es la búsqueda del *equilibrio* entre el reconocimiento del derecho del niño a participar en las decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos fundamentales y la asunción de las responsabilidades para las cuales tiene competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. En el campo de la bioética, este equilibrio se traslada a la tensión entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia, que se traduce en que es el médico, quien en virtud de la premisa del mayor beneficio para el enfermo, se arroga el derecho de tomar resoluciones aun cuando ello pudiera entrar en conflicto con la voluntad del paciente<sup>58</sup>. Hasta no hace mucho, el paternalismo médico consideraba que los menores de edad se encontraban condicionados en sus decisiones a raíz de su falta de capacidad. La concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social y los avances propios de la bioética en relación con la competencia o mayoría anticipada para

<sup>56</sup> Juzg. Crim. y Corr. Transición n. 1 Mar del Plata, 9/5/2005, “Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)”, LLBA, julio 2005, p. 641, con nota de MORELLO, Augusto - MORELLO, Guillermo.

<sup>57</sup> Trib. Familia n. 2 Mar del Plata, 6/2/2009, “G., G.”, RDF 2009-III, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 94, con nota de COMITO, Natalia I, “Responsabilidad parental y derecho de los niños al cuidado de su propio cuerpo: cuando la protección judicial no puede hacerse esperar”.

<sup>58</sup> ANDRUET, Armando S., *Bioética, derecho y sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*, Alveroni, Córdoba, 2004, p. 64.

el acto médico han puesto en jaque esta tradicional tendencia, reconociendo la preeminencia de la autonomía del paciente aun cuando no se hubiera adquirido la plena capacidad legal.

Ahora bien, la promoción y el apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable en materia del cuidado del propio cuerpo —al igual que frente a otros derechos— involucra, como vimos, tres aspectos: a) la *evolución*, focalizada en la idea de competencia; b) la *participación* en esta toma de decisiones, la cual sólo se transferirá a los adultos frente a la ausencia de competencia; y c) la *protección*, pues por su situación de persona en desarrollo, el niño tiene derecho al amparo frente a situaciones o decisiones que puedan serle perjudiciales.

La conjunción de estos tres aspectos permite afirmar que a *mayor* competencia del niño, *menor* será el grado de protagonismo del Estado y los progenitores (o demás representantes) en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Y mucho menor será la intervención del Estado, cuando se verifique la voluntad coincidente entre el niño y su familia, pues debe presumirse que las personas más allegadas a aquél respetarán su propia historia personal y actuarán conforme su interés.

De lo expuesto se desprende que el niño debe estar asociado al proceso de toma de decisiones en el punto *máximo* posible<sup>59</sup> en función de la evolución de sus facultades, de modo que, como regla, verificada su competencia para decidir en el caso concreto, podrá otorgar por sí mismo el consentimiento informado para el acto médico. De no alcanzar esa competencia, deberá al menos respetarse su derecho a participar en la toma de decisiones con la asistencia o apoyo de sus progenitores y de los profesionales de la salud, y a ser informado sobre los alcances de los tratamientos indicados.

La protección del Estado se expresará en una intervención *mínima* que debe guardar la *proporcionalidad* exigida para intervenir en cualquier derecho fundamental. En consecuencia, estará condicionada a la verificación de que resulta *idónea* o adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (cuál será la protección de la vida o la integridad física y/o psíquica), que deviene *necesaria* para la consecución de tal fin, de modo que sea la más benigna con el derecho intervenido y que es *proporcional en sentido estricto*, considerando que las ventajas que se obtienen mediante dicha intervención compensan los sacrificios que ésta implica para el titular del derecho<sup>60</sup>.

Esta intervención de mínima posibilita la fijación de estándares o pisos uniformes sobre la base de ciertos límites etarios a partir de los cuales cabe *presumir* la competencia en la toma de decisiones sobre el propio cuerpo. Tales estándares deben diseñarse en función de las enseñanzas de las teorías convencionales y estarán destinados a regular la generalidad de las situaciones, en aras de brindar seguridad jurídica y evitar la judicialización innecesaria de todos los casos en los cuales exista algún conflicto de intereses entre los progenitores (o demás

<sup>59</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Dignidad y autonomía...”, cit., p. 132.

<sup>60</sup> Ver al respecto, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, ps. 35 y ss. y 686 y ss.

representantes) y el niño, o entre aquéllos y los profesionales de la salud. Pero este sistema genérico no puede desentenderse de la particularidad de cada niño y su entorno, por lo que se impone la necesidad de complementarlo con reglas *flexibles* que permitan considerar cada caso en concreto.

La razonabilidad o proporcionalidad de estos estándares estará dada, justamente, por su propia flexibilidad y, además, deberá analizarse a la luz de dos interrogantes, a saber: a) ¿cuál es el fin constitucionalmente legítimo que se persigue con la indicación de la edad? y b) esta indicación, ¿sirve —es necesaria— para perseguir tal finalidad? La norma, por otra parte, sólo formulará una presunción favorable a la competencia que puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

En fin, la proporcionalidad de un sistema que regule el ejercicio de la autodeterminación del niño en materia sanitaria también deberá ponderar la necesidad de contemplar variantes o alternativas en los diferentes supuestos que se presenten. Ello impone el diseño de distintos niveles de intervención<sup>61</sup>, desde la información, pasando por la participación con la debida asistencia, hasta llegar a la autodeterminación propiamente dicha, que deberán pensarse en función del tipo de tratamiento a realizar y del estado de salud del niño, pues —como bien se ha dicho— aquél “puede ser competente para tomar decisiones de menor importancia, pero no una que encierre la vida o el modo de morir”<sup>62</sup>.

En definitiva, el desafío es grande y las respuestas son complejas, pero no por ello podemos justificarnos y seguir guardando silencio frente a dilemas que exigen ser considerados no sólo desde el campo de la bioética, sino también en el terreno jurídico. La autonomía progresiva de niños y adolescentes es un principio constitucional que impone la resignificación del régimen binario de capacidad y de la tradicional idea de representación de los progenitores en todos los actos de la vida de sus hijos menores de edad. Los adultos somos responsables de que así sea, para que niños y adolescentes puedan ejercer plenamente sus derechos en un marco de autonomía referencial respetuoso de la dignidad humana<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Ver al respecto POLAKIEWICZ, Marta - GORVEIN, Nilda S., “El derecho...”, cit., ps. 132 y ss. y FAMÁ, María Victoria, “El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - HERRERA, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, ps. 343 y ss.

<sup>62</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho...”, cit., p. 142.

<sup>63</sup> Debe destacarse que así se decidió en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Tucumán en septiembre de 2011, donde por unanimidad se recomendó que “teniendo en cuenta el interés superior del menor, su derecho a ser oído y los principios de autonomía y capacidad progresiva, se adopten reglas precisas sobre la participación del menor en los actos de disposición de sus derechos personalísimos” (ver conclusiones en [www.derechocivil2011.com.ar](http://www.derechocivil2011.com.ar)).





## RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES, SECRETO PROFESIONAL Y CONFIDENCIALIDAD MÉDICA. ¿CÓMO SE CONJUGAN PARA ASEGURAR LA SALUD DE LOS ADOLESCENTES?

por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI\*

*A menudo, los hijos se nos parecen,  
y así nos dan la primera satisfacción...  
Cargan con nuestros dioses y nuestro idioma,  
con nuestros rencores y nuestro porvenir,  
por eso nos parece que son de goma...  
Nos empeñamos en dirigir sus vidas  
sin saber el oficio y sin vocación.  
Les vamos transmitiendo nuestras frustraciones  
con la leche templada y en cada canción.  
Joan Manuel Serrat, "Esos locos bajitos"*

### I. IMPORTANCIA DEL TEMA Y LÍMITE DE ESTAS REFLEXIONES

El secreto ha sido objeto de reflexiones en la cultura académica y popular, por lo que una gran cantidad de dichos y manifestaciones atribuidas a famosos personajes reflexionan sobre su valor. Así, p. ej., se atribuye a Sócrates la frase "es más difícil guardar un secreto que tener un carbón ardiente en la lengua"; a Séneca, "si quieres que tu secreto sea guardado, guárdalo tú mismo"; al poeta Gibran Khalil Gibran, "si revelas tus secretos al viento, no culpes al viento por revelarlos a los hombres"; a La Rochefoucauld, "cómo pretendemos que otro guarde nuestro secreto si nosotros no hemos podido guardarlo"; a Richelieu, el consejo "no decir sino lo que es necesario, a quien es necesario y cuando es necesario"; a Benjamin Franklin, "las tres cosas más difíciles de esta vida son: guardar un secreto, perdonar un agravio y aprovechar el tiempo". Son dichos populares españoles: "En boca cerrada no entran moscas", "en la boca del discreto, lo público

\* Ex ministra de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza. Doctora *honoris causa*, Universidad de Paris Val de Marne. Profesora en diversas universidades del país y del extranjero.

es secreto"; en Japón se dice que "ni cien caballos al galope atraparán una frase imprudente" y que "si el pájaro no hubiese cantado, no le habrían disparado"; un proverbio francés dice: "Se puede tener razones para hablar, pero no se necesita ninguna para callar"; un árabe afirma: "Antes de hablar gira siete veces tu lengua en la boca"; en el Talmud se lee: "Tu amigo tiene un amigo y el amigo de tu amigo tiene otro amigo; por consiguiente, sé discreto".

Pareciera, pues, que no es necesario argumentar demasiado en torno a la importancia que la gente de todas las épocas y países atribuye al silencio como sinónimo de confidencialidad, cualquiera sea el sector sociocultural al que pertenece.

Como es sabido, en el cuerpo humano se concentran la vida, la integridad física, la salud, la sensibilidad, el sufrimiento físico; en ese cuerpo también se ubican las decisiones relativas al modo de vida y al compromiso hacia el futuro (matrimonio, trabajo o servicios a cumplir), la procreación (su aceptación o rechazo), etc. No cabe dudar, entonces, de cuánto vale el secreto que versa sobre ese cuerpo. Dicho de otro modo, el secreto sobre lo que pasa en el cuerpo es una cuestión central.

Diversas profesiones tienen vínculos con el cuerpo de las personas, pero las relativas a la medicina los presuponen en todos los casos. Por eso, no debe extrañar que el secreto médico constituya uno de los principios fundamentales de la ética médica y que esté reconocido por todos o la mayoría de los códigos deontológicos de esa profesión. Efectivamente, en 1950, durante un gran debate realizado en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París sobre la moral médica, Portes pronunció una fórmula que luego pasó a ser repetida casi inconscientemente: "No hay medicina sin confianza, ni confianza sin confidencialidad, ni confidencialidad sin secreto"<sup>1</sup>. Confianza y confidencia son dos términos de sonido parecido, inseparables en la buena práctica de la medicina. Tiene confianza quien supone que se hace o se va a hacer algo que es necesario para su tranquilidad. Hace una confidencia quien comunica algo a alguien reservadamente, en secreto.

Los juristas de la mayoría de los países coinciden en que la materia del secreto médico es difícil, especialmente cuando se enfrenta al deber de denunciar a las autoridades. El maestro Sebastián Soler decía que "la revelación del secreto profesional es uno de los temas que mayores contradicciones en la interpretación ha provocado al interrogarse cuándo existe violación punible del secreto y cuándo el deber de denunciar"<sup>2</sup>. En consonancia, otros autores reconocen que no existe una regla precisa y desprovista de ambigüedad que permita trazar con certitud la frontera entre la obligación del médico de no revelar las confidencias requeridas bajo secreto médico y la obligación de revelarlas cuando el valor protegido por el secreto, es decir, el derecho a la vida privada, entra en conflicto con otro valor fundamental<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Reproducido por HOERNI, Bernard - BENEZECH, Michel, *Le secret médical. Confidentialité et discrétion en médecine*, Masson, Paris, 1996, p. 12.

<sup>2</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, TEA, Buenos Aires, 1978, p. 117.

<sup>3</sup> JAKHIAN, Edouard, "La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le secret médical ou l'impossible équilibre", *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 467. El autor comenta los casos llegados al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hasta 1998: "Z. v. Finlandia", del 25/2/1997 (que relato más adelante,

Por su parte, los médicos sostienen que las cuestiones vinculadas al secreto se encuentran entre los grandes inconvenientes que afrontan en la práctica profesional, especialmente cuando tienen información que implica a miembros de la familia del paciente<sup>4</sup>.

Por lo demás, en una sociedad que se vanagloria de privilegiar la información y la transparencia, la resistencia del secreto profesional, como la de todo secreto, se encuentra con grandes dificultades<sup>5</sup>.

Por todo esto, y por otras razones, Delmas-Marty ha podido decir que “más que una teoría jurídica, el secreto profesional aparece más bien como una búsqueda de un equilibrio jamás alcanzado”<sup>6</sup>.

No extraña, pues, que sobre el secreto sanitario y su protección hayan corrido ríos de tinta, y seguirán corriendo, a causa de la extensión y la gravedad de los problemas que plantea a muchas personas, en trances trágicos o dramáticos<sup>7</sup>.

En consecuencia, estas líneas no pretenden ser un análisis completo de la problemática; me limitaré, en lo posible, una vez planteado el problema en general, a reflexionar sobre la cuestión cuando los adolescentes están implicados.

## II. ETIMOLOGÍA

La raíz *secr* se encuentra en el vocablo latino *scernere*, que significa separar, aislar. El participio de *scernere* es *secretus*, origen del término secreto. O sea, lo secreto se distingue porque se lo separa de otras cosas.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define el secreto como aquella cosa que “se tiene reservada u oculta cuidadosamente”.

Por lo tanto, desde lo gramatical, se entiende por secreto todo aquello que se tiene reservado, oculto, aislado de la normal comunicación con los demás<sup>8</sup>. Se trata,

---

brevemente, en el texto); “Mitterand v. Francia” (herederos enfrentados a un médico que publica un libro, titulado, irónicamente, *Le grand secret*); “M. v. Suecia” (necesidad de revelar el secreto en un juicio en el que el médico es demandado por el paciente). El 9/6/2011, el Centro Francés de Derecho Comparado organizó un coloquio titulado “*La dénonciation: droit ou devoir*”. Los trabajos fueron publicados bajo ese mismo título por la *Société de Législation Comparée* en el mismo año.

<sup>4</sup> GILBAR, Roy, “Medical Confidentiality within the Family: The Doctor’s Duty Reconsidered”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 18, nro. 1, abril 2004, p. 195.

<sup>5</sup> MAGENDIE, Jean Claude, “Pouvoir, dans la transparence, prétendre à une part irréductible de secret”, en HIRCH, Emmanuel *et al.* (dir.), *Éthique, justice et médecine*, Université de Paris Sud 11, Paris, 2005, p. 16.

<sup>6</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *A propos du secret professionnel*, Dalloz, Paris, 1982, *chron.*, XXXIX.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Prólogo”, en REQUEJO NAVEROS, María Teresa, *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Colex, Madrid, 2006.

<sup>8</sup> VERDÚ PASCUAL, Fernando, *Secreto profesional médico. Normas y usos*, Comares, Granada, 2005, p. 7.

pues, de un conocimiento que se aísla, poniendo obstáculos para que determinadas informaciones lleguen a ser conocidas por otras personas.

### III. SECRETO PROFESIONAL. CONCEPTO

Se define el secreto profesional como el sigilo o reserva que corresponde a quien ejerce una profesión respecto del conocimiento que posee sobre otra persona cuando ese conocimiento ha sido obtenido por razón del desarrollo de la actividad profesional y la información ha sido necesaria para realizar la prestación o servicio a su cargo.

### IV. EL SECRETO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Algunas Constituciones de los países latinoamericanos contienen referencias expresas al secreto; p. ej., el art. 2.18, Constitución del Perú de 1993, dispone: “Toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, *así como a guardar el secreto profesional*”.

Distintos valores jurídicos se relacionan con el secreto según sea la profesión ejercida. P. ej., el secreto de la fuente de información del periodista se vincula a la *libertad de expresión*; en este sentido, el art. 43, CN, menciona expresamente este secreto cuando al regular el hábeas data dice: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

El secreto profesional del abogado se une al derecho de *defensa*, y hace a la esencia, seguridad y garantía de un proceso; revelarlo puede traer gran perturbación a las prácticas judiciales y dar lugar a “incalificables abusos que pondrían en peligro a la propia administración de justicia, generando escándalos y prohiendo exacciones”<sup>9</sup>.

Lo cierto es que, cualquiera sea la profesión, el derecho al secreto se vincula esencialmente a la *intimidad*, y esta atadura muestra, desde el principio, la complejidad del problema<sup>10</sup>. En efecto, “el secreto evoca el silencio, lo íntimo, la discreción; por lo tanto, nada hay de inquietante para favorecer el respeto a la esfera privada. Pero el secreto, como opuesto a transparencia, es portador de oscuridad, tinieblas, disimulación, opacidad, clandestinidad, deslealtad”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> CEPEDA, Analía de los Ángeles, “El secreto profesional médico en materia de aborto”, DJ 2010-543.

<sup>10</sup> PANIZO ORALLO, Santiago, “Riesgos del deber del secreto profesional para la eficacia del derecho”, en SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel - HOYO SIERRA, Isabel A. (eds.), *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 229.

<sup>11</sup> MAGENDIE, Jean Claude, “Pouvoir, dans la transparence...”, cit., p. 15.

Por ser la intimidad el valor fundamentalmente amparado, un requisito indispensable para el deber jurídico de proteger el secreto es que la persona a la que atañe tenga voluntad de guardarlo como tal<sup>12</sup>.

Algunas figuras jurídicas parten, precisamente, de un secreto que protege la salud, p. ej., el parto anónimo, que garantiza a la madre el derecho a parir de modo seguro en un hospital, pero se enfrenta con el derecho fundamental de otra persona, como es el derecho de identidad del nacido<sup>13</sup>.

Sea como fuese, lo cierto es que el TEDH ha reconocido expresamente que los datos médicos relativos a la salud integran el derecho a la intimidad de la persona. Así lo dijo, entre otros, en el caso “Z. v. Finlandia”, del 25/2/1997, en el que abordó la queja de una mujer que denunció que sus datos, entre los que contaban que ella era portadora del VIH, habían sido incorporados a un proceso en el que se discutía si su marido, que había violado a varias personas, debía ser condenado también por el delito de homicidio, en razón de que a la época de los ilícitos, él conocía que también él estaba infectado. En el caso, los médicos que atendían a la mujer (clínicos y psiquiatra) habían invocado el secreto, pero el tribunal los obligó a revelarlos; más aún, el expediente médico se incorporó a la causa y se decidió que la confidencialidad sobre estos datos durara sólo diez años a partir de la sentencia. Independientemente del resultado final<sup>14</sup>, en el parágrafo 95 de la decisión del TEDH se lee: “La Corte tiene en cuenta el rol fundamental que la protección de los datos de carácter personal [entre las cuales se encuentran las informaciones relativas a la salud] juega en el ejercicio del respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8º de la Convención. El respeto del carácter confidencial de las informaciones sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados contratantes de la Convención. Es capital no sólo para proteger la vida privada de los enfermos sino también para preservar la confianza en el cuerpo médico y los servicios de salud en general. Si esa protección faltase, las personas que necesitan cuidados médicos creerían que esa información de carácter íntimo, que es necesaria para su tratamiento, podría ser apropiada y consultada por otro, por lo que deciden ocultarla, lo que pone en peligro, en el caso de las enfermedades contagiosas, a la propia colectividad (ver la Recomendación nº R [89] 14 sobre *Las incidencias*

<sup>12</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento”, JORI TOLOSA, José Luis (dir.), *Protección de menores en el Código Penal*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 311.

<sup>13</sup> Me he referido a este tema en mi artículo “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso ‘Odièvre v. France’”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 511, y RDF, nro. 26, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 77.

<sup>14</sup> La queja principal fue rechazada, en definitiva, sobre la base del principio de proporcionalidad y la teoría del margen de discrecionalidad del Estado; en cambio, se estimó contrario al art. 8º el plazo de confidencialidad de diez años, fijado de oficio por el tribunal.

*éticas de la infección VIH en el marco sanitario y social*, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 24/10/1989 y, especialmente, las observaciones generales sobre la confidencialidad de los datos médicos que figuran en el párrafo 165 de la exposición de motivos). Por lo tanto, la legislación interna debe proveer garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud que no respeten las garantías previstas en el art. 8º de la Convención”.

## V. EL INTERÉS PÚBLICO Y PRIVADO COMPROMETIDO EN EL TEMA DEL SECRETO PROFESIONAL DEL MÉDICO

Jurídicamente, se discute si el deber de secreto está basado sólo en el acuerdo entre cliente y profesional o si también responde al interés público.

La tendencia mayoritaria, en la que se incluye el *leading case* del TEDH “Z. v. Finlandia”, del 25/2/1997, antes mencionado, se inclina por la segunda opción, es decir, acepta que la obligación de no revelar los secretos a los que se ha accedido en el ejercicio de una profesión u oficio deriva de normas impuestas por el Estado para proteger el orden social<sup>15</sup>. Esta posición se funda en los siguientes argumentos:

a) el individuo que reclama el secreto se encuentra en la necesidad de acudir a quien ejerce una profesión para solucionar un problema que por sí solo no puede resolver; él renuncia a su intimidad no por capricho, sino por necesidad;

b) si el secreto no existiese, el paciente no se acercaría al médico, no se curaría, y esto amenaza la salud pública. Lealtad y verdad son necesarias entre doctores y pacientes;

c) hay necesidad social en que ciertas profesiones tengan prestigio y sean respetadas por la sociedad de manera que inspiren en sus integrantes la confianza requerida para que tales profesiones funcionen apropiadamente.

En razón del interés social que encierra, la mayoría de los bioeticistas entiende que la regla de la confidencialidad médica es casi absoluta. Sin embargo, no todos los médicos son conscientes de ese deber. Una encuesta realizada en Inglaterra, por Wertz and Fletcher, en 1989, reveló que cerca del 60% de los genetistas de diversos países del mundo que respondieron estaban de acuerdo en revelar el dato a los parientes sin consentimiento del paciente; no hicieron distinción según que esa enfermedad fuese mortal, como el mal de Huntington, o no mortal, como la hemofilia. En Holanda, el 26% de los médicos entrevistados estaba dispuesto a revelar el dato a familiares, sin el consentimiento del paciente, pero no a terceras personas, como patronal, aseguradora, etcétera<sup>16</sup>.

Verificando esa realidad en el ámbito de los prácticos de la medicina, los eticistas norteamericanos dicen: muchas veces los médicos suponen, sin justificación,

<sup>15</sup> DUVAL-ARNOULD, Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, Paris, 1994, p. 142; OTERO GONZÁLEZ, María del Pilar, *Justicia y secreto profesional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 14.

<sup>16</sup> Datos proporcionados por GILBAR, Roy, “Medical confidentiality...”, cit., p. 205.

que los pacientes desean que su estado sea plenamente revelado a su familia. Es necesario alejarse de tal suposición<sup>17</sup>.

## VI. HISTORIA DEL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO<sup>18</sup>

Los historiadores remontan el secreto a tiempos antiguos. Muchos recuerdan que aparece en el juramento de Hipócrates: “Lo que en el ejercicio de la profesión, y aun fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba ser divulgado, callaré considerando la discreción como un deber en semejantes casos”<sup>19</sup>.

Esos estudiosos relatan que el secreto médico era conocido antes de Hipócrates, pero no se relacionaba con la confidencialidad y con la intimidad, sino con la transmisión de los conocimientos; o sea, el secreto se refería al que debían conservar los que practicaban la medicina (sacerdotes, hechiceros, adivinos, etc.), respecto de sus saberes, que *no* debían informar a sus pacientes<sup>20</sup>. Después de Hipócrates, el secreto se evanesció, sin desaparecer completamente. En la Edad Media se reforzó, al ser asimilado al principio más extendido del secreto de confesión. Después de la Revolución francesa, se puso nuevamente de relieve, a punto de ser un símbolo intocable del ejercicio médico, durante más de ciento cincuenta años. En la última mitad del siglo pasado retomó el camino que nunca debió dejar, cual es ser considerado un medio de respeto de las personas y no un fin en sí mismo<sup>21</sup>.

## VII. ASPECTOS QUE COMPRENDE EL SECRETO MÉDICO

La información sometida al deber de sigilo médico comprende, entre otros, los siguientes aspectos: a) el diagnóstico, el pronóstico y la terapia de la enfermedad del paciente; b) otras circunstancias de la enfermedad: gravedad, complicaciones y otros hechos vinculados; c) internación en establecimientos hospitalarios, etcétera<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Citado por HOERNI, Bernard - BENEZECH, Michel, *Le secret médical...*, cit., p. 56.

<sup>18</sup> Para el tema, ver HOERNI, Bernard - BENEZECH, Michel, *Le secret médical...*, cit., ps. 5/13, capítulo 1 del libro.

<sup>19</sup> OTERO GONZÁLEZ, María del Pilar, *Justicia y secreto profesional*, cit., p. 23; COSTA, María Victoria, “El manejo de la información médica. El consentimiento informado y la confidencialidad”, en LUNA, Florencia - SALLES, Arleen L. F., *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 183; LAMBERTI, Silvio - VIAR, Juan Pablo, “El profesional de la salud frente al secreto profesional”, en BLANCO, Luis G., (comp.) *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*, Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 135; MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, “La protección jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito de las investigaciones biomédicas”, en JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael (dir.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Comares, Granada, 2008, p. 113.

<sup>20</sup> SAYAGO, Roberto, “El secreto médico. Su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética”, JA 2001-IV-1273.

<sup>21</sup> HOERNI, Bernard - BENEZECH, Michel, *Le secret médical...*, cit., p. 5.

<sup>22</sup> VERDÚ PASCUAL, Fernando, *Secreto profesional...*, cit., p. 10.



## VIII. NORMATIVA GENERAL

El derecho al secreto médico está incluido, desde hace años, en los códigos de deontología médica. Entre otros, el art. 11 del vigente en Francia dispone: “El secreto profesional, instituido en el interés de los enfermos, se impone a todo médico en las condiciones establecidas por la ley”. El secreto cubre todo aquello que ha llegado al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión, o sea, no sólo aquello que se le ha confiado, sino todo lo que ha escuchado o comprendido.

Las denominadas leyes de “sanidad” de casi todos los países contienen una especie de catálogo de los derechos de los pacientes, entre los cuales se incluye el derecho al secreto médico. Así, p. ej., la ley española 14/1986 enumera, entre los derechos con respecto a las distintas administraciones sanitarias, el derecho: “...A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas...”.

En la República Argentina, el art. 2º, inc. c), ley 26.529, dispone: “Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326”.

El derecho aparece en numerosos documentos internacionales vinculados a los derechos humanos. Así, el art. 10, Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, llamado Convenio de Oviedo de 1997, dispone: “Vida privada y derecho a la información. 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud”.

El art. 8º, Declaración de los Derechos del Paciente, suscripta en Lisboa en 1981 y completada en Bali en 1994, dice: “Derecho al secreto profesional. a) Toda información identificable concerniente al estado de salud, las circunstancias médicas, el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento del paciente y toda otra información que le concierna, debe quedar confidencial, aun después de su muerte. Excepcionalmente, los descendientes pueden tener un derecho de acceso a las informaciones susceptibles de revelar riesgos que puedan correr en su salud. b) La información confidencial no puede ser divulgada excepto consentimiento expreso del paciente o que la ley lo autorice expresamente. La información no puede ser divulgada a otras personas excepto que acrediten la necesidad de saber. c) Todos los datos identificables concernientes al paciente deben ser protegidos. Esta protección debe corresponder a su forma de almacenamiento. Las substancias humanas a partir de las cuales estos datos son identificables deben ser igualmente protegidas”.

La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, de 1948, 1968 y 1983, proclama la promesa del médico de “guardar y respetar los secretos a mí confiados, aun después de que un paciente haya muerto”.

El Código Internacional de Ética Médica, de la misma fuente, reitera: “El médico debe... salvaguardar las confidencias de los pacientes”.

## IX. SUJETO OBLIGADO

El obligado a guardar el secreto es el médico. Esta afirmación merece algunas aclaraciones.

Las prácticas hospitalarias ponen barreras a veces insuperables a la eficacia del derecho al secreto. ¿Qué confianza puede tener el paciente internado en un hospital de que el secreto será guardado si es visitado no sólo por el médico sino por la pléyade de asistentes, estudiantes de la facultad, que lo acompañan en cortejo?<sup>23</sup>.

El ejercicio de la medicina se hace paulatina y permanentemente más complejo en razón de los progresos de la ciencia y la tecnología, desarrollándose la medicina en equipo; la clásica relación entre dos personas (médico y paciente), que permitía con bastante seguridad la guarda y la custodia del secreto profesional, se ha modificado profundamente. Cualquiera se sorprende al contabilizar el número de personas que puede tener contacto con un enfermo internado; obviamente, el número aumenta cuando se impulsa la seguridad social y se generan nuevos sistemas de atención sanitaria<sup>24</sup>.

Además, actualmente, uno de los modos más frecuentes de violar la intimidad es a través del sistema informático organizado por los centros de salud<sup>25</sup>, razón por la cual muchos países han regulado sobre la protección de estos datos y la necesidad de preservar los llamados datos sensibles. Aun así, indudablemente, el mayor riesgo para el secreto médico es la informática<sup>26</sup>.

Por todo esto (el ejercicio grupal, prácticas frecuentes como consulta, la informatización, etc.), hoy se habla del derecho al secreto *compartido* o *participado* (*partagé*, en francés). Cabe aclarar que, aunque el concepto de secreto compartido fue elaborado hace muchos años, aún no tiene existencia en la mayoría de los textos legales, por lo que se afirma que se trata, todavía, del “hijo bastardo”<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> MAGENDIE, Jean Claude, “Pouvoir, dans la transparence...”, cit., p. 157

<sup>24</sup> SAYAGO, Roberto, “El secreto médico...”, cit., p. 1276. Para este tema y la interpretación del art. 8º, ley 25.326, que regula los datos personales, ver PEYRANO, Guillermo F., *Régimen legal de los datos personales y hábeas data*, Depalma - LexisNexis, Buenos Aires, 2002, ps. 107 y ss.; PALAZZI, Pablo, *La protección de los datos personales en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2004, ps. 69 y ss.; MASCIOTRA, Mario, *El hábeas data. La garantía polifuncional*, Platense, La Plata, 2003, p. 268; GOZAÍNI, Osvaldo A., *Hábeas data. Protección de datos personales*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 250 (estos últimos dos autores recuerdan la recomendación 81/1 del Consejo de Europa referida a los bancos de datos médicos automatizados).

<sup>25</sup> Para el tema, ver de REQUEJO NAVEROS, María Teresa, *El delito...*, cit., ps. 34 y ss.

<sup>26</sup> BARNI, Mauro, “I doveri del medico”, en LENTI, Leonardo (ed.), *I diritti in medicina*, en RODOTÀ, Stefano, *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, ps. 161 y ss.

<sup>27</sup> HOERNI, Bernard - BENEZECH, Michel, *Le secret médical...*, cit., p. 53.

## X. SUJETO BENEFICIADO

Como regla, el derecho al secreto médico está instituido a favor de los pacientes. Ésta parece una verdad de Perogrullo, pero es necesario subrayarla, pues aunque hay un interés social en su respeto, los problemas deben ser resueltos teniendo en consideración el derecho humano de la persona a su ámbito de intimidad y reserva.

## XI. SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTAS OBLIGACIONES

### 1. Principio general

Establecer normativamente el deber del secreto profesional y sus alcances no es un tema baladí; por el contrario, su violación trae sanciones, incluso penales en algunos ámbitos<sup>28</sup>.

### 2. Las sanciones penales

La historia de la regulación penal por la violación del secreto profesional presenta dos tendencias: una propicia la despenalización, por lo que menciona expresamente los sujetos involucrados (eclesiásticos, abogados, médicos, boticarios, barberos, comadronas, etc.), lo que implica que los no mencionados no cometen el delito<sup>29</sup>.

Otra, sanciona de modo genérico la conducta del profesional de divulgar los secretos de otro, cualquiera que haya sido la forma de haberlos llegado a conocer. El distinto tratamiento que reciben los profesionales condujo a propiciar que se sancione, de modo genérico, “al profesional que revelare los secretos de un cliente de los que tuviere conocimiento por razón de su profesión u oficio”.

Cualquiera sea la posición que se asuma, cabe recordar que el derecho penal es la *ultima ratio*. Se lee en el voto razonado de García Ramírez, de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaído en la causa “De La Cruz Flores v. Perú”, fallado el 18/11/2004: “La ley penal debe contemplar, para efectos punitivos, ciertas conductas que afectan gravemente los bienes jurídicos más relevantes. La idea de un Derecho penal mínimo, asociada al garantismo, que hoy enfrenta diversos embates, supone la incriminación de tales conductas ilícitas, habida cuenta de su gravedad y de la lesión que producen, cuando no se dispone de medios sociales o jurídicos alternos para evitarlas o sancionarlas. Bajo este concepto, la ley penal debe ser utilizada como último recurso del control social y concentrarse en esos comportamientos de gravedad extrema”.

<sup>28</sup> Ver, entre otros, REQUEJO NAVEROS, María Teresa, *El delito...*, cit.

<sup>29</sup> Paralelamente, algunos códigos de procedimiento individualizan qué profesionales no están obligados a declarar, lo que implica que los demás deben hacerlo. Así, p. ej., el art. 141, Código de Procedimientos Penales del Perú, dispone que “no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstétricas, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión”.

Por eso, si el Código Penal sanciona el atentado a la intimidad mediante la violación del secreto profesional es porque considera que se trata de una conducta grave; esta calificación deriva de los siguientes elementos: i) el sujeto activo, especialmente si se trata de un profesional, funcionario público, pues está en juego el correcto funcionamiento de la Administración; ii) la particular relación de confianza y necesidad que media entre el sujeto activo y la víctima; iii) el bien jurídico que se protege (la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad)<sup>30</sup>.

Así, en el título relativo a los delitos contra la libertad, en el capítulo III, el Código Penal argentino regula la “Violación de secretos y de la privacidad”, y el art. 156 dispone: “Será reprimido con multa de \$ 1500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

De cualquier modo, las sentencias que sancionan penalmente a los médicos por violación del secreto son escasas. Cabe recordar una decisión interesante del Tribunal Supremo español, del 4/4/2001, que condenó a una médica a un año de prisión, a una multa e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por dos años (la pena mínima) y a reparar los daños causados. Los hechos eran los siguientes: en un hospital, la profesional de la salud atendió a una mujer a quien conocía por provenir ambas de un pequeño pueblo. De la historia clínica, la profesional extrajo el dato que la paciente estaba embarazada y que había tenido dos abortos anteriores; la médica reveló este secreto a la hermana de la gestante quien, en realidad, ya lo conocía de antes. El Tribunal Supremo revocó la absolucón de los jueces de grado que entendieron que lo revelado era asimilable a las noticias que publica la prensa amarilla. La sentencia condenatoria argumentó que para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte la esfera de la intimidad que el titular quiere defender, y que lo manifestado por el tribunal de grado frivlizaba sentimientos de modo no ajustado a la realidad.

### 3. El derecho penal, el deber de denunciar del funcionario público y el delito de aborto

Como he adelantado, uno de los conflictos que tiene llegada a la justicia con mayor frecuencia es el de la oposición entre el deber de denunciar y la violación al deber de secreto. En efecto, por un lado, la ley penal reprime la violación del secreto profesional; por el otro, obliga a denunciar a los que “por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público”.

Los médicos de los hospitales de los países que penalizan la interrupción del embarazo tienen el problema de esa confrontación. Por el contrario, los de los países que autorizan el aborto no tienen dificultad alguna en reconocer que existe el deber de mantener el secreto en el médico<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> OTERO GONZÁLEZ, María del Pilar, *Justicia y secreto...*, cit., p. 6.

<sup>31</sup> SCHAMPS, Geneviève, “Le degré d’autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge”, en FEUILLET-LIGER, Brigitte - IDA, Ryuichi, *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 105.

En la Argentina, la sentencia plenaria recaída en la causa “Natividad Frías” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, del 26/8/1966, decidió por nueve votos contra ocho que “no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”.

Esta posición, que personalmente comparto, se funda en las siguientes razones:

i) “La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible, admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse a favor de la prevalencia del interés social de reprimir el delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada (artículo 18, CN). Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo... menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable”.

ii) La colisión entre la obligación de mantener el secreto profesional y el deber de los médicos de hacer conocer a la autoridad los delitos de los que tuvieren conocimiento en ejercicio de sus funciones es superada entendiendo que las manifestaciones de la paciente respecto de su aborto no alcanzan a configurar la “justa causa” que el Código reclama para justificar la violación del secreto profesional. Esta causa es exclusivamente legal. Es decir, que sólo una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiendo en obligación su quebranto.

iii) La posición contraria obliga a la mujer a elegir entre la disyuntiva “morir o ir a la cárcel”.

El maestro Bidart Campos dio valioso apoyo a la solución, con estos argumentos: “No dudamos que el médico que bajo revelación del enfermo toma conocimiento del aborto no puede denunciar el delito. Se lo impide el secreto profesional, que para nosotros tiene seguro arraigo constitucional en el derecho a la intimidad o privacidad. El médico no puede disponer, a su criterio, de ese secreto. O sea, no puede optar entre guardarlo o hacerlo público, porque en la relación de privacidad entre él y el paciente tiene el deber constitucional de abstenerse de revelar lo que supo bajo secreto profesional. Es por eso ortodoxo nulificar los testimonios de la mujer abortada y de su madre, por cuanto sus respectivas declaraciones bajo juramento de decir verdad encierran autoinculpación, con alcance incompatible respecto de la inmunidad de declarar contra sí mismo que concede el art. 18, CN”<sup>32</sup>.

No obstante, las discrepancias continúan. Algunos jueces, aun perteneciendo al mismo ámbito del tribunal que dictó el plenario, se rebelan y resuelven lo contrario sobre la base de inexistentes particularidades del caso. En este sentido, se afirma que “la presentación de una persona en un hospital revelando haber

<sup>32</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “Denuncia de aborto y secreto profesional del médico”, ED 166-224.

cometido un aborto o consentido que otro lo causare no implica autoacusación forzada para preservar su vida, sino el desenlace en todo caso natural de una acción ilícita que habría sido ejecutada conociendo los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse. La comunicación del aborto a la autoridad policial efectuada por el médico de la paciente no es típica del delito de violación de secretos, no sólo porque no impone un daño en el sentido de injusta afectación de bienes jurídicos amparables, sino también porque existe justa causa de revelación”<sup>33</sup>.

Más aún, un tribunal superior de provincia, me refiero a la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, el 12/8/1998<sup>34</sup>, decidió: “Los profesionales que presten servicios en instituciones privadas no están exentos del deber de denunciar los hechos ilícitos que pudieran llegar a su conocimiento. Ello es así pues además de la normativa adjetiva que les impone tal comportamiento, se ven compelidos por lo previsto en el art. 277, CPP, en cuanto prevé la figura de encubrimiento y por las leyes específicas que regulan el ejercicio de las ramas del arte de curar en nuestro país”<sup>35</sup>. Bidart Campos criticó con su habitual agudeza los argumentos del voto mayoritario: “La vida en gestación que se había destruido con el aborto ya no podía protegerse en el caso, porque el *nasciturus* no existía. Ergo, el conflicto verdadero que con realismo tenía que resolverse no incluía la protección a la vida en gestación de un ser al que el aborto había eliminado. Un criterio de eficacia, unido a un juicio de previsibilidad sobre las consecuencias del fallo parece decirnos que, desde el plano del derecho constitucional, la política criminal y la legislación penal consecuente, no han de trasladarse a las mujeres pobres el riesgo de la persecución penal por el delito de aborto ya consumado,

<sup>33</sup> Ver sentencia de la sala 7ª en “G. N.” del 1/4/2007, con nota crítica de GULCO, Hernán, “La tutela de la intimidad y el rechazo de ‘Natividad Frías’”, JA 2007-IV-295. En la sentencia se encuentran amplias referencias a la jurisprudencia en uno y otro sentido. Algunas motivaciones son muy interesantes, pero lamentablemente la regla que formula luego se aplica mal. Así, p. ej., se afirma: “Los derechos constitucionales no son gallos de pelea; debe partirse de la unidad de los derechos fundamentales, en una visión tendiente a su concreta armonización”. Las distintas posiciones jurisprudenciales también se reseñan en CEPEDA, Analía de los Ángeles, “El secreto...”, cit., p. 543 (la posición que adopta la autora no es clara; parece compartir el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Santa Fe).

<sup>34</sup> LL 1998-F-545, con nota desaprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán J., “Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico. Entre medio: aborto, vida, salud, igualdad”, ED 179-191 y en Foro de Córdoba 54-179, y de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza”, LL 1998-F-552.

<sup>35</sup> El art. 277, CPen., ubicado en el capítulo “Encubrimiento” dispone: “1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta. b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer. c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole. e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito”.

porque el secreto médico y la vida o salud de la madre colocan en un nivel más alto y más valioso la obligación (también constitucional) del Estado (incluidos los jueces) y de los profesionales del arte de curar, de promover la igualdad real de oportunidades y de trato mediante las prestaciones de salud a favor de todas las mujeres, incluidas las que han abortado. No nos olvidemos que el art. 75 inc. 23, después de instar a la igualdad, particulariza cuatro grupos humanos en especial, y dentro de ellos, menciona a las mujeres”.

En la Argentina, la cuestión debe considerarse definitivamente zanjada por la Corte federal en el caso “Baldivieso, César Alejandro”, del 20/4/2010, que ratificó el criterio del plenario “Natividad Frías” en el caso de un imputado por el delito de tráfico de drogas que concurrió a un hospital público, frente al grave riesgo que significaba portar esa droga dentro de su cuerpo.

En el resto de la América latina, el debate también debe estimarse cerrado tan pronto los jueces nacionales apliquen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso “De La Cruz Flores v. Perú”, fallado el 18/11/2004, aceptó la tesis según la cual “perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el terrorismo, vulnera el artículo 9° de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica”.

Si el médico puede asistir al terrorista herido y guardar silencio sobre ese acto, con mayor razón puede y debe asistir a una mujer que se ha sometido a un aborto clandestino y concurre a un centro de salud para ser asistida. Recuérdese que, en este caso, el Tribunal Constitucional del Perú había justificado la sanción con el siguiente argumento: “...Respecto de los [m]édicos cuya responsabilidad está acreditada, si bien como profesional de la salud estaban obligados a usar su ciencia a favor de quien la necesita, sin distinción alguna, velando por la vida humana, haciendo caso omiso a credos políticos religiosos, las sindicaciones contra ellos no son simplemente por haber actuado como médicos en favor de elementos terroristas, pues de ser así, no sería delito, sino que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, *está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas*”. O sea, según el tribunal peruano, el médico tiene ambas obligaciones: asistir y denunciar.

La Corte Interamericana respondió categóricamente con el art. 18, I Convenio de Ginebra de 1949, que señala que “nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”, y con el art. 16, Protocolo I, y el art. 10, Protocolo II, ambos protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, que disponen que “no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Concretamente, en el parágr. 97 de la decisión se lee: “La información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que ‘el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente’. En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que el Estado peruano incurrió en una violación del principio de legalidad, por... penalizar el acto médico

que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión”.

El voto razonado del juez García Ramírez agrega: “8. El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante —o delator— de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión. 9. En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también —y quizás ante todo— para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculcado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión —que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental— la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo”.

## XII. EL SECRETO MÉDICO Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

### 1. La situación de los adolescentes en la región

Intento, de aquí en adelante, trasladar los principios generales sobre el secreto médico a la situación de los adolescentes. La cuestión es cuantitativa y cualitativamente muy importante.

La población joven de entre 10 y 24 años representa el 24,5% de la población de las Américas. En América latina y el Caribe hay más de 100.000.000 de adolescentes de entre 10 y 18 años. Esta cifra es la más alta en la historia de la región, lo cual implica un cambio en la estructura de edades. Esto aporta muchos beneficios, pero también casi el mismo número de desafíos.



En América latina, aproximadamente 58.000.000 (41% de los jóvenes) viven en la pobreza y el 22% de aquellos que viven en pobreza extrema tienen entre 13 y 19 años.

Con esos índices no debe extrañar que se registre la segunda tasa más alta de embarazos adolescentes del mundo. Un promedio de 38% de las mujeres se embaraza antes de cumplir los 20 años. Casi el 20% de los nacidos vivos son de madres adolescentes. Entre las que se encuentran en situación de pobreza, la fecundidad es tres veces más alta que en el resto; el uso de los métodos anticonceptivos es menor y tienen más probabilidad de dar a luz antes de los 20 años<sup>36</sup>.

Se advierte, pues, un círculo vicioso entre exclusión social y fecundidad adolescente, en la medida en que ésta se produce especialmente en mujeres de escasos recursos y con bajo nivel educativo. El embarazo adolescente afecta el desarrollo de las mujeres jóvenes y sus hijos e hijas, tanto en el ámbito de la salud como en la inclusión social, en la educación y en el trabajo<sup>37</sup>.

Según la Organización Mundial de la Salud, cerca de dos tercios de las muertes prematuras ente los adultos están ligadas a afecciones contraídas o a comportamientos adoptados durante la infancia y la adolescencia.

Esta situación debería ser, entonces, una preocupación central de las políticas de salud pública. En un mundo en el que la juventud tiene dificultades para encontrar su lugar, en el que ella es la primera víctima de las crisis sociales o humanitarias, nuestro deber es comprometernos a fin de proteger su salud y garantizar sus derechos como persona<sup>38</sup>.

### XIII. PRIMER PUNTO DE PARTIDA: PRESENCIA DE UN MENOR COMPETENTE, AUTÓNOMO

Como es sabido, la conciencia del propio cuerpo llega a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad; si se puede poner sobre la mesa la voluntad del niño cuando se trata de su cuerpo es, precisamente, porque es “sobre su cuerpo que el espíritu se despierta primero y pronto”<sup>39</sup>.

De allí que todas las referencias que siguen a continuación se refieren al adolescente o al llamado “menor maduro” (*mineur mûr, mature minor*) o competente, o con autonomía suficiente para comprender el acto médico<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> CEPAL, Objetivos de desarrollo del milenio. Una mirada desde América latina y el Caribe, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2005, [www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf) (14/9/2012).

<sup>37</sup> MORLACHETTI, Alejandro, “Adolescencia y juventud: sus derechos sexuales y reproductivos”, JA 2011-II-1233.

<sup>38</sup> BACHELOT-NARQUIN, Roslyne, “Prólogo”, en FEUILLET-LIGER, Brigitte - IDA, Ryuichi, *Adolescent et acte médical...*, cit., p. 1.

<sup>39</sup> CORNU, Gérard, “Prólogo”, en DUVAL-ARNOULD, Domitille, *Le corps...*, cit., p. XVI.

<sup>40</sup> Para estas nociones desarrolladas en Inglaterra a partir del caso “Gillik”, ver de mi autoría “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, en BORDA, Guillermo (dir.), *La persona*

#### XIV. SEGUNDO PUNTO DE PARTIDA. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Toda solución debe estar presidida por un principio básico de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Obviamente, me refiero al interés superior del niño, previsto, específicamente, en el art. 3º, que dice: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si el interés superior del niño consiste, como dice el art. 3º, ley 26.061, en la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, es imprescindible hacer un muestreo de qué derechos tiene el niño vinculados a su cuerpo, pues toda solución debe respetarlos:

a) El art. 16 de la Convención ordena:

---

*humana*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249, y I Seminario Internacional en Minoridad y Familia, Mendoza, 2001, p. 7; en BERGEL, Salvador D. - MINYERSKY, Nelly (comps.), *Bioética y derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 105, y en DINIZ, Maria Helena - LISBOA, Roberto S., *O direito civil no século XXI*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 1. La autonomía progresiva es reconocida en la mayoría de las leyes modernas que regulan el derecho a la salud; así, p. ej., el art. 5º, ley 26.743 de Identidad de Género, dice: “Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061”. Para el consentimiento de personas menores de edad en los procesos de investigaciones en salud, la resolución 1480/2011, aprobada el 19/9/2011, del Ministerio de Salud Pública, que aprueba la Guía para las investigaciones en seres humanos, dice: “En general, debiera buscarse la cooperación voluntaria o asentimiento de un menor para participar en una investigación, luego de brindarle la información adecuada a su grado de madurez. Los niños que fuesen inmaduros para asentir con entendimiento pueden ser capaces de manifestar una ‘objeción deliberada’, es decir, una expresión de desaprobación o negación al procedimiento propuesto, la cual debiera respetarse, a menos que el niño necesite un tratamiento no disponible fuera del contexto de la investigación, la intervención en estudio implique una probabilidad de beneficio terapéutico y no haya una terapia alternativa aceptada. El CEI (Comité de Ética en la Investigación) deberá determinar la edad a partir de la cual se requerirá el asentimiento del menor, en función de las características de cada estudio”. La Ley 3301 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relativa a la Protección de Derechos de Sujetos en Investigaciones en Salud, publicada en el BO el 9/2/2010, en sentido coincidente ordena: “ Toda persona mayor de 14 años que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, deberá brindar su asentimiento previo a toda intervención en investigaciones. En caso de desacuerdo entre el niño/a o adolescente y su/s representante/s, prevalecerá el interés superior de aquél/aquella determinado por el CEI o un/a juez/a competente según corresponda. El/ la menor de edad recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con niños, niñas y adolescentes, una información sobre la investigación, los riesgos y los beneficios adecuados a su capacidad de entendimiento”.

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Con palabras semejantes, el art. 10, ley 26.061, afirma: “*Derecho a la vida privada e intimidad familiar*. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”.

b) Los arts. 25 y 26 de la Convención dicen:

Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

1. Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Coincidentemente, el art. 22, ley 26.061, menciona expresamente: “*Derecho a la dignidad*. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen”.

c) El art. 2º, inc. c), ley 26.529, referido al derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos y a revocar posteriormente su manifestación de voluntad, agrega: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”<sup>41</sup>.

## XV. TERCER PUNTO DE PARTIDA. EL DERECHO DEL NIÑO MADURO FRENTE A SUS REPRESENTANTES

La normativa antes citada nos lleva al convencimiento de que todo niño tiene derecho a su dignidad, a su intimidad y, en consecuencia, todo lo dicho respecto del secreto de los adultos no debería ser diferente para los niños. Al contrario, estos derechos deberían estar profundizados en tanto el niño tiene derecho a un plus, a más derechos, precisamente por su situación de vulnerabilidad<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Un análisis de esta norma puede verse en FERNÁNDEZ, Silvia, “Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26.529 de Derechos del Paciente”, JA 2010-III-928.

<sup>42</sup> Ver, p. ej., GARCÍA NORIEGA, Antonio, *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*, Grupo Difusión, Madrid, 2009, ps. 219/315; el autor desarrolla la cuestión

La cuestión planteada, entonces, es cómo juega este secreto cuando el niño maduro pide que determinados datos no sean revelados a sus representantes o guardadores. En otras palabras, el tema es si el niño o adolescente maduro, competente, autónomo, tiene derecho al secreto médico aun frente a sus representantes legales<sup>43</sup>.

La cuestión no es fácil de resolver; parafraseando a Kornprost podría decirse que es “una zona de sombras, en la que el Derecho no la pasa bien”<sup>44</sup>.

## XVI. EL DERECHO AL SECRETO DEL ADOLESCENTE. DOS POSICIONES ENCONTRADAS

Como en muchos ámbitos del derecho, existen, como mínimo, dos posiciones puestas que, sin embargo, se encuentran en muchos puntos, esencialmente, cuando una y otra reconocen excepciones a la regla.

## XVII. FUNDAMENTOS DE LA TESIS NEGATIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD, AUN MADURA O COMPETENTE, NO TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL FRENTE A SUS REPRESENTANTES LEGALES

Esta posición argumenta de la siguiente manera:

a) El cliente del médico es incapaz; tiene representantes, por lo tanto, no se puede sancionar al galeno por haber comunicado lo que le ocurre al incapaz a esos representantes.

b) La obligación del representante es cuidar la persona incapaz; debe presumirse que la revelación del secreto será en el propio interés del menor, en tanto permitirá al médico explicar y aconsejar a los representantes, sobre todo, cuando el joven no puede mensurar la gravedad de su estado.

c) Este efecto es especialmente aplicable tratándose de enfermedades genéticas, en tanto los integrantes de la familia pueden llegar a ser la fuente mayor de confort del paciente.

d) El niño es un incapaz para contratar; el médico tiene derecho a percibir sus honorarios, sólo puede reclamárselos a los representantes legales, por lo que no le queda otra posibilidad que revelarles el secreto para poder cobrar lo que legítimamente le pertenece.

e) La posición que sostiene que no se debe revelar el secreto ni siquiera a los parientes implica una posición liberal individualista; la confidencialidad se basa en la percepción según la cual el paciente es visto como alguien separado de

---

bajo el título “La protección de la infancia y de la juventud como límite a la libertad de expresión”.

<sup>43</sup> No me refiero, por lo tanto, al derecho de los padres a controlar la correspondencia de sus hijos y, consecuentemente, respetar el secreto que ella encierra (para este tema, en España, ver CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El tratamiento...”, cit., p. 313).

<sup>44</sup> KORNPROST, M., cit. por DUVAL-ARNOULD, Domitille, *Le corps...*, cit., p. 81.

los otros o libre de los constreñimientos sociales. Muy por el contrario, la familia juega un importante rol, especialmente cuando el paciente no tiene suficiente competencia para tomar decisiones.

### XVIII. FUNDAMENTOS DE LA TESIS POSITIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD, MADURA O COMPETENTE, TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL TAMBIÉN EN CONTRA DE SUS REPRESENTANTES<sup>45</sup>

Esta tendencia, mayoritaria en la casi totalidad de los países, razona de la siguiente manera:

a) Las libertades fundamentales de la persona menor de edad, entre las cuales se encuentra su intimidad, tienen también eficacia directa en las relaciones paternofiliales<sup>46</sup>.

b) La persona menor de edad puede tener secretos, aun cuando sea un incapaz para contratar. Puede ser que los comparta con una persona de confianza y no con sus representantes legales; por eso, las leyes más modernas de salud autorizan al adolescente a concurrir a petitionar el servicio con esa persona de confianza (p. ej., ley belga del 22/8/2002)<sup>47</sup>.

c) El interés del menor puede estar en guardar el secreto profesional. Se reconoce que el interés superior del niño es un concepto fluido y variable, difícil de definir y, después de todo, pertenece en primer lugar a los padres apreciar qué es mejor para su hijo. Sin embargo, tratándose de salud, esto no siempre es así; hay enfermedades o situaciones atingentes al cuerpo que, sin ser una enfermedad, generan en los padres grandes sufrimientos que pretenden apagar invadiendo el cuerpo del niño, como son las mutilaciones en adolescentes hermafroditas o pseudohermafroditas y otros tipos de personas transgénero.

Es importante disuadir al adolescente para que revele a los padres lo que le sucede, especialmente tratándose de enfermedades vinculadas a la salud psíquica (bulimia, anorexia, etc.). Pero si después de los mejores esfuerzos del profesional, el adolescente le insiste en que no revele la enfermedad, la conducta contraria del médico puede ser vista como una traición, el paciente pierde confianza y, frecuentemente, abandona el tratamiento.

d) Revelar el secreto puede significar conflictos familiares muy graves; p. ej., en una familia muy religiosa, manifestar que la hija mujer ha perdido la virginidad. Más aún, en algunos casos, esta información puede haber sido pedida por los propios padres para cumplir con una convención fundada en las costumbres. Piénsese también en el testigo de Jehová que no quiere revelar a los padres la

<sup>45</sup> Ésta es la tesis que predomina en Bélgica (SCHAMPS, Geneviève, "Le degré d'autonomie...", cit., p. 91).

<sup>46</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 227.

<sup>47</sup> SCHAMPS, Geneviève, "Le degré d'autonomie...", cit., p. 97.

enfermedad que exige una transfusión sanguínea, y otros supuestos que enfrentan al adolescente con creencias de sus padres que él no siempre comparte.

Teniendo en cuenta estos casos y otros análogos, la observación general 12 del Comité de los Derechos del Niño (ONU) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12, 1/7/2009), dice: “Es necesario que los Estados introduzcan normas para garantizar el acceso de los niños *al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño*, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño”.

e) El reconocimiento del derecho al secreto médico camina a la par de la evolución del estatuto del niño. Como paciente, él tiene derecho al secreto médico, de allí que lo deseable es que el médico pueda administrar el tratamiento sin informar a los padres si el adolescente maduro así lo reclama.

f) Se reconoce, sin embargo, que en las legislaciones que no establecen una edad para el acto médico (p. ej., 16 años), quien juzga si el adolescente tiene o no autonomía es el médico; por lo tanto, si considera que no tiene madurez, avisará a los padres.

## XIX. LA TESIS POSITIVA EN LA DECLARACIÓN DE OTTAWA

La Declaración de Ottawa sobre la Salud del Niño adoptada por la L Asamblea Médica Mundial, Ottawa, Canadá, octubre 1998, y enmendada por la LX Asamblea General de la AMM, Nueva Delhi, India, octubre 2009<sup>48</sup>, dice: “Los principios de esta Declaración se aplican a todos los niños del mundo desde su nacimiento hasta la edad de 18 años, sin consideración de raza, edad, etnia, nacionalidad, afiliación política, credo, idioma, sexo, enfermedad o discapacidad, capacidad física, mental, orientación sexual, historia cultural, experiencia de vida o posición social del niño o de sus padres o representantes legales. En todos los países del mundo, sin considerar los recursos, cumplir estos principios debe ser una prioridad para los padres, comunidades y gobiernos. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) establece los derechos de todos los niños y jóvenes, pero estos derechos no pueden existir sin la salud”.

Al enunciar los *principios generales* declara:

3. Una amplia gama de recursos de salud para todos significa:

a) El interés superior del niño será el criterio principal en la prestación de atención médica...; j) El consentimiento informado es necesario antes de iniciar cualquier procedimiento diagnóstico, terapéutico, rehabilitador o de investigación en un niño. En la mayoría de los casos, el consentimiento debe obtenerse de los

<sup>48</sup> Compulsar CAMELO, Gustavo, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, *Revista de Derecho Privado*, año I, nro. 1, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2012, p. 97. También PEIGNÉ, Violette, “La tutela del segreto professionale nei confronti dei genitori del paziente minore di età”, en AMRAM, Denise - D’ANGELO, Angela (eds.), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, p. 189.

padres o representante legal, o en algunos casos, de la familia, *aunque los deseos de un niño competente deben tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento.*

4. Las acciones de investigación y monitoreo para un mejoramiento continuo incluyen... e) *La privacidad del paciente niño será respetada.*

Los principios *específicos* que surgen de los documentos que sirvieron de base a éste dicen, entre otros aspectos:

Dignidad del paciente

a) Todo paciente niño debe ser tratado en todo momento con respeto a su dignidad e intimidad.

b) Los médicos y otros trabajadores de la salud deben mantener la confidencialidad y la información sobre los pacientes niños como si fuesen adultos.

c) El paciente niño suficientemente maduro para realizar una consulta no acompañado por sus padres o guardianes tiene derecho a la intimidad y deben prestárseles servicios confidenciales. Su pedido debe ser respetado y la información obtenida durante esa consulta o la sesión de consejos no puede ser revelada a los padres o representantes, excepto con el consentimiento del niño. Si el médico no comparte el pedido del niño por razones religiosas o morales, el niño debe ser derivado a otro médico para la consulta, el consejo o el tratamiento.

La confidencialidad hacia el niño maduro puede no respetarse si es para denunciar abusos o abandonos, o si está en eminente riesgo de muerte o de seria y permanente discapacidad<sup>49</sup>. Obviamente, si estos abusos o abandonos provienen de la propia familia, el levantamiento del secreto no opera frente a los propios agresores, sino frente a las autoridades competentes del Estado.

Otra disposición muy importante de este documento que no cabe silenciar, aunque no sea el tema estricto de estas reflexiones, es la que dice: "Ninguna niña puede estar sujeta a mutilaciones genitales", y remite al WMA Statement on Female Genital Mutilation.

La existencia de estas normas (que se incluyen en el denominado *soft law*) no ha eliminado las dificultades generadas en la aplicación de las normas positivas sobre secreto médico respecto de los niños y adolescentes.

## XX. UN PROBLEMA ESPECÍFICO: LA POSICIÓN POSITIVA Y EL PROBLEMA DEL PAGO DE LOS HONORARIOS MÉDICOS

No niego importancia a la cuestión relativa a quién toma a cargo el pago de los servicios. Cuando esos servicios los presta el Estado gratuitamente, no hay problemas.

Tampoco si el menor paga; esto es posible, a veces, cuando se trata de una consulta o de tratamientos o intervenciones breves; en cambio, cuando el adolescente requiere un tratamiento largo, no parece que el menor se pueda hacer cargo.

<sup>49</sup> Un resultado similar se deriva del art. art. 226-13, Código Penal francés, que reprime la violación del secreto profesional, salvo que se trate, para el médico, de revelar la existencia de privaciones o ataques a menores de 15 años. La doctrina señala que la norma no distingue expresamente según que el servicio sea requerido por un tercero o por el propio menor (DUVAL-ARNOULD, Domitille, *Le corps...*, cit., p. 142).

El secreto también parece debilitarse cuando los servicios son a cargo de la seguridad social y el beneficiario titular es el representante legal. La situación, en estos casos, parece limitar la autonomía.

## XXI. JURISPRUDENCIA QUE APOYA LA TESIS AFIRMATIVA

Hace más de un siglo, el 28/3/1900, un tribunal de Bruselas dijo: “Si el médico tuviese derecho de dirigirse al representante legal del paciente menor de edad que se fue a vivir al extranjero para cobrar sus honorarios, no podría hacerlo sin violar el secreto profesional, revelando al padre la naturaleza de la enfermedad que motivó el pedido de cuidados, especialmente, en el caso en que el médico fue consultado por una enfermedad llamada secreta, que evidentemente el menor deseaba ocultar a su padre”<sup>50</sup>.

## XXII. CONSECUENCIAS DE LA TESIS AFIRMATIVA: EL MÉDICO, INTERMEDIARIO ENTRE EL NIÑO Y LA FAMILIA

La obligación de guardar el secreto coloca al médico en el carácter de intermediario entre el adolescente y sus representantes legales; más aún, él debe ofrecerse para actuar como tal.

## XXIII. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO

El derecho al secreto no es absoluto, sea el paciente adulto o adolescente; en todas las épocas, se han reconocido excepciones. Como regla, la revelación de la información médica a los integrantes de la familia sin el consentimiento del paciente, sea éste plenamente capaz o un adolescente maduro, se justifica en circunstancias *excepcionales*, cuando la información permite a los miembros del grupo familiar evitar serias lesiones físicas o incluso la muerte. Véanse los siguientes casos:

a) La importancia de las epidemias. La observación de su carácter mortal hizo aparecer la necesidad de declararlas para poder tomar medidas destinadas a reducir la propagación. Así, p. ej., en 1640, en un tratado sobre la peste, F. Ranchin, que conducía la Universidad de Montpellier, escribió: “Los médicos, cirujanos y farmacéuticos están obligados a informar al Consejo de Salud sobre el número y calidad de sus enfermos y, particularmente, la condición en la que los enfermos se encuentran; este informe sobre los enfermos debe ser diario a fin de que se puedan tomar medidas”<sup>51</sup>.

Actualmente, entre los casos de excepción que permiten revelar el secreto, se mencionan las enfermedades contagiosas; el riesgo de contagio implica la necesidad de que las personas con las cuales el paciente enfermo (plenamente capaz o adolescente) tiene contacto sean advertidas para poder protegerse a sí mismo.

b) Las enfermedades genéticas presentan algunas peculiaridades; la información genética se distingue por su carácter compartido, pues los datos no atañen

<sup>50</sup> Citada por DUVAL-ARNOULD, Domitille, *Le corps...*, cit., p. 143.

<sup>51</sup> Cit. por HOERNI, Bernard - BENEZECH, Michel, *Le secret médical...*, cit., p. 34.



sólo a la persona que se somete a la prueba genética sino también a los familiares biológicos y sus posibles descendientes, dada la condición hereditaria de las características genéticas<sup>52</sup>. Así, p. ej., si a una persona se le diagnostica que es portadora de una determinada anomalía genética, puede significar que alguno de sus hermanos también lo sea; dicho de otro modo, la información sobre la constitución genética de un individuo puede ser también información de sus familiares, por lo que éstos pueden tener un interés significativo en acceder a esa información.

La Comisión de Genética Humana de Inglaterra dijo en 2002: “La revelación de información genética personal y sensible en beneficio de los integrantes de la familia puede estar justificada en ciertas circunstancias, cuando el paciente no da su consentimiento para esta revelación y el beneficio de esa revelación es sustancialmente de mucho mayor peso que la demanda de confidencialidad del paciente”<sup>53</sup>. En esta línea, algunos sostienen que esa información, más que pertenecer al paciente, corresponde a la familia.

Sin embargo, esa titularidad conjunta, que puede afirmarse desde un punto de vista biológico, no lo es desde una perspectiva jurídica; la quiebra de la confidencialidad acabaría teniendo un efecto negativo de magnitud en la protección de la salud en general<sup>54</sup>, por lo que se trata, como en otros supuestos, de casos de excepción.

c) Para los supuestos específicos de pacientes adolescentes, maduros o autónomos hay un cierto acuerdo en que el secreto puede ser relevado en situaciones de excepcional riesgo o peligro, como es el caso del menor que amenaza suicidarse o causar lesiones a otros pero, aun así, los jueces, para relevar el secreto, exigen que i) pueda identificarse el pariente o familiar a quien se alertará; ii) hay conciencia del riesgo serio y grave; iii) se entiende que, revelando la información, serios daños pueden ser prevenidos<sup>55</sup>.

#### XXIV. UN CASO PARTICULAR: LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO SIN COMUNICACIÓN A LOS PADRES EN LOS PAÍSES EN LOS QUE LA PRÁCTICA ES LÍCITA. EL SECRETO MÉDICO FRENTE AL PEDIDO DE LA ADOLESCENTE DE QUE LA INTERVENCIÓN NO SE COMUNIQUE A LOS PADRES

El informe presentado ante la Asamblea de Naciones Unidas el 3/8/2011, titulado “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de

<sup>52</sup> REQUEJO NAVEROS, María Teresa, *El delito...*, cit., p. 263. Para el tema, en general, ver NICOLÁS JIMÉNEZ, Pílar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Comares, Granada, 2006.

<sup>53</sup> Cit. por GILBAR, Roy, “Medical confidentiality...”, cit., p. 195.

<sup>54</sup> REQUEJO NAVEROS, María Teresa, *El delito...*, cit., p. 264.

<sup>55</sup> Éstos son los casos más frecuentes en los que los jueces ingleses relevan del secreto al médico. Ver GILBAR, Roy, “Medical confidentiality...”, cit., p. 195; la solución también se acepta en España (SAN JULIÁN, Verónica, “Adolescence et acte médical en Espagne”, en FEUILLET-LIGER, Brigitte - IDA, Ryuichi, *Adolescent et acte médical...*, cit., p. 161).

salud física y mental”, preparado por Anand Grover, relator especial del Consejo de Derechos Humanos, recuerda la preocupación del Comité de los Derechos del Niño por los efectos nocivos producidos por las leyes que restringen el aborto en el derecho a la salud de las niñas adolescentes (nro. 22). También refiere que algunos Estados obligan a las adolescentes a obtener el consentimiento de sus padres para adquirir determinados medios anticonceptivos; califica a estas leyes como órdenes normativos que “infringen el derecho de las niñas a tomar decisiones libres y bien fundadas en lo que respecta a su salud sexual y reproductiva”, y señala que responden a “nociones discriminatorias del papel de la mujer en la familia y en la sociedad” (nro. 57).

Afortunadamente, también existen normas y decisiones jurisprudenciales que escapan a estos calificativos, tales las que se mencionan a continuación, a vía de ejemplo:

a) En Alemania, después de una decisión judicial del 24/4/1997, la mayoría de los autores aprueba la práctica médica según la cual no se necesita autorización parental para practicar la interrupción del embarazo si la adolescente es apta para comprender las consecuencias de sus actos. La capacidad de discernimiento se presume a los 16 años, pero el médico debe estar a la capacidad de facto de cada menor y puede entender que una adolescente más joven tiene discernimiento. Por eso, la determinación de si la adolescente es madura o no, tiene competencia o autonomía o no, recae en las espaldas del médico. En definitiva, el profesional no está habilitado para informar a los parientes sin el acuerdo del interesado, siempre que éste tenga discernimiento; si no lo tiene, la voluntad de los padres debe ser requerida.

Si la paciente mantiene su voluntad de abortar, debe orientarla hacia un centro de planificación familiar donde, como a cualquier mujer adulta, se le dará un plazo de reflexión de tres días; si persiste en su posición, el médico practicará la interrupción del embarazo<sup>56</sup>.

b) En España, la adolescente que tiene madurez suficiente puede tomar por sí sola la decisión de interrumpir o proseguir con su embarazo; el art. 13, ley del 24/2/2010, presume esa capacidad en la mujer de 16 años. Los médicos deben respetar su derecho a la confidencialidad, salvo que exista peligro para la vida de la adolescente, en cuyo caso deben comunicarlo a los padres<sup>57</sup>.

c) En Inglaterra, las nociones de autonomía y competencia se aplicaron en el caso “Axon”, de 2006. Si la joven tiene autonomía, entonces puede ir adelante con la interrupción del embarazo, sin que se comunique a sus padres si ésta es su voluntad<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> FURKEL, Françoise, “L’adolescent face à l’acte médical en République Fédérale d’Allemagne. Une autonomie grandissante malgré les silences regrettables du législateur”, en FEUILLET-LIGER, Brigitte - IDA, Ryuichi, *Adolescent et acte médical...*, cit., p. 77.

<sup>57</sup> SAN JULIÁN, Verónica, “Adolescence et acte médical...”, cit., p. 161.

<sup>58</sup> CALLUS, Thérèse, “L’autonomie relative du mineur mur en droit anglais”, en FEUILLET-LIGER, Brigitte - IDA, Ryuichi, *Adolescent et acte médical...*, cit., p. 240.

d) En Francia, el art. 1111-5, según la redacción impuesta por la ley 2002-303 (relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud) dice: “El médico puede ser dispensado de obtener el consentimiento del o de los titulares de la autoridad parental sobre las decisiones médicas a tomar cuando el tratamiento o la intervención se imponen para salvaguardar la salud de una persona menor y ésta se opone expresamente a que se consulte a los titulares de la autoridad parental a fin de guardar el secreto sobre su estado de salud. Sin embargo, el médico debe, desde el primer momento, esforzarse en obtener el consentimiento del menor para esta consulta. En el caso que el menor mantenga su oposición, el médico puede hacer el tratamiento o la intervención. En este caso, el menor se hace acompañar de una persona mayor a su elección. Cuando una persona menor cuyos lazos de familia se han roto es beneficiaria, a título personal, del reintegro de las prestaciones derivadas del seguro de salud o de coberturas de maternidad previstas en la ley 99/641, sólo se requiere su consentimiento”.

## XXV. OTRO CASO ESPECÍFICO. LOS TESTS PARA DETECTAR VIH

En Alemania, un adolescente maduro, sin autorización de los padres y, consecuentemente, bajo secreto, puede solicitar se le practiquen los tests de despistaje del sida y que se guarde secreto sobre su resultado<sup>59</sup>.

En la República Argentina, la Ley Nacional de Sida 23.798, sancionada en 1990 y reglamentada en 1991 por decreto 1244/1991, dispone:

Art. 2º.— Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

- a) afectar la dignidad de la persona;
- b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación;
- c) exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma respectiva;
- d) incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina;
- e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada.

Art. 8º.— Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarles sobre el carácter infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada.

La ley no contiene limitación alguna según la edad del paciente. La doctrina entiende que el médico debe hacer comprender al portador que la notificación a los integrantes de su familia será *beneficiosa* para todos, por lo que es frecuente la incorporación del vocablo “paciente colaborador”.

<sup>59</sup> FURKEL, Françoise, “L’adolescent face...”, cit., p. 77.

## XXVI. CONCLUSIONES PROVISORIAS

La regla del secreto no ha sido hecha para ser respetada hasta el absurdo<sup>60</sup>. Como se ha visto, reconoce excepciones. Sin embargo, esas excepciones, como tales, deben ser aplicadas con criterio de estricta razonabilidad. Lo ideal es que adolescentes y padres marchen unidos en la defensa del cuerpo de una persona que está en pleno desarrollo; lamentablemente, lo ideal no siempre se concreta en la práctica, de allí la necesidad de contar con médicos preparados para resolver estos desafíos.

Como dice Mordecai Kaplan, por regla general, los hombres no se intimidan por la complejidad creciente de la vida cuando esa complejidad abre nuevos horizontes. La autonomía progresiva es una noción compleja, pero abre nuevos horizontes; de allí, la necesidad de que sea comprendida por los padres y por todos los profesionales de la salud.

<sup>60</sup> VILLEY, R., citado por HOERNI, Bernard - BENEZECH, Michel, *Le secret médical...*, cit., p. 524.



# REFLEXIONES ACERCA DEL SECRETO PROFESIONAL Y SOBRE LAS JUSTAS CAUSAS DE REVELACIÓN

por SANDRA M. WIERZBA\*

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 19, CN, garantiza el derecho a la intimidad y a la privacidad de los habitantes de la Nación argentina. Estos derechos se refieren a una zona espiritual íntima de las personas, a un ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de toda intromisión. Se trata de conceptos asociados con la reserva, la discreción. También, con la confidencialidad, ya que sugiere la comunicación de tal información privada a otra u otras personas, distintas de las del individuo o núcleo con derecho a sigilo.

Y toda vez que pensamos detenidamente en el deber de confidencialidad surgen dudas sobre sus alcances, y reflexiones acerca de deberes y valores que pueden entrar en conflicto.

Ahora bien, dentro del deber de confidencialidad genéricamente considerado aparece una especie denominada “secreto profesional” que, a la necesidad de discreción en el manejo de la información, agrega algunas notas características: el hecho de accederse a tal información privada por causa de un oficio o de una profesión y la existencia de efectos legales concretos previstos por el derecho positivo ante la violación de tal deber.

El objetivo de este trabajo es repensar los alcances del secreto profesional y de las circunstancias que pueden justificar la revelación de información protegida, en el contexto de la normativa vigente. Se intentará, además, determinar si a la luz de algunos importantes precedentes jurisprudenciales los conflictos que esta materia supone han quedado zanjados o bien si persiste la existencia de zonas grises que deberán ir aclarándose caso a caso.

\* Abogada, UBA. Doctora, UBA. Profesora adjunta regular por concurso de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA. Docente de posgrado en la Facultad de Derecho, UBA, UCA y UMSA. Dos veces becaria del gobierno canadiense para la investigación de cuestiones vinculadas al derecho y la salud (en 1995, investigación sobre el tema sida; en 2006, investigación sobre efectos jurídicos de escenarios catastróficos —pandemias—). Directora del proyecto de investigación DECYT, “La universidad al servicio de la comunidad: aportes de la Facultad de Derecho de la UBA - Lectores para la justicia”.

## II. MARCO NORMATIVO: DISPOSICIONES ESPECÍFICAS Y BREVES CONSIDERACIONES A SU RESPECTO

El llamado “secreto profesional” compromete claramente la actividad de una multiplicidad de personas. Es que de acuerdo con el art. 156, CPen.<sup>1</sup>: “Será reprimido con multa de \$ 1500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”<sup>2</sup>.

Es así que los sacerdotes, los cerrajeros, los abogados<sup>3</sup> y los empleados de estudios jurídicos, los funcionarios judiciales<sup>4</sup>, como asimismo los médicos y los periodistas<sup>5</sup>, entre múltiples individuos, quedan sujetos a la obligación bajo estudio.

Queda claro que el castigo criminal previsto puede aplicarse aun en el supuesto de no causar un daño efectivo la revelación injusta. En cambio, en el ámbito civil, el perjuicio al titular de la información reservada aparece como requisito esencial para obtener una indemnización, en los términos de los arts. 1068, 1078, 1087 y concs., CCiv.

Para los médicos, el fundamento del deber de guardar secreto se halla, a su vez, en una serie de disposiciones vinculadas a su profesión. Así, tal deber se reconoce expresamente en el juramento hipocrático<sup>6</sup>, en los códigos de ética<sup>7</sup> y en variadas normas sanitarias<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Ley 11.179, t.o. 1984 actualizado.

<sup>2</sup> Multa actualizada por art. 1º, ley 24.286. BO del 29/12/1993.

<sup>3</sup> En la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación existen interesantes referencias al tema en “Rossi, Domingo D. s/enriquecimiento ilícito de funcionario público”, del 1/12/2009, Fallos 332:2659, y en “Halabi, Ernesto v. PEN - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, del 24/2/2009, Fallos 332:111.

<sup>4</sup> Nos hemos referido al tema en “Protección de datos de salud en procesos judiciales: transparencia judicial y confidencialidad de datos de litigantes con VIH/sida: ¿existe oposición entre tales principios?”, *Revista Informativa del Poder Judicial del Estado de Nayarit*, año II, nro. 22, México, septiembre 2003, ps. 15-30; GREGORIO, Carlos G. - NAVARRO SOLANO, Sonia, *Internet y sistema judicial en América Latina: Reglas de Heredia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, la justicia tuvo oportunidad de pronunciarse con relación a la obligación de los periodistas de mantener la confidencialidad de los datos de pacientes con VIH, entendiéndose que corresponde la instrucción de sumario penal por la nota realizada y publicada por un periodista en un periódico relativa al padecimiento de sida por la condenada, considerando que había existido violación del secreto profesional (C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 29/5/1998, “Herrera de Noble, Ernestina - con cita de la ley 23.798, decreto reglamentario 1244/1991 y art. 156, CPen.”, AP 12/199 y 2/14001).

<sup>6</sup> “...Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deba ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas...”, [www.me.gov.ar/efeme/medico/juramento.html](http://www.me.gov.ar/efeme/medico/juramento.html) (10/9/2012).

<sup>7</sup> Véase Código de Ética de la Asociación Médica Argentina (AMA), capítulo 7, [www.ama-med.org.ar/codigoetica.asp](http://www.ama-med.org.ar/codigoetica.asp) (10/9/2012).

<sup>8</sup> P. ej., ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, BO del 20/11/2009, art. 2º. d); ley 23.798 Nacional de Lucha contra el Sida,

Los alcances del instituto bajo estudio han evolucionado al compás del desarrollo de la medicina en sí. De ese modo, al ir imponiéndose la atención de la salud como acto colectivo, que involucra variados especialistas y prácticas, y, asimismo, a organizadores de los servicios sanitarios que ofrecen opciones de atención por distintos prestadores, controlando su actividad, obviamente el secreto profesional ha dejado de comprender exclusivamente al paciente y a su médico para incluir al menos al grupo de expertos que se ocupa del tratamiento de aquél y precisa de toda la información necesaria de modo de prestarle un servicio adecuado. Por ello, hoy día se hace referencia al “secreto profesional compartido”.

Ahora bien, la obligación de confidencialidad puede entrar en colisión con derechos y valores que hacen al orden y a la salud pública en variadas situaciones, traduciéndose tal pugna en normas positivas que requieren una interpretación, que no siempre es pacífica.

### III. CASUÍSTICA

Nos referiremos seguidamente a algunos supuestos que denotan el citado conflicto entre del deber de guardar secreto y la revelación a terceros de información relativa a la salud de una persona. En todos ellos, la intimidad y el interés público se ven de algún modo confrontados.

#### 1. Intención del paciente de lesionar o quitar la vida a un tercero, advertida al/por el profesional en el contexto de un tratamiento psiquiátrico o psicológico

En el ámbito de los tratamientos psicológicos y psiquiátricos se han planteado conflictos cuando el paciente, amparado en el secreto que ofrece la consulta profesional, expresa su voluntad de quitar la vida a otra persona o bien lesionarla. Al respecto, cabe preguntarse: ¿puede el profesional dejar de lado su obligación de confidencialidad en estos casos? ¿Resulta relevante que tal amenaza se dirija contra una persona determinada o la solución sería igual si ésta se refiere a cualquiera, sin identificarse las probables víctimas?

La verosimilitud de la amenaza no es una cuestión que pueda valorarse en abstracto, pero partimos, claro, de supuestos en los que el planteo del paciente resulte creíble. Y, en concreto, si el acto delictivo se efectiviza y se presenta un reclamo contra el terapeuta, siempre deberá valorarse su conducta *ex post facto*.

Sobre el particular, en algunos ya precedentes extranjeros clásicos se entendió que existía una verdadera obligación de revelar información confidencial a víctimas identificables<sup>9</sup> y hasta llegó a interpretarse que existía tal deber respecto

---

BO del 20/9/1990, art. 2º, incs. c), d) y e); decreto reglamentario 1244, BO del 8/7/1991, art. 2º, etcétera.

<sup>9</sup> “Tarasoff v. Regents of the University of California”, 131 Cal. Rptr. 14 (1976), en el que un paciente con trastornos mentales expresó al psiquiatra que lo atendía que mataría a su antigua novia, efectivizó su amenaza, y luego se responsabilizó al profesional por la falta de advertencia oportuna.



de víctimas no identificables<sup>10</sup>, exigiéndose la toma de medidas razonables de protección a su respecto.

Nosotros creemos que resulta de toda justicia dar un tratamiento excepcional a la información que da cuenta sobre una amenaza real de perjuicio grave e inminente hacia terceros, de modo tal que sea posible tomar recaudos para protegerlos, aun cuando tal información se obtenga en el contexto privado de un tratamiento de salud mental. En otros términos, el anuncio del paciente a su psiquiatra o psicólogo de su intención de quitar la vida o lesionar a un tercero bien constituye “justa causa de revelación” de datos protegidos por el secreto.

Distinto es si la revelación por parte del profesional de la salud se vincula exclusivamente con un delito ya consumado por el paciente y revelado por éste en ocasión del tratamiento<sup>11</sup>. Aquí, bien puede imponerse el secreto, por razones que resultan comunes a los casos planteados a lo largo del presente, que serán explicadas *infra*.

## 2. Posibilidad de transmisión de una enfermedad infectocontagiosa por el paciente, advertida durante un tratamiento médico

Si una persona resulta portadora de alguna condición susceptible de causar la enfermedad de terceros y se niega a aceptar las prescripciones médicas indicadas para evitarlo y/o a informar a tales terceros sobre el riesgo, también aparece un potencial conflicto entre el deber de confidencialidad y la salud pública.

La aparición del VIH-sida y los dilemas iniciales a los que dieron lugar la detección del virus y el conocimiento de la enfermedad generaron variados planteos con relación a la materia bajo análisis<sup>12</sup>. De un lado, tal cuadro generaba una gran carga discriminatoria que justificaba la mayor protección y la reserva sobre los datos personales y sobre el estado de salud del afectado. De otro, se esgrimía la existencia de un derecho de terceros a saber, de modo tal de evitar la contaminación de la población sana.

<sup>10</sup> “Lipari v. Sears, Roebuck and Co.”, 497 F. Supp 185D. Neb. 1980.

<sup>11</sup> C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, 23/3/2001, “M. M., B. s/procesamiento”, causa 17181 reg. 18507, *eIDial.com* AA83F.

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, BAYER, Ronald, “La confidencialidad y sus límites”, en FUENZALIDA PUELMA, Hernán, *Aportes de la ética y el derecho al estudio del sida*, OPS, Washington, 1991, ps. 155/157; MAGLIO, Ignacio, *Guías de buena práctica ético-legal en VIH/sida*, Arkhetypo, Buenos Aires, 2001, ps. 83/84; HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, cap. XV; HUBERMAN, Karina, “Sida: el secreto profesional y la responsabilidad médica”, ED 1991-141-913; LLANO, Alfonso, “El manejo del secreto profesional con pacientes de sida”, en FUENZALIDA PUELMA, Hernán, *Aportes de la ética...*, cit., ps. 149/154; TAMINI, Adolfo L., “Comentarios a la ley de lucha contra el sida: la confidencialidad”, JA 1994-III-850 [J 0003/002202]; AP 0003/002202; WIERZBA, Sandra M., *Sida y responsabilidad civil*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, cap. V: “El secreto profesional y sus límites en materia de información relacionada con el virus de la inmunodeficiencia humana”.

El criterio que primó a nivel normativo fue el que consagró la confidencialidad como principio general, con previsión de excepciones puntuales<sup>13</sup>. Y ello fue así no sólo en protección de los derechos individuales de los infectados o enfermos, sino al haberse interpretado que tal protección promovía el acercamiento de los pacientes a los servicios de salud y la adopción de medidas de cuidado que en definitiva eran positivas en términos de salud pública.

Este tipo de cuestiones también se plantearon ante el brote de síndrome respiratorio agudo severo (en adelante, SRAS) que tuviera lugar en distintos países, en 2003. En esa oportunidad se revelaron los datos personales de ciertos afectados por medios masivos de comunicación —*como alternativa excepcional*—, por considerarse que no existirían vías más efectivas para transmitir la información relevante y con el fin de que la población tomara medidas urgentes de protección<sup>14</sup>. Esta acción tuvo alcances muy limitados y se justificó en el contexto de una epidemia sobre la que se sabía muy poco, temiéndose una alta y rápida contagiosidad, como asimismo un alto grado de letalidad<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> En este sentido se pronunciaron la Ley Nacional de Lucha contra el Sida 23.798 (BO del 20/9/1990) y su decreto reglamentario 1244 (BO del 8/7/1991), art. 2°. Sin embargo, dentro de las excepciones al deber genérico de confidencialidad, en este caso se incluyó una extensa fórmula que expresaba "...bajo la responsabilidad del médico [podía informarse] a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor", generadora de extensos debates (¿debía informarse al cónyuge o pareja sexual?, ¿a las autoridades sanitarias?, ¿a los padres?, ¿a los empleadores, directores y/o maestros de establecimientos educativos?). Estos conflictos se resolvieron generalmente en forma no litigiosa e interdisciplinaria, en el marco de las instituciones en los que se presentaron.

<sup>14</sup> Ello fue así en Canadá, conf. National Advisory Committee on Sars and Public Health, *Learning from SARS. Renewal of Public Health in Canada*, Health Canada, Ottawa, octubre 2003. Este informe se conoce como "Informe Naylor". Puede verse al respecto "El derecho como herramienta para el adecuado manejo de situaciones críticas asociadas a grandes epidemias y pandemias: análisis del modelo canadiense. Su aporte a la realidad argentina", JA 2007-IV-1250.

<sup>15</sup> En el "Informe Naylor", cit., se refiere algún caso excepcional en el cual este tipo de comunicación fue admitida en Canadá. El Servicio de Salud Pública de Toronto decidió la publicidad de los nombres de dos personas fallecidas por SRAS, previo consentimiento informado de los familiares sobrevivientes, con fundamento en que tal decisión extraordinaria hacía a la protección de la salud pública, ya que un número desconocido de personas había asistido al funeral de los afectados, no teniendo las autoridades forma de contactar a dichos individuos en forma oportuna para avisarles que habían quedado expuestos al virus y que, por lo tanto, debían observar su sintomatología y quedar aislados por un tiempo. La mayoría de los familiares sobrevivientes estaban ya hospitalizados y demasiado enfermos para brindar detalles. Y se informa que dos nuevos probables casos de SRAS habrían sido identificados sobre la base de dicha divulgación, correspondientes a dos profesionales de la salud, que a su vez habrían podido diseminar la enfermedad entre sus pacientes. El antecedente resulta interesante, aunque en rigor de verdad, más que justa causa de revelación de un secreto profesional, hubo en este caso renuncia a tal secreto por parte de los interesados —herederos de quienes fallecieron por la enfermedad contagiosa—, al haberse obtenido su consentimiento informado para la revelación.

Evidentemente, la protección de terceros en riesgo de contagio de enfermedades transmisibles también puede constituir una justa causa de revelación de datos protegidos, en circunstancias determinadas.

### 3. Paciente que transporta estupefacientes y tal circunstancia se detecta en la consulta médica

Se ha presentado en el ámbito jurisprudencial y doctrinario una verdadera disputa en torno a si el castigo de delitos penales podría constituir una justa causa de revelación de información en principio amparada por el secreto profesional.

En este sentido, se discutía si los médicos podían —o incluso debían— denunciar el delito de transporte de estupefacientes, cuando un paciente que había actuado como “mula”<sup>16</sup> concurría a un establecimiento de salud requiriendo atención de emergencia, por complicaciones derivadas del hecho de haber ingerido cápsulas de cocaína u otras sustancias prohibidas.

La vigencia de normas que sugieren la procedencia de conductas opuestas entre sí colocaba al equipo de salud en una situación compleja: de un lado, el deber de guardar secreto de la información recibida en razón de su profesión (art. 156, CPen.) aconsejaba el respeto de la confidencialidad. Pero, de otro, ciertas disposiciones parecían indicar la existencia de un verdadero deber de quebrar tal secreto, por razones que hacen al interés público. Así, por ejemplo, el art. 177, CPPN, obliga a denunciar los delitos perseguibles de oficio a los funcionarios o empleados públicos (inc. 1º), y a los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física “salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional” (inc. 2º).

La solución a este conflicto de deberes dividió a la doctrina y a la jurisprudencia durante décadas.

En los autos “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737”<sup>17</sup>, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su conformación anterior, entendió que el individuo que delinquía y decidía en forma libre concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica asumía el riesgo de que la autoridad pública tomara conocimiento del delito. Y ante la inexistencia de engaño o coacción para lograr el secuestro de las pruebas incriminatorias, la privacidad del paciente-acusado no quedaba afectada. Quedaba así de algún modo justificada la denuncia de información habida por la atención profesional prestada.

En sentido contrario, y sustentando un criterio que evidentemente responde a la opinión de la mayoría de los juristas<sup>18</sup>, se propuso privilegiar el secreto profesional,

<sup>16</sup> En lenguaje popular, se denomina así a las personas que ejercen personalmente acciones de contrabando de pequeñas cantidades de mercancía, por ejemplo, llevan consigo “drogas”, de un país a otro.

<sup>17</sup> Corte Sup., 12/8/1997, Fallos 320:1717.

<sup>18</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, TEA, Buenos Aires, 2000, p. 148; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, t. V, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1967, ps. 131/132; NAVARRO, Guillermo R. - DARAY, Roberto R., *Código Procesal Penal de la Nación*,

evitándose así distinciones discriminatorias según si el paciente era atendido en un hospital público o bien en un establecimiento privado<sup>19</sup>. Asimismo, se destacó que en este tipo de casos, al obtenerse la prueba incriminatoria, el transporte de estupefacientes se encuentra ya frustrado, dado que el Estado cuenta con herramientas suficientes para tomar conocimiento de los delitos, sin necesidad de recurrir a los médicos para que delaten a sus pacientes en violación al secreto profesional y privando a la población más vulnerable y necesitada —“*como son las personas utilizadas como mulas en el tráfico de drogas*— de gozar del derecho esencial a la vida y a la salud”<sup>20</sup>, entre otros fundamentos.

La cuestión ha quedado en gran parte zanjada con el fallo dictado por la Corte Suprema en “Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733”, dictado el 20/4/2010<sup>21</sup>. Allí, el Máximo Tribunal de la Nación se pronunció a favor de la confidencialidad, con fundamentos diversos, que brevemente analizamos a continuación:

a) *Derecho a la vida. Garantía que prohíbe la autoincriminación. Mirada centrada en la situación del paciente*

La mayoría del tribunal destacó que “el procesado aquí se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena”, reconociendo la dignidad de la persona como un valor supremo y el principio republicano de gobierno que “impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado”.

En este voto evidentemente se asigna un lugar prioritario a la vida del paciente en riesgo<sup>22</sup> y a su derecho de defensa, que bien podría quedar afectado si se hubiere decidido de otro modo, dadas las circunstancias en las que la prueba del delito fue descubierta por terceros.

b) *Incertidumbre sobre el criterio legal aplicable. Evitación de una solución diferente para el ámbito público y el privado. Mirada centrada en la situación de los médicos (con valoración de sus efectos sobre el paciente)*

En el voto de la Dra. Argibay, entre otros aspectos, se analizan los alcances del citado art. 177, CPPN, observándose los diferentes estándares allí fijados para

t. I, Pensamiento Jurídico, Buenos Aires, 1996, ps. 364/369; CAUNEDO, Fernando M. - GOROSTIAGA, Manuel, “El secreto profesional médico”, *elDial.com* DC364, entre otros.

<sup>19</sup> Conf. autos “Zambrana Daza”, de la disidencia, en cambio, los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert, ya que la obligación de denuncia sería atinente esencialmente a los funcionarios públicos, según el citado art. 177, CPPN.

<sup>20</sup> C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 27/4/2010, “Cocca, Sergio Eduardo s/nulidad”, C. 43081, *elDial* AA5EBD y C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 30/4/2009, “M. A., P s/nulidad”, causa 41.557.

<sup>21</sup> Fallos 333:405.

<sup>22</sup> Esta solución no es aplicable a requisas en controles aduaneros, que requieran luego de comprobaciones por profesionales de la salud, es decir, a casos en los que el médico no actúa como profesional tratante sino a instancias de las fuerzas de seguridad, conf. C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 17/6/2011, reg. 853.11.3, causa 13239, *elDial.com* AD1541.

los funcionarios y empleados públicos (conf. inc. 1º, *quienes deberían denunciar todo delito*) y las personas que ejercen el arte de curar (*quienes sólo deberían denunciar delitos contra la vida y la integridad física, siempre que no hubieren sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional*, conf. inc. 2º). Se indaga, asimismo, sobre qué criterio aplicar cuando el profesional actúa en el ejercicio de ambas funciones simultáneamente (p. ej., *médico-funcionario público*), afirmando que en tales circunstancias “el mismo sujeto se encontraría, a la vez, obligado a denunciarlo, por ser funcionario (según el artículo 177.1), relevado de denunciarlo, por ser médico y no tratarse de un delito contra la vida o la integridad física (según el artículo 177.2) e, incluso, impedido de denunciarlo, por tratarse de un hecho conocido con motivo o en razón de la atención médica (artículo 11 de la ley 17.132)”, y concluyendo que tal incertidumbre en caso alguno puede redundar en perjuicio del imputado en ocasión de decidirse sobre la procedencia de la acusación en su contra.

Queda establecido en este precedente del Máximo Tribunal que no es justa causa de revelación la sola persecución penal del paciente que pudo haber cometido un delito, confirmándose entonces el criterio sustentado por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia tradicionales sobre la materia.

#### 4. Aborto causado o consentido por la propia mujer

En este supuesto, el conflicto se plantea en términos similares al caso de transporte de estupefacientes, en la medida en que el equipo de salud se halla ante la disyuntiva de denunciar a la paciente, animado generalmente por el propósito de evitar cualquier tipo de implicación en el delito de aborto, o bien guardar secreto, privilegiando así la salud y la intimidad de la paciente. También se aplican aquí, esencialmente, los citados arts. 156, CPen., y 177, CPPN.

Sobre el particular, y en el ámbito de la Capital Federal, aún hoy se encuentra vigente la doctrina del plenario “Natividad Frías”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resuelto el 26/8/1966<sup>23</sup>. Allí se estableció que “no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no—, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”.

También en este fallo se destacó que la abortante es, por sobre todas las cosas, una paciente a la que el profesional está obligado a asistir, procurando su curación, y que si se impusiera sobre el médico el deber de denuncia, ello sin duda redundaría en un grave riesgo para las asistidas, pues muchas mujeres, ante el fundado temor de que la consulta médica será la antesala de la prisión

<sup>23</sup> C. Nac. Crim. y Corr., en pleno, 26/8/1966, “F. N.”, *elDial* AAF00. Ver, asimismo, BIDART CAMPOS, Germán J., “Denuncia de aborto y secreto profesional del médico (nota a fallo)”, ED 166-224 a 225; “Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico (entre medio: aborto, vida, salud, igualdad)”, LL 1998-F-545 a 551.

y el deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de madres o curanderos.

Asimismo, anticipando el criterio que la mayoría de la Corte Suprema sustentaría muchos años después en el caso “Baldivieso”, la Cámara Penal en pleno sostuvo entonces que la mujer se encontraba ante la opción de elegir entre la cárcel y la vida, y destacó la discriminación sociológica que implicaba dicha situación para las mujeres de escasos recursos, que terminaban lesionadas luego de abortos clandestinos, con escasa garantía de higiene y salubridad, en tanto que las que gozaban de una posición acomodada podían abortar impunemente en clínicas privadas, con auxilio del profesional obligado al secreto<sup>24</sup>.

El criterio expuesto, aunque no es pacífico, luce mayoritario y hasta encuentra un correlato en el flamante fallo dictado por el Supremo Tribunal en “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”<sup>25</sup>, en el que el derecho a la igualdad y a la no discriminación entre mujeres de altos y bajos recursos fue considerado central para interpretar que no corresponde el castigo a la víctima de una violación en el caso de aborto.

A su vez, si bien no resuelve todas las cuestiones relevantes<sup>26</sup>, sin duda aclara un asunto esencial, cual es la primacía del deber de confidencialidad cuando de abortos causados o consentidos por la propia mujer se trata, y la improcedencia de considerar que la reserva de allí derivada constituye “encubrimiento” de un delito por parte del profesional.

#### IV. REFLEXIONES ACERCA DEL SECRETO PROFESIONAL Y SOBRE LAS JUSTAS CAUSAS DE REVELACIÓN

Hemos recorrido la experiencia en diversas materias en las que la comunicación sobre los datos médicos de un paciente a terceros, por parte del equipo de salud, es objeto de controversia. Distintos deberes, derechos y valores justifican posturas y decisiones que muchas veces lucen contrarias entre sí, para la resolución de conflictos que se presentan con asiduidad.

Evidentemente, el reconocimiento de la preeminencia del derecho a la salud no sólo recoge el criterio que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia nacional sustentaron a lo largo de décadas, sino que responde a su consideración expresa por la Constitución Nacional reformada en 1994 y por los tratados internacionales que revisten su rango.

La clara consagración del deber de confidencialidad como principio general responde a tal reconocimiento. Es que la “confidencia”, como “confianza íntima” que debe caracterizar la relación entre el paciente y el equipo profesional tratante,

<sup>24</sup> En sentido similar se pronunciaron las Cámaras de Apelaciones de San Martín, “L. D. B. y otros s/aborto”, JA 1985-III-282, y de Morón, “R., R. s/aborto”, JA 1986-III-593.

<sup>25</sup> Corte Sup., 13/3/2012, F.259.XLVI.

<sup>26</sup> Por ej., si la inexistencia de un deber de revelar en estos supuestos, acaso prohíbe la develación, o bien si el profesional sigue teniendo una “facultad” de informar (conf. voto del Dr. Boggiano en autos “Zambrana Daza”, cit. y Sup. Corte Bs. As., “I., D.I.”, LL 1994-B-553. Ver sobre este punto, el interesante análisis y diferencias en la mirada de los autores, CAUNEDO, Fernando M. y GOROSTIAGA, Manuel, en “El secreto profesional médico”, cit.

constituye un pilar esencial para garantizar la existencia de un sistema de salud sólido. Y, en términos de promoción ese tipo de sistema, mucho aporta la justicia cuando emite mensajes que liberan a los agentes sanitarios de responsabilidades más propias de los funcionarios policiales o judiciales.

En materias controversiales como la aquí estudiada, claro que esta elección por un valor en detrimento de otro podrá tener por consecuencia la injusticia en casos puntuales. Pero ello no debería empañar los efectos virtuosos esperables a partir de la promoción de fuertes vínculos entre la sociedad y su sistema sanitario, en términos de cuidado de la propia salud y la de terceros.

Por lo demás, se observa que la tensión entre el secreto profesional médico y las justas causas de revelación requiere de soluciones específicas para casos concretos. Así, si bien han podido hallarse soluciones jurídicas en esencia claras para casos como el transporte de estupefacientes por “mulas” y para supuestos de abortos causados o consentidos por la propia mujer, que permiten orientar las futuras conductas del equipo de salud y evitar la innecesaria judicialización de procedimientos, de ello no se deduce que toda y cualquier conducta delictiva, que en principio pudiera resultar protegida por el secreto profesional, lo estará en un caso preciso.

Y, según pensamos, siempre que sigan existiendo zonas grises, es decir, aspectos sobre los que los propios jueces no alcancen a generar consensos, en una función que se caracteriza por abordar este tipo de controversias *ex post facto* y con ciertos tiempos para el análisis, no podrá responsabilizarse a los profesionales del arte de curar, por haber decidido revelar o no hacerlo, ante la inmediatez que generalmente requiere su actuación.

Finalmente, pensamos que la idea fundamental que debe determinar los supuestos de “justa causa” de revelación de datos, en principio protegidos por el deber de sigilo, es la real e inminente amenaza de sufrimiento de un perjuicio relevante por un tercero (*y, acaso, por el propio enfermo*).

### ¿“VULNERABILIDAD” O “CAPAS DE VULNERABILIDAD” EN LAS PERSONAS MAYORES?\*

por FLORENCIA LUNA\*\*

Este artículo surgió a raíz de la organización de una reunión del Consejo Federal de Medicina de Brasil sobre el tema “Cuidar a las personas mayores como una cuestión de salud pública”. Allí se me invitó a dictar la conferencia de apertura sobre “La vulnerabilidad de las personas mayores”. Sin embargo, cuanto más reflexionaba, más claro resultaba que ése no era el enfoque adecuado. Hablar de “vulnerabilidad” de las personas mayores no sólo implica rotularlas sino, peor aún, opaca el abanico de problemas presentes en esta situación.

A raíz de esta invitación y como consecuencia de ella, en este artículo dejo de lado los enfoques habituales de la vulnerabilidad y hago un análisis descriptivo de la situación de vulnerabilidad en los ancianos. Retomo mis anteriores trabajos sobre el concepto de vulnerabilidad<sup>1</sup> en los cuales cuestiono el planteo tradicional de que una subpoblación, en este caso las personas mayores, sean vulnerables, para identificar, en cambio, diferentes capas o estratos de vulnerabilidad. Así, en estos desarrollos previos considero que abandonar este concepto o emplearlo inadecuadamente es peligroso. En lugar de rechazar este concepto<sup>2</sup>, lo que hago en él es recuperarlo y brindarle mayor contenido y sentido.

\* Quiero agradecer a las Dras. Gisela Farías y Mariela Bertolino por sus valiosos comentarios a borradores de este trabajo.

\*\* Doctora. Master of Arts, Columbia University, Estados Unidos. Doctora en Filosofía, UBA. Investigadora independiente del Conicet. Coordinadora del Área de Bioética de Flacso. Presidenta de la *International Association of Bioethics* (2003-2005). Fellow de la John Simon Guggenheim Memorial Foundation (2006-2007).

<sup>1</sup> Tomaré mis trabajos previos sobre vulnerabilidad. LUNA, Florencia, “Elucidating the Concept of Vulnerability. Layers not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches of Bioethics*, vol. 2, nro. 1, primavera 2009; “La Declaración de la Unesco y la vulnerabilidad: la importancia de las capas”, en CASADO, María (ed.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, Civitas, Navarra, 2009, ps. 255-266; “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, JA IV-2008, nro. esp., LexisNexis, Buenos Aires; “Concepto de vulnerabilidad: impacto de los documentos de investigación”, en GUBERT, Ida (comp.), Brasil, 2012, en prensa.

<sup>2</sup> Como de hecho hubo varias propuestas para debilitarlo. Véase LUNA, Florencia, “Vulnerabilidad: la metáfora...”, cit., y “Concepto de vulnerabilidad...”, cit.



En línea con estos análisis previos, en este artículo presento muy brevemente mi propuesta teórica: la noción estratificada de vulnerabilidad<sup>3</sup>. Esto es, la idea de que existen diferentes capas de vulnerabilidad. Luego, identifico las diferentes capas o estratos de vulnerabilidad que conviven en la situación de vejez y enfermedad. Esto permite exhibir una visión compleja y contextualizada de la vulnerabilidad presente en la vejez. En mi análisis tengo en cuenta la situación de países en desarrollo, tales como la Argentina y Brasil, y los desafíos que se presentan. A partir de estas reflexiones sugiero diferentes políticas públicas y protecciones que, justamente, traten de minimizar la compleja situación de vulnerabilidad que las personas mayores padecen. De este modo, este trabajo muestra que el concepto estratificado de vulnerabilidad es también, operativamente, sumamente interesante.

## I. ALGUNAS CUESTIONES A TENER EN CUENTA

Querría comenzar mencionando algunos puntos que deben funcionar como telón de fondo a nuestro análisis posterior.

Existen varios hechos que tienen relevancia a la hora de pensar la vejez y los ancianos. La demografía de la sociedad se ha transformado. Esto genera la paradoja de que hemos logrado el éxito de curar muchas enfermedades y mejorar la calidad y la cantidad de vida pero, por otra parte, la sociedad ha envejecido planteando serios desafíos. Este fenómeno se conoce y estudia hace años en las sociedades industrializadas como Japón, Europa o los Estados Unidos. A nivel mundial se espera que para 2050 el 34% de la sociedad tenga más de 60 años y supere, por primera vez, la cantidad de niños en el mundo. Sin embargo, este envejecimiento de la sociedad, ya presente en los países industrializados, también es una realidad para países en desarrollo, como la Argentina o Brasil; países que, además, no están tan preparados como aquéllos más desarrollados. Se considera que una población envejece cuando las personas de más de 60 años superan el 7%. En 2007, la Argentina ya tenía un 13,3% de esta población y, todavía más, en la ciudad de Buenos Aires el porcentaje era del 22%. La proyección para la Argentina, para 2050, es que uno de cuatro argentinos tendrá más de 60 años. Según un informe de la Unesco, el 70% de las personas mayores vive en países en desarrollo y sólo el 33% de éstos tiene servicios especialmente diseñados para adultos mayores y con formación geriátrica. En Brasil, a este panorama se le suma un muy rápido envejecimiento de su población<sup>4</sup>. En 2000, el 15,1% de la población de Brasil tenía más de 65 años y se espera que para 2050 ésta sea del 31,8%... ¡más del doble!<sup>5</sup>.

En segundo lugar, otro rasgo a considerar es la feminización de la vejez. Según la Organización Mundial de la Salud, las mujeres envejecen más que los hombres,

<sup>3</sup> Agradezco al Dr. Jan Solbakk, quien propuso utilizar esta denominación.

<sup>4</sup> CAMARANO, Ana A. (comp.), *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Río de Janeiro, 2004, [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Arq\\_29\\_Livro\\_Completo.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Arq_29_Livro_Completo.pdf) (13/9/2012).

<sup>5</sup> Banco Mundial, *Envelhecendo em um Brasil mais velho*, Washington, 2011.

su morbilidad es mayor y tienen menor acceso a la atención de la salud. Las mujeres tienen un promedio de 7,5 años de supervivencia mayor que los varones<sup>6</sup>. En el caso de Latinoamérica, la situación es más compleja: aquí, en general, la mujer trabaja hasta que muere, trabaja de manera invisible a través de sus tareas domésticas, el cuidado de su pareja enferma, de sus nietos, etc. Este fenómeno se caracteriza por haber sido poco estudiado y no se perciben políticas públicas especialmente diseñadas para afrontar estos desafíos. Así, a todos los problemas que tienen nuestros países, generados por grandes desigualdades y fallas de infraestructura, hay que sumarle estos dos fenómenos: el envejecimiento acelerado de la sociedad y la feminización de la vejez.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta el proceso de cronificación de las enfermedades, que plantea una serie de desafíos a los servicios que se pueden ofrecer (por ejemplo, la necesidad de repensar los cuidados domiciliarios). Así como una lentificación del proceso de muerte que, tal como señalaba Margaret P Battin, en muchas ocasiones se trata de pacientes para los cuales no hay tratamiento curativo. Todo esto plantea una nueva epidemiología y nuevos desafíos, como aquellos que cuestionan el evitar la muerte a toda costa y buscan acelerar ciertos tiempos y definir por ellos mismos cuando ésta debe ocurrir. Esto se hace, por ejemplo, a través de eufemismos o supuestos conceptos novedosos como la “muerte digna” (que pueden hacer referencia tanto a prácticas de muerte voluntaria, eutanásicas o cuidados paliativos, así que su utilización requiere aclaración). Todo esto se complejiza con el advenimiento de planteos que directamente abogan por diferentes prácticas eutanásicas.

Así, se debe considerar una sociedad que envejece aceleradamente sin recursos económicos y sociales para afrontar tales circunstancias, a las mujeres como los miembros más expuestos a estas situaciones, junto con cosmovisiones plurales respecto de cómo comprender la vejez; todo ello vuelve aún más compleja la respuesta a brindar. Esto forma parte del telón de fondo sobre el cual debemos pensar las personas mayores en situación de vulnerabilidad.

## II. VEJEZ Y VULNERABILIDAD

¿Cómo se piensa a la vulnerabilidad? Tradicionalmente se toman ciertas subpoblaciones como grupos vulnerables. Y éste es el caso de los ancianos. Así, pues, se dice que se trata de un grupo vulnerable. Esta estrategia basada en subpoblaciones es especialmente relevante en el caso de las investigaciones. La mayoría de los códigos de ética se dedican a enumerar grupos vulnerables. Es en esta área en donde tradicionalmente el concepto de vulnerabilidad ha funcionado de esta manera<sup>7</sup>.

Así, un primer asunto a considerar es el análisis basado en subpoblaciones<sup>8</sup>. Esto es, ¿son vulnerables todas las personas aludidas como conjunto de pobla-

<sup>6</sup> Organización Mundial de la Salud, *Envelhecimento ativo: uma política de saúde*, 2002 (2005 primera edición en portugués).

<sup>7</sup> Véase LUNA, Florencia, “Elucidating the Concept...”, cit.

<sup>8</sup> LUNA, Florencia, “Concepto de vulnerabilidad...”, cit.

ciones vulnerables? Si, por ejemplo, aceptamos que las personas mayores son un grupo vulnerable, ¿acaso significa esto que todas las personas mayores<sup>9</sup> son vulnerables? ¿Ocurre lo mismo con todas las personas con enfermedades graves<sup>10</sup>? ¿O con todas las personas sin recursos<sup>11</sup>? ¿Y qué sucede si la persona mayor no está grave o tiene recursos? ¿Deja por esto de ser vulnerable? ¿Cómo inciden estas variables? ¿Captura el concepto de población vulnerable estas diferencias? ¿Es la vulnerabilidad una “categoría”, como Carol Levine señala en sus críticas? ¿Es un concepto de todo o nada que se aplica a todos los miembros de un grupo identificado? Mientras que es evidente que todas las personas mayores son mayores y que todos los pacientes con enfermedades graves están graves, no es igualmente evidente que todas las personas mayores sean vulnerables o que todos los pacientes graves sean vulnerables, aunque es cierto que tanto unos como otros pueden serlo. ¿La vulnerabilidad es causada por la “edad madura”, por la “enfermedad” o hay algún mecanismo subyacente que explique su relación con los individuos? A raíz de estas preguntas es necesario detenerse en un análisis más detallado de este concepto para responderlas.

Los análisis tradicionales han intentado definir este concepto en términos de sus condiciones necesarias y suficientes. Esto es, si una persona satisface la condición x y la y, entonces, es un sujeto vulnerable. Y éste es un tipo de condiciones generalmente atribuible a grupos de personas. Pero esto ha conducido a una visión demasiado rígida del concepto, que implica rotular a un grupo como vulnerable, ponerle una etiqueta<sup>12</sup>. Una de las consecuencias es que resulta muy difícil quitar el rótulo dado y esto lleva a manejarse con estereotipos y categorías establecidas que permanecen fijas. Tampoco puede darse cuenta de cambios o situaciones que acentúan la vulnerabilidad.

Otro tipo de análisis es el existencial. Este enfoque plantea que “todos” somos vulnerables, seres frágiles y finitos. Esto expresa una condición humana general según visiones filosóficas continentales<sup>13</sup>. Sin embargo, éste no es el punto relevante. Lo destacable a nivel de análisis, por ejemplo, de una investigación con seres humanos, es que las personas que participan expresan su fragilidad y finitud

<sup>9</sup> Véase Pautas Cioms, 2002, pauta 13.

<sup>10</sup> Véase el Informe Belmont, las Pautas Cioms, 1993, pauta 10; Pautas Cioms, 2002, pauta 13.

<sup>11</sup> Véase el Informe Belmont, las Pautas Cioms, 1993, pauta 10 ; Pautas Cioms, 2002, pauta 13.

<sup>12</sup> LUNA, Florencia, “Vulnerabilidad: la metáfora...”, cit., y “*Elucidating the Concept...*”, cit.

<sup>13</sup> Onora O’Neill expone esta vertiente. Sostiene que “los seres humanos comienzan siendo *persistentemente* vulnerables de maneras características a la especie: presentan una larga e indefensa infancia; adquieren las capacidades físicas y sociales más esenciales y las habilidades con el sostén de los otros; dependen de interacciones sociales y emocionales a largo plazo con otros; sus vidas dependen del uso estable y productivo del mundo natural y del mundo modificado por el hombre... La protección de las lesiones frente a estas ubicuas y previsible vulnerabilidades de la condición humana es en gran medida el objetivo de la justicia”. O’NEILL, Onora, *Towards Justice and Virtue*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 192.

existencial de formas complejas en situaciones particulares. Algunas personas o grupos padecen situaciones específicas de vulnerabilidad. Y es a estas formas concretas de vulnerabilidad a las que resulta necesario brindar una respuesta y plantear protecciones y salvaguardas. El peligro que entraña sostener esta noción existencial y esencialista de la vulnerabilidad es el riesgo de *naturalizarla*. Esto es, si todos somos igualmente y esencialmente vulnerables, nadie es específicamente vulnerable; es más, nadie necesitaría de ninguna protección *especial*... Justamente es esto lo que los planteos que hablan de una superpoblación de grupos vulnerables quieren: buscan anular la fuerza normativa de este concepto. Así, por ejemplo, Levine *et al.* dicen: “Si *todos* son vulnerables, el concepto se hace tan nebuloso que *carece de sentido*”<sup>14</sup>. En este sentido, esta línea argumental es sumamente peligrosa.

En contraposición con la estrategia que naturaliza la vulnerabilidad o que la rechaza como concepto valioso, propongo considerar el aspecto dinámico y contextual del concepto como parte de su propio contenido<sup>15</sup>. No hay una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría, puede haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas que operen. Estas capas pueden superponerse. Algunas pueden estar relacionadas con problemas de la discapacidad que genera la enfermedad, la dependencia motriz o psicológica, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales, la falta de recursos, las relaciones familiares o aun la violación de derechos humanos básicos. Nada debiera escaparse a esta mirada. Lo que se desea señalar es que el funcionamiento de este concepto es dúctil y relacional y que esto determina tanto su alcance como las maneras de pensarlo o concebirlo.

Ahora bien, para poder entender la relevancia y las implicancias de este planteo hay que distinguir dos planos de discusión. En mi artículo “La Declaración de la Unesco y la vulnerabilidad: la importancia de las capas” establezco esta dicotomía<sup>16</sup>: “...Un primer plano podría denominarse *ético-político*. Este plano discute la necesidad, o no, de protección de ciertas poblaciones, en general, las más desprotegidas; y la necesidad de mantener el concepto de vulnerabilidad en las discusiones y evaluaciones de los protocolos de investigación. ...Un segundo plano de la polémica es de tipo *ético-teórico*. En este plano se deja de lado, provisoriamente, el planteo político para señalar obstáculos teóricos o conceptuales en el concepto mismo de vulnerabilidad. Justamente es en esta dimensión donde se plantea la vacuidad de este concepto o los efectos nocivos del mismo al rotular,

<sup>14</sup> LEVINE, Carol, *et al.*, “The limitations of ‘vulnerability’ as a protection for human research participants”, *American Journal of Bioethics*, vol. 4, nro. 3, 2004, ps. 44-49, p. 46. “Bajo uno u otro de estos títulos, *casi cualquiera es vulnerable*, especialmente en tanto los beneficios de la investigación nunca pueden ser garantizados de antemano... *Si todos son vulnerables, entonces, el concepto se convierte en algo demasiado nebuloso para tener sentido*”.

<sup>15</sup> Sigo un análisis contextual de este concepto. Es el camino abierto por Wittgenstein, cuando se refería a “aires de familia”, y el análisis que Hilary Putnam realiza de los conceptos a través de los estereotipos que trabajan a través de las representaciones arquetípicas o los casos paradigmáticos y considera las similitudes y las diferencias ente ellos y los casos.

<sup>16</sup> LUNA, Florencia, “La Declaración de la Unesco...”, cit.

etiquetar o estereotipar poblaciones. Aquí se señalan problemas en la forma de conceptualizar este concepto. Ahora bien, aun si los planos de la discusión son diferentes, están estrechamente relacionados: así *si no podemos brindar un análisis teórico adecuado de este concepto, tampoco podremos defender su relevancia práctica y política*. Si el concepto efectivamente es vacío o estereotipa poblaciones, no tendrá la relevancia política que se busca<sup>17</sup>.

Lo que intento, entonces, mediante la propuesta de analizar capas de vulnerabilidad, es revitalizar este concepto en su plano ético-teórico, brindarle sentido y mantener su importancia política a la hora de pensar cómo proteger a las personas en situaciones de vulnerabilidad.

Mi propuesta, entonces, plantea una visión compleja de esta situación. Por un lado, muestra las diferentes capas de vulnerabilidad que se presentan en la vejez, lo cual permite dar mucha mayor flexibilidad al concepto y permite mostrar la multidimensión presente: corre el velo que hablar meramente de la vejez como de una población vulnerable introduce. Por otro lado, no deja caer el concepto de vulnerabilidad, lo recupera y le brinda sentido. Así, recupera la dimensión política de este término al dotarlo de contenido conceptual. Esto es, frente al embate de que no tiene sentido el concepto de vulnerabilidad<sup>18</sup> o del planteo de que todos somos vulnerables, que “naturaliza” a la vulnerabilidad<sup>19</sup>, este planteo recupera el concepto de vulnerabilidad y le brinda un sentido fuerte que puede leerse en términos políticos. ¿Qué significa esto? Que un concepto que rotula y es rígido no sirve para dar cuenta de la vulnerabilidad, que se necesita otro tipo de concepto. Esto es, que se necesita repensar en qué consiste y cómo opera. Si podemos reconceptualizar este concepto y dotarlo de sentido, entonces podremos realmente utilizarlo de manera eficaz. Decir que los ancianos son una población vulnerable es utilizar el concepto de vulnerabilidad como mero eslogan. Los rotulamos y estereotipamos y no sólo no exhibimos las diferentes capas de vulnerabilidad que están operando sino que, además, no podemos diseñar o reflexionar acerca de políticas públicas adecuadas. Éstas pueden, justamente, atacar las diferentes capas de vulnerabilidad mediante estrategias específicas para cada una y muy probablemente diferentes entre sí. Existen diferentes capas de vulnerabilidad que menoscaban a las personas y nuestro deber es minimizar cada uno de estos estratos y protegerlas adecuadamente.

### III. IDENTIFICANDO CAPAS DE VULNERABILIDAD EN LA VEJEZ

En concordancia con esta propuesta, en este apartado se describen algunos de los múltiples y diferentes estratos o capas de vulnerabilidad que pueden identificarse cuando decimos que los ancianos son vulnerables.

<sup>17</sup> LUNA, Florencia, “La Declaración de la Unesco...”, cit., ps. 258-259.

<sup>18</sup> LEVINE, Carol, *et al.*, “The limitations...”, cit.

<sup>19</sup> Efectivamente, muchos bioeticistas siguen esta visión sin darse cuenta de que al otorgar que todos somos vulnerables en algún sentido se concede que, entonces, no hay que hacer distinciones ni brindar protecciones específicas a aquellos que padecen situaciones de vulnerabilidad. Véase LUNA, Florencia, “Vulnerabilidad: la metáfora...”, cit.

Si se comienza por un planteo macro, por ejemplo, se puede hablar de una capa de *vulnerabilidad “económica”*. Ésta puede encontrarse por la exclusión del sistema productivo al que muchas veces se condena a las personas mayores aunque aún tengan capacidades para continuar insertos. Téngase en cuenta que, en nuestros países en vías de desarrollo, la etapa jubilatoria no tiene las mismas implicancias que aquella que se genera en países industrializados con un buen sistema de cobertura. En aquéllos, por ejemplo, la pensión jubilatoria es equivalente al sueldo que se percibía en la etapa activa y las personas mayores sienten que llegan a una etapa de la vida en la que pueden realizar muchos de sus proyectos postergados (viajes, *hobbies*, etc.). En nuestro caso, en cambio, la persona puede resultar excluida de su trabajo y quizá todavía tiene plenas capacidades para continuar activo. Pero no sólo le puede suceder esto sino que, además, suele tener como consecuencia que sus ingresos se vean seriamente disminuidos, comenzando a generar así malestar, depresión y diversos grados de dependencia. En este sentido, se puede decir que adquieren una primera capa de vulnerabilidad.

Otra capa de *vulnerabilidad* vinculada a la anterior es la que genera el *sistema jurídico*: por ejemplo, en la Argentina es frecuente que los juicios para actualizar las pensiones se prolonguen durante mucho tiempo (un promedio de cinco años, que para las personas que están transitando sus últimos tiempos, resulta demasiado largo). Padeciendo, así, extensas burocracias y la pauperización que una pensión no actualizada puede generar.

Relacionado con las manifestaciones previas, otra capa de vulnerabilidad está vinculada al sistema social, a la falta de una respuesta rápida de éste para atender las necesidades de los mayores, por ejemplo, respecto de sus necesidades de alojamiento, adecuado a sus necesidades. Se puede hablar así de una *vulnerabilidad habitacional*. Esto es, la dificultad que existe para conseguir un lugar para vivir dignamente. Éste debe ser adecuado a sus nuevas necesidades habitacionales. Esto es especialmente relevante para los ancianos que carecen de posibilidad de vivir independientemente y necesitan una institución geriátrica que les permita transitar esta etapa de la vida de forma tranquila y cuidada.

Estos tipos de vulnerabilidades surgen como consecuencia de un sistema injusto, de políticas públicas que no son sensibles a las necesidades redistributivas de estos grupos, así como también a un disvalor sociopolítico hacia esta población.

También desde otra perspectiva se puede hablar de una capa de *vulnerabilidad “cultural”*. Este tipo puede encontrarse vinculado a la presencia de cierta idiosincrasia propia de la sociedad occidental, que manifiesta algunas actitudes despectivas hacia los viejos. Los ancianos molestan, no entienden, no se adaptan fácilmente. Se quedaron en el tiempo. Tómese como ejemplo de esto la posibilidad de una *vulnerabilidad comunicacional*. Actualmente, el mundo está poblado de máquinas: computadoras, tabletas electrónicas, teléfonos celulares, con *e-mails*, *Twitter* o *Facebook* como vías de comunicación... Un mundo cada vez más virtual que para aquellos que tienen unas cuantas décadas y no estuvieron expuestos a estas tecnologías, resultan fronteras infranqueables. Simples trámites ahora implican sortear máquinas indescifrables, contestadores automáticos con grabaciones impersonales, en donde la presencia humana escasea. Para estos ancianos, el

mundo es ajeno y lejano. Ya parecen no pertenecer a él. Esta dificultad vital también genera una capa de vulnerabilidad. Se sienten vulnerables frente a un sistema que no comprenden y que no se detiene por ellos. Y esto obstaculiza su vida cotidiana y sus posibilidades de interactuar y resolver problemas independientemente.

En un plano más íntimo y privado, también se puede hablar de una capa de *vulnerabilidad vincular*. No sólo las familias se han modificado, sobre todo, en las ciudades actuales, dejando de lado las familias ampliadas, en donde diferentes generaciones convivían y los lazos de parentescos no eran sólo los nucleares (vivían abuelos con tíos, nietos e hijos), para pasar a modelos nucleares basados en los padres y sus hijos, sin espacio para las personas mayores. Sumado a lo anterior, las familias en sí se han complejizado al reconstituirse, con separaciones, nuevos casamientos o convivencias, medios hermanos, etc. La actual situación familiar no parece ser muy receptiva para alojar y acompañar a las personas mayores. E, indudablemente, para muchos ancianos esto genera una capa de vulnerabilidad al sentirse solos, aislados y una carga para sus familias.

También existe la posibilidad de una capa de *vulnerabilidad emocional*: es conocida la dependencia que, en general, muchas de estas personas tienen con aquellos que los cuidan o asisten así como con miembros de su familia. Pero también es frecuente el maltrato, no sólo emocional sino también físico, hacia las personas de edad. Una cuestión sumamente problemática que no es muy tenida en cuenta, pero que lamentablemente es más habitual de lo pensado. Nuevamente, se puede adicionar otra capa de vulnerabilidad.

Otro tipo de *vulnerabilidad* es la *cognitiva*. Ésta se vincula a los padecimientos y las alteraciones psíquicas, la pérdida de la memoria, las demencias, etc., propias de muchas personas mayores. Resulta muy difícil para los familiares poder acompañar estos procesos, generando culpa por la sensación de desborde y la dificultad para hacerse cargo. Esto hace que sea muy compleja la resolución de situaciones comunes y que las personas de edad con estos padecimientos requieran ayuda, agregando de esta manera otra capa de vulnerabilidad.

Hay también una *vulnerabilidad* asociada con la pérdida de la autonomía *física*. Ésta también es una característica de esta etapa de la vida, falta de estabilidad, fragilidad, riesgos de fracturas por caídas, etc. Este tipo de vulnerabilidad, de índole individual, se puede reforzar por factores externos e independientes que la hacen más discapacitante e intensa. Las posibilidades de movilidad se ven también disminuidas debido a barreras arquitectónicas de las ciudades, la falta de accesos adecuados, las barras de protección, las veredas o calles rotas, etcétera.

Con esta mirada se exhiben situaciones y estratos de vulnerabilidad que cualquier geronte puede padecer sin estar en situación de enfermedad. A diferencia de las primeras capas señaladas, que estaban vinculadas a la ausencia de cierto tipo de políticas públicas, estas últimas capas identificadas se conectan con cuestiones intrínsecas, relacionadas con la pérdida de ciertas capacidades por la propia condición humana, así como con cuestiones vinculares esenciales. Éstas son sólo algunas de las posibles capas de vulnerabilidad a las que una persona mayor puede estar expuesta. Nótese cómo se refina la mirada, cómo se despliega y se complejiza el análisis con un planteo estratificado o por capas frente a un análisis que sólo indique que las personas mayores son vulnerables.

#### IV. CAPAS DE VULNERABILIDAD EN LA ENFERMEDAD

Si nos centramos en la situación de enfermedad podemos seguir señalando y adicionando, a muchas de las capas recién identificadas, diferentes estratos. Y aquí también necesitamos hacer distinciones.

Por ejemplo, una es la situación del *paciente crónico*. Esta persona necesita cuidados pero puede vivir con relativa independencia. Probablemente necesite cuidadores informales<sup>20</sup> que, en general, son las mujeres. Las parejas o las hijas de estos pacientes son las que se hacen cargo de estas tareas con todo lo que puede implicar. Estos pacientes pueden estar expuestos a una capa de vulnerabilidad emocional (establecen lazos que los vuelven dependientes de su cuidador), pueden padecer otra capa de vulnerabilidad física cuando pierden parte de su movilidad, que se combina con las barreras arquitectónicas que obstaculizan sus movimientos afuera de la casa. También pueden sufrir diferentes tipos de vulnerabilidades culturales (dependiendo del grado de inserción y adaptación social) que la persona mantenga. Finalmente, puede también existir otra capa de vulnerabilidad relacionada con su dificultad psíquica cuando comienza con signos de deterioro mental y olvidos.

Otra es la situación y problemática del *paciente en internación domiciliaria*. Estas internaciones pueden deberse a situaciones que no pueden modificarse, en las cuales se plantea que no tiene sentido mantener el paciente internado en un hospital o una clínica; o a los deseos de ayudar a pasar los últimos días en la casa con una medicina menos invasiva y más respetuosa de las necesidades del enfermo (por ejemplo, brindar cuidados paliativos finales en su hogar). El paciente en internación domiciliaria —ya sea por uno u otro motivo— implica un grado mayor de dependencia, en donde a todo lo anterior hay que agregarle una capa de vulnerabilidad debido a los elevados costos que esto implica, ya que, en general, los sistemas de salud (aun los privados) no cubren todos los cuidados que estos pacientes requieren. Peor aún, en algunos casos no existe el “deseo” familiar de hacerse cargo de esa persona enferma, sino que hay, más bien, un “desentenderse” del paciente por parte de las instituciones y derivarlo a la familia. Ésta carece de la infraestructura adecuada para recibir a un enfermo, al que hay que asistir a veces por vía respiratoria, a veces con sondas de alimentación, así como higienizarlos. No se trata de una situación simple o fácil. Para todos estos cuidados se necesita un entrenamiento determinado y no cualquier persona dispone de la destreza para realizarlo adecuadamente. Aun si se cuenta con servicios domiciliarios y personas calificadas para realizar estas tareas, el paciente necesita estar inmerso en un contexto familiar que lo contenga y administre tales cuidados. Esto conlleva la existencia de una cierta operatoria que en muchos casos es difícil de mantener económica y emocionalmente, generando, en ocasiones, la denominada claudicación familiar con la posibilidad de maltrato. También pueden surgir capas de vulnerabilidad ligadas a la situación cultural y social (en sociedades cada vez

<sup>20</sup> Una de las características de estos cuidadores —que plantea serios problemas éticos, así como también psicológicos, sociales y financieros— es que su trabajo no es reconocido.



más individualistas resulta difícil darle lugar a un anciano, sobre todo cuando la situación de enfermedad se prolonga). ¿Quién se hace cargo de la abuela o del tío enfermo? ¿Dónde se aloja, sobre todo cuando los departamentos son pequeños y no hay espacio suficiente...

Y otra situación muy diferente a las anteriores es la de *hospitalización*, que implica ya una capa de vulnerabilidad producida por el alejamiento de su medio, con las faltas que esto implica (sus objetos cotidianos y sus rutinas diarias, los olores de su medio, sus recuerdos, elementos que los ayudan a mantenerse alertas y activos), sumado al alejamiento de sus seres queridos (que, en general, sólo pueden visitarlos durante lapsos breves). Así, se encuentran aislados, en un medio extraño, atendidos por gente de blanco<sup>21</sup>. Esto genera un estrato de vulnerabilidad. Sumado a lo anterior, coexiste un “desempoderamiento”. En general, hay un trato que tiende a infantilizar al enfermo, pierde su autoridad, su “señorío” y hasta sus ropas... para pasar a ser aludido como “abuelo” o “abuela”, adicionando otra capa de vulnerabilidad. Todo esto se agudiza, todavía más, en el paciente *hospitalizado en terapia intensiva*. Las capas de vulnerabilidad se multiplican. Aquí el paciente está casi totalmente aislado, los horarios habituales se pierden y esto genera un impacto psíquico muy fuerte, con desórdenes mentales y pérdidas que son muy difíciles de recuperar en la gente muy grande. El paciente se encuentra conectado a una gran cantidad de aparatos que registran todos sus signos vitales pero lo inmovilizan e incomodan. Médicos y enfermeros deben adaptarse a estrictos protocolos que, a veces, parecen olvidar que involucran seres humanos. En ocasiones, los pacientes hasta son “atados” (por ejemplo, por las noches) para tranquilidad del personal (ya que así no se desconectará de ninguna máquina) pero con la posibilidad de generar sufrimiento y angustia por parte de aquellos pacientes que tienen momentos de lucidez o conciencia, exponiéndose, nuevamente, otra capa de vulnerabilidad. También se puede agregar, en algunos casos, la falta de empatía y capacitación por parte de este personal, a los cuales les llegan pacientes que van a morir y para los cuales el personal siente que sostenerlo implica un gasto inadecuado así como una derivación inapropiada. En numerosas ocasiones son los propios familiares los que presionan, ya sea por celo y por pensar que sus seres queridos estarán mejor atendidos, ya sea por no asumir la responsabilidad del cuidado. Muchas veces la derivación efectivamente no es la correcta y la falta de un servicio de cuidados paliativos en la institución lleva a esta situación, pero quien finalmente paga el costo de esta mala indicación es este paciente al que se lo torna en todavía más vulnerable.

Así, cuando se utiliza el mero rótulo de “población vulnerable” se escapa una mirada más compleja y sutil de la situación de vulnerabilidad y sus múltiples aristas. Decir que los ancianos son una población vulnerable implica sostener una visión de estereotipo que opaca la realidad, a diferencia de la mirada que podemos tener cuando identificamos las múltiples capas de vulnerabilidad en las variadas

<sup>21</sup> Si bien esto acontece en cualquier situación de internación prolongada, en cualquier edad de la vida, en el caso de la persona mayor esto tiene más impacto porque se enfrenta con la posibilidad de no poder regresar más al hogar y por la menor capacidad de adaptación a situaciones de pérdida de referentes.

situaciones de vejez y enfermedad. Los diferentes estratos o capas que están operando van intensificando la vulnerabilidad. Algunos de ellos se relacionan con el mayor o menor grado de autonomía o dependencia del anciano y otros factores que tienen incidencia, como es el contexto. Como se puede observar, las capas de vulnerabilidad son muy variadas, exhiben múltiples dimensiones y pueden modificarse en función de los medios o recursos (internos o externos) que posea cada persona para afrontar los problemas sociales y de salud que se presentan.

## V. POSIBLES POLÍTICAS PÚBLICAS

Esta forma de percibir la realidad permite encararla de una manera también más sutil y sofisticada. Por ejemplo, si se va a aplicar este concepto para el diseño de políticas públicas al establecer capas o estratos de vulnerabilidad, se pueden diseñar diferentes políticas que ataquen cada una de esas capas de manera específica e individual y buscando minimizarlas o evitarlas. Hay capas de vulnerabilidad muy difíciles de erradicar. Pero otras pueden ser minimizadas. Aquellas relacionadas con problemas redistributivos y con el diseño de políticas públicas adecuadas implica la voluntad de llevar a cabo estrategias que tengan seriamente en cuenta esa problemática; por ejemplo, si se mejora el sistema de atención social y se brinda un mejor servicio a las personas mayores. Esto puede abarcar desde planteos macro hasta cuestiones más pequeñas. En función de los recursos existentes se debe analizar qué puede implementarse: no necesariamente debe ser algo completamente novedoso, se puede mejorar lo que ya existe.

Por ejemplo, puede buscarse la forma de mejorar el sistema jubilatorio. Hay países que fomentan el ahorro entre sus ciudadanos a lo largo de sus vidas (por ejemplo, excluyéndolos de impuestos si designan este dinero para un ahorro recuperable a la edad jubilatoria), proponiendo sistemas suplementarios que complementen la jubilación estatal. Por supuesto, en nuestros países, en donde la inflación sigue siendo moneda corriente, no es algo tan simple de implementar. Pero quizá haya llegado el momento de pensar con mayor seriedad de qué manera los ancianos van a enfrentar muchos años de vejez. Otra situación inaceptable es la cantidad de tiempo y el esfuerzo que se necesita para la actualización de las pensiones. Una cuestión básica implica idear un sistema más eficiente y rápido, para evitar continuar vulnerando a las personas jubiladas. Esto no parece, a primera vista, tan difícil de solucionar, y eliminaría una capa de vulnerabilidad, mejorando sustancialmente la vida de muchas personas mayores.

Respecto de la vulnerabilidad habitacional, existen diferentes posibilidades, con mayor o menor inversión desde el sistema público. Se pueden construir instituciones geriátricas que estén bien cuidadas y controladas, para realmente brindar un buen servicio a los ancianos, y que no funcionen como un mero “depósito de viejos”. Para ello quizá sea necesario diseñar mejores sistemas de control, habilitación y mantenimiento de estas instituciones, exigiendo una buena calidad de atención. El Estado debe ejercer este rol de control y vigilancia.

Cuando la situación económica del geronte es mejor, pueden también planearse viviendas para ancianos que mantengan cierta independencia (pequeños departamentos con su habitación, baño y living), que brinde la sensación de vida

privada, pero que también tenga espacios comunes y servicios compartidos a los que se pueda acudir cuando se tiene alguna necesidad (servicios médicos o de enfermería) o se desea socializar. Algo que es ya habitual en muchos países y que los propios ancianos pueden elegir y planificar con tiempo. También puede existir la situación de una persona mayor que cuenta con un bien propio pero que le resulta muy oneroso mantenerlo y mantenerse. En esos casos, pueden reglamentarse sistemas de ventas de los departamentos. Las personas mayores propietarias pueden vender a futuro su bien por una buena renta mensual que les permita vivir en su departamento con comodidad y ayuda hasta su muerte. Esto implica una apuesta por parte del comprador, ya que quizá paga por ese departamento durante cinco años o tal vez por quince años, pero para el anciano es indiferente y le da la tranquilidad de contar con su dinero mensual y su hogar<sup>22</sup>.

También teniendo en cuenta las dificultades motrices, así como las vulnerabilidades que surgen por ciertas barreras arquitectónicas, pueden realizarse modificaciones que van desde la vivienda (en especial, el baño), por ejemplo, poniendo barras para no resbalar y poder sostenerse en la ducha y fuera de ella, alarmas que permitan una ayuda rápida y eficaz, hasta políticas macro, que diseñen modificaciones arquitectónicas en la ciudad y sus medios de transporte. Sin necesidad de análisis muy sofisticados, sería conveniente comenzar por lo obvio, arreglar las veredas de las calles, los innumerables pozos y desniveles que hacen sumamente difícil transitarlas y que pueden generar caídas y fracturas perfectamente evitables, así como contar con accesos a edificios que, por ejemplo, permitan utilizar sillas de ruedas. Para luego continuar avanzando hacia respuestas más sofisticadas y quizá también más onerosas.

Respecto de las capas de vulnerabilidad mucho más complejas de resolver, como la cultural o aquellas que exhiben pérdidas de capacidades, las estrategias deben ser múltiples. La vulnerabilidad cultural es difícil de revertir, ya que el mundo cambia y no se pueden detener los desarrollos tecnológicos. Sin embargo, puede haber campañas de acción pública que fomenten ciertos valores, expliquen las dificultades de las personas mayores, promuevan virtudes comunitarias hacia ellos, etc. Nuevamente, parece haber una suerte de paradoja en la conceptualización y vivencia de la vejez: por un lado, se extiende y promueve una vejez activa y plena; por otro lado, se visualiza la vejez como un disvalor (en nuestra sociedad, la meca parece ser una juventud eterna y la vejez no tiene ningún tipo de aditamento interesante [como todavía se mantiene en algunas sociedades orientales]). Pese a esto, se deberían inculcar y educar en valores afirmativos hacia la vejez. Señalar cómo la ancianidad contiene: experiencia de vida, trayectoria, sabiduría. Remarcar aquellos aspectos positivos que las personas mayores pueden aportar. Ayudar a visualizar esta etapa de una manera virtuosa. Este tipo de sensibilización y educación a la comunidad no es menor y puede impactar favorablemente en la vida cotidiana de las personas mayores.

Estos cambios son posibles. Si bien no todos son fáciles de implementar (debe haber decisión política para poder llevarlos a cabo). Hay algunas de las propues-

<sup>22</sup> Se trata de un modelo que en algunos países se implementa y que realmente parece ser muy beneficioso para los ancianos que se quedaron solos.

tas que de hecho existen y que sólo habría que adaptar a nuestras situaciones socioeconómicas. Pero hay otro tipo de vulnerabilidades que todavía son más difíciles de erradicar. Por ejemplo, la capa de vulnerabilidad vincular o emocional. Es muy difícil modificar los modelos familiares, los divorcios, los cambios, las nuevas parejas, así como también la dependencia emocional. Sin embargo, respecto de esta última, identificar los diferentes estratos de vulnerabilidad implica poder pensar en salvaguardas, en protecciones adecuadas. Por ejemplo, en los casos de maltratos, algo muy frecuente hacia las personas mayores, es importante poder contar con líneas de teléfono de denuncia, una contención social adecuada y una asistencia rápida para estas situaciones.

De igual manera, habría que implementar políticas públicas que tengan en cuenta el fenómeno de feminización de la vejez y sus diferentes manifestaciones. Estudiar de qué manera evitar sobrecargar a las mujeres mayores, brindar mejores pensiones, etc. De ahí que sea fundamental rescatar el concepto de vulnerabilidad y no perderlo, ni quitarle la riqueza que tiene para poder proteger de manera adecuada a estas poblaciones.

## VI. MINIMIZANDO VULNERABILIDADES EN EL ÁMBITO SANITARIO

En el ámbito sanitario también deben identificarse las diferentes capas que están interactuando en la misma situación y buscar los medios para proteger a la persona de éstas, erradicarlas o al menos minimizarlas. Por ejemplo, en el caso del paciente crónico, quizá con un buen seguimiento médico sea suficiente para cubrir los problemas de salud; debe haber en estos casos estrategias preventivas para mantener al anciano independiente. Si la persona puede manejarse por sí sola, debe igual prepararse la casa para evitar accidentes, que son triviales en un comienzo pero luego pueden tener un mal desarrollo y desestabilizar completamente al anciano (percances que comienzan con una simple fractura que puede terminar llevando a la muerte); por lo tanto, se debe estar preparado para poner protecciones y sistemas de alarma. Debe también estar disponible un sistema de cuidadores o enfermeras que permita a estas personas sentirse cuidados y cómodos y que también alivie a la familia, no recayendo en ellas la carga del cuidado obligado sino el de aquel que se realiza por el deseo de estar y ayudar al ser querido. Esto generalmente trae cierto alivio psicológico y mejora el vínculo familiar (otras de las capas de vulnerabilidad identificadas).

En el caso de la internación domiciliaria, el tema de la vulnerabilidad se vuelve mucho más pesado y dramático porque la persona ya no puede valerse por sí misma y necesariamente requiere cuidados continuos. En general, sobre todo los sistemas de salud pública se ausentan dejando a la familia con la angustia y la responsabilidad de cuidar a ese ser querido los últimos días. Esto no debería ser algo “impuesto”, como termina siendo cuando el sistema de salud evita hacerse cargo. Para poder lograr buenas internaciones domiciliarias debería aceitarse el respaldo médico e institucional con el ámbito informal familiar, que es el que finalmente se hace cargo del cuidado. Este tipo de internación debería estar estrechamente vinculada al sistema sanitario formal, que colabore y organice la atención.

La internación en cuidados intensivos, aunque necesaria en algunos casos, es frecuentemente mal indicada y puede resultar iatrogénica para el enfermo y una dilapidación de recursos para parte del sistema sanitario. No se trata de un fenómeno novedoso, ya hace años médicos y bioeticistas<sup>23</sup> señalan la importancia de hacer derivaciones adecuadas. Habrá, entonces, que continuar educando a los médicos para que eviten la “tentación” de estas indicaciones inapropiadas. Muchas veces, esto es instigado por la familia, que no se resigna a que su familiar no sobreviva y pide o exige que se haga todo lo posible, aun si esto no es médicamente lo adecuado. Subyace a este planteo la dicotomía entre calidad y cantidad de vida, así como cierta conceptualización de la vejez (la que valora la cantidad de vida y sostiene una medicina agresiva e invasiva para ganar preciosos momentos, horas o días de vida y aquella que sostiene una vida con calidad y considera la vejez como una etapa vital que naturalmente llevará a la muerte, evita ciertas luchas si éstas “discapacitarán” demasiado, estableciendo límites, ya que no todo lo que sea técnicamente o médicamente posible es lo adecuado para esa persona)<sup>24</sup>.

Una forma de avanzar en estas cuestiones y evitar introducir estratos de vulnerabilidad, nuevamente, es mediante la educación de la población, brindando información, explicando la iatrogenia que a veces puede generar una terapia intensiva cuando no es la indicación adecuada, los costos que implica para una sociedad que no tiene recursos ilimitados, los padecimientos que pueden estar involucrados en los últimos días de vida, etc. Y, así como hay que educar a los médicos, que son los que proveen, también hay que educar a la familia (o sea a la comunidad), que es la que demanda quizá desde la ignorancia o visiones equivocadas. Quedarán, luego de tales campañas, debates y sensibilizaciones, los núcleos de decisión más personales que hacen a cómo vivir la propia muerte, pero éstos deberían, al menos, haber sido cribados por cierta reflexión e información.

En relación con el tipo de cuidado a brindar en la internación hospitalaria o en el hogar, el trabajo de los servicios de cuidados paliativos es fundamental. Éstos son servicios especialmente diseñados para tratar las enfermedades avanzadas y/o amenazantes de la vida. Los paliativistas formulan un planteo integral, interdisciplinario, que cubre no sólo a los pacientes sino también a la familia que, asimismo, está en proceso de duelo y dolor. De la misma manera holística que se trata a las personas con diversas patologías en el final de la vida (considerando los diferentes aspectos, desde lo físico hasta lo psicológico), también deberían tratarse muchos pacientes ancianos, aunque todavía no estén en esa etapa. El tipo de planteo y la mirada de los cuidados paliativos (basados más en el confort y el bienestar del paciente que en su curación) deberían hacerse extensivos a estos casos todavía no finales, que abarcan situaciones domiciliarias o de hospitalización (las terapias intensivas deberían ser sólo un recurso para condiciones que lo ameriten, no para depositar a los ancianos en estas unidades porque no hay un servicio adecuado para tratarlos). A mi criterio, las hospitalizaciones, en

<sup>23</sup> Véase GHERARDI, Carlos.

<sup>24</sup> No entraré en toda esta discusión que llevaría escribir otro artículo.

general, deberían estar diseñadas con una mirada “paliativista”, trabajando con el paciente y la familia, con médicos y especialistas, pero también con psicólogos y equipos que puedan acompañar, mejorar la calidad de vida y controlar el dolor y la impotencia que genera un paso traumático hacia la vejez y el final de la vida. Esto implica políticas que respalden este tipo de medicina y servicios a nivel no sólo público sino también privado.

## VII. CONCLUSIÓN

Como se puede observar, el envejecimiento de la sociedad y la vejez plantea innumerables desafíos. Que se puedan resolver parece depender, en gran medida, de un Estado con mayor presencia e incidencia. Como mínimo, implica controlar, vigilar, fomentar que cada cual se haga cargo de su respuesta de manera correcta. Se abren múltiples dimensiones y políticas que es necesario abordar desde campañas de concientización, modificaciones sociales, nuevos convenios y acuerdos legales, hasta cambios de infraestructura, habitacionales y arquitectónicos, etc. Aquí sólo sugiero algunas posibilidades para comenzar a pensar este profundo problema. Como se habrá observado, se trata de una multiplicidad de capas de vulnerabilidad que se potencian. No tiene sentido hablar meramente de la vulnerabilidad de las personas mayores, tiene mucha más riqueza pensar en las diferentes capas de vulnerabilidad que operan y cómo se deberían minimizar. Se deben identificar para tratar de erradicarlas y generar así un paso digno por la vejez, ya que, probablemente, casi todos nos enfrentemos, más tarde o más temprano, con algunas de estas situaciones.



# EUROPA Y LA “FAMILIA LIBRE”. REFLEXIONES SOBRE EL APORTE DEL DERECHO DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA A LAS EVOLUCIONES DE LA FAMILIA \*

por CHRISTIAN BYK \*\*

## I. RESUMEN

La diversidad de enfoques éticos y jurídicos europeos vinculados a la procreación médicamente asistida es también signo de un debate sobre la integración de las técnicas médicas vinculadas a la evolución sociojurídica que, después de casi medio siglo, han alcanzado el derecho de la familia. Las filiaciones originadas en la asistencia médica a la procreación, ¿pueden ser en sí mismas manifestación de la parte creciente de la autonomía de la voluntad (de los futuros padres) de establecer el vínculo de filiación, o sea de la paternidad (si se admite que pueden estar abiertas a las personas solas o a parejas del mismo sexo) o, al contrario, debe permitirse al Estado —en nombre del interés del niño por nacer y de la negativa a instrumentalizar la medicina— poner límites a esta libertad de procreación?

## II. REVOLUCIÓN Y COMPLEJIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO

Después de la década del 60, la familia se reformó a un punto tal que es difícil sostener que sólo la técnica es susceptible —en la sociedad “posmoderna”— de acelerar el tiempo, es decir, de volver obsoleto aquello que hace poco era una referencia común, para integrar y legitimar prácticas nuevas, desconocidas o rechazadas. Ahora bien, esta revolución, que ha desplazado la familia de su rol institucional estático para transformarla en una unión privada de individuos libres de determinar los contornos, e iguales en derechos y responsabilidades, no ha logrado —aun con el aporte del derecho— justificar una primera paradoja de la dinámica de los contrarios en que se basa su acción: el derecho es vivaz y conservador, es innovación y contiene todo lo que lo ha precedido. En el do-

\* Traducido por Sergio A. Militello.

\*\* Magistrado. Secretario general de la Asociación Internacional de Derecho, Ética y Ciencia ([www.iales.org](http://www.iales.org)). Coorganizador del Forum Francia - América Latina de Bioética.



minio de la procreación asistida, práctica médica propuesta como alternativa a la esterilidad, que surge en los años setenta y ochenta, la paradoja jurídica conserva toda su ambigüedad. En tanto la mayoría de los países hacen coincidir el acceso a la procreación médicamente asistida (PMA) con la realidad de los nuevos modelos de familia, el análisis de las reglas en Europa<sup>1</sup> muestra que Francia está entre los países que limitan más estrictamente esta práctica reservándola para las parejas heterosexuales (sólo Alemania, Italia y Suiza adoptaron una postura similar).

No obstante, la situación es más compleja y las legislaciones europeas en materia de procreación asistida muestran que existen otras líneas divisorias. Los países abiertos a un amplio acceso a la PMA no están, por ejemplo, a favor del conocimiento de los orígenes o de la maternidad sustituta. En Europa existe una tendencia al cese del anonimato<sup>2</sup>. Así, los Países Bajos y el Reino Unido se han unido a Alemania, Suecia y Suiza, que reconocen a los hijos nacidos como consecuencia de la donación de esperma o de ovocitos, el derecho de conocer su origen genético. En los supuestos de gestación para otro<sup>3</sup>, Francia, Alemania, España, Italia y Suiza la prohíben; Bélgica, Dinamarca, los Países Bajos y el Reino Unido (que modificó su legislación sobre filiación), adoptaron un criterio más flexible. La PMA abarca, en efecto, otros temas además de los vinculados a la familia: el de la identidad individual y el del uso del cuerpo para otro.

### III. EL ACCESO A LA PMA: ¿UNA INJERENCIA LEGÍTIMA DEL PODER PÚBLICO?

Para algunos países, la “resistencia” jurídica es el reflejo de una resistencia ideológica a las evoluciones que se consideran desestabilizadoras de las prácticas familiares. Es el caso, por ejemplo, del matrimonio o la adopción demandada por personas del mismo sexo. Estos matrimonios están permitidos en los Países Bajos a partir de 2000; en Bélgica, a partir de 2003; en España, a partir de 2005; en Suecia y en Noruega, a partir de 2009 y en Portugal, a partir de 2010, mientras que en Francia la Corte de Casación especificó en 2007 que el matrimonio debe entenderse como la unión de un hombre y una mujer. Esta “resistencia” jurídica traduce así la voluntad de reservar al Estado la legitimación para intervenir toda vez que el acceso a la procreación asistida se organiza en el marco de una política de salud pública y está en juego el interés del niño por nacer.

En Francia, así como en una cantidad limitada de países europeos, la ley ha “medicalizado” la procreación asistida, limitándola a un modelo de paternidad fundado en la existencia de dos padres (biológicos).

<sup>1</sup> Senado, “El acceso a la asistencia médica para la procreación”, estudio de legislación comparada, nro. 193, 21/1/2009.

<sup>2</sup> Senado, “El anonimato en la donación de gametos”, estudio de legislación comparada, nro. 186, 4/9/2008.

<sup>3</sup> Senado, “La gestación para otro”, estudio de legislación comparada, nro. 182, 30/1/2008.

## 1. La “medicalización” de la asistencia médica a la procreación

Contrariamente a lo que se observa en Estados Unidos, donde la primera inseminación de una mujer casada con espermatozoides de un tercero donante se realizó en 1884, el desarrollo de la inseminación artificial se vio refrenada en Francia en razón del rechazo del que fue objeto. Reconocer esta práctica habría revelado, en efecto, la deficiencia masculina para procrear y, a partir del hecho de la confusión que existe en los espíritus entre esterilidad e impotencia, la inseminación artificial habría sido un “verdadero delito de lesa esterilidad”.

En segundo lugar, la comunidad científica guardaba reservas respecto del uso de la “fecundación artificial”. Para los médicos se veía a la mujer casada que hacía semejante demanda, “según la opinión más común, ¡merecedora de un tratamiento psiquiátrico!”<sup>4</sup>. La medicina continuaba entonces impregnada de moral y de juicios de valor.

Había, sin duda, un tercer factor que explicaba el rechazo por la manera como se obtenía el espermatozoides —la masturbación— y el “delirio moralizador del siglo XIX en relación a esta práctica así como la condena de la Iglesia católica romana”<sup>5</sup>. En efecto, al momento en que la inseminación artificial comenzaba a desarrollarse, el Santo Oficio, en 1897, reprobaba el principio. Por lo tanto, al revés de Inglaterra y los países nórdicos, donde continúa desarrollándose, en Francia la inseminación artificial fue relegada a la clandestinidad.

La situación permaneció bloqueada hasta la aparición, a comienzo de la década del 70, de los primeros bancos de espermatozoides (que fueron creados en Francia a partir de 1973, cuando se realizó la congelación de espermatozoides, practicada en Estados Unidos a partir de 1968). Pero fue el avènement de la fecundación *in vitro*, a comienzo de los años 80, lo que dio impulso a la asistencia médica a la procreación. Los juristas podían, entonces, hacer notar que —frente a la ciencia— que sobrepasa los límites de lo imposible, el derecho parecía congelado y concluir, así, que las reformas que modificaron considerablemente el derecho de filiación se encaminaron progresivamente hacia un estatuto único del niño, colocando en igualdad de derechos a quienes antes se veían como categorías distintas (hijos adulterinos, naturales e ilegítimos) sin tener en cuenta el fenómeno nuevo de la inseminación artificial.

Sin embargo, esta legitimación por la medicina presupone también una legitimación por la sociedad.

## 2. El reconocimiento social del deseo de un niño

La “medicalización” de la procreación asistida no ignora el deseo de un niño. Muy por el contrario, detrás del recurso a la técnica, también hay un interés per-

<sup>4</sup> MERGER, Robert, “La inseminación artificial”, *La Semaine Jurídica (JCP)*, 1<sup>ère</sup> partie, nro. 1389, 1957.

<sup>5</sup> DAVID, Georges, “La inseminación artificial: estado de la ciencia y problemática médico-psicológica”, en LABRUSSE, Catherine - CORNU, Gérard, *La inseminación artificial humana*, ESF, Paris, 1984, p. 81.

sonal, o sea, un enfoque “militante”, que se expresa en el comportamiento de la medicina.

Son los cambios más importantes vividos por las sociedades europeas en materia de familia los que explican la aceptación social de estas técnicas: la afirmación del individualismo, la del control de la sexualidad, la libertad reconocida a la mujer, la desaparición de un modelo familiar único, el rol de la voluntad al momento de establecer la filiación.

En Francia, la libertad sexual se ha impuesto paulatinamente, trayendo a la mujer de la función social de madre: la ley del 28/12/1967 referente a la regulación de los nacimientos, la supresión —en 1972— del delito de adulterio, la ley del 17/1/1975, confirmada el 31/12/1979, sobre interrupción voluntaria del embarazo, cuyas condiciones son determinadas en 2001. El reconocimiento de la libertad de no tener el hijo —el deseo sin hijo— abrió el camino a la disociación entre sexualidad y procreación.

Por otra parte, las reformas a la adopción (ley del 11/7/1966) y al derecho de filiación (1972) han dado a los diferentes “actores de la familia” un papel más amplio en el establecimiento y en la impugnación de los vínculos de paternidad, permitiendo la elaboración de verdaderas “estrategias familiares”. El rol de la voluntad en el establecimiento de la paternidad es hoy ampliamente reconocido tanto por la adopción cuanto por la PMA; de igual modo, la investigación de la paternidad —así como la impugnación del vínculo de filiación— ha sido jurídicamente facilitada por influencia de la biología y de la genética. En ese contexto, la PMA se transformó en un fenómeno de sociedad que, después de fines de los años ochenta, contribuyó al 2% de los nacimientos en Francia.

### 3. La ley garantiza el interés del niño

Tomar en cuenta el deseo del niño debe tener por contrapartida el mantenimiento de una finalidad social legítima ante esta movilización de la medicina y de la salud pública. Esto justifica que la mayoría de los países europeos haya adoptado disposiciones normativas para controlar el acceso a la PMA.

Sin embargo, si Bélgica, Dinamarca, España, los Países Bajos y el Reino Unido autorizan a las mujeres solas y a las personas del mismo sexo a beneficiarse con estas técnicas, Francia —a la manera de Alemania, Italia y Suiza— ha elegido reservarlas a las parejas heterosexuales casadas o que cohabiten de manera estable (el lapso es de dos años en Francia).

El recurso a ese modelo familiar, tan simbólico que ya no se corresponde con la realidad sociológica, merece varias observaciones. Tiende, sin duda, a afirmar que la asimilación de la procreación asistida a una actividad médica relevante del servicio público de salud no puede hacerse sin que esté claro el sentido de esta medida de solidaridad social: se trata de dar un sostén a las parejas afectadas por un problema de esterilidad. Eso implica necesariamente recordar que la medicina no es un servicio al consumidor y que no debe ser instrumentalizado en nombre del deseo del niño. Como subraya la socióloga Dominique Memmi, las prácticas de la PMA se han desarrollado incluso antes

de adquirir legitimidad”<sup>6</sup>, lo que explica sin duda que, desde que intervino, la ley tuvo por finalidad asegurar esas prácticas dándoles la garantía de que no serán instrumentalizadas por “una medicina del deseo”.

Por otra parte, esta postura apunta a reforzar uno de los dos criterios del nuevo derecho europeo de la familia<sup>7</sup>, no el de la comunidad familiar, sino el del niño. Si la creciente individualización de derechos tiende, en efecto, a disminuir —léase, “a hacer desaparecer”— la entidad familiar como célula autónoma y someterla a la regla democrática, la preocupación del legislador respecto de los intereses del niño se manifiesta, por el contrario, por una intervención fuerte, que incluye el impulsar a los padres separados a continuar entendiéndose para asumir sus obligaciones en relación con sus hijos. Como testimonio especial, en Francia, el establecimiento (después de 1993) de los juzgados de familia y el fortalecimiento mediante el aumento de sus facultades. Después de 1994, la legislación francesa en materia de PMA apoya este enfoque: utiliza una concepción amplia del interés del niño, contrariamente a los Estados más liberales, para justificar una injerencia en las elecciones reproductivas, especialmente al rehusar el acceso a la PMA a las parejas del mismo sexo y a las personas solas. Además, no reconoce anonimato al donante, aspecto que podría ser un argumento a favor del interés del niño.

#### IV. CONCLUSIÓN: PARA UNA POLÍTICA LEGISLATIVA EQUILBRADA ENTRE LOS INTERESES PRIVADOS Y EL INTERÉS PÚBLICO

En el derecho europeo actualmente vigente, la libertad de apreciación parece pertenecer a los Estados, pero no sin límites. En 2007, la Corte Europea de Derechos del Hombre, en un caso en que se había denegado la inseminación artificial a un preso, recurrió al principio y los límites del derecho de los Estados y condenó al Reino Unido. Si bien “el Estado tiene la obligación positiva de garantizar la protección efectiva de los niños..., no puede llegar a impedir a los padres que deseen concebir un niño en circunstancias tales como la de la especie, en la medida en que el segundo requirente estaba en libertad y podía, hasta la liberación de su marido, cuidar del hijo eventualmente concebido”<sup>8</sup>. Mediante una sentencia dictada a comienzos de abril de 2010, la Corte precisó que el acceso al PMA goza de la protección de la vida privada, pero que los Estados cuentan —al reglamentarlo— con un amplio margen de apreciación. Sin embargo, esto presuponía que las distinciones establecidas por la ley, para que no sean calificadas de discriminatorias, se apoyan en justificaciones objetivas y razonables. Estimando que tal no es el caso de la ley austríaca, que prohíbe el uso de la fecundación *in vitro* con donación de esperma o de óvulo, la Corte condenó a Austria por trato

<sup>6</sup> *Diario del CNRS*, nro. 233, *El Debate Bioético*, junio 2009, p. 24.

<sup>7</sup> BOUCAUD, Pascale (dir.), *La evolución del concepto de familia en Europa después de treinta años*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

<sup>8</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cámara Superior, 4/12/2007, “Dickson v. Reino Unido”, petición 00044362/04.

discriminatorio<sup>9</sup>. Confirmando esta decisión en 2011, la Cámara Superior de la Corte reconoció claramente, sin embargo, que “el derecho de las parejas a concebir un niño y a recurrir para ello a la procreación médicamente asistida gozaba de la protección del artículo 8º, pues tal elección configuraba una forma de expresión de la vida privada y familiar”<sup>10</sup>.

Estos ejemplos deben convocar nuestra atención: al momento de proceder a una nueva revisión de la Ley de Bioética, el legislador, que recurre por una parte a la ratificación por Francia de la Convención del Consejo de Europa sobre biomedicina y derechos del hombre (el texto define los principios generales de una bioética europea y es completado por diferentes protocolos vinculados a ciertas prácticas biomédicas: la clonación reproductiva, la investigación sobre el hombre, el trasplante de órganos y la genética médica; desde su entrada en vigencia en 1999 no ha sido ratificada aún por Francia), ¿puede eludir todo debate sobre las justificaciones objetivas y razonables de su elección? Mantener el amplio margen de apreciación del que dispone depende, por lo tanto, del respeto al equilibrio entre intereses privados e interés público. Parfraseando al decano Carbonnier, sólo ese respeto permitirá continuar afirmando que “a cada uno su Estado, a cada uno su derecho”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Corte Europea de Derechos del Hombre (CEDH), Primera Sección, 1/4/2010, “S. H. y otros v. Austria”, petición 57813/00.

<sup>10</sup> CEDH, 3/11/2011, “S. H. y otros v. Austria”, párr. 81.

<sup>11</sup> CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois*, Paris, 1979, p. 299.

# PAREJAS DEL MISMO SEXO Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. SITUACIÓN EN ESPAÑA

por MÓNICA NAVARRO MICHEL\*

## I. INTRODUCCIÓN

Las parejas formadas por personas del mismo sexo tienen vedado, en la mayoría de los países europeos, el acceso a las técnicas de reproducción asistida, ya que su regulación legal exige como requisito de acceso que las parejas sean heterosexuales (Italia, Francia, Austria, Portugal). Algunos países admiten el acceso a las parejas de mujeres (Reino Unido, España) y, una vez permitido el supuesto, habrá que ver cómo se determina la filiación respecto de la mujer, pareja de la madre gestante, que ha podido contribuir, o no, con su propio material genético<sup>1</sup> a la concepción.

Imposible lo tienen las parejas de hombres, pues las regulaciones europeas que admiten el acceso a la reproducción asistida de personas del mismo sexo lo aceptan para las mujeres, no para los hombres. Éstos deberán acudir a la adopción o a la maternidad subrogada, práctica no admitida generalmente en Europa (con excepciones, como el Reino Unido o Bélgica), pero algunas parejas de hombres han acudido a países donde esta práctica es legal, y después pretenden inscribir el hijo nacido como hijo de ambos, con los problemas de reconocimiento en el ámbito internacional que esto supone. También dedicaré alguna atención a esta cuestión de las consecuencias legales que pueden tener los acuerdos privados

\* Doctora. Profesora agregada de Derecho Civil, Universidad de Barcelona, Barcelona.

<sup>1</sup> Las parejas de mujeres (casadas o no) que desean concebir un hijo tendrán que recurrir a esperma de donante, y el óvulo puede ser de una de ellas o provenir igualmente de donante. Cada vez es más frecuente que una de ellas sea la madre gestante y la otra aporte el óvulo, para estrechar los vínculos (madre gestante una, madre genética la otra) con el menor. Esta técnica, llamada ROPA (por sus siglas, recepción de óvulos de la pareja) recibió el informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, informe que, aun no siendo vinculante, abrió las puertas a la posibilidad de realizarla, eliminando las dudas sobre su posible legalidad. Existe incluso la proposición 161/001856 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista para modificar la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, Ltrha) en este punto. Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales del 27/7/2010, serie D, nro. 432, ps. 34-35.

de gestación por sustitución en relación con el menor nacido a consecuencia del convenio.

La falta de aceptación de que algunas personas puedan formar una familia a través del uso de estas técnicas genera un debate sobre si la ley puede expresar desaprobación de decisiones personales sobre las relaciones. En la práctica, el Estado desempeña un papel destacado en la determinación de los modelos de familia, a través del control de los requisitos de acceso a la reproducción asistida. La prohibición de acceso a personas que no encajan en el tradicional modelo patriarcal (mujeres solas, parejas de mujeres) las lleva a contemplar acuerdos privados para su inseminación, en lugar de utilizar centros acreditados. La existencia, además, de kits de autoinseminación, disponibles en internet, incrementa los riesgos de salud dada la ausencia de controles de seguridad (estado de salud del donante), en comparación con la relación que se pueda tener con un amigo o con un extraño a quien la mujer, por lo menos, tiene ocasión de ver.

Prohibir a las mujeres el acceso a las clínicas autorizadas no les impide llevar a cabo su proceso reproductivo, sino que les imposibilita el acceso a inseminación de donante en condiciones seguras y supervisadas. También afecta a las personas que quieren realizar un contrato de maternidad subrogada (no sólo parejas homosexuales, sino también heterosexuales, o incluso personas solas) pero el problema no es totalmente equiparable, dada la necesaria participación de un tercero en el embarazo y parto, por lo que serán tratados de forma distinta. Las diferencias de acceso en la regulación sobre técnicas de reproducción asistida conducen al llamado “turismo reproductivo”. O, según la terminología más neutra propuesta por la European Society of Human Reproduction and Embryology, a los “cuidados reproductivos transfronterizos” (*cross-border reproductive care*)<sup>2</sup>.

## II. PAREJAS DE MUJERES. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Muchas de las legislaciones europeas sobre reproducción asistida permiten el acceso a estas técnicas sólo a las parejas (casadas o no); la regulación española permite el acceso también a la mujer sola. Es interesante destacar el recorrido legislativo que se ha producido desde la primera regulación en 1988 hasta la última reforma en 2007, teniendo en cuenta además la incidencia que otras leyes han tenido sobre la materia que nos ocupa, como ocurre con las leyes sobre adopción, o la que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

### 1. El acceso como mujer sola. La ley 25/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida

La primera regulación sobre reproducción asistida data en España de 1988, con la aprobación de la ley 25/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproduc-

<sup>2</sup> Cfr. SHENFIELD, F. - DE MOUSON, J. - PENNING, G. - FERRARETTI, A. P. - NYBOE ANDERSEN, A. - DE WERT, G. - GOSENS, V., “Cross Border Reproductive Care in Six European Countries”, *Human Reproduction*, vol. 25, nro. 6, 2010, ps. 1361-1368.

ción asistida (en adelante, LTRA). La preocupación del legislador giraba en torno a dos ejes: por un lado, la licitud de las técnicas y, por otro, las consecuencias en el orden civil, sobre todo en lo referente a los criterios de determinación de la filiación. Cabe destacar que la protagonista principal de la reproducción asistida en España es la mujer, no la pareja, pues a diferencia de lo que ocurre en otros países, no es un presupuesto de acceso tener pareja. En el precepto dedicado a las “usuarias” de las técnicas de reproducción asistida se decía que “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar” (art. 6.1, LTRA). Por tanto, las parejas de mujeres que querían iniciar un proyecto reproductivo común acudían al centro autorizado, no como pareja, sino individualmente, como mujeres solas.

La LTRA no exigía a la mujer estar casada o convivir en pareja estable. Sin embargo, la doctrina estaba dividida entre quienes sostenían que la mujer sola no debería poder acceder a las técnicas de reproducción asistida<sup>3</sup> y los que entendían que sí podía<sup>4</sup>. Aún cabía una tercera posición, que era considerar que el acceso era admisible siempre que existiese alguna necesidad médica<sup>5</sup>, haciendo una interpretación conjunta del art. 1º (que establecía que la finalidad de las técnicas era “la actuación médica ante la esterilidad humana” [párr. 2º], así como “la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario” [párr. 3º]) y el art. 6º, LTRA de 1988. A mi modo de ver, la referencia legal al consentimiento del cónyuge (arts. 6.3 y 8.1, LTRA) o pareja estable (art. 8.2, LTRA) debe entenderse a efectos de la imposibilidad de impugnar la filiación matrimonial, una vez

<sup>3</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 94; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, ps. 245-317, en p. 262; ROMEO CASABONA, Carlos M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 216; BUSTOS PUECHE, José Enrique, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, ps. 130 y ss., y BELLVER CAPELLA, Vicente, “El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nro. 11, 1999, ps. 119-144, en p. 139.

<sup>4</sup> DE LEÓN ARCE, Alicia, “La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana”, *La filiación...*, cit., ps. 407-416, en p. 415; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 136, y CÁMARA ÁGUILA, Pilar, “Sobre la constitucionalidad de la ley de técnicas de reproducción asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, nro. 13, 1999, ps. 117-148, en p. 148.

<sup>5</sup> MONTÉS PENADÉS, Vicente L., “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, *La filiación...*, cit., ps. 171-199, en p. 182, y ROCA I TRÍAS, María Encarnación, “Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la ley 35/1988, de Reproducción Asistida Humana, según STC 116/1999”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nro. 2, 2000, ps. 413-432, en p. 426.



consentida la fecundación asistida<sup>6</sup>, o a efectos de la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial<sup>7</sup>, pero no como una limitación de acceso.

En su momento, la LTRA fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad y uno de los preceptos cuestionados fue precisamente el art. 6º, que permitía el acceso a las técnicas de reproducción asistida de la mujer sola, con el argumento de que era contrario, entre otros, al art. 39.1 de la Constitución española (en adelante, CE), que protege a la familia (“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”). La sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 116/1999, de 17 de junio, declaró que el precepto no vulnera precepto constitucional alguno, e hizo varias declaraciones con respecto a la familia que conviene destacar. En concreto, que la protección constitucional de la familia no se limita a la familia tradicional basada en el matrimonio heterosexual<sup>8</sup>. La Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni existe “ninguna constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura... esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural” (FJ 13). De manera que, aunque cultural y socialmente sea el modelo familiar en el que tendemos a pensar, otros tipos de familia también están protegidos en el art. 39, CE, como las parejas de hecho, los progenitores solteros y sus hijos y las parejas sin hijos. Así, la preocupación por la ausencia de padre no fue compartida por el Tribunal Constitucional, que declaró la concordancia del precepto impugnado con la Constitución española.

Algunos consideran que una mujer sola no ofrece el marco adecuado para tener hijos. Aparte del hecho de que el problema con las madres solteras no es generalmente que estén solas, sino que existe un riesgo de pobreza o exclusión social, la legislación admite la adopción por una persona sola (art. 175, Código Civil), por lo que no es inadecuada para la crianza y la educación del menor. Se ha argumentado que la posibilidad de adopción no puede compararse con la situación de una mujer sola que desea tener un hijo a través de la reproducción asistida, ya que la adopción se permite con el fin de resolver un problema ya existente (menores desprotegidos o abandonados), mientras que, en esta última situación, se crearía un problema nuevo por la ausencia de padre. Lo que necesita el menor no es tanto un padre *per se*, sino una familia que lo atienda, que cuide de sus necesidades no

<sup>6</sup> La filiación matrimonial quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres (art. 115, CCiv.), pues se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio dentro de los plazos legales (arts. 116 y 117, CCiv.). Según el art. 8.1, LTRA, si el marido ha consentido la fecundación con contribución de donante, no podrá impugnar la filiación matrimonial.

<sup>7</sup> La determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial se determina por reconocimiento o por expediente registral (art. 120, CCiv.), y el art. 8.2, LTRA, aclara que el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento prestado por varón no casado se considera “escrito indubitado a los efectos del artículo 49 LRC [Ley sobre el Registro Civil]”.

<sup>8</sup> Como ya había declarado en sentencias anteriores, como las STC 222/1992 y 47/1993.

sólo materiales, sino emocionales, espirituales y sociales. Resulta discriminatorio creer que una familia tradicional siempre puede garantizar el bienestar del menor mientras que una familia distinta a la convencional no puede hacerlo, cuando la realidad demuestra que no siempre es así. Algunos de los argumentos utilizados en contra de que la mujer sola acceda a la inseminación de donante estaban dirigidos principalmente a evitar que las parejas formadas por mujeres tuviesen hijos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida.

La Ltrha vigente de 2006, al eliminar del art. 1º la exigencia de la condición médica para acceder a las técnicas de reproducción asistida, permite el acceso a las mujeres solas sin necesidad de tener que acreditar necesidad médica alguna. La pregunta, en el fondo es si el acceso debe estar garantizado en el ámbito de la sanidad pública<sup>9</sup>, a la que creo que hay que dar una respuesta negativa, dadas las acuciantes presiones sobre los fondos públicos.

## 2. La posibilidad de adoptar el hijo de la pareja

En el marco de aplicación de la LTRA de 1988, cuando una pareja de mujeres acudía a un centro o servicio de reproducción asistida, accedía una de ellas como “mujer sola” y sólo se determinaba la maternidad respecto de la mujer que había gestado al menor. La mujer pareja estable de la madre sólo podía establecer un vínculo de filiación por medio de la adopción, en las comunidades autónomas (en adelante, CC.AA.) que lo permitían, pues en el ámbito estatal no está reconocida esta posibilidad<sup>10</sup>. La legislación estatal admite la adopción simultánea por parte de parejas estables heterosexuales, pero no las homosexuales, desde la ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Adopción y otras Formas de Protección de Menores. Su disposición adicional 3ª permite la adopción simultánea “al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

<sup>9</sup> El informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro e Inseminación Artificial Humana, presidida por el Dr. Marcelo Palacios, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 1/4/1986, establecía condiciones médicas de acceso para acceder a las técnicas de reproducción asistida con cargo al erario público. La recomendación 118 señalaba que “podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que la justifique, y con cargo al erario público”; la 120, que “la mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donantes, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos”.

<sup>10</sup> A favor de que se reconozca legalmente esta posibilidad, SOLÉ RESINA, Judith, “Adopción y parejas homosexuales”, en NAVAS NAVARRO, Susana (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción*, Reus, Madrid, 2006, ps. 209-219, en p. 219. En contra, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, Carlos, “La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efectos indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial”, *Revista de Derecho Privado*, nro. 4, 2007, ps. 3-32, en p. 32, queda invertida la composición de intereses de la adopción: de ser una institución pensada para proporcionar padres a menores que lo necesitan, se convierte en medio empleado para proporcionar hijos a padres que los desean.

A partir de 2000, algunas CC.AA. han permitido la adopción por parte de parejas homosexuales no casadas. Por orden cronológico, Navarra (ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, art. 8º), País Vasco (ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho, en su art. 8º), Aragón (ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas), Cataluña (ley 3/2005, de 8 de abril, de Modificación de la ley 9/1998, del Código de Familia, de la ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, y de la ley 40/1991, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela) y Cantabria (ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho).

Hay que tener en cuenta que estas leyes (salvo la del País Vasco) sólo contemplan expresamente la posibilidad de adopción conjunta y no la sucesiva (adopción de uno de los miembros de la pareja del hijo biológico del otro conviviente), pero algunas resoluciones judiciales han interpretado la legislación en sentido favorable a su admisión<sup>11</sup>. En este sentido, cabe destacar el auto del Juzgado de Primera Instancia n. 3 de Pamplona, del 22/1/2004 (AC 2004/164), que acordó la adopción de dos gemelas a favor de la mujer con quien la madre biológica convivía desde hacía más de siete años.

### **3. Matrimonio de mujeres. La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su reforma en 2007**

El matrimonio entre personas del mismo sexo fue legalizado en España mediante la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>12</sup>. A partir de la entrada en vigor de esta ley surgió la duda de cómo proceder a la determinación de la filiación respecto de la mujer cónyuge de la madre gestante, en particular, si la mujer casada con otra podía beneficiarse de las presunciones para determinar la filiación matrimonial<sup>13</sup> o si la filiación sólo podía derivar de la adopción.

La ley 13/2005 establece que el matrimonio homosexual tendrá los mismos efectos que los matrimonios heterosexuales tradicionales (art. 44.2, Código Civil) y la disposición adicional 1ª dispone que todas las normas del ordenamiento jurídico que contengan “alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables

<sup>11</sup> A favor de esta interpretación, GARCÍA RUBIO, María Paz, “La adopción por y en parejas homosexuales”, en ABRIL CAMPOY, Juan Manuel - AMAT LLARI, María Eulalia (coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 1393-1412, en p. 1402.

<sup>12</sup> Aún está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los diputados contra esta ley, que el Tribunal Constitucional admitió a trámite mediante providencia del 25/10/2005 (Boletín Oficial del Estado, nro. 273, del 15/11/2005, p. 37313).

<sup>13</sup> Como sugiere ZURITA MARTÍN, Isabel, “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *LL Online* del 22/2/2006.

con independencia del sexo de sus integrantes”. Por tanto, cualquier mención en el sistema jurídico español a la pareja o al cónyuge deberá ser neutra desde la perspectiva de género (*gender-neutral*). Sin embargo, la equiparación entre matrimonios heterosexuales y matrimonios entre mujeres no es absoluta, ya que no se aplican a éstos las presunciones de paternidad para la determinación de la filiación matrimonial. La exposición de motivos de la ley 13/2005 explica que “subsiste... la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

La nueva (y actual) ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ltrha)<sup>14</sup>, consagra la reproducción asistida como un sistema alternativo de procreación más que un remedio terapéutico contra la esterilidad, pues se elimina toda referencia a ésta en su articulado. Por su parte, el art. 6.1 dispone que “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”. Sin embargo, la discusión sobre si la mujer casada debe poder acceder a las técnicas de reproducción asistida sin más<sup>15</sup> o si necesita el consentimiento del marido<sup>16</sup> sigue abierta.

Esta Ltrha de 2006 se promulgó sin tener en cuenta la nueva realidad del matrimonio homosexual, produciéndose una descoordinación normativa que no fue subsanada hasta la reforma introducida en 2007<sup>17</sup>. En efecto, la Ltrha de 2006 fue modificada en 2007 por la disposición adicional 1ª de la ley 3/2007, de 15 de

<sup>14</sup> Con anterioridad, la LTRA había sido modificada por ley 45/2003, de 21 de noviembre, para afrontar el problema de los preembriones sobrantes de una fertilización *in vitro* y crioconservados en bancos autorizados.

<sup>15</sup> Como sostiene SERNA MEROÑO, Encarnación, “Comentario al artículo 6º”, en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dir.) - INIESTA DELGADO, M. J. (coord.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, ps. 179-210, en p. 203.

<sup>16</sup> Resulta imprescindible para REBOLLEDO VARELA, Ángel L., “El consentimiento del marido en la utilización de las técnicas de reproducción asistida: su regulación en el proyecto de ley 121/000039”, en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, ps. 177-186, en p. 178, e INIESTA DELGADO, M. J., en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. 5, Aranzadi - Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, ps. 735-860, en p. 759 y 763, quien considera que la aplicación de técnicas de reproducción asistida sobre la mujer casada, sin consentimiento del marido, es una conducta ilícita que lleva aparejada una sanción administrativa cuando se utiliza semen procedente de donante y una sanción penal cuando se utiliza semen del marido.

<sup>17</sup> Critican la falta de conexión normativa, entre otros, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “La doble maternidad derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nro. 1, 2007, ps. 75-129, en p. 78, y BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual”, *Anuario de Derecho Civil*, nro. 1, 2011, ps. 75-124, en p. 88.

marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas<sup>18</sup>, para adecuarla a la ley 13/2005, añadiendo un párrafo al precepto dedicado a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Ahora el art. 7.3, Ltrha, dice que “cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

Jurídicamente, por tanto, la filiación corresponderá, por un lado, a la madre gestante y, por otro, a su esposa, siempre que consienta expresamente ante el encargado del Registro Civil, dando lugar a la doble filiación materna<sup>19</sup>. Existe una diferencia de trato, estableciendo un régimen de acceso a la doble maternidad diferente y más gravosa que el acceso por un matrimonio heterosexual<sup>20</sup>, que será analizada en el siguiente epígrafe.

### III. LA DOBLE MATERNIDAD

Una vez reconocida la posibilidad de que un hijo pueda tener dos padres o dos madres (mediante el mecanismo de la adopción, conjunta o sucesiva) surge la cuestión de si un menor puede tener dos madres cuando es concebido mediante técnicas de reproducción asistida, cuando una de ellas consiente a la fecundación de la otra. Es frecuente afirmar que la determinación de la filiación derivada de la reproducción asistida se rige (al igual que la adopción) por el elemento volitivo, más que biológico. La doctrina discute sobre si esa doble maternidad derivada de técnicas de reproducción asistida lo es por naturaleza<sup>21</sup> o por adopción<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> La doctrina ha criticado la ubicación de esta modificación, pues la Ltrha no guarda conexión aparente con la transexualidad y sus efectos registrales. Véase VERDERA SERVER, Rafael A., “Artículos 7º y 8º. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, en CORBACHO, María Luisa (dir.) - INIESTA DELGADO, M. J. (coord.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, ps. 211-304, en ps. 215 y LLOVERAS I FERRER, Marc-Roger, “Una ley civil para la transexualidad”, *InDret* 2008-1, ps. 1-16, en p. 15.

<sup>19</sup> O, como se había propuesto en algún momento, comaternidad. La expresión “filiación comaterna” fue introducida por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana en el Congreso y fue aceptada por el Grupo Socialista. Sin embargo, la palabra “comaterna” fue sustituida en el texto definitivo de la ley 13/2005 por el vocablo “materna”, sin que pueda decirse a ciencia cierta si ello fue debido, o no, a un simple error mecanográfico en el texto del debate de la enmienda transaccional o en los textos posteriores. Cfr. ZURITA MARTÍN, Isabel, “Reflexiones en torno a la determinación...”, cit.

<sup>20</sup> Cuestionada por FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 111.

<sup>21</sup> ZURITA MARTÍN, Isabel, “Reflexiones en torno a la determinación...”, cit.; VERDERA SERVER, Rafael A., “Artículos 7º y 8º...”, cit., p. 281, y NANCLARES VALLE, Javier, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi Civil-Mercantil Online* 7/2008 (BIB 2008/578).

<sup>22</sup> INIESTA DELGADO, M. J., en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 804, es más próxima a la filiación adoptiva, aunque sin la complejidad formal de ésta.

## 1. Mujeres casadas entre sí

En el contexto matrimonial, la filiación paterna queda inicialmente determinada por el juego de presunción de paternidad matrimonial (art. 115, Código Civil), aunque el cónyuge varón no consienta. En cambio, la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre gestante exige su consentimiento, luego no es automático, no entran en juego las presunciones legales, sino que la determinación de la segunda filiación materna es una facultad suya, no se impone<sup>23</sup>. La determinación de la segunda maternidad sólo puede fundarse en el consentimiento de la mujer casada con la madre gestante.

La mujer cónyuge de la madre gestante, que pretende que su maternidad quede determinada, debe emitir una declaración de voluntad formal ante el encargado del Registro Civil. Se trata de un acto que es diferente y más complejo que el que se exige al marido. Al varón le bastará expresar ese consentimiento libre, consciente y expreso ante el centro o clínica donde se lleve a cabo el proceso de reproducción asistida, pero la mujer deberá expresar su consentimiento ante el encargado del Registro Civil (art. 7.3, Ltrha). La mujer no gestante que pretende que su maternidad quede determinada deberá emitir una declaración de voluntad formal ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal<sup>24</sup>. El consentimiento en el documento sanitario no tiene, por tanto, valor alguno a efectos de filiación. Una vez emitido válidamente el consentimiento, el cónyuge no podrá impugnar la filiación<sup>25</sup> (arts. 7.1 y 7.2, Ltrha).

En cuanto al momento en que se ha de emitir el consentimiento ante el encargado del Registro Civil, el art. 7.3, Ltrha, exige que sea con anterioridad al nacimiento, no posterior<sup>26</sup>. Pero ¿anterior también a la fecundación? La Ltrha, refiriéndose al matrimonio heterosexual, exige prestación del consentimiento antes

<sup>23</sup> Como destacan VERDERA SERVER, Rafael A., “Artículos 7º y 8º...”, cit., p. 287, y DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “La doble maternidad...”, cit., p. 97.

<sup>24</sup> Puede haber una falta de coordinación del art. 7.3, Ltrha, con el art. 16, LRC, que señala que, a falta de solicitud conjunta de los representantes legales del nacido, el registro en el que se inscribirá el nacimiento será el del lugar en el que éste se haya producido. Una vez verificado el nacimiento, el encargado del Registro Civil retoma la declaración para fundamentar el título de atribución de la segunda maternidad, pero la declaración puede constar en un registro distinto. Ése es otro argumento que pone de manifiesto la importancia de contar con un registro civil único, problema que cesará cuando entre en vigor la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, al establecer, precisamente, el Registro Civil único para toda España (art. 3.1).

<sup>25</sup> En cambio, NANCLARES VALLE, Javier, “Reproducción asistida...”, cit., considera que la falsedad de la afirmación (filiación aparentemente natural, de origen biológico) “es tan patente que deja el camino expedito a futuras impugnaciones y, por tanto, a una inestabilidad en el estado civil de los hijos así concebidos”.

<sup>26</sup> En el régimen transitorio se admitió el consentimiento expresado con posterioridad al nacimiento. Véanse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) del 17/4/2008 (RJ 2009/388655), del 22/5/2008 (JUR 2009/389849), del 14/10/2008 (JUR 2009/443280), del 24/11/2008 y del 14/10/2009 (JUR 2009/443280).

de la utilización de las técnicas (art. 6.3), en el momento previo a la fecundación con contribución de donante (art. 8.1)<sup>27</sup>, pero para el matrimonio entre mujeres, la doctrina<sup>28</sup> y la práctica registral<sup>29</sup> vienen exigiendo que el consentimiento sea posterior a la fecundación, aunque sin base legal. Se trataría entonces de una declaración referida al *nasciturus*, no pudiendo estar referida al *concepturus*, por lo que deberá ser repetida cada vez que el embarazo fracasa, es decir, cuantas veces sea necesario hasta la culminación con éxito del proceso de reproducción asistida.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el art. 7.3, Ltrha, opera únicamente para determinar la filiación derivada de la reproducción asistida y, por tanto, si el nacimiento no es efectivamente consecuencia del recurso a las técnicas de reproducción asistida legalmente regulado, sino fruto de relaciones sexuales de la madre biológica con un varón, la esposa que ha consentido podrá impugnar la filiación matrimonial<sup>30</sup>, ya que el art. 8.1, Ltrha, impide la impugnación de la filiación matrimonial pero sólo respecto “del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. Por otra parte, si la pareja de mujeres ni siquiera ha acudido a un centro autorizado, sino que utiliza técnicas “caseras” de inseminación, no se determinará la filiación respecto de la esposa de la madre gestante. Existe, por tanto, un control sobre el acceso a la maternidad<sup>31</sup>.

Cuando el proyecto reproductivo no sea común, sino que una mujer sola tiene un hijo mediante técnicas de reproducción asistida (supuesto en que la filiación quedará determinada sólo respecto de la madre) y tiempo después contrae matrimonio con una mujer, ésta podrá adoptar el menor (art. 175.4, Código Civil). En este caso, la filiación por naturaleza ya determinada se conserva, y el menor tendrá dos madres, una por naturaleza, otra por adopción. Lo mismo ocurre respecto de la pareja de hecho (art. 178.2.º, Código Civil). Pero no parece que será admisible una filiación materna sobrevenidamente matrimonial (art. 119, Código Civil). La ley también guarda silencio sobre si cabe o no la fecundación *post mortem*, posible para las parejas heterosexuales (art. 9º, Ltrha).

## 2. Pareja estable de mujeres

En relación con las parejas de mujeres no casadas entre sí se plantea la duda de si les puede ser de aplicación el art. 7.3, Ltrha, dado que específicamente sólo

<sup>27</sup> VERDERA SERVER, Rafael A., “Artículos 7º y 8º...”, cit., p. 232, considera que el emitido con posterioridad a la fecundación también debería ser válido.

<sup>28</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “La doble maternidad...”, cit., ps. 75-129, en p. 86, nota 22, y BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La filiación...”, cit., p. 98, nota 30.

<sup>29</sup> Como explica INIESTA DELGADO, M. J., en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 810: la práctica registral consiste precisamente en exigir pruebas de que la declaración se refiere a un concebido.

<sup>30</sup> Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “La doble maternidad...”, cit., p. 89.

<sup>31</sup> Así, la resolución de la DGRN del 7/1/2009 (JUR 2010/98662) deniega la doble filiación materna porque el nacimiento fue consecuencia de “un tratamiento de fertilización casero”.

menciona la mujer que estuviera casada<sup>32</sup>. Si no se pudiera aplicar analógicamente el art. 7.3, Ltrha, las únicas alternativas para poder determinar la filiación de las dos mujeres que viven en pareja estable serían la adopción o bien el expediente registral ante el Registro Civil, por aplicación analógica del art. 8.2, Ltrha.

Respecto de la adopción, existe el problema añadido, ya visto, de que no todas las CC.AA. admiten esta posibilidad para las parejas homosexuales. Se mantienen diferencias de trato, incluso con posterioridad a la ley 13/2005, entre la normativa estatal y la autonómica. A nivel estatal, tanto el matrimonio heterosexual como el homosexual pueden adoptar simultánea o sucesivamente (art. 175.4, Código Civil). El cónyuge, con independencia de su sexo, puede adoptar el hijo de su consorte (arts. 176.2.2º y 178.2.1º, Código Civil); la pareja de hecho, con independencia del sexo, puede adoptar de forma sucesiva a los hijos de su pareja progeneradora cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado (art. 178.2.2º, Código Civil), pero no permite la adopción simultánea de parejas de hecho del mismo sexo.

En cuanto al expediente registral, el art. 8.2, Ltrha, permite establecer la paternidad derivada de fecundación asistida respecto del hombre no casado con la madre; es importante destacar que el consentimiento emitido ante el centro sanitario no determina automáticamente la filiación del hombre no casado, pero permite iniciar el expediente registral del art. 49, LRC, que es decisivo para determinarla. Algunos autores se muestran partidarios de la aplicación analógica de este precepto a las parejas de mujeres no casadas<sup>33</sup>.

Es dudoso que las mujeres pudiesen acudir al expediente de reconocimiento, pues el legislador descartó en su momento la reforma de los arts. 48 y 49, LRC, para admitir la figura del reconocimiento para determinar la filiación en las parejas del mismo sexo<sup>34</sup>. Aunque en puridad, y dado que la filiación se determina al margen de la veracidad biológica, no existen argumentos de peso para impedir ese reconocimiento<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> A favor de su aplicación, VERDERA SERVER, Rafael A., "Artículos 7º y 8º...", cit., p. 285. En contra, INIESTA DELGADO, M. J., en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 805.

<sup>33</sup> Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "La doble maternidad...", cit., p. 102. En contra, INIESTA DELGADO, M. J., en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 805.

<sup>34</sup> En la tramitación parlamentaria de la ley 13/2005, el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana presentó una enmienda (la 2) en el Congreso en la que se proponía el siguiente texto del art. 48, LRC: "La filiación paterna o comaterna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los progenitores o por inscripción de reconocimiento. Dicho reconocimiento podrá ser realizado por un hombre o por una mujer", de forma que la filiación comaterna derivara del matrimonio entre dos mujeres o del reconocimiento que una hiciera del hijo de la otra. La enmienda no prosperó. Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nro. 18-5, del 15/3/2005, serie A: Proyectos de Ley, enmiendas 121/000018.

<sup>35</sup> Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "La doble maternidad...", cit., p. 105.



El único mecanismo indudable es el de la adopción, por la vía del art. 176.2.2a, Código Civil. El expediente de adopción se puede iniciar directamente, sin propuesta previa de la entidad pública, en caso de que el adoptando sea “hijo del consorte del adoptante”, haciendo, eso sí, una interpretación amplia del término “consorte” para incluir también la pareja de hecho, con base en que la integración del adoptando en el núcleo familiar del progenitor y su pareja resulta beneficioso para el menor<sup>36</sup>. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, que no todas las CC.AA. admiten la adopción a parejas formadas por personas del mismo sexo, la posición de la mujer no casada con la receptora no resulta satisfactoria y cabe plantear si la protección del interés del menor no justificaría la aplicación analógica de la solución dada para las parejas heterosexuales no casadas.

### 3. La legislación catalana

Frente a la distinción que hace la legislación estatal entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales (casadas o no) y la discusión sobre si cabe la aplicación analógica de las soluciones previstas para aquéllas a éstas, por un lado, y el debate sobre la equiparación de los efectos de la filiación derivada de reproducción asistida a la filiación por naturaleza o a la filiación adoptiva, por otro, la legislación catalana regula esta cuestión eliminando las diferencias por razón de sexo. El legislador catalán, en la nueva regulación del libro segundo del Código Civil de Cataluña (CCiv.Cat, en lo sucesivo), relativo a la persona y la familia, aprobado por la ley 25/2010, de 29 de julio, mantiene el binomio filiación por naturaleza y filiación por adopción como únicas clases de filiación (art. 235-1 CCiv.Cat) e incardina la derivada de las técnicas de reproducción asistida como una filiación por naturaleza (art. 235-3 CCiv.Cat).

La primera norma civil catalana en regular la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida fue la ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, que ya daba un tratamiento conjunto y unitario a la filiación por naturaleza y a la derivada de técnicas de reproducción asistida<sup>37</sup>. Fue derogada por el Código de Familia (en adelante, CF), aprobado por ley 9/1998, de 15 de julio, que mantuvo los principios rectores de la regulación anterior. El art. 92.1, CF, se ocupaba de la fecundación asistida de la esposa, diciendo que “los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido”, y el art. 97.1, CF, de la fecundación asistida de la pareja de hecho: “Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se consideran hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento

<sup>36</sup> Por el contrario, cree que es necesaria la propuesta previa de la entidad pública BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La filiación...”, cit., p. 116.

<sup>37</sup> Es interesante la lectura del preámbulo de la ley para conocer los argumentos que justifican esa regulación unitaria, extraídos casi literalmente de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Ante la perspectiva de reordenación de la filiación en el derecho civil de Cataluña”, *Materials de les V Jornades de Dret Català a Tossa (Cent anys de Codi Civil des de Catalunya)*, PPU, Barcelona, 1990, ps. 233-255, en ps. 246-247.

público”. La disposición final 3ª de la ley 10/2008, de 10 de julio, que aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, sustituyó el término “marido” por el de “cónyuge”, para incorporar la nueva realidad jurídica del matrimonio homosexual, y el término “hombre” por el de “hombre o mujer”, para atender a la realidad de las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo. Igualmente, modificó la exigencia formal para dotar de los mismos efectos jurídicos el consentimiento “formalizado en documento extendido ante el centro autorizado o en documento público”. La entrada en vigor del libro segundo del Código Civil de Cataluña ha consolidado estos cambios.

La filiación deriva, en todo caso, del consentimiento, equiparando los efectos que produce para determinar la doble filiación materna tanto en el caso de matrimonio entre mujeres (art. 235-8, CCiv.Cat) como en el caso de pareja estable de mujeres (art. 235-13, CCiv.Cat)<sup>38</sup>. Cuando una mujer concibe un hijo tras un proceso de fecundación asistida, su cónyuge o pareja estable será el progenitor legal si presta su consentimiento, con independencia de su sexo y su estado civil. Si el cónyuge o pareja estable es otra mujer, el hijo nacido tendrá dos progenitores legales, ninguno de los cuales será un padre, sino que habrá una doble maternidad.

#### 4. La inscripción en el Registro Civil

Uno de los problemas que planteaba la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, y la consiguiente equiparación a todos los efectos con los matrimonios heterosexuales, era que los cambios legislativos no habían ido acompañados de una modificación de la legislación registral que permitiese claramente la inscripción de la doble filiación materna. Aunque incluso con anterioridad a esos cambios legislativos la tendencia en el derecho de familia era referirse al progenitor, no tanto al padre o a la madre<sup>39</sup>. La disposición adicional 2ª de la ley 13/2005 dio una nueva redacción al art. 48, LRC: “La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción del matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento”.

La orden del Ministerio de Justicia 568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia (Boletín Oficial del Estado del 3/3/2006) sustituyó la referencia al “padre” y a la “madre” por la de “progenitor A” y “progenitor B”, respectivamente (art. 4.1). La posterior orden JUS/644/2006, de 6 de marzo, aclara que esa sustitución se limita a los casos en que la identidad de sexos de los progenitores así lo requiera,

<sup>38</sup> Para un comentario más detallado, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario a los artículos 235-1 a 235-12”, en ROCA I TRIAS, María Encarnación - ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coord.), *Persona y familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, 2011, ps. 985-1052. Para una visión histórica general, VERDEA SERVER, Rafael A., “La filiació en el Dret català: de la Compilació al Codi civil”, *Revista Jurídica de Catalunya* 2010-4, ps. 1051-1074.

<sup>39</sup> Ya RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”, *La filiación...*, cit., ps. 245-317, en p. 143, ponía de manifiesto las dificultades para seguir manteniendo las categorías tradicionales a las nuevas situaciones creadas.

de tal manera que las menciones actuales y las nuevas se ofrezcan al usuario como opciones alternativas “permitiendo de esta manera conservar los términos de ‘marido’ y ‘mujer’ o los de ‘padre’ y ‘madre’ para los supuestos de matrimonios o progenitores de sexo diferente, o alternativamente emplear las menciones de ‘A-Cónyuge’ y ‘B-Cónyuge’ o las de ‘A-progenitor/a’ y ‘B-progenitor/a’ para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo” (art. 2º).

La ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que aún no ha entrado en vigor, hace referencia a esa terminología más neutra de los “progenitores” o los “padres”, al abordar sobre el contenido de la inscripción del nacimiento y la atribución de apellidos (arts. 49.2 y 49.4, LRC de 2011, respectivamente), evitando las referencias a la filiación “paterna o materna” del vigente art. 48, LRC. Así, el futuro art. 49.2, LRC, establece que “la filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido antes de la inscripción registral”. Se hace referencia, por tanto, a “ambas líneas” sin mayor precisión, pues pueden ser paterna y materna, o ambas paternas o ambas maternas. En caso de desacuerdo, el precepto establece que el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores para que en el plazo máximo de tres días comunique el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el encargado acordará el orden de los apellidos “atendiendo al interés superior del menor”.

#### IV. PAREJAS DE HOMBRES: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Me centraré en este epígrafe en la gestación por sustitución, no porque ésta sea exclusiva para las parejas de hombres (no lo es), sino porque es la única posibilidad que tendrían, en su caso, de tener un hijo genético mediante técnicas de reproducción asistida, al menos de uno de los miembros de la pareja.

##### 1. La prohibición y sus efectos

En España, las parejas de hombres pueden tener hijos mediante el mecanismo de la adopción, pero no pueden acudir a técnicas de reproducción asistida pues el art. 10.1, Ltrha, prohíbe los contratos de gestación por sustitución: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Inicialmente, la maternidad subrogada hacía referencia al acuerdo por el cual una mujer gesta y da a luz un niño para otra madre que desea tener un hijo, pero no puede o no quiere gestarlo por sí misma, siendo irrelevante, por un lado, que la mujer comitente esté casada, con pareja de hecho o sola y, por otro, que aporte, o no, material genético propio. Con independencia de los orígenes de esta práctica<sup>40</sup>, ahora la persona comitente puede no incluir una mujer, sino ser un hombre solo o una pareja de hombres (casados o no) y, por tanto, no es

<sup>40</sup> Incluso bíblicos. Cabe encontrar antecedentes remotos en el relato bíblico de Abraham y Sara, narrado en el Génesis.

que se “sustituya” o “subrogue” a la madre, sino que se “suple” su falta<sup>41</sup>. El niño nacido se entrega a la persona o pareja comitente, con la intención de que los lazos de filiación con el nacido se establezcan con los comitentes, no con la madre gestante, que renunciaría así a todo vínculo de filiación materna.

He de admitir que no soy partidaria de admitir este supuesto, sobre todo mediando contraprestación económica<sup>42</sup>. Fundamentalmente, porque supone una explotación de la mujer. Reducir a la mujer a un papel de “incubadora”, aun mediando su consentimiento, resulta contrario a la dignidad humana. Se han manejado otros argumentos<sup>43</sup>, pero éste me parece el fundamental. Desde otra perspectiva, se ha dicho que no admitir la maternidad subrogada para las parejas de hombres genera una discriminación respecto de las parejas de mujeres, pues éstas sí pueden tener descendencia mediante técnicas de reproducción asistida. Este argumento no me parece suficiente para justificar su acceso, ya que aunque el tratamiento jurídico que reciben ambas parejas es distinto (unas pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida, los otros no), la prohibición de discriminación del art. 14, CE, impide tratar de forma desigual supuestos que son, esencialmente, idénticos, y éstos no lo son. Y la diferencia tiene una base biológica. Aunque el deseo de ser progenitor pudiera ser idéntico en hombres y

<sup>41</sup> En este caso, sobre todo cuando media contraprestación económica, tendría sentido hablar de “vientre de alquiler”.

<sup>42</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de derecho civil*, t. IV, vol. 2, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 164, criticaba “desde cualquier punto de vista (ético, social, jurídico), ese mercado degradante que pretende disfrazar bajo cierta juridicidad egoísmos y actuaciones lindantes con lo penal y conductas atentatorias a la dignidad de la mujer-madre y en general de la persona humana. Pero creo que merecen más atención y otra consideración aquellos casos que ante una grave deficiencia y con paralela repercusión en la mujer o en la pareja, otra persona (la hermana, una amiga) se brinda benévola y altruistamente a gestar un preembrión, el óvulo fecundado, de la pareja o de la mujer que no puede en absoluto darle vida humana, y una vez nacido el nuevo ser no desea retenerlo como hijo propio, sencillamente porque la mujer gestante ya tiene hijos y no buscaba uno más como suyo, sino que se limitó a ayudar a su amiga o a su hermana donde ésta lo necesitaba”. Mantiene esa idea, aunque no todas las palabras literales, en la revisión y puesta al día de la obra, RAMS ALBESA, Joaquín J., *Elementos de derecho...*, cit., 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, ps. 363-364. En sentido similar, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la Democracia*, nro. 5, 1988, ps. 19-36, en p. 28, decía que los contratos de maternidad subrogada “pueden terminar instrumentando una execrable forma de explotación de las mujeres pobres por las ricas si, como no parece fácil de evitar, acaban funcionando fuera del marco de los problemas de esterilidad”. En contra también LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (coord.), *Régimen jurídico-privado...*, cit., ps. 155-176, en p. 173.

<sup>43</sup> Para una exposición más detallada, véase PÉREZ MONGE, Marina, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, p. 42-44.

mujeres, la pareja de hombres no puede gestar, necesita de la colaboración de un tercero<sup>44</sup>, una mujer que quede embarazada y que entregue el nacido.

Es cierto que en muchos procesos de reproducción asistida interviene un tercero, donante que colabora aportando material genético masculino o femenino, o incluso preembriones, pero la intervención de la mujer que gesta para otro (u otros) supone la prestación de servicio (¿o acaso sería un contrato de obra?) que excede con mucho cualquier otra colaboración. La gestación es una prestación personalísima donde las haya y la mujer gestante, además, suele comprometerse a llevar un estilo de vida sano durante el embarazo (comida equilibrada, no fumar, no beber alcohol ni consumir drogas, abstenerse de mantener relaciones sexuales durante el período de fecundación, ejercicio moderado, etc.). En cualquier otro contexto, una prestación personal que implique una actividad que vincule a una persona veinticuatro horas al día, siete días a la semana, durante nueve meses aproximadamente, quedaría encuadrada como una forma de esclavitud.

Aunque no existiese un precepto específico en la regulación de la reproducción asistida que establezca expresamente la nulidad del contrato, sería nulo según las normas civiles. En primer lugar, por inexistencia o ilicitud de causa (art. 1275, Código Civil, por opuesto “a las leyes o a la moral”), por ilicitud de objeto (art. 1271, Código Civil, pues tanto la capacidad de gestar como el hijo nacido son *extra commercium*), por ser contrario a la moral y el orden público (art. 1255, Código Civil), a la dignidad humana (art. 10, CE). Las normas reguladoras de la filiación y del estado civil de las personas son de carácter imperativo y de orden público, por tanto, indisponibles. La consecuencia es la aplicación del art. 1306, Código Civil, es decir, la irrepitibilidad de lo pagado y la inexigibilidad de lo prometido.

El problema jurídico que ahora interesa abordar es qué hacer con la filiación del nacido a consecuencia del contrato, porque si bien cabe afirmar con carácter general que lo nulo de pleno derecho no puede producir efecto alguno, el nacido será un resultado que no puede destruirse y el interés del propio menor en tener una filiación determinada lleva a admitir la inscripción de la filiación, al margen de la prohibición del art. 10, Ltrha. La filiación materna se determinará por las reglas generales, y el propio art. 10.2, Ltrha, recuerda que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Al menos de momento, mientras no sea posible recurrir a un útero artificial. Para conocer más detalles, y las dificultades existentes, véase SIMONSTEIN, Frida, “Artificial Reproduction Technologies - All the Way to the Artificial Womb?”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 9, nro. 3, 2006, ps. 359-365, y BULLETTI, Carlo, et al., “The Artificial Womb”, *Annals of New York Academy of Sciences*, 2011, ps. 124-128.

<sup>45</sup> QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, “Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del siglo XXI”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2003, ps. 4859-4886, en ps. 4878 y 4879, considera que atribuir la maternidad a la madre gestante no es un desincentivo o medida disuasoria suficiente, pues “si realmente el legislador quería impedir la celebración y el cumplimiento de este tipo de contratos debió sancionar administrativa y/o penalmente, por lo menos, la intervención de intermediarios”. Además, “la sanción civil de nulidad de un determinado tipo de contrato es una medida insuficiente para prevenir su celebración”. Si en virtud del acuerdo de maternidad subrogada

En cuanto a la paternidad, habría que distinguir dos hipótesis en función de la procedencia del material genético. La primera hipótesis gira en torno al supuesto en que el gameto masculino proceda de alguno de los varones comitentes. En este caso, el varón comitente que haya aportado gametos masculinos será también el padre biológico, por lo que la paternidad podría quedar determinada respecto de uno de los comitentes. El art. 10.3, Ltrha, dispone que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” y, aunque literalmente sólo se refiere a la reclamación judicial de paternidad, parece que la idea es que el criterio de atribución de la paternidad sea el biológico<sup>46</sup>. La situación sería aún más complicada si la mujer gestante estuviera casada, pues en principio se atribuiría la paternidad al marido, por el juego de la presunción del art. 116, Código Civil, aunque si no ha consentido a la procreación asistida y no ha aportado material genético, podrá impugnar su paternidad<sup>47</sup>.

La segunda hipótesis es la de fecundación con material genético procedente de tercero. En este caso, no habrá padre biológico respecto del cual determinar la filiación. Si uno de los varones comitentes ha acudido con la madre gestante a la clínica o centro de reproducción asistida y ha consentido la fecundación, se podrá determinar la filiación paterna por la vía del art. 8.2, Ltrha, que contempla el “varón no casado”. Aunque el precepto está referido a la pareja de hecho, no hay requisito adicional alguno que exija demostrar convivencia previa, ni una determinada duración mínima de dicha convivencia, por lo que por este mecanismo se podría determinar su filiación. Si no se ha consentido ante la clínica o centro, aun cabría la posibilidad de intentar un reconocimiento de complacencia, pero la madre podría oponerse (art. 124, Código Civil) si cambia de opinión después del parto.

En todo caso, una vez establecida la paternidad de uno de los varones comitentes, su marido o pareja de hecho podrá iniciar el proceso de adopción sucesiva del menor (art. 176.2.2º, Código Civil). Ello exige el previo asentimiento de la madre gestante, que no podrá recabarse hasta pasados treinta días del parto (art. 177.2.2º, Código Civil).

---

se entregase el niño a la madre o pareja que contrató los servicios, atribuyéndose la maternidad a la madre comitente, el ordenamiento prevé sanciones penales en los arts. 220 a 222, Código Penal, que regulan los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Pero no hay que olvidar que el acuerdo de maternidad subrogada, por sí solo, no tiene relevancia penal.

<sup>46</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, “Comentario al artículo 10”, en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dir.) - INIESTA DELGADO, M. J. (coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., ps. 353-394, p. 382, e INIESTA DELGADO, M. J., en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 832.

<sup>47</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando, cit., p. 28, “aunque la haya consentido”. Ídem, PÉREZ MONGE, Marina, “Cuestiones actuales...”, cit., p. 52, considera que el marido podrá impugnar la paternidad, independientemente de que diese o no su consentimiento para la gestación por sustitución de su mujer, ya que en ningún caso existe aportación de gametos ni voluntad de asumir la paternidad por el varón.

## 2. Cuestiones de derecho internacional privado y la instrucción de la DGRN del 5/10/2010

Otros países sí admiten la gestación por sustitución (Reino Unido<sup>48</sup>, India, algunos Estados de los Estados Unidos<sup>49</sup>) y algunas parejas de hombres han viajado a esos países donde la práctica es legal y, al volver a su país de origen, pretenden inscribir la filiación como propia<sup>50</sup>. En España, el primer caso en que esta situación se planteó fue ante el encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles, con la solicitud de una pareja de hombres españoles que quisieron inscribir como propios los gemelos nacidos en octubre de 2008 de una madre subrogada en California. El encargado del Registro consular denegó la inscripción basándose en la prohibición contenida en el art. 10, Ltrha. El auto fue recurrido ante la DGRN que, en resolución del 18/2/2009 (RJ 2009/1735), estimó el recurso interpuesto contra el auto del encargado del Registro consular y ordenó la transcripción en el Registro Civil español de los certificados de nacimiento extranjeros que establecían la doble paternidad de esos gemelos<sup>51</sup>.

La DGRN entendió que la filiación ya había sido determinada en otro país y, por tanto, el papel del encargado del Registro debía limitarse a comprobar que la certificación registral extranjera presentada era válida y que el control de legalidad se debía centrar en comprobar que se trataba de un documento auténtico (arts. 81 y 85, Reglamento del Registro Civil). La DGRN rechaza la existencia de fraude de ley, de *bad forum shopping* y descarta, asimismo, que vulnere el orden público internacional (con el argumento de que si en España los hijos adoptados

<sup>48</sup> Desde la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 cabe la maternidad subrogada siempre que no tenga finalidad lucrativa (se admite una compensación económica para la madre que no supere los gastos incurridos en la gestación), no se publicite y se realice sin la intervención de intermediarios o agencias. Ahora bien, aunque el acuerdo es válido, no es exigible, puesto que si la madre gestante cambia de opinión, no está obligada a entregar al nacido, con independencia de la procedencia del material genético.

<sup>49</sup> California Family Code, sections 7630.3 y 7650.

<sup>50</sup> Algunos centros de reproducción asistida en España incluso hacen de mediadores entre las parejas españolas y la madre gestante extranjera, lo cual resulta sancionable al amparo de la Ltrha. INIESTA DELGADO, M. J., en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 181, considera que, dada la ausencia de tipificación expresa, tendría la consideración de infracción leve (art. 26.2, Ltrha) y, por tanto, sería sancionada con una multa de hasta € 1000 (art. 27.1, Ltrha).

<sup>51</sup> Esta resolución ha sido objeto de comentarios. Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Hijos *made in California*", *Aranzadi Civil Online* 2009-3 (BIB 2009/411); QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret* 2009-3, ps. 1-42; CALVO CARAVACA, Alfonso L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18/2/2009", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nro. 2, 2009, ps. 294-319; FARNÓS AMORÓS, Esther, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", *InDret* 2010-1, ps. 1-25, y DÍAZ ROMERO, María del Rosario, "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *LL Online*, nro. 7527, del 14/12/2010.

pueden tener dos padres varones, también los pueden tener los hijos naturales). Finalmente, la DGRN invoca el interés superior del menor, que aconseja que los menores tengan la misma filiación en California y en España, una identidad única por encima de las fronteras estatales.

El Ministerio Fiscal interpuso un recurso contra dicha resolución, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 15 de Valencia, del 15/9/2010, denegó la inscripción por derivar la filiación pretendida de un contrato de gestación por sustitución, prohibida en España. El juzgado entendió que resultaba indispensable realizar un control de legalidad, como impone el art. 23, LRC, y si el certificado extendido por un Registro extranjero, con carácter previo a la inscripción en el Registro Civil español no es conforme a la legalidad española, debe impedirse el acceso al Registro.

Poco después, la DGRN elaboró una instrucción, del 5/10/2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la que trata de poner fin a estas dificultades estableciendo unas directrices a los encargados de los Registros Civiles consulares. La DGRN cambia de posición respecto de la adoptada en la resolución del 18/2/2009, pues ya no será posible inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través de un mero certificado registral de nacimiento. La instrucción admite la inscripción de la filiación de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución cuando al menos uno de los solicitantes sea español, siempre que se presente una resolución judicial (así, no basta presentar el certificado registral de nacimiento). La DGRN impone en control incidental previo de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se formalizó el contrato, para verificar que no existe simulación (encubriendo un supuesto de tráfico de menores), que se protegen los intereses del menor (en lo relativo al derecho a conocer el origen biológico) y que queda protegida la madre gestante (mediante la obtención de su consentimiento válido, voluntario y revocable).

Esta instrucción ha sido criticada por la doctrina<sup>52</sup>, fundamentalmente por ser contraria a la legislación vigente y dar cobertura al turismo reproductivo. Una norma de orden público, como es el art. 10.1, Ltrha, que cierra la posibilidad a la maternidad subrogada, resulta que es debilitada por la instrucción, que pretende hacer justicia del caso concreto. Si se quiere regular esta cuestión, deberá hacerse a través de una ley, y las opciones pasan por seguir prohibiendo, o regular, la práctica cuando se cumplan determinados requisitos, impuestos para garantizar los intereses de todos los involucrados<sup>53</sup>. Pero mantener la prohibición y después

<sup>52</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *LL Online*, nro. 7501, del 3/11/2010; PÉREZ MONGE, Marina, "Cuestiones actuales...", cit., p. 54, y BENAVENTE MOREDA, Pilar, "La filiación...", cit., ps. 75-124, en ps. 111 y ss.

<sup>53</sup> Algunos autores se muestran partidarios de regular el contrato de maternidad por sustitución. Así, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *LL Online*, nro. 7777, del 17/1/2012, aboga por "la revisión de la radical prohibición". Para ver una propuesta



atribuir efectos jurídicos a la maternidad subrogada supone validar en cierta medida esta práctica, produciéndose una discordancia entre la regulación legal y la realidad, que la DGRN facilita y consagra mediante esta instrucción.

Este conflicto pone de manifiesto la dificultad de mantener prohibiciones de ciertas conductas en un mundo globalizado. La Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado elaboró en marzo de 2011 un documento preliminar (11) titulado “Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”, instando a un mayor estudio de esta cuestión para intentar buscar soluciones consensuadas. El informe final está previsto para 2013.

## V. OBSERVACIONES FINALES

No es una novedad afirmar que la filiación jurídica no deriva siempre ni necesariamente del dato biológico: ahí están la adopción, el reconocimiento de complacencia y las técnicas de reproducción asistida con material heterólogo. Pero ahora podemos constatar también que no hay siquiera pretensión alguna de que coincida la realidad biológica con la jurídica. El legislador ha podido extender el concepto de filiación por naturaleza a los supuestos de reproducción asistida en las parejas heterosexuales<sup>54</sup>, puesto que, en estos casos, quienes no eran progenitores biológicos podrían haberlo sido<sup>55</sup>, por ser personas de distinto sexo. Como además la inscripción registral no puede reflejar datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación (art. 7.2, Ltrha), la ficción quedaba intacta. Pero esa “ficción jurídica” ya no se puede mantener en todo caso, pues la doble maternidad o doble paternidad consagra una realidad jurídica que resulta imposible biológicamente. Con su admisión se dinamita la pretendida correlación entre realidad biológica y realidad jurídica.

Las técnicas de reproducción asistida cuestionan las convenciones tradicionales sobre la maternidad y parecen conducir a la obsolescencia del orden biológico en las categorías de filiación (salvo cuando se utiliza material homólogo de la

---

de modificación legislativa, véase VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *LL Online*, nro. 7608, del 1/4/2011 y “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *LL Online*, nro. 7621, del 3/5/2011.

<sup>54</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, nro. 3, 2005, ps. 1049-1114, en p. 1072, refiriéndose a la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la calificaba “de un *tertium genus*, entre filiación por naturaleza y filiación por adopción: si no es esta última, tampoco es la primera”. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Nuevos retos ante el derecho español de filiación”, *Revista Derecho Privado*, nro. 4, 2009, ps. 3-47, en p. 4, destaca la existencia de dos regímenes de filiación paralelos, uno para la filiación natural, otro para la resultante de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, que responden no sólo a criterios distintos sino contradictorios e irreconciliables, lo cual conduce a la relativización misma del sistema.

<sup>55</sup> Ídem, BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La filiación...”, cit., p. 93.

pareja). El derecho construyó una idea de maternidad que era única e indivisible, derivada exclusivamente del parto como único hecho biológico incontestable. Ahora se pueden construir diferentes categorías de maternidad biológica, la gestante y la genética (y aun ésta pueden ser dos<sup>56</sup>) ampliando el número de madres que pueden estar biológicamente relacionadas con el menor, y todo ello al margen de los aspectos sociales o legales de la maternidad. La madre puede aportar el material genético, llevar a término el embarazo o ambas cosas a la vez. La mujer que acude a una sustituta (a través de la maternidad subrogada) puede no tener vínculo genético o biológico alguno con el menor, pero a la vez como comitente es responsable de haber iniciado la existencia del menor. La maternidad ahora resulta plural, incierta, pues más de una mujer puede ser biológica y otra distinta asumir el rol social y/o legal. La novedad sin precedente es que la indeterminación de la maternidad exige la selección de *una madre* entre las que han contribuido biológicamente al nacimiento (mediante la aportación de material genético, mediante el embarazo y parto). La descomposición o fragmentación de la maternidad es el nuevo reto jurídico al que nos enfrentamos.

En resumen, el pilar de seguridad que ofrecía el brocardo *mater semper certa est* se tambalea<sup>57</sup>. Ahora lo que resulta cierto, comprobable como hecho biológico, es la paternidad, que puede demostrarse a través de pruebas genéticas con un alto grado de fiabilidad, convirtiendo en cierto lo que hasta hace pocas décadas resultaba incierto. En relación con la paternidad, la separación o fragmentación del rol legal o biológico no es algo nuevo. La ley ha permitido establecer la paternidad jurídica con independencia o al margen de vínculos genéticos: en algunos casos, por disposición legal (las presunciones), en otros casos, por consentimiento del varón, aun conociendo la inexistencia de vínculos biológicos (reconocimiento de complacencia).

La admisión de la doble maternidad o doble paternidad quiebra la presunción de exactitud, pues ya no concuerdan los datos inscriptos con la realidad extrarregistral. La doble maternidad o doble paternidad tiene precedentes en el caso de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, tanto de forma conjunta como sucesiva. Legalmente, no son difíciles de articular, ya que la adopción está basada en el consentimiento, es una relación legal, no biológica. Por tanto, el elemento volitivo es suficiente como título de determinación de la filiación adoptiva. Sin embargo, la doble maternidad derivada de las técnicas de reproducción asistida parece ser

<sup>56</sup> La transmisión de anomalías genéticas, vía ADN mitocondrial del óvulo materno, se pueden evitar extrayendo el núcleo del óvulo afectado, sustituyéndolo por una célula vacía de un óvulo donado por una mujer cuyo ADN mitocondrial está sano. ¿Cuál de las dos mujeres es la madre genética? ¿Lo son las dos? Véase NEWSON, A. J. - SMAJDOR, A. C., "Artificial Gametes: New Paths to Parenthood?", *Journal of Medical Ethics*, vol. 31, 2005, ps. 184-186.

<sup>57</sup> Afirmaba RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "¿*Mater semper certa est*? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de Derecho Civil*, nro. 1, 1997, ps. 5-96, en p. 8, que "la idea de incertidumbre y dificultad de prueba de la paternidad, subyacente en todo el régimen jurídico de su determinación, se ha generalizado a la filiación toda y trasladado en buena medida a la determinación de la maternidad".

un torpedo contra ideas largamente establecidas en relación con la maternidad biológica, única, estable, cierta. Insisto, fuera de la adopción, el consentimiento no ha sido suficiente para establecer una filiación materna por naturaleza, reflejando una asimetría entre hombres y mujeres (pues aquéllos sí podían basar la filiación paterna únicamente en el consentimiento), que la admisión de la doble maternidad elimina.

Se ha criticado que el encargado del Registro Civil proceda a inscribir una filiación natural, “pese a ser naturalmente imposible y pese a constarle la inexactitud de lo así inscripto”<sup>58</sup>, y que esta solución “es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste al mínimo análisis de técnica jurídica”<sup>59</sup>. Y es que la construcción jurídica de la filiación está basada en la relación biológica derivada de la procreación, que presupone una pareja heterosexual que mantiene (o puede mantener) relaciones sexuales. Existe una reticencia por parte de los juristas a quebrar este modelo familiar sexual y, sin embargo, la realidad legal en España ya lo ha hecho.

<sup>58</sup> NANCLARES VALLE, Javier, “Reproducción asistida...” cit.

<sup>59</sup> BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Redur-Revista Electrónica de Derecho*, nro. 8, Universidad de La Rioja, Logroño, 2010, ps. 25-37, en p. 30.

## BIOETICISTAS CATÓLICOS EN CONTRA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. IMPLICANCIAS PARA LA FUTURA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO \*

por GABRIELA IRRAZÁBAL \*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Desde fines de la década del 70, en particular a partir de los primeros nacimientos producidos por fecundación *in vitro* (FIV), las “técnicas de reproducción asistida” han sido objeto de análisis desde distintas disciplinas<sup>1</sup>. Estas técnicas, que remiten a un conjunto de procedimientos biomédicos, como la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, la transferencia intrafalopiana de gametos, la transferencia de “preembriones”, la transferencia a la trompa de ovocitos microinyectados, la transferencia a la trompa de embriones en estado de pronúcleo y la clonación reproductiva<sup>2</sup>, suscitan distintas definiciones en el campo de las ciencias sociales. Ariza sostiene que estas técnicas reproductivas son un “conjunto de técnicas que desde

\* Este trabajo es parte de mi investigación doctoral. Los contenidos aquí desarrollados formarán parte de mi tesis doctoral titulada “Bioética y catolicismo. Entrenamiento e intervenciones públicas desde la bioética personalista en Argentina”.

\*\* Lic. en Sociología, UNLP Doctoranda en Ciencias Sociales, UBA. Becaria doctoral CEIL Conicet.

<sup>1</sup> MARTÍ GUAL, Ana, “Maternidad y técnicas de reproducción asistida: un análisis desde la perspectiva de género, de los conflictos y las experiencias de las mujeres usuarias”, tesis doctoral, Universitat Jaume, Castellón de la Plana, 2011.

<sup>2</sup> ARIZA, Lucía, “La procreación como evento natural o tecnológico: repertorios decisivos acerca del recurso a la reproducción asistida en mujeres en parejas infértiles de Buenos Aires”, *Eä Journal*, vol. 2, nro. 1, agosto 2010, [www.ea-journal.com/art2.1/La-procreacion-como-evento-natural-o-tecnologico.pdf](http://www.ea-journal.com/art2.1/La-procreacion-como-evento-natural-o-tecnologico.pdf) (11/9/2012); BERGEL, Salvador D. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estudio nacional sobre genoma humano en la República Argentina”, en VALADÉS, Diego - SAADA, Alya (coords.), *Panorama sobre legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, ps. 1-47.

el campo interdisciplinario de la medicina terapéutica o clínica y la biología y la medicina experimental, se propone como una respuesta a la ausencia involuntaria de descendencia”<sup>3</sup>. Florencia Luna, por su parte, indica que “se llama técnicas de reproducción asistida (TRA) a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”<sup>4</sup>. Lanius y De Souza<sup>5</sup> asocian estas técnicas como un recurso que utilizan las mujeres para lograr un embarazo y tener un hijo consanguíneo. En este mismo sentido se manifiestan también Bestard Camps *et al.*<sup>6</sup>, que sostienen que el éxito de estas técnicas consiste en reproducir (real o imaginariamente) el vínculo de consanguinidad. Por último, Naara Luna indica estas técnicas como los procedimientos de la medicina de la reproducción humana que sustituyen el “acto sexual de la concepción”<sup>7</sup>. Si bien hay matices entre las diferentes definiciones, un denominador común que atraviesa los distintos trabajos académicos está relacionado con la impronta biológica en las que estas técnicas sitúan las relaciones de parentesco materno-paterno-filiales —y, por tanto, familiares—<sup>8</sup>. En relación con esta temática, Cardaci y Sánchez Bringas<sup>9</sup> han dado cuenta de una cantidad importante de publicaciones académicas que analizan cómo con estas técnicas se han desestabilizado las tradicionales ideas de familia y parentesco. En una posición contraria, Hammons<sup>10</sup> sostiene que si bien estas técnicas posibilitan una fragmentación de la noción de parentesco materno-filial hacia lo

<sup>3</sup> ARIZA, Lucía, “La procreación...”, cit., p. 3.

<sup>4</sup> LUNA, Florencia, *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008.

<sup>5</sup> LANIUS, Manuela - DE SOUZA, Edson L. A., “Reprodução assistida: os impasses do desejo”, *Revista Latinoamericana de Psicopatología Fundamental*, vol. 13, nro. 1, 2010, [dx.doi.org/10.1590/S1415-47142010000100004](https://doi.org/10.1590/S1415-47142010000100004) (11/9/2012).

<sup>6</sup> BESTARD CAMPS, Joan - OROBITG CANAL, Gemma - RIBOT BALLABRIGA, Juliá - SALAZAR CARRASCO, Carles, *Parentesco y reproducción asistida: cuerpo, persona y relaciones*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003, p. 19.

<sup>7</sup> LUNA, Naara, “Pessoa e parentesco nas novas tecnologias reprodutivas”, *Estudos Feministas*, vol. 9, nro. 2, 2001, [dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2001000200005](https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000200005) (11/9/2012).

<sup>8</sup> ROBERTS, Dorothy E., “Race, Gender, and Genetic Technologies: A New Reproductive Dystopia?”, *Signs*, vol. 34, nro. 4, 2009, ps. 783-804; HAMMONS, Stacy A., “Assisted Reproductive Technologies: Changing Conceptions of Motherhood?”, *Affilia Journal of Women and Social Work*, vol. 23, nro. 3, 2008, ps. 270-280; HARE, Jan - SKINNER, Denise, “Whose Child is this?: Determining Legal Status for Lesbian Parents Who Used Assisted Reproductive Technologies”, *Family Relations*, vol. 57, nro. 3, 2008, ps. 365-375; JENNINGS, Patricia, “God had Something Else in Mind: Family, Religion, and Infertility”, *Journal of Contemporary Ethnography*, vol. 39, nro. 2, 2010, ps. 215-237.

<sup>9</sup> CARDACI, Dora - SÁNCHEZ BRINGAS, Ángeles, “Hasta que lo alcancemos”, producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas, *Alteridades*, vol. 19, nro. 38, 2009, ps. 21-40, [www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-70172009000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172009000200003&lng=es&nrm=iso) (11/9/2012).

<sup>10</sup> HAMMONS, Stacy A., “Assisted Reproductive Technologies...”, cit.

social, lo genético y lo gestacional, los aspectos biológicos prevalecen más que los sociales. Por ello también se han generado conflictos legales en torno a los problemas de filiación biológica, que los especialistas en derecho están intentando subsanar: ¿cómo atribuir responsabilidades y derechos que devienen —“hasta ahora”— del parentesco?<sup>11</sup>. En esta línea también han surgido algunos trabajos que dan cuenta de las problemáticas que se han generado respecto de los embriones sobrantes de las técnicas y cómo la justicia internacional ha fallado en los distintos pleitos judiciales<sup>12</sup>.

Algunos trabajos reflejan cómo es la vivencia de las mujeres heterosexuales y lesbianas respecto de la reproducción asistida<sup>13</sup> y cómo se generan modificaciones en las constelaciones familiares<sup>14</sup>. También se ha trabajado sobre las diversas motivaciones de elección de la monoparentalidad por parte de algunas mujeres a las que denominan “madres solteras por elección”<sup>15</sup> y las mujeres que ofician como “madres subrogadas”<sup>16</sup>. Aunque en menor medida que en el caso de las mujeres usuarias de estas técnicas, de las que abundan investigaciones<sup>17</sup>, las prácticas y las vivencias de los varones que deben recurrir al uso de las técnicas de reproducción asistida a causa de su propia “infertilidad” han comenzado a surgir en el ámbito académico. Así, por ejemplo, se habla de la necesidad de la participación del especialista andrólogo en el acompañamiento del tratamiento<sup>18</sup>

<sup>11</sup> BERGEL, Salvador D. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estudio nacional...”, cit., p. 24; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Proyecto de reformas al Código Civil”, 2011, [www.jus.mendoza.gov.ar](http://www.jus.mendoza.gov.ar) (11/9/2012).

<sup>12</sup> LAMM, Eleonora, “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso ‘Evans contra el Reino Unido’”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nro. 36, 2008, ps. 195-220.

<sup>13</sup> ARIZA, Lucía - LIBSON, Micaela, “Biología, maternidad y derechos. Experiencias de mujeres heterosexuales y mujeres lesbianas con la procreación asistida”, en GELDSTEIN, Rosa - SCHUFER, Marta (eds.) *Problemas actuales de salud reproductiva, familia, género y sexualidad. La investigación social de la diversidad*, Unfpa - Biblos, Buenos Aires, 2012, en prensa.

<sup>14</sup> HARE, Jan - SKINNER, Denise, “Whose Child is this?...”, cit.

<sup>15</sup> JOCILES RUBIO, María Isabel - RIVAS RIVAS, Ana M., “Motivaciones genéticas y experienciales: el discurso de las MSPE sobre la fecundación asistida como vía de acceso a la maternidad en solitario”, *Alteridades*, vol. 20, nro. 39, 2010, ps. 107-124, [www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-70172010000100009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172010000100009&lng=es&nrm=iso) (11/9/2012).

<sup>16</sup> BEREND, ZsuZsa, “Surrogate Losses: Understanding of Pregnancy Loss and Assisted Reproduction among Surrogate Mothers”, *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 24, nro. 2, junio 2010, ps. 240-262.

<sup>17</sup> MARTÍ GUAL, Ana, “Maternidad y técnicas...”, cit.

<sup>18</sup> GALMÉS BELMONTE, I., “Utilidad y necesidad del andrólogo en las unidades de reproducción asistida”, *Actas Urológicas Españolas*, vol. 28, nro. 5, 2004, ps. 364-376, [dx.doi.org/10.4321/S0210-48062004000500005](https://doi.org/10.4321/S0210-48062004000500005) (11/9/2012).

y se analizan las representaciones sociales de los varones que deben utilizar estas técnicas<sup>19</sup>.

Por otra parte, la resistencia o aceptación de las técnicas de reproducción asistida también ha sido abordada desde distintas perspectivas. Desde los estudios feministas se han manifestado objeciones a estas técnicas (y al campo de la medicina reproductiva en general), porque fijan lo reproductivo-maternal como parte de una (re)intervención política sobre el cuerpo de las mujeres, por los intereses económicos de las industrias biomédicas y por la construcción de un recurso terapéutico ficticio, “la infertilidad”, que induce a las mujeres a someterse a tratamientos costosos con escasas tasas de efectividad<sup>20</sup>. Además, el limitado acceso a estas técnicas por su costo económico<sup>21</sup> y la posibilidad de implementación de programas eugenésicos por la selección del material genético que se utiliza para la reproducción, el descarte, la investigación y la crioconservación de embriones han suscitado controversias desde la filosofía y la bioética<sup>22</sup>. En líneas generales, los científicos sociales han detectado en sus investigaciones que las creencias religiosas intervienen en la consideración que los individuos tienen sobre estas técnicas. Una amplia cantidad de trabajos sostiene que el principal actor que obstaculiza y se opone a la utilización de estas técnicas es la Iglesia católica<sup>23</sup>, según el análisis de los documentos de la doctrina de esta institución, que se manifiestan claramente en contra de la utilización de estas técnicas<sup>24</sup>. Estos trabajos asumen, en principio, que hay una relación unidireccional entre los postulados doctrinarios de las jerarquías de la Iglesia católica y las actitudes y las prácticas de sus fieles. Algunas autoras, que se focalizan en las usuarias de estas

<sup>19</sup> ROMERO MÁRQUEZ, N. R., “Representación social de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista Facultad de Medicina*, vol. 25, nro. 2, 2002, ps. 231-236, [www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-04692002000200012&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-04692002000200012&lng=es&nrm=iso) (11/9/2012); CALERO RICARDO, Jorge L. - SANTANA PÉREZ, Felipe, “La solución ante la infertilidad: representaciones de un grupo de varones atendidos por este padecimiento”, *Revista Cubana de Endocrinología*, vol. 17, nro. 2, 2006, [scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1561-29532006000200002&lng=es&nrm=iso](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532006000200002&lng=es&nrm=iso) (11/9/2012).

<sup>20</sup> RYAN, M. A., “The Introduction of Assisted Reproductive Technologies in the ‘Developing World’: A Test Case for Evolving Methodologies in Feminist Bioethics”, *Signs*, vol. 34, nro. 4, 2009, ps. 805-825; MARTÍ GUAL, Ana, “Maternidad y técnicas...”, cit.

<sup>21</sup> ADAMSON, G. David, “Global Cultural and Socioeconomic Factors that Influence Access to Assisted Reproductive Technologies”, *Women’s Health*, vol. 5, nro. 4, julio 2009, p. 351, [dx.doi.org/10.2217/whe.09.28](http://dx.doi.org/10.2217/whe.09.28) (11/9/2012).

<sup>22</sup> LUNA, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit.; LISKER, Rubén - ARMENDARES, Salvador, “Eugenesia y eufenesia”, en PÉREZ TAMAYO, Ruy - LISKER, Rubén - TAPIA, Ricardo (coords.), *La construcción de la bioética*, vol. 1, Fondo de Cultura Económica, México, 2007; VÁZQUEZ, Rodolfo, “Experimentación en embriones y procreación asistida”, en GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana (coord.), *Dilemas de bioética*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

<sup>23</sup> CASADO, María, “Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho”, *Papers*, nro. 53, 1997, ps. 37-44, [ddd.uab.es/pub/papers/02102862n53/02102862n53p37.pdf](http://ddd.uab.es/pub/papers/02102862n53/02102862n53p37.pdf) (11/9/2012); LUNA, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit.

<sup>24</sup> LUNA, Naara, “Pessoa e parentesco...”, cit.

técnicas, dan cuenta de que, aun aquellas que tienen fuertes convicciones religiosas, acceden a los tratamientos<sup>25</sup>. Esta situación, lejos de representar un “doble estándar moral”<sup>26</sup>, ilustra que el catolicismo es un espacio social heterogéneo en el que conviven distintas modalidades de vivir la fe<sup>27</sup> y que, en lo que respecta a la sexualidad y la reproducción, los fieles se manejan de manera independiente a sus autoridades eclesiásticas<sup>28</sup>.

Ahora bien, al margen de las prácticas concretas que puedan tener los fieles, algunos sectores del catolicismo, que cuentan con el aval de sus jerarquías, realizan intervenciones públicas en ámbitos parlamentarios para brindar asesoramiento a los legisladores sobre distintos proyectos ley. En general, se manifiestan en contra de las técnicas.

A continuación analizaré los debates en la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación durante 2009. Tomo este debate público porque lo considero un antecedente directo de las discusiones que se llevarán a cabo durante este 2012 respecto del Anteproyecto de reforma del Código Civil argentino. Este Anteproyecto incluye un capítulo especial dedicado a “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”<sup>29</sup> que ha suscitado pronunciamientos contrarios desde las autoridades de la Iglesia católica<sup>30</sup>, ya que entienden esta reforma como un ataque a la familia heterosexual monogámica y a los embriones. Aunque el Anteproyecto trata sobre las reglas de filiación (de aquellas personas que han nacido mediante estas técnicas) y no sobre quién debe acceder a ellas, como lo hacen los proyectos específicos que están actualmente en debate en el Congreso nacional, las jerarquías eclesiásticas creen que el nuevo Código conlleva a una nueva concepción de familia. Los argumentos presentados por la Conferencia Episcopal Argentina en contra del Anteproyecto de Código Civil en una rueda de prensa del mes de abril del 2012<sup>31</sup> son muy similares a los que aparecen en los debates parlamentarios de 2009 e instan a los laicos profesionales a involucrarse en un debate que tenga una “amplia participación federal”<sup>32</sup>: “La Iglesia, que es parte integrante de la

<sup>25</sup> JENNINGS, Patricia, “God had Something Else in Mind...”, cit.

<sup>26</sup> LUNA, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit.

<sup>27</sup> GIMÉNEZ BÉLIVEAU, Verónica, *Catolicismos. Sujeto, comunidad e institución en Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, en prensa.

<sup>28</sup> TENTLER, Leslie, *Catholics and Contraception*, Cornell University, Ithaca, 2004.

<sup>29</sup> LORENZETTI, Ricardo L. - HIGHTON DE NOLASCO, Elena - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Anteproyecto de Código Civil”, 2012.

<sup>30</sup> Rubín, Sergio, “Dura crítica de la Iglesia contra las reformas al Código Civil”, *Clarín* del 28/4/2012.

<sup>31</sup> RUBÍN, S, “Dura crítica...”, cit.

<sup>32</sup> Conferencia Episcopal Argentina, “Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil”, en Centro de Bioética, Persona y Familia, “Análisis del documento de la Iglesia católica sobre la reforma del Código Civil”, 2012, [centrodebioetica.org/2012/04/analisis-del-documento-de-la-iglesia-catolica-sobre-la-reforma-del-codigo-civil/](http://centrodebioetica.org/2012/04/analisis-del-documento-de-la-iglesia-catolica-sobre-la-reforma-del-codigo-civil/) (11/9/2012).



sociedad, siente la obligación moral de hacer oír su voz. Somos portadores de una herencia y responsables de hacernos eco de las voces de millones de hermanos que a diario nos confían sus preocupaciones, alegrías, dificultades y esperanzas. La Iglesia Católica siente que tiene el derecho y el deber de hacer conocer a toda la sociedad su pensamiento en estas delicadas materias, proponiéndolo a través de una argumentación razonada y fundada”<sup>33</sup>.

Por ello, y basándome en los resultados de mi investigación doctoral, que comenzó en 2008, puedo afirmar que los actores religiosos del catolicismo repetirán su estrategia de asesoramiento a legisladores en su calidad de expertos bioeticistas y llevarán sus posiciones al espacio público, no sólo como institución religiosa, a través de sus jerarquías, sino también mediante un colectivo de laicos (médicos y abogados) con *expertise* en bioética.

En primer lugar, analizaré de manera sucinta las características de los proyectos de ley sometidos a discusión; luego, describiré el perfil de los invitados en calidad de expertos al debate y, por último, expondré los principales ejes del debate que giran en torno a la protección de los embriones y la familia heterosexual monogámica. Para realizar este trabajo tomo como material de análisis la observación *in situ* de los debates en la Comisión de Salud y Acción Social del 1/9/2009 y las versiones taquigráficas de los días 11/8/2009, 1/9/2009 y 29/9/2009, que denotan un *corpus* de ciento seis páginas.

## II. LOS LEGISLADORES Y LOS PROYECTOS

La regulación de las técnicas para la reproducción humana asistida suscitó la presentación de dieciséis proyectos de ley desde 1999 hasta la actualidad en la Cámara de Diputados de la Nación. En 2009, los legisladores que trabajaban el tema decidieron realizar un “predictamen conjunto” para las comisiones de Acción Social, Familia, Mujer y Adolescencia y Legislación General, unificando los ocho proyectos presentados durante el período 2008-2009, con el objetivo de lograr un trámite parlamentario más ágil y llegar a discutir el proyecto de ley unificado con la totalidad de los legisladores en una sesión ordinaria de la Cámara<sup>34</sup>. Los proyectos consensuados y unificados eran el de la diputada Graciela Camaño

<sup>33</sup> Conferencia Episcopal Argentina, “Reflexiones y aportes...”, cit.

<sup>34</sup> Otro de los objetivos era lograr que los proyectos presentados durante 2008 no perdieran estado parlamentario. Según la ley 13.640 (art. 1°), todo proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso que no obtenga sanción en una de sus cámaras durante el año parlamentario en que tuvo entrada en el cuerpo o en el siguiente, se tendrá por caducado. Cuando los proyectos pierden estado parlamentario los autores deben ingresarlos nuevamente al año siguiente y todo el trámite comienza nuevamente desde el inicio: debate en comisiones y luego discusión para la aprobación en la sesión ordinaria de la Cámara de Diputados (cfr. Reglamento H. Cámara de Diputados de la Nación, 2012). Los proyectos de fertilización asistida vienen caducando sucesivamente. En noviembre de 2011, en la última sesión ordinaria del año parlamentario, se aprobó el proyecto en su versión “general” y no en lo “particular” (ver Reglamento H. Cámara de Diputados de la Nación, 2012) situación que obligó a los legisladores a ingresar sus proyectos a principios de 2012: Bianchi y otros (expte. 2568-D-2012) por el Frente para la Victoria - PJ; Storani y otros (expte. 1383-D-2012)

del Peronismo Federal<sup>35</sup>, el de Gerónimo Vargas Aignasse del Frente para la Victoria - PJ de Tucumán<sup>36</sup>, el de Ricardo Kroneberger<sup>37</sup> de la Unión Cívica Radical de La Pampa, Jorge Villaverde<sup>38</sup>, Germán Alfaro del Frente para la Victoria - PJ de Tucumán<sup>39</sup>, el de Lía Bianco y otros del Frente para la Victoria - PJ de Misiones<sup>40</sup>, el de Silvia Augsburgberger del Partido Socialista de Santa Fe<sup>41</sup>, el de Emilio García

---

por la Unión Cívica Radical; González (expte. 0904-D-2012) por el Frente para la Victoria - PJ de Chubut y Majdalani (expte. 0031-D-2012) por el Partido PRO.

<sup>35</sup> CAMAÑO, Graciela, “Proyecto de ley. Regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana médicamente asistida: embriones, profesionales intervinientes, beneficiarios, sujetos concebidos, sanciones”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2006, exptes. 3978-D-2006 y 1437-D-2008.

<sup>36</sup> VARGAS AIGNASSE, Gerónimo, “Proyecto de ley. Ley de cobertura de tratamientos de fertilización asistida en el plan médico obligatorio —PMO— en la República Argentina: reconocimiento de la infertilidad como enfermedad”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2008, expte. 3127-D-2008, [www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3127-D-2008](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3127-D-2008) (11/9/2012).

<sup>37</sup> KRONEBERGER, Ricardo, “Proyecto de ley. Infertilidad y técnicas de fertilización asistida. Inclusión de su tratamiento y diagnóstico en el programa médico obligatorio —PMO—”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2009, expte. 3056-D-2009, [webappl.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=107024](http://webappl.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=107024) (11/9/2012).

<sup>38</sup> VILLAVERDE, Jorge A., “Proyecto de ley. Régimen para la reproducción humana médicamente asistida: beneficiarios; modificaciones al Código Civil: sustitución de los artículos 63 (definición de persona por nacer) y 70 (comienzo de la existencia de las personas), modificación de los incisos 1) (nulidad) y 3) (impotencia) del artículo 220, incorporación del inciso 4) al artículo 248 (consentimiento prestado por instrumento público)”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2008, expte. 3465-D-2008, [www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3465-D-2008](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3465-D-2008) (11/9/2012).

<sup>39</sup> ALFARO, Germán E., “Proyecto de ley. Reconocer la infertilidad como una patología que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana. Incorporación al programa médico obligatorio (PMO)”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2008, [www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4008-D-2008](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4008-D-2008) (11/9/2012).

<sup>40</sup> BIANCO, Lía F. - ITURRIETA, Miguel Á. - LLERA, Timoteo, “Proyecto de ley. Ley de regulación de inseminación terapéutica con semen de donante: objeto, finalidad, información y asesoramiento, centros o servicios sanitarios, creación del registro nacional único de bancos de semen, confidencialidad, receptoras, utilización de las muestras, identidad y filiación, infracciones”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2008, expte. 2977-D-2008, [www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2977-D-2008](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2977-D-2008) (11/9/2012).

<sup>41</sup> AUGSBURGER, S. - BISUTTI, D. - FEIN, M. - PERALTA, F. - SESMA, L. - STORNI, S., “Proyecto de ley. Acceso a la reproducción humana asistida, salud sexual y procreación responsable, ley 25.673: modificación del inciso f) del artículo 2º (garantizar el acceso a toda la población); se agregan los incisos d) al artículo 6º, y c) y d) al artículo 11, se agrega un tercer párrafo al artículo 7º”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2009, expte. 0680-D-09, [webappl.hcdn.gov.ar/comisiones/permanentes/casyspublica/proyectos/proyecto.jsp?exp=0680-D-2009](http://webappl.hcdn.gov.ar/comisiones/permanentes/casyspublica/proyectos/proyecto.jsp?exp=0680-D-2009) (11/9/2012).

Méndez del Partido Solidaridad e Igualdad (ARI)<sup>42</sup>, un proyecto de resolución de la diputada Alicia Comelli del Movimiento Popular Neuquino<sup>43</sup>, el proyecto de Miguel Bonasso<sup>44</sup>, y las autoridades de la Comisión de Salud de aquel entonces, Graciela Gutiérrez y Sylvestre Begnis<sup>45</sup>. La diputada Gutiérrez fue la encargada de generar los debates públicos de la Comisión e invitar expertos<sup>46</sup>.

Los proyectos marcaban algunas diferencias, como por ejemplo los motivos por los cuales era necesario generar una ley en esta temática. Algunos sostenían que las técnicas de reproducción asistida deberían incluirse en el Programa nacional de salud sexual y procreación responsable y garantizar a las parejas el “derecho a fundar una familia”<sup>47</sup>. Otros, pretendían “dar una solución” al “padecimiento que miles de personas viven como consecuencia de patologías asociadas a la infertilidad que les trunca la capacidad de procreación”<sup>48</sup>. Había dos temas en que los proyectos mostraban homogeneidad de criterios. Uno era el de reconocer la infertilidad como una enfermedad. El segundo tema en común era la necesidad de que las obras sociales y empresas de medicina prepaga reconozcan los costos del tratamiento en pos de “universalizar la técnica”, para que puedan acceder a ellas quienes no cuentan con los recursos económicos para solventarlas. Además, los legisladores mencionaban la existencia de un “vacío legal”, es decir, la ausencia

<sup>42</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio A. - MACALUSE, Eduardo G. - BISUTTI, Delia B. - BENAS, Verónica C. - GONZÁLEZ, María América - LOZANO, Claudio, “Proyecto de ley. Reconocer a la infertilidad como una patología que afecta la salud reproductiva de las personas: inclusión de las técnicas de fertilidad asistida en la cobertura del plan médico obligatorio de las empresas de medicina prepaga y en las obras sociales”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2008, expte. 6811-D-2008, [www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6811-D-2008](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6811-D-2008) (11/9/2012).

<sup>43</sup> COMELLI, Alicia, “Creación del programa nacional de salud social y procreación responsable, ley 25.673: modificación de los artículos 2º, 6º, 7º, 10 y 13 (reproducción del expediente 5616-d-07)”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2009, expte. 0190-D-09, [webappl.hcdn.gov.ar/comisiones/permanentes/casyspublica/proyectos/proyecto.jsp?exp=5616-D-2007](http://webappl.hcdn.gov.ar/comisiones/permanentes/casyspublica/proyectos/proyecto.jsp?exp=5616-D-2007) (11/9/2012).

<sup>44</sup> BONASSO, Miguel L. - GIL LOZANO, Claudia F., “Proyecto de ley. Reproducción humana asistida, régimen de accesibilidad y regulación: equipo interdisciplinario, parejas beneficiadas, técnicas, creación de un registro nacional de donantes, creación de un registro nacional de centros y servicios de reproducción asistida, sanciones por incumplimiento”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2008, expte. 5937-D-2008, [www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5937-D-2008](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5937-D-2008) (11/9/2012).

<sup>45</sup> GUTIÉRREZ, Graciela B. - SYLVESTRE BEGNIS, Juan H. - GENEM, Amanda S. - GONZÁLEZ, Nancy S. - GARCÍA DE MORENO, Eva, “Proyecto de ley. Procreación humana asistida: objeto, definición, creación de un registro de establecimientos habilitados”, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2008, expte. 4931-D-2008, [www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4931-D-2008](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4931-D-2008) (11/9/2012).

<sup>46</sup> H. Cámara de Diputados de la Nación, “Versión taquigráfica de la audiencia pública de la Comisión de Salud Pública y Acción Social”, Buenos Aires, 11 de agosto, 1 de septiembre y 29/9/2009.

<sup>47</sup> COMELLI, Alicia, “Creación del programa...”, cit.

<sup>48</sup> KRONEBERGER, Daniel R., “Proyecto de ley. Infertilidad y técnicas...”, cit.

de un marco normativo que regule la actividad y que llevaba a que las propias empresas que aplican estas técnicas apliquen sus propias reglas informales para su funcionamiento. Un tema que no aparecía en todos los proyectos, pero que finalmente fue incorporado al “predictamen conjunto” fue el de los embriones. El proyecto de Bonasso y Gil Lozano incluía un artículo en el que mencionaba que los todos los “preembriones” viables serían transferidos al útero y, en caso de excedentes, se permitía la crioconservación<sup>49</sup>. En el otro extremo, el diputado Villaverde incluye “derechos de los sujetos concebidos por la aplicación de las mismas”. El legislador entiende que “embrión” es “el óvulo humano fecundado” y, por tanto, “tiene derecho a nacer, a que se respete su medio ambiente natural, a la vida, a la identidad genética, biológica y jurídica, a la igualdad, a la intimidad y a la familia”. Este diputado, además, prohibía expresamente la crioconservación (y estipulaba sanciones para quienes realicen la práctica) y promulgaba la inmediata “donación para adopción” de los embriones que se encontraran crioconservados en aquel momento<sup>50</sup>. Entre el “preembrión” y el “embrión-persona” se encontraba la propuesta de las autoridades de la Comisión de Salud, Gutiérrez y Sylvestre Begnis. Su proyecto incluía un artículo en el que se prohibía la crioconservación, la adopción, la comercialización y el uso de embriones para investigación<sup>51</sup>. Como usuarios de estas técnicas, el proyecto de las autoridades de la Comisión estipulaba que sólo podrían acceder a ellas “aquellas parejas heterosexuales que acrediten una relación estable de al menos de 3 (tres) años, sean mayores de edad y se encuentren en edad reproductiva”<sup>52</sup>. Si bien sólo este proyecto y el de Villaverde hacen mención a la “pareja heterosexual estable” como únicos beneficiarios de las técnicas, la mayoría de los proyectos hacía referencia a las “parejas usuarias”, dejando de lado situaciones de monoparentalidad. Sin embargo, el presidente de la Comisión afirmó públicamente que: “en nuestro proyecto está autorizada la persona, tenga o no pareja, tenga o no familia”<sup>53</sup>. En este debate público, la posibilidad de la comaternidad o las “madres solteras por elección” se encontraba entre las principales preocupaciones y era una de las situaciones que se intentaba evitar a través de esta futura ley.

### III. EL CONTEXTO Y LOS ENCUENTROS

Para sortear las diferencias, ampliar los consensos y obtener legitimidad para la regulación de las técnicas de reproducción asistida, la comisión legislativa

<sup>49</sup> BONASSO, Miguel L. - GIL LOZANO, Claudia F., “Proyecto de ley. Reproducción humana...”, cit.

<sup>50</sup> VILLAVERDE, Jorge A., “Proyecto de ley. Régimen para la reproducción...”, cit.

<sup>51</sup> GUTIÉRREZ, Graciela B. - SYLVESTRE BEGNIS, Juan H. - GENEM, Amanda S. - GONZÁLEZ, Nancy S. - GARCÍA DE MORENO, Eva, “Proyecto de ley. Procreación humana...”, cit.

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ, Graciela B. - SYLVESTRE BEGNIS, Juan H. - GENEM, Amanda S. - GONZÁLEZ, Nancy S. - GARCÍA DE MORENO, Eva, “Proyecto de ley. Procreación humana...”, cit.

<sup>53</sup> SYLVESTRE BEGNIS, Juan H., Audiencia pública de la Comisión de Salud Pública y Acción Social, cit., 29/9/2009

convocó a once invitados a participar de un “debate público”<sup>54</sup>, siete asistieron en calidad de expertos. Un primer grupo incluyó tres médicos con experiencia en la aplicación de técnicas de reproducción asistida: Marcos Horton, presidente de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva; Sergio Provenzano, jefe de la División de Ginecología del Hospital de Clínicas “José de San Martín” de la Universidad de Buenos Aires, y Claudio Chillik, presidente de la Asociación Latinoamericana de Medicina Reproductiva. Estos expertos participaron de la primera reunión de debate público del 11/8/2009. Su presencia generó expectativas en el ámbito parlamentario. Fue la reunión que duró más tiempo, ya que los diputados preguntaron al detalle por cada una de las técnicas y procedimientos; al respecto, el presidente de la Comisión de Salud afirmó al finalizar el debate: “...Cuando comento que hemos hecho uso y abuso de la presencia de los tres especialistas de lujo que tenemos hoy, no me estoy refiriendo al tiempo que nos dedicaron en el día de la fecha sino a la cantidad de veces que han tenido que venir a esta Cámara de Diputados, que se renueva periódicamente, y siempre están como empezando de nuevo...”<sup>55</sup>.

Un segundo grupo de expertos, que se presentó el 1/9/2009, estuvo compuesto por bioeticistas católicos. Asistieron Gerardo Perazzo, médico, coordinador del Instituto de bioética de la Universidad Católica Argentina; Marina Camps, abogada, docente de la Universidad Austral, y Alejandro Barceló, abogado, directivo de la Universidad Barceló. También estaba invitada Susana Sommer, docente de la maestría en Biología Molecular Médica de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires, que finalmente no pudo participar del evento<sup>56</sup>. La expectativa puesta sobre la participación de estos especialistas era la posibilidad de brindar una legitimación ética y moral a la futura ley sancionada. Que todos estos expertos en Bioética provengan de universidades católicas o tengan afinidad con la bioética católica no es un detalle menor: “Hoy expondrán los especialistas en bioética... Intentaremos dar a luz un proyecto de ley que satisfaga ética, científica, moral y socialmente a la Sociedad Argentina”<sup>57</sup>.

Un tercer grupo de invitados se caracterizó por su calidad de “no expertos”, mujeres usuarias de las técnicas de reproducción asistida, miembros de organizaciones no gubernamentales y activistas a favor de una ley de reproducción asistida que garantizara la gratuidad del acceso a las técnicas. Estas organizaciones de parejas heterosexuales se autorreconocen como “pacientes” con “trastornos en

<sup>54</sup> Se trataba de una serie de reuniones de la Comisión de Salud Pública y Acción Social en conjunto con las de Familia y Legislación General que se podían presenciar abiertamente. Su carácter de “debate público” se relaciona con la posibilidad de que haya público ajeno a la Cámara de Diputados presenciando, sin participar u opinar, las discusiones de los legisladores e invitados.

<sup>55</sup> SYLVESTRE BEGNIS, Juan H., Audiencia pública de la Comisión de Salud Pública y Acción Social, cit.

<sup>56</sup> H. Cámara de Diputados de la Nación, “Versión taquigráfica...”, cit.

<sup>57</sup> SYLVESTRE BEGNIS, Juan Héctor, audiencia pública de la Comisión de Salud y Acción Social, 1/9/2009.

la reproducción”<sup>58</sup>, con “dificultades para concebir”<sup>59</sup> o “personas que padezcan cualquier trastorno de la reproducción”<sup>60</sup>. La tarea militante de estas organizaciones fue reconocida por los legisladores durante el debate: “En primer lugar, quiero dar la bienvenida de todo corazón a esta comisión a Isabel, de Concebir, a Miriam, de Nuestra Búsqueda —con quienes hemos compartido ya otros momentos—, a María Teresa y a Romina, de Sumate a Dar Vida, y a toda esta gente bella que acompaña a esta ONG. Indudablemente, era intención de esta comisión escucharlos a ustedes, que son el motor inspirador de esta tarea. También quiero nombrar a dos personas de mi provincia, Santa Cruz, que están ausentes. Me refiero a Andrea y Claudia, de Sumate a Dar Vida, con quienes vengo trabajando desde el año pasado, que son mi inspiración en esta tarea. Es intención de esta Comisión escucharlos a ustedes, que son nuestro motor”<sup>61</sup>.

El contexto en el cual se planificó el *encuentro* entre los legisladores y los invitados expertos y no expertos fue una sala en la que usualmente se llevan a cabo las reuniones de comisión en el edificio anexo de la Cámara de Diputados de la Nación<sup>62</sup>. El proceso deliberativo se organizó espacialmente en un conjunto de mesas distribuidas en forma de rectángulo. Los invitados se sentaron a la cabecera y a sus costados, los legisladores. Los asesores de los diputados podían sentarse en la mesa, más alejados. En el centro del rectángulo se ubicaron los empleados administrativos de la comisión y los taquígrafos que registraron todos los debates. Alrededor del rectángulo de mesas, por fuera, había un espacio que oficiaba de pasillo o corredor de circulación y contra la pared se ubicaron las sillas destinadas al público asistente. Entre éstos, se encontraban los activistas de las ONG a favor de la Ley de Fertilización Asistida que portaban remeras con consignas y folletos como “la infertilidad es una enfermedad que no discrimina” o “ayudan a dar vida”<sup>63</sup>.

A medida que ingresaron al *recinto*, espacio definido que los individuos pueden reivindicar temporalmente<sup>64</sup>, los actores se fueron reconociendo. Algunos mostraron mayor conocimiento y afinidad con el espacio, se saludaron entre sí y

<sup>58</sup> Concebir, Quiénes Somos, [www.concebir.org.ar/index.php?option=com\\_content&view=section&layout=blog&id=5&Itemid=65](http://www.concebir.org.ar/index.php?option=com_content&view=section&layout=blog&id=5&Itemid=65) (11/9/2012).

<sup>59</sup> Sumate a Dar Vida, Asociación Civil, [www.sumateadarvida.com.ar/web/index.php?option=com\\_content&view=article&id=87&Itemid=110](http://www.sumateadarvida.com.ar/web/index.php?option=com_content&view=article&id=87&Itemid=110) (11/9/2012).

<sup>60</sup> Nuestra Búsqueda, Quiénes somos, [www.nuestrabusqueda.com.ar](http://www.nuestrabusqueda.com.ar).

<sup>61</sup> GUTIÉRREZ, Graciela, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 29/9/2009.

<sup>62</sup> Según Goffman, los contextos son los espacios donde se producen los encuentros entre actores sociales. El encuentro es definido como la interacción entre individuos. Según el autor, los individuos se comportan de manera distinta según los encuentros y representan distintos papeles. Ver GOFFMAN, Erwin, “El individuo como unidad”, en GOFFMAN, Erwin, *Relaciones en público. Microestudios del orden público*, Alianza, Madrid, 1979, ps. 23-46.

<sup>63</sup> IRRAZÁBAL, Gabriela, registro de campo, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, 1/9/2009.

<sup>64</sup> GOFFMAN, Erwin, *Relaciones en público...*, cit., p. 50.

se fueron ubicando en sus lugares sin que nadie les diera indicaciones<sup>65</sup>. Esto pone en evidencia que se trataba de relaciones ancladas en un marco de conocimiento mutuo que organizaba la experiencia del debate a partir de un *código de circulación* común<sup>66</sup>. Algunos expusieron su experiencia previa públicamente: “En estos quince años de trabajo hemos participado de innumerables reuniones en las comisiones del área de salud de las Cámaras de Diputados y de Senadores”<sup>67</sup>. Otros se saludaron y conversaron de manera informal en los ambientes previos a la sala de discusión.

#### IV. LOS EJES DEL DEBATE: PROTEGER LOS EMBRIONES Y LA FAMILIA HETEROSEXUAL

El eje principal del debate giró alrededor de la temática del embrión. No sólo durante la audiencia con los bioeticistas religiosos se incorporó este tema. Los médicos especialistas en reproducción tuvieron que dar explicaciones relativas a la “situación de los embriones criocongelados”, a la manera de llevar adelante el procedimiento de descongelamiento y a los costos relativos al mantenimiento de éstos. De hecho, los actores religiosos se centraron más en cuestiones de críticas de las técnicas a los procedimientos de reproducción asistida, a situaciones relativas a la identidad de “los concebidos mediante estas técnicas” y a concepciones de la familia. Manejaron un lenguaje común con la mayoría de los legisladores respecto del estatuto del embrión y se marcaron diferencias respecto del tipo de familia que se podía habilitar a partir de la sanción de la ley y cuestiones de identidad genética. Por ello es que no hicieron tanto eje en la cuestión de que el “embrión es una persona”, ya que fue una representación compartida entre muchos de los legisladores presentes al debate. Los médicos, en cambio, sospechados de potenciales destructores y manipuladores de “embriones/personas”, fueron sometidos a numerosas preguntas relativas a este tema. Por ejemplo, la diputada Paula Bertol del Partido PRO intervino en las exposiciones de los expertos y dijo: “Quería aprovechar la presencia de nuestros invitados para preguntarles con respecto a los temas de bioética. Muchas veces nos hacemos esta pregunta cuando tenemos que decidir sobre estas cuestiones. Es decir, lo que sucede una vez que los embriones están congelados y qué es lo que pasa con el transcurrir de los años a medida que se presenta algún tipo de inconveniente”<sup>68</sup>.

Por su parte, la diputada Graciela Gutiérrez insistió con el tema de los embriones criocongelados: “Me gustaría hacer hincapié en el tema de los embriones crioconservados. Concretamente, quisiera saber en qué estadio embrionario se

<sup>65</sup> IRRAZÁBAL, Gabriela, registro de campo, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, cit.

<sup>66</sup> GOFFMAN, Erwin, *Relaciones en público...*, cit.

<sup>67</sup> ROLANDO, Isabel, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, 29/9/2009.

<sup>68</sup> BERTOL, Paula, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 11/8/2009.

realiza la transferencia y cómo proceden las clínicas que llevan a cabo estos tratamientos en aquellos casos en que los embriones crioconservados no pueden ser mantenidos por sus progenitores. Asimismo, quisiera que me informe acerca de las normativas y qué sucede con esos embriones. Es decir, dónde van a parar debido a que ése es el gran misterio que todos nos planteamos... Quisiera saber en qué casos se realiza la destrucción de embriones y si se utilizan embriones, ya sea en forma oficial o extraoficial, para otros experimentos”<sup>69</sup>.

Los médicos hicieron precisiones respecto de lo que en el ámbito de la medicina reproductiva se considera “preembrión”, como una entidad distinta al “embrión”, y lo que se considera como concepción: el momento de la implantación del preembrión en el útero.

“Cuando uno habla de todas estas cosas comienza a discutir, por ejemplo, dónde está el comienzo de la vida y cuándo es el estatus de persona del preembrión desde el punto de vista legal. Nosotros llamamos preembrión o embrión preimplantatorio a toda la etapa en la cual el óvulo se fecundó y se llega a la etapa en la que el preembrión se implanta. Allí tenemos una gran variedad de opiniones. En nuestra sociedad hay gente que opina que el comienzo de la vida es en el momento que ingresa el ADN masculino al óvulo; algunos otros sostienen que es cuando se fusionan los pronúcleos y comienza la división celular. Hay países que creen que eso se produce cuando se desarrolla el tubo neural luego de unos cuantos días de desarrollo embrionario. Hay distintas posturas filosóficas y religiosas. Algunas toman en cuenta desde el primer latido cardíaco que se ve por ecografía o el mismo momento del nacimiento. No hay una postura unánime y ésta es la mayor dificultad para lograr un consenso. No se va a obtener un consenso dado que no se ha logrado en ningún lugar del mundo. Nosotros hemos definido la concepción en ese momento, cuando se logra la implantación en el seno materno”<sup>70</sup>.

Además, los especialistas en medicina reproductiva se encargaron de confirmar que no llevan adelante experimentos aunque reconocieron que catalogan los embriones según un puntaje de calidad que indica cuáles serían viables y cuáles no para la implantación. Esto introdujo a la mesa de debate cuestiones relativas al diagnóstico prenatal o preimplantario y su valoración ética. En este sentido, uno de los médicos reconoció que los embriones tienen una “intimidad” que impide que se profundice demasiado en el diagnóstico genético y que por ello “se los respetaba”<sup>71</sup>.

Los bioeticistas católicos insistieron con el tema del embrión durante toda su exposición, focalizándose en cuestiones propias de la técnica y sin hacer referencia a cuestiones religiosas, excepto en algunas situaciones como la insistencia en la diferencia de significado entre “reproducción” y “procreación”<sup>72</sup>. Utilizaron para la

<sup>69</sup> GUTIÉRREZ, Graciela, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 11/8/2009.

<sup>70</sup> HORTON, Marcos, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 11/8/2009.

<sup>71</sup> H. Cámara de Diputados de la Nación, “Versión taquigráfica...”, cit., 11/8/2009.

<sup>72</sup> El médico bioeticista asistente señaló con precisión que se estaban confundiendo estos términos. “La manifestación más significativa de la especial dignidad que posee la



exposición un registro de lenguaje científico-jurídico-bioético, que hizo referencia a investigaciones y jurisprudencia internacional. Sus exposiciones lograron convencer a una importante cantidad de legisladores presentes y provocaron que los activistas a favor de la ley orientaran todas sus exposiciones para rebatir los argumentos bioéticos presentados. Es más, al finalizar el debate del 1/9/2009 cada uno de los activistas se acercó personalmente a los diputados, les mostraron fotos de niños nacidos por medio de las técnicas y les dijeron “nuestros hijos no tienen ningún problema”, “son normales”, “somos un matrimonio católico, tenemos una enfermedad, queremos formar una familia”, “yo soy católico y estoy a favor de la ley”<sup>73</sup>. Al finalizar el debate se dio toda esta puesta en escena por parte de las personas que estaban allí debido a su condición de miembros de ONG de personas con “trastornos de infertilidad”. La exposición de los bioeticistas los colocó en un lugar complicado en términos morales. Indicaron que se trataba “parejas” que a toda costa querían garantizarse un hijo. Al hacerlo mediante técnicas de reproducción se insinuaba que estaban alejados de Dios. Además, propiciaban la manipulación genética de sus hijos concebidos por estas técnicas y los llamaban “productos”: “Todo contribuye a considerar al hijo obtenido por estas técnicas como un producto cuyo valor depende en realidad de la buena calidad, y muchas veces la consecuencia dramática es la eliminación sistemática de aquellos embriones carentes de calidad. No se puede hacer esa selección”<sup>74</sup>.

Por otra parte, cargaron de responsabilidad a las mujeres por su infertilidad, arguyendo que se posponía la maternidad por cuestiones profesionales o por convicción y, luego, ya eran viejas para quedar embarazadas. Esta situación provocó una suerte de desesperación entre los activistas que desordenó un poco el espacio de debate tal como estaba planeado. Por ello se acercaron uno a uno a los legisladores. En ese escenario, se me acercó un hombre llorando y mostrándome un espermograma, me decía que su mujer estaba bien, que era joven y no había decidido postergar la maternidad por cuestiones profesionales sino que era él quien tenía problemas. Que ya no tenía dinero y que realmente necesitaba que la

---

persona humana está dada por la forma en que se transmite la vida. El origen de un nuevo ser humano no se reduce a la mera producción material sino que se configura a través de actos biológicos que están llevados a reflejar valores morales y espirituales. Esto es lo que llamamos ‘reproducción humana’, que es totalmente distinto a ‘reproducción’ o ‘producción’. ‘Procreación’ no es ‘reproducción’ ni es ‘producción’” (PERAZZO, Gerardo, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, 1/9/2009). La insistencia estaba relacionada con que durante el debate se intercambiaban los términos y hasta el abogado Barceló utilizaba indistintamente cada uno de estos términos. En líneas generales, para el catolicismo y otras religiones cristianas, en el acto de la procreación interviene la presencia de Dios. Ésta fue la única referencia religiosa en todo el proceso deliberativo. Para más información sobre el significado cristiano de la procreación ver SUTTON, Agneta, *Christian Bioethics. A Guide for the Perplexed*, T&T Clark, London, 2008.

<sup>73</sup> IRRAZÁBAL, Gabriela, registro de campo, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, cit.

<sup>74</sup> PERAZZO, Gerardo, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 1/9/2009.

obra social le cubriera “el tratamiento”, sus espermatozoides eran débiles. Otro hombre, que se presentó como asesor de un diputado y miembro de la Acción Católica de toda la vida, me comentó que estaba trabajando con todas sus fuerzas para poder lograr que se apruebe el predictamen. Que todos los niños que nacían por estas técnicas eran normales y que si eran producto de algo eran producto del amor. Además comentó: “Lo que tienen miedo es que los centros de fertilidad se llenen de lesbianas”<sup>75</sup>.

La apreciación de este asesor legislativo resultaba pertinente. Los bioeticistas dedicaron gran parte de sus exposiciones a hacer una defensa sobre la necesidad de resguardar la familia monogámica heterosexual, segundo eje del debate.

“Me interesa muchísimo su tratamiento porque creo que toca de un modo muy medular la esencia de la persona como ser familiar. Cualquier genetista afirma que nuestras células demuestran que cada uno de nosotros es fruto de la unión de un patrimonio genético masculino y un patrimonio genético femenino. No existe la posibilidad científica ni técnica de lograr la formación de un ser humano si no se da esa heterosexualidad en el origen. La mayoría de los presentes fuimos concebidos de un modo donde ese patrimonio genético heterosexual fue aportado durante una relación sexual entre un varón y una mujer... Evidentemente estas técnicas producen una desintegración de la realidad natural al permitir que una mujer soltera engendre un niño por donación de esperma”<sup>76</sup>.

Tanto la monoparentalidad como la posibilidad de que una mujer lesbiana acceda sin restricciones a estas técnicas les parecieron incorrectos. Por ello insistieron en la necesidad de aclarar en el proyecto de ley que los beneficiarios serían parejas heterosexuales con una relación mínima de tres años y que se les haya diagnosticado la esterilidad, ya que existían mujeres que “se resistían a tener relaciones sexuales con el sexo opuesto”: “En Europa, en Estados Unidos y en distintos países del mundo hay mujeres que por principio se resisten a mantener una relación sexual con el sexo opuesto. En este caso el hijo sigue siendo fruto de la unión de un espermatozoide y de un óvulo, porque de otro modo no existen los hijos. Sin embargo, es hijo de una madre y un donante anónimo”<sup>77</sup>.

Es posible atribuir esta representación en torno a la mujer que por “principios se niega a tener una relación sexual para la reproducción” no sólo a los actores religiosos sino también a los legisladores y a los médicos especialistas en medicina reproductiva. Por ejemplo, el presidente de la comisión legislativa preguntó si en el protocolo de aplicación al procedimiento “hay una primera pregunta que creo que es obvia; preguntar a una pareja si alguna vez tuvieron relaciones sexuales”<sup>78</sup>. Así,

<sup>75</sup> IRRAZÁBAL, Gabriela, registro de campo, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, cit.

<sup>76</sup> CAMPS, Marina, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 1/9/2009.

<sup>77</sup> CAMPS, Marina, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 1/9/2009.

<sup>78</sup> SYLVESTRE BEGNIS, Juan Héctor, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, 11/8/2009.

para la mayoría de los presentes, sexualidad y reproducción iban unidas y se podía acceder a las técnicas sólo cuando hubiera una falla o trastorno en este proceso “natural”. Los médicos, por su parte, ofrecieron como diagnóstico que la infertilidad es causa, principalmente, de las decisiones reproductivas de las mujeres. La interpretación que ofrecieron fue que, como a partir de la década del 60 las mujeres tuvieron acceso masivo a los anticonceptivos, pospusieron su reproducción para después de los 30 años debido a cuestiones profesionales o porque no encuentran una pareja que las satisfaga y, luego de esto, cuando quieren embarazarse, sus ovarios, envejecidos, no se los permiten: “Muchas personas cuando arriban a la primera consulta tienen 35 años o más. Algunas porque, por motivos personales, han decidido postergar su maternidad; otras, porque no han encontrado a la persona con la cual tener un hijo y, luego de un tiempo, al encontrarla deciden tenerlo pero se encuentran con una cuestión cronológica debido a que tienen 40 años. Si hay algo que no tiene retorno es el envejecimiento de ovarios. Si de su documento surge que usted tiene 40 años aunque parezca de 25, cuando camina por la calle inexorablemente sus ovarios tienen 40 años (risas)”<sup>79</sup>.

El tema del anonimato en la donación de gametos fue también resistido tanto por los actores religiosos como por uno de los médicos especialistas. Esto puso como tercer eje del debate la “identidad de los concebidos por estas técnicas”. Por un lado, hicieron una comparación con el banco de datos genéticos disponible para que los hijos de desaparecidos de la última dictadura militar (1976-1983) puedan recuperar su identidad; sostuvieron que, en este caso, el acceso a la identidad biológica a partir de los estudios de ADN resulta crucial para que las personas puedan recuperar una identidad que les haya sido sustraída: “Lo mismo pasó con los hijos de desaparecidos que se inscribían fraudulentamente. Sin embargo, los hijos eran lo que la biología determinaba”<sup>80</sup>. Por el otro, propusieron que los niños tienen derecho a la identidad y que, por ejemplo, en casos de futuras enfermedades que requieran de la donación de órganos necesitarían conocer a sus “progenitores biológicos”.

“El proyecto de ley en consideración establece por un lado ese anonimato, pero entiendo que se vería relativizado siempre que la salud del menor estuviera en juego. Los genetistas saben que si se quiere aplicar las terapias génicas más modernas es necesario conocer quiénes son los padres biológicos de la persona

<sup>79</sup> PROVENZANO, Sergio, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 11/8/2009.

<sup>80</sup> CAMPS, Marina, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, 1/9/2009. Sergio Provenzano, jefe de la División de Ginecología del Hospital de Clínicas, compartía esta posición: “Creo que en un país como la Argentina, con una historia nefasta sobre los desaparecidos, el derecho a la identidad genética es un elemento tremendamente fuerte que el proyecto de ley que se sancione no puede dejar de lado” (PROVENZANO, Sergio, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud, 11/8/2009). Por su parte, Gerardo Perazzo, de la Universidad Católica, apoyaba esta argumentación: “El derecho a la identidad es un tema muy delicado en nuestro país” (PERAZZO, Gerardo, audiencia pública de la Comisión de Salud y Acción Social, 1/9/2009).

que padece una enfermedad o que necesita un tratamiento que la ciencia ya ha descubierto o que pueda descubrir en algún momento”<sup>81</sup>.

En relación con la identidad, aunque ya no biológica sino sociofamiliar y filiatoria, los actores religiosos propusieron evitar la “pluralidad de madres y padres” haciendo referencia a todas las posibilidades de parentesco que podrían generar estas técnicas. Asimismo, respecto de la maternidad subrogada o la gestación con óvulos y espermatozoides donados, se opusieron con argumentos científico técnicos: “Cuando se utiliza una técnica de fecundación artificial heteróloga con donación de óvulos tenemos células que pueden generar una situación inmunológica muy comprometida, porque el no rechazo del embarazo se debe a mecanismos específicos que desarrolla la madre y que facilitan la inmunotolerancia, pero eso también ratifica que la persona que está embarazada tiene otra persona dentro de ella y genera mecanismos inmunológicos que permiten la inmunotolerancia. Esto es clarísimo desde el punto de vista médico. Hay un montón de elementos y distintos factores que se van generando que tienen que ver con esta relación, esta comunicación bioquímica-médica entre la persona embarazada y su hijo que se está desarrollando... Desde el punto de vista médico tampoco estamos de acuerdo con los embarazos heterólogos y la maternidad subrogada porque va a generar un montón de situaciones químicas personales que no sabemos qué efectos pueden tener. Esto no está estudiado, no sabemos qué puede pasar”<sup>82</sup>.

Por último, es necesario mencionar un último tema de debate que giró en torno a considerar la “esterilidad o infertilidad” como una “enfermedad”. En realidad, esto no estaba en discusión sino que fue compartido por la mayoría de los legisladores, que lo habían expresado en sus diversos proyectos de ley y por los expertos que brindaron asesoramiento. Asimismo, los integrantes de las ONG de pacientes presentes en la audiencia pública insistieron con la idea de que no eran personas que voluntariamente eligieran estas técnicas sino que padecían una enfermedad y que necesitaban ayuda para “dar vida y formar una familia”. En relación con esto, los bioeticistas plantearon que esto no se trataba de un tema de salud pública y que quizá se podrían invertir las sumas que las obras sociales y empresas de medicina prepaga deberían invertir en cubrir estos tratamientos en la investigación sobre la cura de otras enfermedades (más relevantes socialmente). Asimismo, criticaron que los centros de fertilidad tendrían garantizado “su negocio” al recibir altas sumas de dinero y que privilegiarían el uso de las técnicas sin proponer a las parejas con problemas de fertilidad otras opciones o tratamientos<sup>83</sup>. Por otra parte, el énfasis puesto en el requisito de la “enfermedad” o la “imposibilidad demostrada de concebir un hijo por medio de relaciones sexuales” reforzaba la idea de garantizar la protección de la familia mo-

<sup>81</sup> CAMPS, Marina, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 1/9/2009.

<sup>82</sup> PERAZZO, Gerardo, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 1/9/2009.

<sup>83</sup> H. Cámara de Diputados de la Nación, “Versión taquigráfica...”, cit.

nogámica heterosexual, ya que se pretendía que sólo aquellos que demostraran su “incapacidad de generar vida naturalmente” sean los beneficiarios de las técnicas.

“Me surge una inquietud respecto de los beneficiarios. A mi modo de ver no queda claro quiénes son los beneficiarios de esta técnica: si es que se trata de un matrimonio constituido, de una pareja heterosexual conviviente —y hace cuánto tiempo lo hace—, o si en todo caso se trata de una pareja homosexual o lesbiana. Realmente no aclara a qué se está refiriendo”<sup>84</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES: IMPLICANCIAS PARA LA FUTURA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

A lo largo de este trabajo hemos visto cómo se materializa, en un proceso de debate y discusión legislativo, la legitimación de la toma de las decisiones políticas mediante el llamado a la autoridad científico bioética como instancia susceptible de dirimir eventuales conflictos de intereses<sup>85</sup>. Es a partir de esta *expertise* que los actores entrenados en bioética son convocados como peritos científicos en diversas comisiones parlamentarias, una de las aristas de la intervención pública de los actores religiosos. Los debates en las comisiones legislativas son relevantes porque es donde se configuran y negocian los proyectos de ley que luego serán puestos a consideración (o no) de la totalidad de las cámaras parlamentarias. En los últimos años, estos debates han adquirido visibilidad y se han constituido como espacios de “audiencias públicas” en las cuales distintos actores pujan por imponer sus significados. La ley representa para algunos un reaseguro de que la sociedad es de hecho “su sociedad”, los significados de la ley, “sus significados”, y la moral de la ley, “su moral”<sup>86</sup>. Lo que se juega, en esta intervención pública, es la redefinición de un cierto número de fronteras, en especial las del cuerpo, la de lo normal y lo desviado, las de la medicina y lo social. Se intentan transformar las categorías elementales por las cuales se definen los individuos y las relaciones entre ellos: las formas de la sexualidad, los límites de la vida y del ser humano<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> BARCELÓ, Alejandro, audiencia pública de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, 1/9/2009.

<sup>85</sup> BANTIGNY, Ludivine, “Usages, mésusages et contre-usages de l’expertise. Une perspective historique”, *Histoire@Politique. Politique, Culture, Société. Revue Électronique du Centre d’Histoire de Sciences*, nro. 14, 2011, [www.histoire-politique.fr/index.php?numero=14&rub=dossier&item=136](http://www.histoire-politique.fr/index.php?numero=14&rub=dossier&item=136) (11/9/2012); BORRILLO, Daniel, “La république des experts dans la construction des lois: le cas de la bioéthique”, *Histoire@Politique. Politique, Culture, Société. Revue Électronique du Centre d’Histoire de Sciences*, nro. 14, [www.histoire-politique.fr](http://www.histoire-politique.fr) (11/9/2012).

<sup>86</sup> GUSFIELD, Joseph R., “The Drama of Public Action”, en GUSFIELD, Joseph R. (ed.), *The Culture of Public Problems: Drinking-Driving and the Symbolic Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1981, ps. 173-186.

<sup>87</sup> FASSIN, Didier - MEMMI, Dominique, “Le gouvernement de la vie, mode d’emploi”, en FASSIN, D. - MEMMI, D. (eds.), *Le gouvernement des corps*, Éd. de l’Ehess, Paris, 2004, ps. 10-32.

En el caso de la regulación de las técnicas de reproducción asistida, el debate analizado durante 2009 fue previo a la sanción de la modificación de la Ley de Matrimonio Civil, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Argentina, sancionada y promulgada en 2010<sup>88</sup> (ley 26.618). Esto podría indicar que la insistencia de los legisladores y expertos en que los beneficiarios sean sólo los matrimonios heterosexuales se debe a que los matrimonios entre personas del mismo sexo no representa una posibilidad concreta. Sin embargo, ya desde 2002 existe en algunos distritos de la Argentina la figura de la unión civil (Hiller, 2008) y la insistencia durante todo el debate en que sólo “las parejas enfermas” por infertilidad/esterilidad accedieran a las técnicas de reproducción asistida estaba dirigida a evitar que las mujeres solas o en parejas con otras mujeres accedan a las técnicas. Es en este sentido que la problemática de la mujer ingresó en el debate, para poner límites en sus decisiones reproductivas. Poco se habló de las situaciones que atraviesan las mujeres al momento de la extracción de óvulos o de la estimulación hormonal para realizar los tratamientos. Menos aún se habló sobre los varones infértiles y su lugar en todo el proceso. Se hizo mucho énfasis en resguardar la integridad de los embriones.

Estas cuestiones que se discutieron en formato de audiencia pública legislativa en 2009 continúan en la actualidad. Los proyectos presentados al inicio del año parlamentario de 2012 siguen reflejando estas tensiones. Algunos prohíben la crioconservación de embriones y estimulan la vitrificación de óvulos y también insisten en que serán “beneficiarios todas las personas”, sin distinción de su estado civil u orientación sexual, pero haciendo la salvedad de que deben ser diagnosticados con la “enfermedad de la infertilidad/esterilidad”.

Es necesario reflexionar sobre la presencia de bioeticistas católicos como expertos que asesoran legisladores. Esto es parte de un proceso más amplio que no sólo se da en el caso de fertilización asistida. También son convocados como bioeticistas cuando se debate sobre aborto o muerte digna e integran comités de bioética en hospitales públicos. En el contexto del Vaticano se institucionalizó una corriente de bioética impulsada por teólogos y miembros de la jerarquía católica. Su desarrollo se estableció en el marco de la Pontificia Academia para la Vida fundada en 1994 por Juan Pablo II con el objetivo de monitorear los avances de la biomedicina y el derecho que “afecten a la moral cristiana y al Magisterio de la Iglesia”<sup>89</sup>. Su principal representante es el cardenal E. Sgreccia, quien denominó esta perspectiva como “bioética personalista ontológicamente fundada”<sup>90</sup>. Esta corriente insta a los profesionales católicos laicos a participar en espacios biomé-

<sup>88</sup> Ley 26.618 de Matrimonio Civil. Código Civil. Modificación disponible en [www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm) (11/9/2012).

<sup>89</sup> Academia Pontificia para las Ciencias, “Mensaje del santo padre Juan Pablo II a los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias”, 1996, [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/messages/pont\\_messages/1996/documents/hf\\_jp-ii\\_mes\\_19961022\\_evoluzione\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/pont_messages/1996/documents/hf_jp-ii_mes_19961022_evoluzione_sp.html) (11/9/2012).

<sup>90</sup> LUGO, Elena, *Bioética personalista. Visión orgánica del padre José Kantenich*, Patris, Córdoba, 2006.

dicos y científicos desde su fe<sup>91</sup>. En la actualidad, clérigos, laicos y teólogos tienen a su cargo maestrías, doctorados y cátedras en diversas instituciones educativas, y publicaciones y una gran industria editorial relacionadas con la bioética<sup>92</sup>. Algunos autores sostienen que existe un conflicto entre una “bioética laica” y una “bioética confesional”<sup>93</sup>. Me inclino a pensar con Borrillo<sup>94</sup> que la bioética como “ciencia oficial de protección moral de lo vivo” produjo una metafísica de los cuerpos y de la vida que transpone, en una forma laica, la misma ideología de la tradición católica. Esto se materializa en nuestro país con una histórica estrategia del catolicismo de penetración en las diversas esferas de la vida colectiva<sup>95</sup> y un Estado que otorga a la Iglesia católica en estatuto de privilegio respecto de otras religiones.

Tal como sostiene Esquivel, históricamente, la Iglesia católica ha instrumentado diversas estrategias para reproducir una presencia pública extendida que le permita conservar su poder institucional. Por otra parte, el autor indica que existen componentes de la cultura política nacional que han llevado a las distintas Administraciones gubernamentales a “canalizar de modo acrítico las peticiones de la institución religiosa”<sup>96</sup>. En esta línea se enmarca el actual Anteproyecto de reforma del Código Civil, que en su art. 146<sup>97</sup> mantiene el estatuto de “persona jurídica pública” a la Iglesia católica, ubicando esta institución religiosa en un plano de igualdad con los Estados nacionales, provinciales, municipales y extranjeros. Si bien en el caso de la filiación por técnicas de reproducción asistida, el Anteproyecto se aleja de los postulados doctrinales de la Iglesia católica, en la redacción del texto aparecen algunos conceptos de fuerte raigambre católica. En el art. 19 se establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”, con derechos y obligaciones sujetos al nacimiento con vida (art. 21). Además, en el art. 24 se incorporan como “incapaces de ejercicio” a la entidad denominada “la persona por nacer”, que tiene por representantes a sus padres (art. 101), con un reconocimiento filiatorio que está sujeto al nacimiento con vida (art. 575), pero que se puede impugnar

<sup>91</sup> Congregación para la Doctrina de la Fe, “*Dignitas personae*. Sobre algunas cuestiones de bioética”, 2008, [www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20081208\\_dignitas-personae\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html) (11/9/2012).

<sup>92</sup> SÁDABA, Javier, “Bioética: inmigración y mestizaje”, en ÁLVAREZ DEL RÍO, Asunción - RIVERO WEBER, Paulina (eds.), *El desafío de la bioética. Textos de bioética*, vol. 2, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, ps. 157-178.

<sup>93</sup> SÁDABA, Javier, *Principios de bioética laica*, Gedisa, Barcelona, 2004.

<sup>94</sup> BORRILLO, Daniel, *Bioéthique*, Dalloz, Paris, 2011.

<sup>95</sup> MALLIMACI, Fortunato - CUCCHETTI, Humberto - DONATELLO, Luis M., “Catolicismo y nacionalismo: lo político-religioso y la ‘matriz común’ en Argentina”, *Problems d’Amerique Latine*, 2011, ps. 29-47.

<sup>96</sup> ESQUIVEL, Juan Cruz, “Cultura política y poder eclesiástico”, *Archives de Sciences Sociales des Religions*, nro. 146, 2009, ps. 41-60.

<sup>97</sup> Agradezco al Dr. Juan Cruz Esquivel, investigador de Conicet, por sus comentarios sobre este artículo.

preventivamente antes del nacimiento (art. 592). Así, la incorporación de palabras como “la persona por nacer” o “el concebido”, con un significado específico arraigado en conceptos religiosos, colabora para imponer una visión legítima del mundo social que consolida la hegemonía simbólica<sup>98</sup> y política (art. 146) de la Iglesia católica en la regulación de la vida de los individuos.

Si bien el Anteproyecto perpetúa la posición de privilegio de la Iglesia católica como institución (art. 146) y retoma ciertos conceptos religiosos en su articulado, se observa una distancia de los postulados de las jerarquías eclesiásticas en relación con las modificaciones propuestas al matrimonio o a las reglas de filiación para “los concebidos” mediante técnicas de reproducción asistida. Un detalle significativo es que la existencia de la persona humana está relacionada con la concepción o implantación de los embriones en el cuerpo de la mujer. Las jerarquías de la Iglesia católica sostienen que no hay diferencia ontológica entre estos dos tipos de embriones<sup>99</sup>, porque no es la mujer la que otorga la condición de “persona” al embrión o feto, sino el propio Dios, que es partícipe en la procreación. Por otra parte, el Anteproyecto otorga un marco jurídico a las distintas constelaciones filiatorias poniendo en un plano de igualdad de derechos a los hijos de parejas heterosexuales u homosexuales, independientemente de cómo hayan sido concebidos, de manera natural o mediante técnicas de reproducción. En un ámbito democrático, con un proceso de mayor visibilidad y reconocimiento de derechos ciudadanos, resulta necesario poner atención al debate parlamentario que se llevará a cabo durante 2012 para dar cuenta de cómo la dirigencia política podrá procesar “la tensión entre la creciente diversificación en materia de derechos y la presión eclesiástica por universalizar su moral religiosa”<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> WACQUANT, Löic, “Poder simbólico y práctica democrática”, en WACQUANT, Löic (coord.), *El misterio del ministerio. Pierre Bourdieu y la política democrática*, Gedisa, Barcelona, 2005, ps. 13-22.

<sup>99</sup> Centro de Bioética, Persona y Familia, “Análisis del documento...”, cit.

<sup>100</sup> ESQUIVEL, Juan Cruz, “Cultura política...”, cit., p. 41.





## DERECHO A LA VIDA ¿DE QUIÉN? LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN AMÉRICA LATINA

por LILY FLAH\* y NELLY MINYERSKY\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

En la Argentina, así como en América latina, la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE) se encuentra abierta. Si bien es una problemática que ha existido siempre, es en estos últimos años en los que el debate se ha agudizado y potenciado, especialmente a la luz del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer que integran la nómina de derechos humanos fundamentales. El aborto ha devenido objeto de debate en la opinión pública, transformado en tema tabú por distintos sectores sociales —religiosos, confesionales— en igual o mayor medida.

El avance sobre la universalización e indivisibilidad de los derechos humanos esenciales personalísimos ha puesto al descubierto que existen derechos que no se respetan, que no se garantizan, en especial, el derecho a la salud sexual y reproductiva, a tener o no tener descendencia, a la planificación familiar, a la autodeterminación de las personas sobre su propio cuerpo.

Este trabajo tiene como objetivo analizar la IVE en los países latinoamericanos; cómo influyen los tratados de derechos humanos en esta temática; la despenalización y la legalización de la práctica; discernir sobre los papeles que cumplen médico y juez ante una situación de aborto no punible y otros actores sociales, como son las instituciones religiosas. Las conclusiones a las que se arribe generarán cuestionamientos sociales para el tratamiento de una problemática que contemple la plena vigencia de estos derechos que afectan severamente no sólo los intereses de las mujeres sino, en mayor medida, a la salud pública.

\* Abogada, UBA. Profesora consulta de la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la maestría y carrera de especialización en Problemáticas Sociales Infantojuveniles, Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Permanente de UBACyT.

\*\* Titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 90. Profesora consulta de la Facultad de Derecho, UBA.

## II. LA IVE EN EL MUNDO

Si bien las discusiones en torno a esta temática se basan en posiciones personales asumidas desde las convicciones morales, éticas y religiosas de cada individuo, lo cierto, e independientemente de ello, es que en el mundo se practican millones de interrupciones voluntarias de embarazos. Consideramos esencial realizar un breve análisis sobre el aborto a nivel mundial, para que en el debate social se tenga presente no sólo el punto de vista teórico y personal de cada individuo, sino que se desarrolle teniendo al alcance datos que reflejen la realidad, atento los bienes sociales implicados.

Un estudio publicado por la revista médica *The Lancet*, liderado por la investigadora Gilda Sedgh, informó que en 2008, en el mundo, se realizaron 43.800.000 abortos, comparados con los 41.600.000 de 2003 y 45.600.000 de 1995.

El número absoluto de abortos puede verse afectado por el continuo incremento de la población; por ello, la mejor forma de medir es el número de abortos por cada mil mujeres, que en este informe se consideró sobre el segmento de mujeres de 15 a 44 años.

La diferencia entre las 29 por 1000 de 2003, al 28 por 1000 de 2008, no reflejó una variación radical, como sí lo es la de 35 por 1000 en 1995 al 29 por 1000 de 2003. A su vez, debe aclararse que en el mundo desarrollado, en 2008, el promedio estimado de abortos por cada 1000 mujeres es de 24, contra 29 en los países en desarrollo. En África, las cifras de abortos van de 15 abortos por cada 1000 en el sur a 38 en el este, en 2008. En Asia, las subregiones ostentan 26 abortos por 1000 en el sur, Asia central y del oeste, a 36 en el sudeste, en 2008. Las cifras del aborto se mantuvieron estables en Asia entre 2003 y 2008. En 2008, el más bajo porcentaje mundial se mostró en el oeste de Europa, de 12 abortos por cada 1000 mujeres, y el más alto se dio en Europa del Este con una cifra de 43.

El análisis de las cifras expresadas en el estudio requiere que recordemos la definición que ha brindado la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre aborto inseguro, al que define como el procedimiento para terminar un embarazo no deseado que se lleva a cabo por personas que carecen del entrenamiento necesario y/o en condiciones no sanitarias<sup>1</sup>.

En todo el mundo, el 49% de los abortos fue practicado de forma insegura en 2008, en comparación con el 44% que se registró en 1995. En África, casi el 97% de los abortos fue inseguro en 2008. En Europa, el 91% de los abortos fue realizado de manera segura, y prácticamente todos los abortos inseguros en Europa tuvieron lugar en Europa del Este, en 2008 (13%).

La proporción estimada a nivel global de embarazos que terminaron en abortos en 2008 fue de 21%, en tanto que en 2003 fue del 20% y en 1995, del 23%.

Son varias las conclusiones a las que se puede arribar a partir de los datos expuestos de investigación:

<sup>1</sup> World Health Organization, *The Prevention and Management of Unsafe Abortion. Report of a Technical Working Group*, Geneva, WHO, 1992, WHO/MSM/92.5.

a) Entre 1995 y 2003 se observó una tasa decreciente en el número de abortos, debido fundamentalmente a la proliferación de los métodos anticonceptivos. Esta situación varía a partir de 2003, cuando se observa un estancamiento, en especial debido a la falta de políticas públicas en relación con la temática en los países en desarrollo.

b) La tasa de abortos es sensiblemente menor en aquellas regiones integradas por países cuya legislación es ampliamente permisiva, p. ej., Europa occidental, salvo Irlanda y en Sudáfrica. Esta última registra la tasa de aborto más baja de todo el continente. En Europa la tasa sería aún más baja si no fuera porque en los países de Europa oriental es deficiente la provisión de métodos anticonceptivos modernos. En estos países, la tasa es cuatro veces mayor que en los países que integran Europa occidental.

c) Las complicaciones debidas al aborto inseguro representan un 13% del total de muertes maternas acaecidas en 2008.

d) El aborto inseguro produce que aproximadamente 8.500.000 mujeres requieran atención médica a raíz de las complicaciones postaborto, de las cuales 3.000.000 no la reciben debidamente.

e) En los países en desarrollo, las mujeres afectadas son, especialmente, las pobres.

Resulta evidente que los países de Europa occidental (Inglaterra, Francia, Holanda, etc.), que han despenalizado el aborto hace décadas, han logrado una sensible disminución en las tasas de interrupción del embarazo en las primeras semanas<sup>2</sup>.

### III. SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA

América latina ofrece un panorama desolador. Se registran las tasas más altas de aborto voluntario inseguro, así como complicaciones postaborto y su consecuencia: la muerte. El número de abortos inseguros en América latina pasó de 3.900.000 en 2003 a 4.200.000 en 2008.

#### 1. La legislación

Es pertinente desagregar tres tipos de legislación en la región:

##### *a) La que permite el aborto a solicitud de la mujer*

Los únicos dos países que así lo permiten son Cuba y Guyana, dentro de las doce semanas de gestación en el primer caso, y ocho en el segundo. Debe incluirse en esta reseña sólo el Distrito Federal (ciudad de México), que lo autoriza hasta

<sup>2</sup> El presente capítulo se realizó sobre la base de los datos aportados por la investigación del *Guttmacher Institute*, New York, Estados Unidos, a cargo de SEDGH, Gilda - SINGH, Susheela - SHAH, Iqbal H. - ÁHMÁN, Elisabeth - HENSHAW, Stanley K. - BANKOLE, Akinrinola, "Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008", *The Lancet Online* del 19/1/2012, [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com).

la semana doce. En Cuba, cuando está en peligro la vida o la salud de la mujer, en caso de violación o malformación fetal se puede admitir el aborto sin límite de tiempo en la gestación, previa autorización médica. Es interesante la regulación del Código Penal que, si bien aparece como sancionatoria, su objetivo es la protección de la salud de la mujer orientándola para evitar las prácticas clandestinas. Así se penaliza a quien realiza el aborto por lucro, fuera de las instituciones oficiales, o por quien no está habilitado como médico.

En Guyana, el tiempo de gestación en los casos de peligro para la vida, salud física o mental, violación o incesto, malformación del feto o condiciones socioeconómicas es de dieciséis semanas.

Párrafo aparte merece la situación planteada en Uruguay. En 2008, con el voto unánime de los senadores del Frente Amplio, se aprobó la ley que despenaliza el aborto. Pero sólo dos días después de la sanción de la Ley Integral de Salud Sexual y Reproductiva, el presidente Tabaré Vázquez vetó el artículo que consagra el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente un embarazo hasta las doce semanas de gestación. Pero, transcurrido cierto tiempo, a fines de 2011, fue aprobado nuevamente en el Senado un proyecto del Frente Amplio que legaliza el aborto, estando pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados.

*b) La que lo prohíbe y no admite excepción alguna (Chile, El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana)*

Estos países produjeron una regresión legislativa, violando de esta manera los derechos humanos de las mujeres al generar, en los últimos años, modificaciones legales restrictivas, ya que la mayoría de ellos contemplaba causales de justificación que han quedado derogadas (Nicaragua en 2006<sup>3</sup>, República Dominicana en 2009, El Salvador en 2007<sup>4</sup>).

El caso de Chile amerita una mención especial: en 1964 se aprobaron las píldoras anticonceptivas y, desde 1931, el Código Sanitario admitía el aborto que fuera indicado por dos médicos en caso de peligro para la salud de la mujer. Esta práctica fue abolida en septiembre de 1989. Llama la atención que durante toda la dictadura se mantuvo esa causal de justificación y recién cinco meses antes de que Pinochet dejara el Poder Ejecutivo fue removida. Actualmente, en Chile fallecen ciento sesenta mujeres por año a causa de abortos clandestinos y complicaciones postaborto.

El Comité contra la Tortura se ha referido a prácticas que configuran tortura, incluyendo la prohibición del aborto en forma absoluta, en especial en los casos de violación sexual, incesto o cuando se encuentra en peligro la vida de la mujer. Tal es el caso de Nicaragua y Chile, y particularmente en este último se consideró tortura someter a las mujeres a interrogatorio sobre su vida privada y práctica de

<sup>3</sup> Este país, desde 1893, permitía el aborto en caso de violación, incesto y riesgo para la vida de la mujer.

<sup>4</sup> La legislación de El Salvador permitía el aborto en caso de peligro para la mujer, de violación o cuando existían probabilidades de anomalías en el feto antes de la reforma de 2007.

aborto tratando de extraer confesiones a los efectos de penalizarlas, en especial a aquellas que buscan atención médica de emergencia. Los mencionados organismos internacionales han instado a los gobiernos a cesar en dichas conductas.

*c) La que admite causa de justificación*

Las causas de justificación son el peligro para la vida, para la salud, para la salud física o mental, violación e incesto, malformación del feto, condición socioeconómica. Todos los países de América latina, a excepción de los enumerados precedentemente, admiten el aborto en caso de peligro para la vida.

Peligro para la salud física se encuentra en la Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay. Expresamente admiten como causal el peligro para la salud física y mental: Barbados, Belice, Jamaica, Saint Kitts and Nevis, San Vicente y Las Granadinas y Santa Lucía. Contemplan como causal de aborto no punible, en caso de violación y/o incesto: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Panamá, San Vicente y Las Granadinas, Santa Lucía y Uruguay. La malformación del feto está considerada en las legislaciones de Barbados, Belice, Colombia y San Vicente y Las Granadinas. Incorporan la condición socioeconómica como causa de justificación, las legislaciones de Belice, Barbados y San Vicente y Las Granadinas.

Se puede señalar que las causales de justificación no están consagradas en forma total en las legislaciones mencionadas, sólo dos países de América, Barbados y San Vicente y Las Granadinas, cuya tradición legislativa es el *common law*, regulan o prevén la totalidad de las causales enumeradas. Asimismo, hay una variación sustancial en el período de gestación requerido para autorizar la práctica, considerando que el riesgo de vida en realidad indica peligro de muerte. La causal de la salud se interpreta generalmente en forma restrictiva sin tener en cuenta el sentido amplio que le otorga la OMS.

Colombia ofrece un panorama muy particular y por ello amerita un estudio especial. Hasta 2005 regía plenamente el art. 122, Código Penal, que criminaliza el aborto sin excepciones. La legislación colombiana admite una acción de inconstitucionalidad que se entabla directamente ante la Corte Constitucional. Los pronunciamientos de ésta son de aplicación obligatoria, de ahí su importancia. Cabe destacar el fallo<sup>5</sup> que fue fruto de un movimiento muy amplio en el cual participó gran parte de la sociedad. Se presentó una demanda en la que se solicitaba la inconstitucionalidad del artículo referido. La petición se fundó en las recomendaciones que habían hecho a Colombia los Comités de Monitoreo de los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el país. En especial, las recomendaciones del Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Cedaw), que habían referido que “la normatividad [de Colombia] sobre aborto constituye una violación a los derechos a la salud y a la vida de las mujeres”. También se fundamentó el pedido en la interpretación que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el art. 4º, Pacto de San José de Costa Rica, en el caso

<sup>5</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-355/2006, dictada el 10/5/2006, a raíz de la demanda presentada por la abogada Mónica Roa.

conocido como “Baby Boy”<sup>6</sup>, así como el fallo contra el Estado mexicano de la misma Comisión, conocido como “Paulina v. México”<sup>7</sup>, y en “K. v. Perú”<sup>8</sup>, que se llevó a cabo ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se dictó el 10/5/2006 y sostuvo que el art. 122, Código Penal, es constitucional siempre y cuando se entienda que no aplica para tres casos: “a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”. Es suficiente la mera denuncia ante la policía.

El efecto de esta sentencia fue muy amplio, incidiendo en tal medida en la opinión pública, que produjo una modificación sustancial, ya que una encuesta nacional llevada a cabo un mes después de presentar la demanda mostró que el 85% de la población estaba en contra de cualquier tipo de despenalización y en mayo ya estaba mayoritariamente a favor de la despenalización parcial, virando a más del 60% luego de la sentencia.

## 2. Estado de situación

Como se ha dicho, en la mayoría de los países se contemplan situaciones en las que el aborto es legal; sin embargo y a pesar de ese reconocimiento, es común la colocación de obstáculos que impiden o dificultan el acceso de las mujeres al derecho que las asiste.

Según la Organización Panamericana de la Salud, “en muchos casos en que las mujeres están legalmente autorizadas para tener un aborto, no se dispone de servicios seguros por diversas razones. Éstas incluyen problemas del sistema de salud, tales como falta de proveedores capacitados o su concentración en áreas urbanas, actitudes negativas del proveedor, utilización de métodos inadecuados o desactualizados para inducir el aborto, falta de autorización para proveedores o instalaciones, falta de conocimiento de la ley o falta de aplicación de la ley por parte de los proveedores, requerimientos reglamentarios complejos o falta de recursos. También deben encararse factores políticos y sociales más amplios si va a brindarse acceso a un servicio legal y sin riesgos, tales como los requerimientos reglamentarios o legales, la falta de información pública sobre la ley y los

<sup>6</sup> Resolución 23/81, caso 2141, dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6/3/1981.

<sup>7</sup> “Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. México”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió informe de solución amistosa 21/07. Petición 161-02, 9/3/2007.

<sup>8</sup> La mujer peruana tenía un embarazo de un feto anencefálico y, consecuentemente, derecho a un aborto; en este caso, se sostuvo que obligar a una mujer a dar a luz a un bebé en esas condiciones habría constituido una tortura y un trato inhumano y degradante. El caso fue resuelto mediante dictamen del 24/10/2005 (comunicación 1153/2003) por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

derechos de las mujeres bajo la ley, la falta de conocimiento sobre lugares donde se realizan abortos o la necesidad de efectuar el aborto en etapas tempranas del embarazo, la actitud familiar, el estigma y los temores en relación a la privacidad y confidencialidad y cómo se percibe la calidad de la atención”<sup>9</sup>.

En el caso argentino, establecido y aceptado que existen supuestos legales en los que el aborto no es punible, cabe añadir que la realidad enseña que cuando se cumplen los presupuestos que legalmente habilitan la procedencia de la interrupción del embarazo, éstos no operan automáticamente sino que sufren el retraso de la solicitud de autorización judicial, lo que implica un menoscabo al goce o ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres.

Requerir la intervención de un juez es interponer una barrera que dificulta arbitrariamente el acceso a la salud y resulta inconstitucional. Tanto el sistema de salud cuando la solicita, como el juez cuando responde la solicitud, están violando el derecho a la salud integral de las mujeres<sup>10</sup>.

Paradójicamente, los sistemas legislativos que aparecen propiciando cambios tendientes a lograr la efectiva vigencia de los derechos humanos, (p. ej.: reconocimiento a los pueblos originarios, equiparación de derechos económicos y sociales, la no discriminación, etc.) se mantienen harto restrictivos en esta materia, como es el caso de Venezuela, que sólo admite la causal de peligro para la vida, y Ecuador y Bolivia, que admiten peligro para la vida, la salud y en caso de violación.

Se torna en este punto fundamental considerar que al momento de llevar adelante un aborto, además de la mujer, quien es o debería ser la voz más autorizada para la decisión, existen otros dos actores que no deberían tornarse importantes en la ecuación, pero en la realidad que vive América latina sí lo son. Por un lado, el médico, pieza fundamental e irremplazable en el procedimiento. Por otro lado y no tan esencial, el juez, quien no tendría por qué entender en temas de abortos no punibles, pero debido a la deficiencia en la reglamentación de este derecho deviene en tan o injustamente más autorizado para opinar y decidir que la propia mujer.

Como hemos enunciado precedentemente, existen en las legislaciones excepciones en las que el aborto no se encuentra penado. En ese caso, la mujer embarazada que decide interrumpir el embarazo, cualquiera sea la excepción que la comprenda, concurre al médico para que se le practique dicho procedimiento. Como vimos en el apartado anterior, si bien el procedimiento es simple y la legislación no exige una autorización judicial, en la realidad los médicos se niegan a llevarlos adelante sin la autorización mencionada.

Prueba de lo expuesto son las recomendaciones del Cedaw a los Estados, tanto aquellos donde se encuentra penalizado totalmente el aborto como a aquellos en los cuales se encuentra despenalizado en algunas circunstancias. La lectura de las preocupaciones y las recomendaciones de dicho organismo a través de los años nos muestra los efectos de la penalización total y/o parcial sobre la salud de las mujeres de nuestro continente en el índice de mortalidad y la incidencia

<sup>9</sup> Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*.

<sup>10</sup> MAFFÍA, Diana, “Aborto no punible: del amparo de la ley al desamparo de la justicia”, *Urbe et Ius*. Revista de Opinión Jurídica, año II, nro. 13, otoño 2006.



que, sobre todo, tiene sobre los sectores más vulnerables de nuestros países. Es interesante señalar que en todos ellos se hace un parangón entre la cantidad de abortos ilegales y en condiciones de riesgo que se practican, relacionadas con el deficiente acceso que las mujeres pueden tener a los servicios de interrupción legal de los embarazos. Asimismo, se señala en todos ellos la preocupación por la elevada tasa de mortalidad materna y la falta de atención a los abortos legales. Es por ello que en las recomendaciones se insta a los Estados parte a reglamentar las disposiciones legales vigentes; por ejemplo, el derecho al aborto terapéutico y de mejoramiento en los accesos a los centros de salud.

Estos señalamientos adquieren una intensidad especial en las recomendaciones a aquellos países en los cuales rige la prohibición o penalización total.

### 3. Enfermedad y muertes maternas en la Argentina

La OMS ha definido como enfermedad o morbilidad y mortalidad materna a las que se producen durante y después del embarazo y el parto, hasta finalizar el período del puerperio. Si bien hay que señalar que, en muchos supuestos, las enfermedades graves, cuyo origen es el embarazo o el parto, pueden provocar la muerte después de las seis semanas del puerperio. En una alta proporción, las enfermedades y las muertes maternas son prevenibles y evitables. La mortalidad materna se mide a través de la razón de mortalidad materna (en adelante, RMM) que compara el número de mujeres que mueren por causas debidas al embarazo, parto o puerperio, por año en un país, región y/o provincia, con el número de niños nacidos vivos en el área geográfica considerada por año. Los datos que se aportan son los registrados por el Ministerio de Salud de la Nación y todos los ministerios provinciales. La evolución del RMM de 1990 a 2009 (último dato conocido) muestra que el índice en estudio presenta oscilaciones que van desde 40.0 por 100.000 nacidos vivos, que se estabiliza a partir de 2000 y presenta una leve tendencia al ascenso desde 2006, con un nuevo pico en 2009, que registra 55.0 por 100.000.

Si se compara el índice RMM de la Argentina con el de países vecinos como Brasil, Uruguay y Chile, que tienen condiciones similares de cuidado del parto y el puerperio, se observa que aquél es mayor en nuestro país.

En 2000 se produjeron 429 muertes maternas totales; en 2008, 323. Llama la atención que a través de los años, incluido 2009, las muertes debido a aborto siempre se mantienen como un tercio de todas las muertes de este tipo, y ocupa siempre el primer lugar en causas de muerte materna, e inclusive entre 2008 y 2009 se incrementó de un 8.0 a un 12.0 por 100.000 nacidos vivos.

La Argentina, junto con Jamaica y Trinidad Tobago, son los únicos países de la región en que el aborto es la primera causa de muerte materna.

No debemos dejar de asentar que el registro de muertes maternas, y en especial por aborto, conlleva un subregistro que, según estudios del Ministerio de Salud de la Nación en la ciudad de Buenos Aires y la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Buenos Aires, han llegado a indicar que puede alcanzar, sobre una muerte registrada, dos no registradas. En especial, ello se observa en las complicaciones postaborto, para ocultar la ilegalidad del hecho generador de la situación.

Una característica de nuestro país es que determinadas provincias tienen un índice menor al nacional y otras lo superan. Las regiones del noreste y noroeste argentino llegan a duplicar el valor de la media. Formosa, en 2008, aparece con un índice RMM de 118 por cada 100.000 nacidos vivos, y Jujuy, de 100.

Las mujeres que son dadas de alta por aborto en los hospitales públicos abarcan una franja etaria de 10 a 14 años, y otra de 50 a 54 años. En 2008 se observa un aumento de los abortos realizados en adolescentes en relación con 2005<sup>11</sup>.

La muerte materna por causa de aborto es la primera en catorce de las veinticuatro provincias, entre ellas, Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, etcétera.

En 2008 (último año con datos informados por el Ministerio de Salud) fueron dadas de alta 55.798 mujeres internadas por aborto en hospitales públicos de todo el país. En 2005, 68.869, número que sólo refleja alrededor del 50% de todas las internaciones por esta causa, cifras que muestran la magnitud que tiene este tema sobre la salud de las mujeres y la salud pública. Muchas de estas internaciones son casos graves que, en principio, no requieren un período prolongado de cuidado, pero que pueden derivar en la necesidad de internación en terapia intensiva. La significancia del aborto inseguro en la salud y la vida de las mujeres, en primer término, y, en segundo término, en el presupuesto público de salud ponen en evidencia la deficiencia de las políticas públicas que respeten y hagan efectivos los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la ineficacia de la legislación que penaliza la interrupción del embarazo y, en especial, la necesidad de darle plena vigencia a los tratados de derechos humanos y respetar las recomendaciones del Comité del Cedaw.

Este aumento de mortalidad materna implica el incumplimiento, por parte del Estado, del compromiso asumido por el país en Naciones Unidas cuando se aprobaron los objetivos del desarrollo del milenio.

En síntesis, las recomendaciones del Cedaw propician las modificaciones de la legislación sobre aborto y la adopción de medidas para garantizar el acceso al procedimiento y el respeto de los derechos de las mujeres.

#### IV. VIDA HUMANA, SER HUMANO, PERSONA Y SU RELACIÓN CON LA IVE

En primer término deberíamos preguntar ¿qué es derecho a la vida? Cuando hablamos de derecho a la vida, ¿hablamos de vida humana, ser humano, individuo, persona? Consideramos que se debe reflexionar profundamente sobre los alcances de esta terminología y, desde ya, sostenemos que desde el punto de vista filosófico y moral no son términos equivalentes, carecen de los mismos atributos.

A los efectos de arribar a una conclusión podemos recordar algunas doctrinas que nos hablan de la vida y su sacralidad, sin dejar de considerar si cualquier existencia o cualquier elemento de vida humana tienen igual valor.

<sup>11</sup> A único modo de ejemplo, ver en [www.diariodelsurdigital.com.ar/spip.php?article3536](http://www.diariodelsurdigital.com.ar/spip.php?article3536) (12/9/2012), en septiembre del año pasado trascendió el caso de una joven de 17 años que falleció en el Hospital Delicia Concepción Masvernat de la ciudad de Concordia, debido a "un diagnóstico de muerte por aborto séptico con fallas multiorgánicas", y en [www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-181062-2011-11-12.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-181062-2011-11-12.html) (12/9/2012), *Página/12* del 12/11/2012, una niña de 13 años muere en Salta como resultado de un aborto inseguro.

“La sacralidad de la vida es un núcleo de controversias en el pensamiento contemporáneo”. Walter Benjamin escribió, ya en 1921, en un artículo sobre la violencia revolucionaria: “Investigar el origen del dogma de la sacralidad de la vida podría ser provechoso. Tal vez, y muy probablemente, es reciente, como el último extravío de la debilitada tradición occidental, de querer recuperar lo sagrado que ha perdido en lo cosmológicamente inescrutable”<sup>12</sup>. Es verdad, vivimos en un mundo desacralizado como nunca, donde sin embargo ha cobrado un ímpetu innegable la idea del carácter sagrado de la vida. ¿La existencia en sí misma es más importante que la existencia justa?, pregunta Benjamin, analizando la intensa polémica entre pacifistas y bolcheviques que sacudía a Alemania. “¿Qué es lo que ponen por encima de la justicia quienes sacralizan la vida; el mero hecho de vivir o que el no ser es más terrible todavía que el no ser aún del justo?”<sup>13</sup>.

Se ha dicho que la defensa de la vida es una consigna que impacta en la sociedad y en las personas en forma individual, recogiendo en primer término una solidaridad total: ¿quién puede estar en contra de defender la vida? El tema es que estas palabras encierran una gran paradoja que empieza a surgir no bien nos ponemos a analizar qué quiere decir defender la vida ¿de quién? y ¿de qué? Pero es cierto que “enarbolar una consigna endeble pero que el sentido común hace suya con naturalidad es un gran acierto por parte del conservadurismo religioso, una ventaja de entrada. Obliga a sus contendientes a poner sus energías en resistirse a quedar confinados en lo que Juan Pablo II llamó ‘la cultura de la muerte’, refiriéndose a los anticonceptivos, el aborto y la eutanasia. Nadie quiere quedar encapsulado en algo así como la cultura de la muerte. Obliga a pensar y transmitir cómo anticonceptivos, aborto y eutanasia pueden ser formas de defensa de cierta concepción de la vida, no de la vida como noción absoluta, que a poco que se razone resulta insostenible”<sup>14</sup>.

Tanto es así que la discusión entre los grupos provida y aquellos que defienden los derechos de la mujer, si se analiza su discurso, ambos tienen como punto de partida común la sacralidad de la vida, pero llegan a conclusiones totalmente opuestas<sup>15</sup>.

La defensa de la vida aparece como una estrategia política y discursiva moralmente efectiva, pero tiene problemas cuando se acerca a la práctica completa de las personas. Las cifras de complicaciones postaborto inseguro y de mortalidad materna ponen de manifiesto que puede ser un discurso moralmente efectivo pero que está pleno de contradicciones si también consideramos la incorporación de la dignidad como un elemento inescindible del derecho a la vida.

“Las discusiones filosóficas y teológicas sobre el aborto giran en torno a multitud de cuestiones como la santidad de la vida y en qué consiste decir que una vida es sagrada. La respuesta a esta pregunta, que suele convertirse en central

<sup>12</sup> BENJAMIN, Walter, *Estética y política*, Las cuarenta, Buenos Aires, 2009.

<sup>13</sup> VASALLO, Marta, “El sentido común y el derecho a decidir”, en DELLA SIEGA, Viviana (comp. y ed.), *Seminario de Acceso a la Justicia Reproductiva*, Rosario, 2011, p. 93.

<sup>14</sup> VASALLO, Marta, “El sentido...”, cit., p. 93.

<sup>15</sup> Ver MUJICA, Jarís, *Microscopio de la bioética a la biopolítica*, Promsex, Lima, 2009.

para el debate de cuándo empieza la vida humana, es una cuestión filosófica, biológica, jurídica y también una construcción cultural”<sup>16</sup>.

Las reflexiones sobre ser humano/persona/vida humana han sido materia de estudio profundo en relación con el aborto. Nos hemos preguntado sobre la importancia de esta terminología y su debida conceptualización. Siguiendo a Margarita Roulet podemos decir que, en términos morales seculares: “¿Por qué la distinción seres humanos/personas es importante para los debates sobre el aborto? Porque en términos morales seculares lo que importa es que seamos personas y no nuestra pertenencia a la especie *homo sapiens*. La distinción entre personas y seres humanos tiene consecuencias para el modo de tratar la vida personal humana en contraste con la mera vida humana biológica. Una vez delimitadas estas distinciones se pueden poner al descubierto algunas confusiones conceptuales en el debate actual sobre el aborto. No interesa en qué preciso momento empieza la vida humana. En todo caso la preocupación debería ser —en el contexto de la moralidad secular— en qué punto del desarrollo orgánico de los individuos humanos, los seres humanos se convierten en personas”<sup>17</sup>.

Al no poder identificar plenamente el embrión como persona humana corpórea se introduce en las reflexiones sobre la naturaleza moral y jurídica del embrión/feto el término de persona potencial. Es allí donde Margarita Roulet se pregunta: “¿Por qué es incorrecto decir que un feto es una persona en potencia? Esto se relaciona con la cuestión de qué ocurre desde el punto de vista de la moralidad secular con las entidades que se convertirán en agentes morales tales como embriones, fetos y criaturas. Un argumento apelaría a la idea de que son personas en potencia y que, por consiguiente, se les deben acordar los derechos y la categoría de personas. Pero el lenguaje de la potencialidad es engañoso porque, en primer lugar, induce a suponer que un X que es un Y en potencia, posee ya misteriosamente el ser y el significado de Y. En segundo término, si los fetos son personas en potencia, se sigue que no son personas. En consecuencia no tienen los derechos actuales de las personas sino que los tienen potencialmente. Si los fetos son solamente personas en potencia, no tienen los derechos de las personas. La moralidad secular atiende a la importancia de las personas. No existe un modo en principio para apreciar el valor primordial de un ser humano”<sup>18</sup>.

La falta de precisión al hablar de potencialidad, en cuanto a algo posible que puede ser o no ser, ha ocupado a filósofos y juristas. “No se puede negar que todo proceso de gestación, sin importar el nombre que se emplee: potencial vida humana, nasciturus, etc., es un proceso que culmina con el nacimiento. Reconocerlo como persona sería pensar que hay una vida humana independiente. Ahora, ¿qué quiere decir persona potencial? Es un concepto hartó indeterminado, podría llegar

<sup>16</sup> CASADO, María, “Salud sexual y reproductiva (sobre educación sexual, anticoncepción y aborto)”, en GARAY, Oscar E. (coord.), *Bioética en medicina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 122.

<sup>17</sup> ROULET, Margarita, “Los seres humanos y las personas”, ponencia presentada en el Coloquio de Filosofía Teórica, Sadaf, Buenos Aires, 1999.

<sup>18</sup> ROULET, Margarita, “Los seres humanos...”, cit.

incluso a pensarse que hay potencialidad en los gametos, o que hay potencialidad en dos personas que pueden llegar a tener una relación sexual que pueda devenir en la unión de los gametos”<sup>19</sup>.

Es difícil lograr una respuesta unánime o común, pues la ética depende demasiado de la ideología de cada uno. En Francia, el Comité Consultivo nacional, después de veinte años de notables trabajos y numerosas opiniones consultivas sobre el embrión humano, no ha consensuado definitivamente estas cuestiones; y es normal que así haya sucedido, especialmente en razón de su composición, deliberadamente pluralista. Decir que el embrión debe ser reconocido como una persona humana potencial (primera opinión del Comité, en 1984) no resuelve el problema, porque un ser reconocido como potencial no es necesariamente un ser y, consecuentemente, es posible que en definitiva no lo sea. En cuanto a la vida y su comienzo, cada uno tiene sus propias convicciones (ver opinión 5 del Comité, de 1985). De esta posición sólo podría concluirse que probablemente hay un derecho de una persona potencial a una vida potencial; pero, para un jurista, de la potencialidad a la efectividad hay un paso significativo<sup>20</sup>.

Se ha ocupado también sobre el hecho de la persona potencial = feto o embrión, Margarita Valdés: “Es un error sostener que la potencia siempre está ordenada a ser; también, siguiendo a Aristóteles, puede resultar en un no ser. Por lo tanto, las llamadas propiedades potenciales del feto, en sí mismas, carecen de valor moral”. Manifiesta la autora entonces que “aquí es donde adquiere relevancia la concepción metafísica descriptiva de la persona”<sup>21</sup>.

Muchas han sido, a lo largo de la historia, las teorías que apuntan a dilucidar el momento exacto en que se inicia la vida; cuestión que ha sido materia de reflexión de teólogos, filósofos y juristas, investigaciones que la biotecnología y los progresos científicos han obligado a repensar y recrear la temática.

Debemos destacar que hasta hace pocas décadas era un misterio el fenómeno de la procreación y la consecuente diferenciación entre el cuerpo de la mujer y lo que sucedía en su seno durante el embarazo. Cuando el progreso científico lo permitió se fue develando el complejo proceso que supone la unión de óvulo y espermatozoide hasta llegar al nacimiento con vida.

Numerosas teorías han avanzado sobre el concepto primario de que la vida humana se iniciaba con la unión de los gametos<sup>22</sup>.

Más allá de determinar cuándo comienza la vida, nos interesa estudiar la relación existente entre la persona física —mujer gestante— o el embrión o feto,

<sup>19</sup> MITJANS PERELLÓ, Esther, “Bioética e igualdad en la interrupción del embarazo”, en Casado, María (comp.), *Nuevos materiales de bioética y derecho*, Fontamara, México, 2007, p. 218.

<sup>20</sup> TUZIO, Alejandro P. F. (dir.), “Bioética”, JA 2006-IV, nro. esp., fasc. 6, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 43 y ss.

<sup>21</sup> Ver en VÁZQUEZ, Rodolfo, “Algo más sobre el aborto”, en LAMAS, Marta (dir.), *Aborto: el derecho a decidir. Debate feminista*, año XVII, vol. 34, México, 2006, p. 27.

<sup>22</sup> Véase, para conocer las distintas posturas y sus defensores, FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Jurídica de Chile, Santiago, 2001, ps. 123 a 131.

según el caso, a la luz de las ciencias biológicas, sociales, éticas, morales, articulando el necesario encuadre jurídico.

En primer lugar, cabría acotar el término “persona” a su uso normativo, como categoría formal propia de la condición humana. Ello implica decir que, para gozar de la categoría de persona, el ser humano debe haber pasado por un hecho biológico, social, esencial e ineludible: el nacimiento. La persona no nata, en tanto agente moral, es portadora de intereses, siendo ellos el fundamento de la atribución de derechos inalienables de la condición humana.

Desde el momento de la concepción *in vivo*, la vida humana comienza a gestarse, siendo el cigoto el estadio primario en el desarrollo evolutivo, que culminará o no en el nacimiento de un ser humano; persona y agente moral. Entonces, ¿es el embrión humano *in vivo*, *in vitro*, una persona en el plano normativo y un agente moral en su correlato descriptivo?<sup>23</sup>.

En este estadio resulta adecuado recordar que se han concretado seis condiciones necesarias que hacen a la cualidad de la persona, condiciones que se encuentran unidas por relaciones lógicas y, en determinados casos, son presupuestos unas de otras:

1. Las personas son racionales;
2. son sujetos de adscripciones intencionales;
3. debe tenerse hacia ellas una cierta actitud, un punto que introduce la idea de que las personas son, *inter alia*, objetos morales;
4. cuando se tiene tal actitud, son capaces de reciprocidad, lo cual en forma similar introduce la idea de que ellas son, *inter alia*, agentes morales;
5. son usuarios del lenguaje;
6. tienen una clase especial de conciencia; autoconciencia, junto con la habilidad para formar estados de “segundo orden” (ej.; creencias y deseos sobre creencias y deseos) y por lo tanto una versión de la libertad de la voluntad.

El concepto de persona es inevitablemente normativo. La noción moral y la metafísica de persona no son conceptos separados y distintos, sino sólo dos puntos de apoyo diferentes e inestables en un mismo continuo<sup>24</sup>.

Debe entenderse por comunidad moral secular la comunidad de entidades autoconscientes, racionales, libres de elegir y que tienen inquietud moral. Hay que distinguir la de la comunidad moral canónica, que agrega un plus de contenido religioso. Es funcional discriminar el significado de la vida humana, individuo humano y persona humana.

Según Dworkin, el conflicto se suscita por los diferentes valores que se le atribuyen a la vida. Manifiesta que, en realidad, lo que sucede es que distintos grupos de personas valoran diferentes objetos o eventos de forma distinta, considera que la vida humana es intrínsecamente valiosa en tanto resultado no sólo de un proceso creativo natural o divino, sino también de un proyecto humano, social y cultural. De ello deduce que ambos grupos consideran que la vida huma-

<sup>23</sup> FIRMENICH, Beatriz M., “Estatuto ontológico del embrión. La clonación terapéutica”, [www.bioingenieria.edu.ar/academica/catedras/legislacion/Fer\\_Asist\\_Firmenich.doc](http://www.bioingenieria.edu.ar/academica/catedras/legislacion/Fer_Asist_Firmenich.doc) (12/9/2012).

<sup>24</sup> ROULET, Margarita, “Los seres humanos...”, cit.

na es sagrada o inviolable; la diferencia estriba en que los grupos progresistas enfatizan la fuente de valor de la vida en la contribución humana, social y cultural a ella, considerando que el fracaso de tal inversión humana es moralmente más problemática que la frustración del proceso creativo natural. Por otro lado, las posiciones más conservadoras le dan un valor supremo a lo natural en desmedro de la contribución humana<sup>25</sup>.

Nino intenta dar respuesta a estos interrogantes, reconociendo que si la identidad del feto y el futuro ser autónomo requiere de una continuidad de procesos mentales, difícilmente se podría determinar que en las primeras etapas de gestación exista tal identidad, por la simple y sencilla razón de que en tales etapas el feto no tiene procesos mentales. Y si en tales etapas el feto no tiene procesos mentales es porque no posee un desarrollo de su sistema neurológico que, de acuerdo con los conocimientos científicos actuales, sería necesario para desarrollar una psique. Por lo tanto concluye Nino: “El feto o el embrión no puede tener valor como individuo en los primeros tiempos de la gestación en que no ha desarrollado suficientemente su sistema nervioso central. Consiguientemente, una Constitución comprometida con el valor de la autonomía de la persona no debe necesariamente proteger al feto o al embrión en los primeros meses de su desarrollo”.

Cierro el punto de vista liberal con el pensamiento de la filósofa mexicana Margarita Valdés (1999). Para esta autora, el problema del aborto debe analizarse desde una pregunta central: ¿es moralmente aceptable el aborto intencional? Esta pregunta depende, a su vez, de otras más generales: ¿es el feto una persona?, ¿tiene el feto un valor moral intrínseco que nos imponga la exigencia de proteger su vida?, ¿tiene el feto derechos que estén por encima del derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y sobre su vida personal?

Ahora bien, de acuerdo con los resultados científicos, no existen propiedades psicológicas en los primeros meses de gestación del feto que impongan exigencias morales específicas y que, por tanto, permitan pensar que estamos en presencia de una persona moral. Se sigue, entonces, que “el aborto, cuando se realiza dentro de digamos, el primer trimestre de gestación, no parece ser *por sí mismo* un acto al que le podamos aplicar ningún calificativo moral<sup>26</sup>.”

## V. FACTORES QUE INCIDEN SOBRE LA EFECTIVIDAD Y LA EFICACIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LA NO LEGALIZACIÓN DE LA IVE

### 1. Religión y activismo

Uno de los principales desafíos cuando la sexualidad se vuelve parte de los debates públicos es la influencia política de las religiones. Afirmar que las principales religiones son actores políticos es una premisa indiscutible en la mayoría

<sup>25</sup> Ver DWORKIN, Ronald, *Life's Dominion*, Vintage, New York, 1993.

<sup>26</sup> Ver en VÁZQUEZ, Rodolfo, “Algo más sobre el aborto”, cit., p. 27.

de las sociedades contemporáneas, presencia que se intensifica cuando es la sexualidad lo que está en debate ya que las principales religiones no resignan su rol de controlar la moralidad y la legalidad sobre lo sexual. En Latinoamérica la presencia política de la Iglesia Católica es determinante tanto a nivel de la construcción histórica de la historia del derecho, sobre todo del derecho de familia, que pone en evidencia la influencia de la jerarquía católica sobre el estado. Desde la sanción del Código Civil en el año 1871 que originalmente sólo reconocía efectos legales al matrimonio celebrado por la Iglesia Católica, hasta la definitiva inclusión del divorcio en el año 1987 se puede observar que la Iglesia Católica ha sido un actor crucial cada vez que se debate el orden sexual. En Argentina, como en la mayoría de los países de Latinoamérica, la regulación legal de la sexualidad está condicionada por la influencia histórica, cultural y política de la Iglesia Católica.

El ingreso de los Derechos Sexuales y Reproductivos (DD. SS. RR.) a las agendas públicas nacionales e internacionales puede pensarse como una nueva etapa en la participación política de las religiones. Estos derechos ponen en circulación definiciones sobre la sexualidad que contradicen las principales construcciones religiosas y, por lo tanto, no es sorprendente que diversos actores religiosos se movilicen en resistencia. Argentina no es la excepción, y el ingreso de los DD. SS. RR. a las agendas públicas va acompañado de una (re)activa movilización de sectores religiosos<sup>27</sup>.

En las últimas décadas, grupos seculares y religiosos conservadores de los Estados Unidos han trabajado a los fines de crear vallas, ya sean jurídicas o fácticas, tendientes a evitar los servicios de aborto y a modificar la jurisprudencia de la Corte Suprema que lo legalizó. Si bien la vida fetal tiene su protección óptima en preceptos religiosos “católicos” aprobados en el II Consejo Vaticano de 1965, en 1973, frente a la legalización del aborto en los Estados Unidos, comienzan a generarse movimientos sociales y políticos tendientes a lograr enmiendas sobre la personalidad de la vida humana. Asimismo, en México, frente a la despenalización en ciudad de México en 2007, comienza a producirse un movimiento jurisdiccional que lleva a modificar las Constituciones estatales en México introduciendo el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Más de la mitad de los Estados mexicanos ha introducido tal principio en sus normas superiores. En otros países de Latinoamérica existen movimientos al efecto, tales como Brasil, Colombia<sup>28</sup>.

La realización de congresos, la creación de comisiones especiales multitudinarias en distintos lugares del planeta, nos llevan a la convicción de que a nivel inter-

<sup>27</sup> VAGGIONE, Juan Marco, “La religión como posibilidad y como obstáculo. El matrimonio para las parejas del mismo sexo”, en DELLA SIEGA, Viviana (comp. y ed.), *Seminario de Acceso...*, cit., p. 103.

<sup>28</sup> Véase en KANE, Gillian, “Tendencias globales contra el acceso a los DD. SS. y RR; vínculos entre grupos conservadores en Estados Unidos, América Latina y Europa”, en DELLA SIEGA, Viviana (comp. y ed.), *Seminario de Acceso...*, cit., en el marco del proyecto “Violencia de género y derechos sexuales y reproductivos: acciones para fortalecer el acceso a la justicia y respeto a los derechos humanos de las mujeres argentinas”, con la asistencia de la Unión Europea y ejecutado por Católicas por el Derecho a Decidir e Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, Rosario, 2011, ps. 63 y ss.



nacional, y en especial en América latina, el desconocimiento al Estado laico por distintas organizaciones jurídicas evangélicas, o de distintas confesiones, dedican cuantiosos recursos con la finalidad de cimentar sus ideales en las poblaciones.

El trabajo de estos grupos se basa en que existiría un esfuerzo concertado por secularizar al mundo, el cual llevaría al fin de la libertad de culto, los valores y la tolerancia.

Es digno de mención el caso de América latina, que tiene como característica una colonización asociada con la evangelización católica. Es paradójico que el modelo liberal de la Revolución francesa, que sirvió de inspiración, no haya sido recogido en la región que adoptó diferentes grados de relación entre los Estados y la Iglesia católica. En América latina, específicamente en México, por primera vez se refleja la idea de la laicidad en una norma constitucional. En este sentido se pueden destacar las Constituciones laicas de Uruguay y Cuba. En los restantes países de Latinoamérica, si bien también son básicamente laicos, esta laicidad aparece con distintos matices.

“Uno de los instrumentos que detienen los procesos de secularización son los tratados de los Estados firmados con el Vaticano, llamados Concordatos y que son entendidos como tratados binacionales de rango superior a las leyes comunes que implican diferentes privilegios para la Iglesia Católica sobre asuntos centrales como las políticas educativas. Son poco conocidos, se negocian durante dictaduras o en período de fragilidad democrática cuando el apoyo de la Iglesia parece sustantivo. La negociación de los mismos difícilmente es pública y no se encuentran fácilmente en la información electrónica de las compilaciones legales”<sup>29</sup>.

Resulta extraño que quienes tratan de imponer sus ideas y su fe a toda la población a través de las restricciones que se evidencian en relación con los derechos reproductivos y sexuales pretendan desconocer que los verdaderos principios democráticos se dan cuando se otorgan derechos que podrán ser o no ejercidos, pero que nunca suponen imposición de obligaciones<sup>30</sup>.

## 2. Avances tecnológicos

Durante centenares de años, el desarrollo del embrión en el seno materno hasta devenir en feto, para luego producirse el nacimiento, era un hecho misterioso que sólo se percibía en el mundo exterior por los cambios morfológicos que se producían en el cuerpo de la mujer.

El embarazo en las primeras semanas, inclusive para la futura madre, aparecía como una abstracción. La percepción de los movimientos fetales constituía el primer indicio de que una nueva vida comenzaba a gestarse, creándose una relación emocional más intensa madre-hijo.

La irrupción de la tecnología en este ámbito se produjo inicialmente a partir de la incorporación de los equipos de SONAR que permiten percibir, a través de un sistema de ondas enviadas al corazón del feto, sus latidos. Actualmente, mediante

<sup>29</sup> GÜEZMES, Ana, “Estado laico, democracia y aborto”, en CHECHA, Susana (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto*, Paidós, Buenos Aires, 2006, p. 139.

<sup>30</sup> KANE, Gillian, “Tendencias globales...”, cit., p. 62.

el desarrollo de las técnicas de ultrasonido se puede ver y fotografiar el embrión pocas semanas después de la unión de los gametos. Pero, en principio, se habla sólo de una masa de células dentro del saco embrionario que todavía carece de forma humana alguna. Ello no empece el efecto psicológico que puede producir, la imagen fotográfica del feto y embrión ya es parte de los álbumes familiares. El embrión y el feto han dejado de ser una abstracción al adquirir visibilidad y convertirse en nuevas entidades.

Estos avances han modificado subjetividades no sólo a nivel individual sino en la sociedad. “Algunos médicos pueden considerar puramente académica la diferencia entre el concepto más abstracto de la interrupción de un embarazo, que es sólo un cambio en el cuerpo de la mujer, y la eliminación más concreta de un embrión visible, y tal vez no vean ninguna razón para reaccionar de diferente manera. Para muchos otros, sin embargo, la visualización del embrión modifica mucho las cosas y afecta seriamente su capacidad de aceptar que el aborto es la mejor solución en numerosas situaciones de la vida de una mujer. El movimiento ‘provida’ ha comprendido el poder de la imagen del embrión en desarrollo y ha usado y abusado de ella, atribuyendo una edad gestacional anterior a fetos que ya están en una etapa más avanzada de su evolución. El mal uso de esas imágenes no justifica, empero, ignorar el poder de objetivación del embrión que la tecnología del ultrasonido ha aportado al debate sobre el aborto. Su impacto sobre el obstetra o el ginecólogo encargados de llevar a cabo el aborto también es un hecho que debe entenderse”<sup>31</sup>.

### 3. Objeción de conciencia

La objeción de conciencia es una de las armas que se utilizan a los fines de entorpecer la práctica, por ejemplo, en el caso de abortos no punibles. Se está transformando una institución válida en otras situaciones en un elemento para impedir el cumplimiento de leyes existentes en la mayoría de los países de América latina, no respetando las causas de justificación que legalizan el aborto en determinadas circunstancias.

## VI. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA LEY PENAL ARMONIZADO CON EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Para hablar de aborto es preciso referirse a los derechos humanos. Resulta indispensable para contribuir a un análisis de la figura hacerlo en el marco más amplio que brinda el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos.

Estos derechos han sido el eje central de la Conferencia de San Francisco de 1945, en la que se crearon las Naciones Unidas. En la Carta de las Naciones Unidas se sentaron las bases del derecho internacional que se desarrolló desde entonces. En el art. 1º se establece que una de las principales tareas de las Naciones Unidas es promover y alentar “el respeto a los Derechos Humanos y las

<sup>31</sup> FAÜNDES, Aníbal - BARZELATTO, José, *El drama del aborto. En busca del consenso*, Paidós, Buenos Aires, 2010, p. 113.

libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por razones de raza, sexo, idioma o religión". El principio fundamental que sustenta los derechos consagrados en aquélla es el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. A partir de entonces se ha creado un amplio conjunto de instrumentos, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirmándose que cada uno trata derechos de primera y de segunda generación, respectivamente.

Los primeros comprenden, por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de las personas, a no ser sometido a esclavitud, torturas ni servidumbres; a la igualdad ante la ley; a un proceso justo; a la participación política; a ejercer libertades fundamentales de pensamiento, conciencia y religión, opinión y expresión; a participar en el gobierno del país, entre otros.

El segundo grupo está constituido por aquellos que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas, cubriendo las siguientes áreas: la igualdad entre hombres y mujeres; accesibilidad y condiciones de empleo; sindicalización; seguridad social; prioridad a la familia y protección especial de los niños; disfrute de la cultura; alimentación; vivienda; educación; salud física y mental; medioambiente sano (estos últimos también catalogados como de tercera y cuarta generación).

Lo cierto es que en los últimos años ha cobrado fuerza la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos<sup>32</sup>, considerándose que si no se garantizan los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos no podrán ser respetados ni protegidos<sup>33</sup>.

Andrés Gil Domínguez ha sostenido que

En el campo de la validez sustancial, todos los derechos fundamentales y los derechos humanos positivizados expresa o implícitamente tienen *a priori* idéntica jerarquía. No existe ninguna norma que establezca que algún derecho tiene más peso que otro. Por este motivo, cuando se registra una colisión, la vía de solución es la ponderación y la utilización del principio de proporcionalidad.

Aunque se suscitase una colisión de derechos fundamentales, bajo las circunstancias fácticas expuestas, es constitucionalmente posible sostener que el derecho a la salud de la mujer y el derecho a la protección integral de la familia tienen "más peso" que el derecho fundamental a nacer dentro del plazo natural o a prolongar la vida intrauterina. De lo contrario, estaría prohibida la inducción

<sup>32</sup> En tal sentido, la Proclamación de Teherán, producto de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos desarrollada entre el 22 de abril y el 13/5/1968, manifestó claramente que los derechos humanos son indivisibles y que no resulta posible "la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales". A su vez, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, en 1993, se declaró la indivisibilidad, interconexión e interdependencia de todos los derechos humanos, comprometiéndose allí la comunidad mundial a no desmembrar su universalidad.

<sup>33</sup> Ver en FLAHERTY, Lily R. - AGUILAR, Rosana I., "Salud, bioética y pobreza", en FLAHERTY, Lily R. (dir.), *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Derechos humanos. Bioética. Relaciones familiares. Problemáticas infantojuveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Errepar, Buenos Aires, 2011, ps. 242 y ss.

al parto y la cesárea que se practique con el objeto de salvaguardar la vida o la salud de la mujer o del feto<sup>34</sup>.

Analizado desde nuestro marco normativo constitucional, existen fundamentos jurídicos para despenalizar el aborto, sin que se produzca ningún accionar inconstitucional.

En el preámbulo, el texto constitucional enuncia: “Asegurar los beneficios de la libertad”. Este mandato se cristaliza en el art. 19 de la Constitución, que plasma el principio de reserva, mediante el cual se circunscribe un área o esfera de intimidad, en la cual la libertad inofensiva para terceros (libertad neutral) queda inmunizada o sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado y de los demás.

El derecho a la vida, luego de la reforma constitucional de 1994, fue reconocido expresamente a través del art. 75, inc. 22, que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos:

– Art. 1º, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad social”.

– Art. 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

– Art. 6º, Pacto de Derechos Civiles y Políticos: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

– Art. 6º, Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”.

– Art. 4º, Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH): “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Es de resaltar que casi todos los tratados internacionales hacen referencia a la vida de la persona, del individuo, pero el único que hace referencia a la concepción es la CADH, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.

Sin embargo, la mencionada Convención antepone la fórmula “en general” respecto de la protección del derecho a la vida desde la concepción, dando lugar a diferentes interpretaciones<sup>35</sup>.

Andrés Gil Domínguez manifiesta que en principio la CADH protege la vida desde la concepción, pero permite, frente a determinadas circunstancias especiales y

<sup>34</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional de derecho y aborto voluntario”, en GARAY, Oscar E. (coord.), *Bioética en medicina*, cit., ps. 102 y 103.

<sup>35</sup> La redacción original de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre proponía el principio que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción, sin excepción alguna. La IX Conferencia Internacional de Estados Americanos enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido este principio. El voto de la mayoría adoptó la redacción que continúa hasta el presente como art. 1º de la Declaración. Siguiendo este camino, el Pacto de San José de Costa Rica incluyó los términos “en general” atendiendo al principio de amplitud que le confiere esa mención, acordada en aquellas discusiones.

en un determinado tiempo, la no criminalización del aborto consentido, en consideración a otros derechos que el Pacto de San José de Costa Rica contempla atinentes a la mujer<sup>36</sup>.

Ahora bien, ¿qué sucede con la interpretación conjunta que se realiza, del art. 4º, CADH, y el art. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño (con la pertinente declaración que realizó el Estado argentino), cuestionando incluso la constitucionalidad de los casos de abortos no punibles contemplados en nuestro Código Penal? ¿Obligan a nuestro Estado a prohibir penalmente toda clase de IVE?

Al respecto, Eduardo P. Jiménez manifiesta que la declaración ha incorporado unilateralmente el art. 1º, CADH, el cual hace que para la Argentina el art. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional), deba leerse de la siguiente forma: Art. 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En ese entendimiento expresa que el instrumento que regula la protección del niño desde su concepción obliga justamente a eso, proteger a la niñez desde el período más amplio posible, pero no a punir una práctica abortista. Tampoco es descartada por la Convención, que no condena el aborto. Sólo afianza, en el mismo sentido que lo hace la propia Constitución textual, la protección de la persona por nacer<sup>37</sup>.

En síntesis se puede, en tal sentido, legalizar el aborto, dictar una ley tal como tienen tantos otros países, donde se fijen plazos, en la que se respete la opción de la mujer, sin que con ello se produzca lesión alguna a las normas constitucionales.

## VII. EL ABORTO EN EL DERECHO ARGENTINO

La doctrina nacional ha definido el aborto como “la muerte inferida a un feto”<sup>38</sup>. El Código Penal, al tipificar la figura en el art. 85, no lo hace, sólo se limita a decir: “El que causare aborto”. Y a continuación establece una serie de figuras: aborto sin consentimiento de la mujer y no consentido y seguido de muerte; aborto agravado por profesional, aborto preterintencional y aborto propio o consentimiento en el propio aborto<sup>39</sup>. Se castiga como autor del delito de aborto a quien lo provoca; sin embargo, gradúa la pena tomando en consideración si se obró o no con el consentimiento de la mujer y, en ambos casos, se agrava la pena si el aborto fuere

<sup>36</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 169.

<sup>37</sup> Ver MINYERSKY, Nelly, “Derecho al aborto. Nuevas perspectivas. Legislación y jurisprudencia argentina”, en KIELMANOVICH, Jorge L. (dir.), *Compendio de jurisprudencia, doctrina y legislación*, Errepar, Buenos Aires, 2007, ps. 209 y ss.

<sup>38</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 110.

<sup>39</sup> Cfr. arts. 85, inc. 2º, 86, 87 y 88, CPen.

seguido de la muerte de ésta. Es considerada como autora la mujer que causa su propio aborto o la que consiente en que otro se lo cause<sup>40</sup>.

Como observamos, nuestro ordenamiento admite gradaciones en relación con la protección prestada a la vida. Esta afirmación se sustenta en una lectura integral del ordenamiento jurídico argentino que, si bien protege la vida desde la concepción hasta la muerte, no lo hace siempre con la misma intensidad.

Se deduce no sólo por el distinto tratamiento que el derecho penal da a los delitos de homicidio y aborto —y a la consecuente diferenciación en las penas que caben al autor en uno y otro caso— sino que es una idea que recorre todo el edificio jurídico. También debemos tener presente lo establecido en el art. 89, CPen., en orden a la no punición de la tentativa de aborto de la mujer y, además, que la destrucción culposa del feto no encuentra previsión en el cuerpo criminal argentino<sup>41</sup>.

El art. 86, incs. 1° y 2°, al excluir de la punición determinados escenarios, nos está diciendo, en consonancia con el principio de legalidad de raigambre constitucional, que en esas circunstancias es legal la IVE. Dicho de otro modo, cuando se presentan determinadas situaciones extraordinarias previstas por ley, el legislador se ha inclinado por legalizar el aborto voluntario.

Una interpretación del art. 86, CPen.<sup>42</sup>, en consonancia con una mirada holística del ordenamiento, nos permite afirmar que el médico y la mujer no incurrir en delito de aborto por estar ejerciendo un derecho en las siguientes situaciones:

a) En caso de peligro para la vida de la mujer (art. 86, inc. 1°, CPen.). Ante un conflicto de intereses que enfrenta la vida de la madre y la del *nasciturus* y que sólo puede ser resuelto mediante la realización del aborto, establece la legislación que la solución menos perjudicial que resuelve la antinomia es la muerte del feto. Ello así por cuanto en nuestra legislación “la vida de la madre tiene mayor valor”<sup>43</sup>. Es pertinente aclarar que el único autorizado para determinar la existencia del riesgo (y la inexistencia de un medio alternativo para sortearlo) es el médico en ejercicio del arte que le es propio.

<sup>40</sup> La mujer embarazada es la única que goza de la prerrogativa de no punibilidad en caso de tentativa. En caso que el aborto sea ocasionado por médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causarlo o cooperaren a causarlo, se establece además la pena de reclusión o prisión, la inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena. El aborto preintencional se encuentra regulado, siendo la pena considerablemente más baja (prisión de seis meses a dos años) para el autor (quien con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare).

<sup>41</sup> C. Nac. Civ. y Com., sala 5ª, “F., E. L. y otros”.

<sup>42</sup> Art. 86, CPen.: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

<sup>43</sup> ABRALDES, Sandro F. - DE LA FUENTE, Javier E., “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones”, *Revista de Derecho Penal*, nro. 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 519.

b) En caso de peligro para la salud de la mujer (art. 86, inc. 2°, CPen.). Con relación al segundo supuesto contemplado en el inc. 1°, art. 86, habrá que tener en cuenta particularidades que hacen a la amplitud que debe darse a la protección a la salud (acotada a la salud física o inclusiva de la salud mental). Al respecto deberá tenerse en cuenta que la Constitución de la OMS dice que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no una mera ausencia de enfermedad o dolencia. El disfrute del más alto nivel obtenible de la salud constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”. Así, en la medida en que el texto de la ley no especifica a qué tipo de salud se refiere, el concepto debe ser interpretado de manera integral, ya que es una regla general del derecho que debe estarse por la interpretación más amplia en orden al reconocimiento de derechos y permisos (y, consecuentemente, con la más restrictiva en orden a la prohibición).

c) Cuando el embarazo sea producto de una violación (art. 86, inc. 2°, CPen.). Al analizar el art. 86, inc. 2°, CPen., nos encontramos frente a una norma que ha sido objeto de diversas interpretaciones, en especial por olvidar que las normas del derecho penal existen y se desarrollan dentro de un sistema jurídico debiendo respetarse los derechos que surgen de las normas de jerarquía superior por las que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, incs. 22 y 23, CN). Esta exigencia también es válida cuando se trata de normas penales. Por otro lado, no se ha cumplido en esas interpretaciones con el requisito de aplicar la ley más benigna, ni que en caso de duda debe estarse a favor del imputado.

La historia legislativa de la norma cuenta que en 1919 la comisión del Senado introdujo reformas en esta temática; modificaciones que fueron tomadas del Anteproyecto del Código Penal suizo. El Código Penal de 1921 receptó dos causas de justificación en relación con el inc. 2° en estudio. Establecía que el aborto no es punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, estableciendo que en este último caso se requiere el consentimiento de su representante legal. A fin de dar cobertura legal al aborto realizado en estas circunstancias podríamos remontarnos al origen de la norma jurídica permisiva, la que a su vez se remonta a la versión francesa del proyecto suizo de 1916 que, por su parte, sigue en esta cuestión el derecho alemán, que al establecer nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de una mujer idiota o demente permitiría afirmar que “la impunidad sancionada en el art. 86 alcanza todo caso de violación y no sólo al de la mujer idiota o demente”<sup>44</sup>. La redacción ajena a nuestros usos hizo que durante décadas la interpretación del artículo fuera restrictiva y sin analizar seriamente los antecedentes, con una mirada impregnada de discriminación. Reducir la no punibilidad a las mujeres incapaces es violar los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional y alentar contra la autonomía, la no discriminación, la libertad y, sobre todo, el derecho a una vida digna. Sostener que el supuesto al que se refiere el inc. 2°, art. 86, CPen., es aplicable solamente a las mujeres “idiotas o dementes” supone no sólo una actitud de flagrante discriminación sino que expresaría también una actitud vejatoria e injurianta hacia todas las mujeres, ya

<sup>44</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal...*, cit.

que presupone que la mujer capaz ha aceptado el acceso carnal. Aparecería como una actitud social en grado sumo disvaliosa hacia las mujeres que nos recuerdan las muletillas que ocultaran grandes crímenes tales como “por algo será” o “algo habrá hecho”. Es una actitud machista. Poner el acento en la demencia y no en la violación es desconocer la voluntad del legislador. Pero peor aún es considerar la mujer un objeto y no un sujeto de derechos.

c') Cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente (art. 86, inc. 2º, CPen.). Esta indicación tiene múltiples fundamentos. Por un lado, tiene en miras la incapacidad de la gestante en aras de comprometer su voluntad y consentir el acto sexual. Desde otro punto de vista, esta indicación justifica la interrupción del embarazo cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas. En tales casos se exige el informe médico que acredite dicha probabilidad. Esta situación fue receptada por la jurisprudencia en “T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” para el caso de un feto anencefálico, y tuvo en cuenta el daño psíquico que la continuación del embarazo acarrearía a la mujer gestante y su familia. Por lo demás y en general, es importante destacar que la imposibilidad de la mujer de consentir voluntariamente el acto sexual transforma toda relación que involucre una mujer “idiota o demente” en una violación con las consecuencias supra apuntadas para dicha indicación.

No caben dudas de que en todas estas indicaciones, de existir un conflicto de intereses, el derecho penal lo ha resuelto a favor de la mujer gestante.

Como consecuencia de lo desarrollado hasta aquí podemos afirmar, sin riesgo a equivocarnos, que en el ordenamiento argentino el aborto se encuentra legalmente despenalizado desde 1921 para determinados supuestos.

También debe tenerse en cuenta que en la ley civil el *nasciturus* no es titular de derechos en la forma ni en la medida que el ser nacido, y que los derechos que a aquél le son reconocidos están condicionados al nacimiento con vida<sup>45</sup> de acuerdo con lo establecido en los arts. 70 y 74, CCiv.<sup>46</sup>. Esta disposición se ve reforzada por la nota al art. 3290 del mismo cuerpo normativo, que indica que el hijo en el seno materno tiene sólo una vida en común con la madre y que sólo el nacimiento puede darle una vida individual.

Resulta claro para Gil Domínguez que “en el orden penal y civil argentino se verifica claramente una mayor protección a la persona nacida que a la persona por nacer registrando de esta manera una evidente diferencia ontológica”<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza”, LL 1998-F-552.

<sup>46</sup> Art. 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. Art. 74: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”.

<sup>47</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional...”, cit., p. 107.



El amparo legal que brindan las causales de justificación del Código Penal es cercenado de muchas maneras empujando a las mujeres que tienen derecho a practicar una interrupción legal de su embarazo a hacerlo en condiciones de clandestinidad e inseguridad, afectando con esta conducta derechos tan básicos como el derecho a la justicia y el derecho a la igualdad, llegando en algunos casos a comprometer los derechos a la salud y a la vida al condenar a las mujeres de escasos recursos a un aborto séptico.

Cuando desde el Poder Ejecutivo, a través de los organismos de salud pública o desde el ámbito judicial, se agregan exigencias que no están en la ley —como, por ejemplo, la solicitud de la autorización judicial— se viola el sistema republicano de división de poderes, ya que las modificaciones en la ley corresponden al Poder Legislativo y agregar requerimientos que aquélla no contempla implica modificar su letra y, sobre todo, su alcance en orden a la protección de derechos que reconoce a las mujeres de nuestro país la Constitución Nacional; y resulta una flagrante violación de la ley penal y un “desacato” a las normas constitucionales en especial.

Durante la producción del presente artículo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo importantísimo<sup>48</sup> para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ha puesto un punto final al debate interpretativo del art. 86, CPen. Recoge nuestras inquietudes respecto de la no judicialización del aborto no punible y la necesidad de protocolos y políticas públicas para garantizar estos derechos. Atento la característica del presente trabajo, destacamos los siguientes aspectos del fallo, que celebramos, y que establecen:

1. El supuesto de aborto no punible contemplado en el art. 86, inc. 2°, CPen., comprende el que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, ello en virtud de la interpretación amplia del precepto legal.

2. No es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima, ello es así porque de la mera lectura del art. 86, inc. 2°, CPen., se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a si “el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”, previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza, esto es: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiotia o demente”.

3. Los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación conducen a adoptar la interpretación amplia del art. 86, incs. 1° y 2°, CPen., pues reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación, lo cual no responde a ningún criterio válido de diferenciación.

4. En virtud de los principios de legalidad y *pro homine*, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario

<sup>48</sup> Corte Sup. 13/3/2012, “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, 116.157.

niega a toda otra víctima de una violación, que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.

5. Lo establecido en el art. 19 *in fine*, CN, se traduce en que el art. 86, inc. 2°, CPen., no exige la denuncia ni la prueba de la violación, como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación.

6. Exhorta a las autoridades de las distintas jurisdicciones a implementar y tornar operativos protocolos o normativas para la concreta atención de los abortos no punibles por devenir el embarazo de una violación, sea la mujer incapaz o no.

7. De las previsiones establecidas en el art. 1°, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —derecho a la vida, a la libertad y a la integridad—, como del art. 4°, CADH —derecho a la vida—, no se deriva mandato alguno por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86, inc. 2°, CPen., por cuanto esas normas fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto, que como en el caso deviene de una violación.

Resulta entonces alentador contar con un fallo que exige el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

### VIII. INEFICACIA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA IVE

¿En qué ámbito se protege el derecho a la vida, en el de la penalización del aborto o en aquellos sistemas en los cuales la despenalización y la legalidad son realidades desde hace décadas?

“El aborto ha tenido una larga historia de prohibición y de práctica. Su represión no ha conseguido evitarlo sino, únicamente convertirlo en algo más inseguro para la salud de las mujeres y más discriminatorio. Discriminación que se produce no sólo entre mujeres y hombres (*pagá* una por lo que hicieron dos y, en ocasiones, contra su voluntad) sino entre las propias mujeres (en función de sus posibilidades económicas y sociales para acceder a un aborto seguro). Se trata de un problema de política jurídica y social, no ya de una cuestión de *conciencia*. Y también de una cuestión de salud pública”<sup>49</sup>.

Andrés Gil Domínguez en este sentido ha sostenido que “el fracaso rotundo de la protección penal como un medio necesario proporcional e idóneo para proteger la vida humana en formación se combina con la discriminación por motivos sociales y económicos que sufren las mujeres de escasos recursos y que desemboca en la pérdida de la vida o la grave afectación de la salud física o psicológica”<sup>50</sup>.

Retomando el análisis realizado sobre vida humana y persona, aun en el supuesto de considerar el concepto de vida humana como equivalente al de feto/embrión, por un lado, y el de ser humano/individuo con corporeidad propia, por el otro, la penalización no ha servido de disuasivo para evitar la comisión de abortos. La mayoría de los países de América latina que limitan la práctica, o la restringen totalmente, tienen tasas elevadísimas de aborto.

<sup>49</sup> CASADO, María, “Salud sexual...”, cit., ps. 123 y 124.

<sup>50</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional...”, cit., p. 110.

Si es la vida humana de fetos y embriones la que se procura defender, no es con la penalización que ello se logra. Por el contrario, se pone en peligro la vida de muchísimas mujeres, individuos humanos. Al efecto, basta recordar el capítulo de muerte materna y las cifras que se evidencian en nuestro país.

Respecto de las consecuencias o implicancias de la penalización, se ha destacado que el carácter delictivo del aborto propicia la clandestinidad y da lugar a un mercado negro en el que el precio de la intervención resulta exagerado<sup>51</sup>. Las mujeres, con incriminación o sin ella, abortan como lo reflejan las estadísticas<sup>52</sup>, traduciéndose en la destrucción de la vida de las mujeres pobres. La realidad sociológica de prácticas abortivas consentidas nos muestra que la opción es entre la vida y la muerte de esas mujeres. Resulta elocuente cómo se considera que terminar un embarazo implica matar el feto, mientras que no hacer nada al respecto no implica matar a la madre sino dejarla morir. Mantener vigentes las normas punitivas significa optar por la muerte, y esta opción siempre será condenable.

Aunque resulte paradójico, la penalización del aborto, lejos de proteger la vida humana en formación (que sería “el bien jurídico tutelado”), aumenta su desprotección, lo cual neutraliza toda posible justificación de la existencia de la figura delictiva. La mujer embarazada que desea abortar es colocada en una situación de soledad en la que no habrá voces médicas ni psicológicas que puedan ayudarla.

Las normas punitivas del aborto no sólo se muestran incapaces de lograr una mínima eficacia en el objetivo de evitar las interrupciones de los embarazos, sino que motivan conductas criminales. Éste es el caso de las servidumbres sexuales o del chantaje, que la clandestinidad provoca.

Frente al aborto, el derecho penal se revela como un obstáculo al cambio social indispensable para lograr una solución eficiente del problema. En un Estado democrático, el derecho penal sólo debe ser utilizado cuando aparezca como un medio idóneo, necesario y proporcional para la protección de los bienes jurídicos.

En una democracia social, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales mediante normas jurídicas. Es defendible que una sociedad liberal deba sustentar el criterio de tolerancia (entendido como no exigibilidad jurídica) cuando existe una notable división o pluralidad social. La despenalización del aborto en determinados supuestos no establece obligaciones para nadie, y permite a cada cual ejercer libremente sus convicciones.

<sup>51</sup> Se calcula que el coste del aborto clandestino llega a ser diez veces mayor del que se fijaría en un sistema despenalizado.

<sup>52</sup> En nuestro país se habla de que se realizan entre quinientos mil y un millón de abortos voluntarios al año de manera “clandestina”. Según cifras del Indec, el 37% de los embarazos termina en aborto (cfr. “Contrainforme de las ONGs argentinas al Comité de la Cedaw: derechos humanos de las mujeres: asignaturas pendientes del Estado argentino”, agosto 2002). Cifras que, teniendo en cuenta que se estiman a partir de la realidad hospitalaria, no reflejan la magnitud del problema en su totalidad. A lo que se suma la dificultad de obtener datos confiables con la representatividad, la veracidad y el mantenimiento de la confidencialidad de quienes los aportan. Ver PAILLES, Jorge - ALLER ATUCHA, Luis M., “La práctica del aborto en Argentina”, *Marketing y promoción social para la calidad de vida*, Buenos Aires, 1996, ps. 5 a 10.

La razón por la cual ante el aborto, parece preferible establecer jurídicamente la tolerancia antes que imponer una norma prohibitiva, no se basa tanto en la tolerancia en sí misma, sino en la función que debe cumplir un derecho penal garantista: mínimo y subsidiario<sup>53</sup>.

Desde el punto de vista empírico, la despenalización del aborto y su consecuente legalización han actuado hasta el presente, en los países que han atravesado esa experiencia, como un elemento fundamental en la disminución tanto de la interrupción voluntaria de embarazo como en los índices de muerte materna por aborto. La liberalización de la legislación en este punto, sumado a las políticas públicas que se abocan a la prevención y a la educación en materia de derechos sexuales y reproductivos, constituyen verdaderas armas para defender el derecho a la vida, cualquiera sea el concepto en que se lo considere. Estas medidas efectivamente contribuirán en la disminución de la destrucción de embriones/fetos al lograr la disminución de embarazos no queridos.

De las reflexiones efectuadas surge con claridad que el feto ni el embrión, aun considerando que en ellos hay vida humana, tienen la misma entidad, moral ni jurídica, que la mujer gestante. Todo ello sin perjuicio de considerar los distintos estadios por los cuales atraviesa la procreación.

## IX. LA CUESTIÓN DE GÉNERO. LA AUTODETERMINACIÓN

En la cuestión del aborto está en juego no solamente el derecho a la salud reproductiva sino el derecho reproductivo en sí mismo, que implica el derecho a decidir sobre el propio cuerpo de la mujer y no solamente el derecho a recibir prestaciones médicas ginecológicas.

Como es sabido, los actuales derechos de las mujeres son el resultado de varios siglos de lucha que aún no ha cesado. El mundo occidental se ha asentado sobre bases de una construcción social y cultural de patriarcado que ha exaltado la heteronormatividad. Cathy J. Cohen la define como la práctica y las instituciones “que legitiman y privilegian la heterosexualidad y las relaciones heterosexuales como fundamentales y ‘naturales’ dentro de la sociedad”<sup>54</sup>. Lo cierto es que la mayoría, sino todas, las sociedades de los países latinoamericanos se encuentran asentadas en una estructura política y religiosa con un sustrato ideológico común patriarcal. Es este sistema de creencias el que predica la llamada heteronorma, que viene acompañada de otras prescripciones como la monogamia, vínculo éste que ha sido entendido como la forma más fehaciente de que el varón se asegure el control de su descendencia.

Frente a la lucha de distintos sectores, las mujeres de nuestro país han logrado la titularidad de derechos que en gran medida las equiparan con los integrantes del universo masculino: derecho al voto, equiparación de roles en actividades económicas, académicas, etc. (arts. 12 y 16, Cedaw).

<sup>53</sup> MINYERSKY, Nelly, “Derecho al aborto...”, cit., ps. 198 y ss.

<sup>54</sup> COHEN, Cathy J., “Punks, Bulldaggers, and Welfare Queen: The Radical Potential of Queer Politics?”, en JOHNSON, E. Patrick - HENDERSON, Mae G. (eds.), *Black Queer Studies*, Duke University Press, Durham, 2005, p. 24.

Un paso importante en este proceso de igualdad real lo constituyó la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario<sup>55</sup>. Sin embargo, no tiene correlato con las normas que penalizan la IVE.

En este punto, los nuevos conceptos de igualdad se estrellan contra un muro de prejuicios sociales, culturales y especialmente confesionales. ¿Cuál sería la respuesta a este tratamiento diferenciado? ¿Por qué razón se sigue penalizando a la mujer a pesar de la total ineficacia de esta normativa, atento los centenares de IVE que se practican anualmente? Una explicación posible es que el propósito de esta ley penal va mucho más allá de los objetivos clásicos de la legislación criminal. Se puede inferir que la *ratio legis* no apunta sólo a evitar la destrucción de embriones y fetos, sino que el fin real es el mantenimiento en estado de sumisión a vastos sectores de la población de mujeres a las cuales paradójicamente no se le suministran instrumentos de prevención o educación, sino que se las hace vivir en constante estado de posible embarazo que deriva en abortos inseguros que la ley califica como delitos<sup>56</sup>.

Para encontrar una respuesta a nuestros interrogantes es necesario acudir a otras ciencias. La antropología y la sociología nos suministran elementos que nos pueden llevar a profundizar el por qué de este fenómeno. La antropóloga Andrea Lacombe ha sostenido que el aborto “cuestiona el centro núcleo duro del canon de la heteronorma, mujeres que inscriben su deseo de modo heteroafectivo, reclaman para sí el derecho a deslindar reproducción de deseo. El derecho reclamado no es el de inclusión, sino el de exclusión a diferencia de los que sucedía en el reclamo de las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) al solicitar que la Ley de Matrimonio Civil los incluya. Superados todos los umbrales de tolerancia del patriarcado, el aborto aparece como la piedra basal a ser denegada, porque hacerlo es desbaratar el eje central de ese sistema. Otorgarle a la mujer la libertad de usufructuar su cuerpo del mismo modo en que lo hace un hombre significa cortar con el más intrínseco, antiguo y naturalizado eslabón en la constitución de la moral occidental, en tanto cristiana y paternalista, la reproducción. La reproducción obligatoria encarna así un sistema de valores que edifican su posición como subjetividad central. La centralidad de la maternidad en el sistema normativo también se hace presente en otros aspectos del ciclo reproductivo de la mujer, como el parto. La heteronorma va más allá del catolicismo confesional,

<sup>55</sup> Ley 26.618 de Matrimonio Civil, sanc. 15/7/2010. Tras un extenso y encendido debate social en nuestro país, esta ley rompe con la heteronorma y legitima las uniones en matrimonio de parejas homosexuales.

<sup>56</sup> En el mismo sentido, SIEGEL, Reva, abogada constitucionalista de la Universidad de Yale, en la nota publicada en Página/12: “No debemos usar el derecho penal para obligar a las mujeres a ser madres”, ha dicho: “Por mi parte, no veo evidencia, en sociedades interesadas en criminalizar el derecho al aborto, de que ese respeto por la vida y la familia haya sido suficientemente expresado en esas otras circunstancias como para hacerme confiar que es ése el único valor que el derecho penal está intentando hacer respetar. Creo que el derecho penal está también expresando y haciendo respetar de manera forzada ciertos juicios sobre la mujer, y no sólo sobre el nonato, y esto es lo que me preocupa”, [www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111135-2008-09-07.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111135-2008-09-07.html) (12/9/2012).

la Iglesia o la religión. Las mujeres son reclamadas para sí por ese colectivo del nosotros, como se reclamaba en el derecho de pernada una subjetividad que no le es propia, el colectivo la desagencia, les quita la capacidad de reclamar el derecho a continuar siendo sujetos de derecho. En la lucha por la legalización del aborto el movimiento de mujeres parece haber continuado una línea natural de reivindicaciones, matrimonio, divorcio, etc., sin embargo tal vez para poder conseguirlo debe torcer la propia heterosexualidad y devenirla otro, aceptando la encrucijada que el propio aborto supone, en tanto inapropiable exalta una relación crítica y reconstructiva donde no puede adoptar la máscara del nosotros y ni del otro. El aborto es el monstruo de una sociedad a la que acecha desde la invisibilidad a la que ha sido confinado. Si el aborto es la bisagra entre los derechos sexuales y los no reproductivos, tal vez la radicalidad que reivindica la separación entre reproducción y placer sea nuevamente el camino necesario”<sup>57</sup>.

Las mujeres se ven obligadas a tomar decisiones que pueden comprometer su salud, porque saben que no pueden solicitar a los efectores de salud que les realicen una interrupción del embarazo y es así que ponen en riesgo su salud con métodos caseros de interrupción y no controlados médicamente. Esa práctica, que debería ser llevada adelante por un profesional de la salud, se efectúa con insumos de dudosa procedencia o en lugares que no cumplen con los requisitos necesarios de asepsia. Estas mujeres arriesgan así su vida y su libertad. En la mayoría de los casos, los abortos inseguros culminan con cuadros complicados en hospitales públicos, comenzando allí el derrotero de la mujer entre la vida y la libertad, en tanto si quieren ser atendidas correctamente informarán al profesional de la salud que las atienda la causa del estado en el que llegan al centro de salud. Informarán que han cometido un delito.

A las mujeres se les impone la maternidad. Cualquier decisión distinta a esa imposición se traducirá en la comisión de un delito. Es así que mujeres que quizá no contaron con la educación, la información y la provisión de métodos anticonceptivos suficientes para prevenir el embarazo no deseado son obligadas a ser madres. Deben criar, educar y amar a sus hijos por mandato social, y por mandato de ley. Como sostiene Martha Rosenberg, la maternidad “es un derecho y una vocación posible, no una obligación. Una expresión de creatividad gozosa, no un sacrificio en aras de un mandato heterónomo, ni pretendidamente natural, ni sobrenatural. Esta condición también es un elemento indispensable para la salud de la descendencia, entendida de manera integral: que su llegada al mundo sea un plus de vida para la madre y no un agobio insostenible, sea cual sea el motivo de que adquiera esa significación”<sup>58</sup>. La misma autora ha sostenido que la depresión, la angustia, el miedo, el dolor, el odio, la derrota y la humillación

<sup>57</sup> LACOMBE, Andrea, “El camino de los monstruos”, *Página/12* del 30/12/2011, supl. Las 12, p. 2.

<sup>58</sup> ROSENBERG, Martha, “Sobre el aborto no punible”, ponencia presentada en el Congreso de Países del Mercosur sobre Bioética y Derechos Humanos - Derecho a la Salud, organizado por la Subsecretaría de Derechos Humanos junto a la cátedra libre de Derechos Humanos de la Facultad de Medicina, UBA, y BIO&SUR Asociación de Bioética y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2 al 4/12/2010.

de una mujer por una violación, o por la conciencia de que no desea tener un/a hijo/a, no sólo la afectan a ella, sino que sus hijos pagan con la precariedad y el deterioro de su inserción social y subjetiva. El voto de muerte que pesa sobre un embarazo causado por violación o por una maternidad forzada no se origina autónomamente en ella, sino que es un efecto de su sometimiento a un poder que la niega como persona. Ella no hace más que transferirlo<sup>59</sup>.

Las mujeres no abortan porque no quieren tener hijos, la mayoría lo hace porque no tiene condiciones sociales aptas, porque tienen un proyecto distinto de vida. No abortar, entonces, no solamente se traduce en el nacimiento del/la hijo/a, sino que significa dedicarse al/la hijo/a por el resto de su vida, o al menos hasta la mayoría de edad de los niños; criarlo, educarlo, implica una dedicación total, por ello los embarazos y la maternidad deben nacer de la autodeterminación de la mujer a cumplir su deseo de ser madre, nunca puede nacer de una coerción. Al respecto, la abogada Reva Siegel ha dicho que ella defiende el derecho al aborto porque defiende a las mujeres, las defiende en su calidad de madres: “El trabajo que implica la maternidad es inmenso; ocupa toda la vida de una mujer y la transforma. De la manera en que está organizada nuestra sociedad, esto no es reconocido, valorado o apoyado. Por ende, las mujeres necesitan tener control sobre la decisión de convertirse en madres, para poder conciliar su compromiso hacia su familia y sus propios planes de vida con este trabajo de tiempo completo. Por esa razón es que importa tanto respetar la decisión de las mujeres acerca de si quieren o no llevar a cabo ese trabajo. Y no debemos usar el derecho penal para obligarlas a hacerlo”<sup>60</sup>.

“Si una mujer en el marco de sus convicciones resuelve continuar con el embarazo, dicha decisión se enmarca en la libertad de intimidad y en la libertad religiosa. Pero un Estado democrático no puede imponer a las mujeres que —en ejercicio de sus derechos fundamentales— adopten una decisión distinta propia de una conducta heroica o supererogatoria”<sup>61</sup>.

La ley que obliga a ser madre, bajo pena de ser procesada penalmente, es del siglo pasado y determina la realidad de las mujeres de hoy, mujeres que viven noventa años después del dictado de la referida norma. La ciencia hace ya mucho tiempo permite la separación del goce sexual de la reproducción, hoy en día no hace falta tener relaciones sexuales para ser padres. La vida, como hoy la conocemos, no es igual a la vida que conocían los legisladores de 1921. Este avance de la biología molecular, esta separación entre la procreación y el derecho a tener una vida sexualmente satisfactoria, no se ha traducido aún hoy en nuestro derecho penal, porque si una mujer queda embarazada hoy va a seguir tan penalizada como cuando el contexto cultural, social y legal era otro.

Los derechos que se violan en estas circunstancias son muchísimos, la existencia de estas normas provoca el no disfrute de la libertad, de la igualdad, ni

<sup>59</sup> ROSENBERG, Martha, “Sobre el aborto...”, cit.

<sup>60</sup> SIEGEL, Reva, en “No debemos usar el derecho penal...”, cit.

<sup>61</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional...”, cit., ps. 102 y 103.

de la autodeterminación y convierten lo que debería ser un derecho al goce, un derecho a poder vivir una vida satisfactoria, en una amenaza.

“En el Estado pluralista, en el que no hay la imposición de una ideología religiosa, se tiene en cuenta el valor que la mujer atribuye al feto que lleva y, por tanto, su decisión. Prima su libertad ideológica como ser humano merecedor de igual respeto y consideración, independientemente de su sexo, como miembro participativo y responsable dentro de la sociedad”<sup>62</sup>.

“En la cuestión del aborto, el enfoque que aporta el principio de igual ciudadanía implica el derecho de las mujeres, como miembros plenos de la sociedad a asumir la responsabilidad de decidir su propio futuro. Se asimila al concepto de autonomía personal por el que ser una persona significa respetar la capacidad de tomar decisiones responsables con el fin de controlar la vida propia y de ser un miembro participante activo, y no un objeto, dentro de la sociedad”<sup>63</sup>.

Es por ello que debemos hacer hincapié en la autodeterminación de la mujer como madre o no. Debemos seguir debatiendo y pensando no sólo en el tema bioético de la naturaleza del embrión, porque aunque se considere que hay vida humana en lo que denominamos vida humana potencial, la balanza tiene un peso totalmente distinto en el otro fiel, en el que se encuentra la mujer con todos sus derechos.

“Hay un derecho, relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir en seguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación, pues por lo general su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de despenalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal que no puede dejar de contemplar la autodeterminación de la mujer, en orden a la opción de convertirse en madre... En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa —no convertirse en madre, por tanto abortar— sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho y el poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir, constituyente de tipo pre o metajurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad, como en el del aborto”<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> MITJANS PERELLÓ, Esther, “Bioética e igualdad...”, cit., p. 209.

<sup>63</sup> MITJANS PERELLÓ, Esther, “Bioética e igualdad...”, cit., p. 213.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías (la ley del más débil)*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 84 y 85.





## PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012

### EL DIVORCIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por ANA MARÍA CHECHILE\*

#### I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011 e integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, adopta un divorcio incausado, a petición de ambos o de uno de los esposos y sin requerir plazo alguno.

Éstas serían, en breves palabras, las características de la disolución del vínculo que desde hace años viene propiciando, con matices, gran parte de la doctrina<sup>1</sup>, pues el régimen que nos rige pudo haber sido el propicio para el modelo familiar que se reguló en 1987 pero en nuestros días se ha tornado obsoleto.

#### II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

La modalidad propuesta en el Proyecto se destaca, entre otros ítems, por las siguientes particularidades:

\* Doctora en Derecho, UBA. Profesora en la carrera de especialización en Derecho de Familia, UBA. Titular interina de Derecho Civil V, UNLP Relatora letrada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 336 y ss.; FAMÁ, María Victoria, "Nuevas tendencias jurisprudenciales en material de divorcio", RDF, nro. 44, 2009, p. 1; BACIGALUPO DE GIRARD, María, "El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - HERRERA, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo derecho. Libro en homenaje a la profesora Cecilia Grosman*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 409; MIZRAHI, Mauricio L., "Hacia una reforma de la Ley de Divorcio", RDF, nro. 52, 2011, p. 23. Expresa este autor: "Es necesario priorizar, por encima de toda otra consideración abstracta, los derechos a la intimidad y a la autonomía de las personas; y por aquí circula el divorcio incausado por voluntad unilateral. Se trata, en definitiva, de garantizar a cada sujeto el derecho a elegir su plan de vida, con facultades de determinar para sí la ética que regirá su vida familiar. La idea central es que la heteronomía en este ámbito, se emparenta con el autoritarismo".

- a) Supresión de las causales subjetivas.
- b) Supresión de los plazos.
- c) Supresión de las audiencias del art. 236.
- d) Innecesariedad de voluntad de ambos esposos.
- e) Obligación de presentar un convenio regulador.
- f) Efectos a falta de acuerdo.

## 1. Supresión de las causales subjetivas

El primer eslabón que inserta el Proyecto en el camino de la disolución incausada es la eliminación de los deberes matrimoniales como deberes jurídicos, a excepción de la obligación alimentaria en determinados supuestos. Empero, el incumplimiento de ese deber no tiene previsto constituirse en causal de divorcio.

Dispone el art. 431: “Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”.

El deber de fidelidad pasa a ser un deber moral y el proyecto de vida en común constituye una pauta orientativa sin consecuencias jurídicas en el caso que alguno de ellos entendiera que este deber no se cumple. En cuanto a la asistencia recíproca, su incumplimiento tampoco adquiere virtualidad como para erigirse en causal de divorcio.

La razón de regular deberes éticos podría encontrarse en tratar de atravesar la transición entre el sistema vigente y el proyectado con el mayor consenso posible. En el marco de participación que se dio a la sociedad para la elaboración del Anteproyecto había un sector de los académicos que había manifestado la necesidad de mantener las causales subjetivas; tal propuesta no coincidía con los ejes centrales que forman la columna vertebral del Proyecto pero sí se podían establecer estos conceptos intermedios que ayudarán a comprender el cambio. Así, como en su momento, al sancionarse la ley 23.515 no pudo regularse un art. 214 puramente objetivo, redactándose un precepto que intentara acercar los extremos, de la misma forma se han incluido en la propuesta estos deberes axiológicos.

En los fundamentos del Anteproyecto se explica: “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. En cambio, 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 permitiéndose a los herederos del alimentante; y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo”.

Son ilustrativas, en esta línea de pensamiento, las palabras de Mizrahi cuando expresa: “El juicio de reproche envenena las relaciones entre los esposos, al

quedar constituido el proceso en un instrumento para la denigración mutua de los litigantes. Se estimula la controversia y los cónyuges —instigados a una hostilidad recíproca— quedan cada vez más ubicados en posiciones antagónicas. En pocas palabras, la búsqueda de la inocencia propia y de la culpabilidad del otro convierte al proceso en una batalla con ribetes destructivos... El divorcio-sanción contraría la dignidad humana y la guerra judicial genera la pérdida de la intimidad... Las sanciones emergentes de la culpabilización sólo formalmente tienen su origen en el supuesto incumplimiento a los deberes matrimoniales. En el fondo, la punición es por la pérdida de un sentimiento; por haber fallado a un deshumanizado contrato de 'compromiso de amor' para el futuro, como si los afectos —cual una mercancía— pudieran ser objeto de una convención”<sup>2</sup>.

La jurisprudencia, a su vez, ha ido morigerando bastante los efectos de aplicar dogmáticamente las causales del divorcio contencioso. El ejemplo más demostrativo de esta circunstancia es la postura asumida por distintos tribunales<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 322 y 324.

<sup>3</sup> C. Nac. Civ., sala M, 12/6/1992, LL 1993-E-15; íd., íd., 2/8/1999, JA 2001-I-539 (ambos fallos con la disidencia del Dr. Gárgano). Merece destacarse, dentro de esta posición, la disidencia expuesta por la Dra. Highton en la sentencia de la sala F del 12/10/1994, que argumentó: “Si los cónyuges decidieron de común acuerdo la separación de hecho, sustrayéndose voluntariamente del cumplimiento de determinados deberes maritales, como lo son el de cohabitación y el de débito conyugal, en tales circunstancias, el hecho de la unión del actor con una mujer, aun durante el transcurso de los tres años que la ley exige de separación antes de decretada la disolución del vínculo matrimonial, no puede ser reputada como injurias graves...”. “La ley debe ser interpretada conforme al sentir de los ciudadanos y conforme al sentido común, pues es menester tener en cuenta la repercusión social de los fallos. Los expedientes no son ficciones, no deben contener ficciones ni fomentar la hipocresía, sino estar acordes al transcurso de la vida en la República”, JA 1995-III-350. También se ubica en esta postura el voto del Dr. Sansó en el fallo de la C. Nac. Civ., sala B, 6/5/1999, JA 2000-II-441; íd., voto en disidencia del Dr. Calatayud en el fallo de la C. Nac. Civ., sala E, 6/9/2002, ED 201-97; íd., íd., 24/10/2003, JA 2004-I-360; íd., voto en disidencia del Dr. Polak en el fallo de la C. Nac. Civ., sala L, 15/12/1994, LL 1996-B-43; íd., voto en disidencia del Dr. Kiper en el fallo de la C. Nac. Civ., sala H, 7/10/1998, ED 182-652; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 11/7/2003, RDF 2004-I, LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 163; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 11/7/2003, RDF 2004-I, p. 163; C. Nac. Civ., sala B, 27/11/2007, AP; C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, 13/2/2007, LLBA 2007-224; Trib. Sup. Just. Córdoba, 1/9/2000, [www.justiciacordoba.gov.ar](http://www.justiciacordoba.gov.ar); Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 20/6/2003, “K. C. A. v. P. C. G. s/divorcio vincular”, nro. 3722; C. Civ. y Com. Salta, sala 3ª, “A., J. O. v. A. M. G.”, LLNOA 2009-176; LL Online AR/JUR/20554/2008; Sup. Corte Bs. As., 6/6/2012, LLBA 2012-639; LL del 6/8/2012. En doctrina, entre otros, ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. I, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 437 y ss.; ZANNONI, Eduardo A. - BISCARO, Beatriz R., “Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho”, JA 1995-III-357; HIGHTON, Elena I., “Fidelidad ¿hasta cuándo?”, RDF, nro. 16, 2000, p. 50; MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit., p. 338; del mismo autor, “El cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho: un *leading case*”, LL 2000-B-360; CHECHILE, Ana M., “Deber de fidelidad y separación de hecho”, JA 1997-IV-881; íd., “Inexistencia del deber de fidelidad entre cónyuges separados de hecho. La postura de la sala Primera de la Suprema Corte

flexibilizando el concepto de adulterio entre cónyuges separados de hecho para adecuarlo a las nuevas realidades que no se condicen con una aplicación rigurosa y extrema del art. 202, CCiv.

Es sabido que el divorcio contencioso también se ha denominado maligno<sup>4</sup>, destructivo<sup>5</sup> y esto ya, por sí solo, nos advierte de las consecuencias perniciosas de transitar un camino altamente conflictivo, que repercutirá en las relaciones futuras, sobre todo cuando hay hijos. Y si bien es una obviedad, la parentalidad no culmina con el divorcio. Basta imaginar el matrimonio de uno de los hijos, el cumpleaños de los nietos. Se ha generado, a partir del matrimonio, una familia con lazos que se construyeron desde el afecto y deben continuarse, al menos, desde el respeto. Si la medida se ha mantenido, se construirá otro tipo de vínculos que permitirá seguir compartiendo los roles parentales. Nada saludable puede seguir a un juicio de reproche que se ancla en el pasado. El Proyecto, en cambio, pone el acento en el futuro.

Es allí, entonces, donde la reforma encara la decisión de terminar con la posibilidad de elegir una vía que, la experiencia ha demostrado, no conduce sino a entorpecer las relaciones entre estas personas que no han logrado asumir la ruptura en forma madura. El divorcio proyectado obliga a reflexionar sobre los efectos, sobre el porvenir, dejando atrás —en el pasado incambiable— las causas que cada uno cree que ha producido el desafecto.

En el derecho alemán<sup>6</sup> ya en 1976 se suprimió la posibilidad de invocar y probar causales subjetivas bajo el argumento de que las culpas en la ruptura son generalmente consecuencia y no causa del desquicio matrimonial<sup>7</sup>.

---

de Justicia de Mendoza”, RDF 2004-I, p. 175; íd., La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil argentino, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 51 y ss.; BÍSCARO, Beatriz R., “Deberes y derechos matrimoniales durante la separación de hecho”, LL 1993-E-21 a 22; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. I, ps. 285 y ss.

<sup>4</sup> MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit., ps. 323/324.

<sup>5</sup> ALBARRACÍN, Dolores - ALBARRACÍN, Marta, “Divorcio destructivo (contribución del contexto al mantenimiento del conflicto)”, LL 1992-E-804.

<sup>6</sup> El art. 1565, 1), BGB, dice: “El matrimonio podrá obtener su divorcio, si está separado. Se considera que los cónyuges están separados si no hay convivencia ni indicios de su restablecimiento”. La ley alemana (art. 1566) presume *iure et de iure* que el matrimonio ha fracasado si los esposos han vivido separados por el término de un año y ambos solicitan el divorcio o si lo peticiona sólo uno de los cónyuges y el otro se aviene a dicha petición. Agrega el citado precepto que si los consortes han vivido separados por el término de tres años, cualquiera de ellos puede requerir el divorcio. El cese de la convivencia entre los esposos es el único elemento objetivo que la ley alemana tiene en cuenta para considerar que el matrimonio ha fracasado (MIZRAHI, Mauricio L., “La ley 23.515: un examen crítico y comparado del divorcio causado”, JA 1988-IV-855. El art. 1568 prevé que el esposo pueda oponerse a la solicitud de divorcio cuando por circunstancias extraordinarias éste implica una excepcional dureza o si el interés de los hijos menores reclama que el vínculo conyugal no sea disuelto. WEINBERG, Inés M., “Reforma del derecho de familia en la República Federal de Alemania”, LL 1981-D-915 a 916; CHECHILE, Ana María, *La separación...*, cit., p. 163.

<sup>7</sup> WEINBERG, Inés M., “Reforma del derecho...”, cit., p. 915; MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “Causas de separación personal y divorcio moralmente neutras”, LL 1991-B-690. Sin embargo, el derecho alemán introduce la idea de falta cuando los esposos tienen menos

En Suecia se estableció, ya hace casi cuatro décadas que, si bien el matrimonio debe tener un lugar central en el derecho de familia, “la legislación no tiene que forzar bajo ninguna circunstancia a una persona a continuar la convivencia matrimonial si no lo desea, garantizándose en ese sentido el divorcio, sin que tenga relevancia quien ha sido el causante de la desunión, si es que ésta puede imputarse a alguno de los cónyuges”<sup>8</sup>.

Entre los lineamientos de la ley 645 de 1973 se ha mencionado, en el tema que nos convoca, “la minimización del rol del Estado, tendiendo a dar en materia de divorcio expresión pública a los deseos privados de ambos o de uno solo de los esposos, para lo cual resulta necesario reconocer como rota una relación matrimonial cuando al menos uno solo de los cónyuges reclama la disolución...”, eliminándose toda idea de culpa en la ruptura de la unión<sup>9</sup>.

Cuando la solicitud es realizada por los dos esposos, el divorcio es decretado, sin más, por el tribunal, siempre que no existan hijos menores de 16 años. De existir hijos en las condiciones aludidas o si uno de los cónyuges se opone a la disolución del vínculo matrimonial se exige un plazo de reconsideración de seis meses<sup>10</sup>. El objetivo que tiene el período de reflexión estipulado por la ley sueca es evitar peticiones apresuradas, es decir, se busca que el requerimiento se funde en una decisión analizada por los consortes<sup>11</sup>.

El plazo de reflexión comienza a correr cuando los esposos presentan conjuntamente la petición de divorcio o a partir del traslado de la solicitud efectuada por uno de ellos al otro cónyuge. Una vez transcurrido el período mencionado (seis meses), cualquiera de los esposos puede peticionar que se decrete el divorcio, mas la causa caducará si se dejare pasar más de un año contado desde el comienzo del período de reconsideración (art. 3º)<sup>12</sup>.

Si los esposos han vivido separados por lo menos durante dos años, no es necesario el período de reflexión, pudiendo cualquiera de ellos solicitar el divorcio (art. 4º, ley citada)<sup>13</sup>.

---

de un año de separados. Como para esta hipótesis no se verifica para la ley una ruptura irreversible de la unión, sólo se concede la posibilidad de peticionar el divorcio “cuando la continuación del matrimonio se hiciese imposible para el peticionante y cuando el motivo del mismo residiere en circunstancias atinentes al otro cónyuge”, MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit., ps. 212/213. Mas, aun en este supuesto, sólo se considera la falta que se le imputa a uno de los esposos como un hecho que pondría de relevancia la imposibilidad de la convivencia, por ello la culpa aludida no se traslada al plano de los efectos, es decir, no acarrea consecuencias para el cónyuge “causante” del divorcio, MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit., p. 213; CHECHILE, Ana María, *La separación...*, cit., ps. 163/164.

<sup>8</sup> Conf. MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “La reforma sueca en materia de divorcio”, *Revista Jurídica de San Isidro*, nro. 25, San Isidro, enero-diciembre 1989, p. 43.

<sup>9</sup> MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “La reforma...”, cit., ps. 50/51.

<sup>10</sup> MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “La reforma...”, cit., p. 52.

<sup>11</sup> MIZRAHI, Mauricio L., “La ley 23.515...”, cit., p. 855.

<sup>12</sup> MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “La reforma...”, cit., p. 52; MIZRAHI, Mauricio L., “La ley 23.515...”, cit., ps. 859, 867 y 868.

<sup>13</sup> CHECHILE, Ana María, *La separación...*, cit., p. 162.

Como se expresa en los fundamentos del Anteproyecto: “El matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. 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”.

## 2. Supresión de los plazos

El proyecto consagra el divorcio incausado. En consecuencia, se han suprimido todos los plazos, tanto los que exigían un número de años de matrimonio (arts. 205 y 215, CCiv.) como aquellos en que se debían acreditar los lapsos de separación de hecho requeridos por los arts. 204 y 214, inc. 2°, CCiv. Es sabido que, en líneas generales, los lapsos que se regulan son arbitrarios. En ocasiones, se buscan términos medios para fijarlos y es imperioso establecerlos en un número importante de casos. Así, en el derecho de fondo encontramos conceptos como el de prescripción, que significa, ni más ni menos, el “medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo” (art. 3947, CCiv.). En el derecho procesal, los plazos son esenciales para asegurar el buen orden del proceso.

La cuestión es si los períodos requeridos por la legislación actual siguen siendo ineludibles en materia de divorcio. Tal vez en la época de la sanción de la ley 23.515, cuando se pasó de un sistema en el cual la indisolubilidad del vínculo era de orden público a un sistema opuesto, fueron importantes. En la búsqueda de un equilibrio fue necesaria la causal objetiva causada de los arts. 204 y 214, inc. 2°, que previó una forma de acceder al divorcio un tanto mixta. Es decir, se partía de la posibilidad de llegar a él sólo acreditando un dato que mostrara la fractura del matrimonio —separación de hecho—, pero que habilitaba a arrastrar la cuestión al terreno de las culpas. Por su parte, en la presentación conjunta se continuó con la mecánica del art. 67 bis, ley 2393. Bueno es reconocerlo, fue más que eficaz durante un buen tiempo. Más tarde, y con la dinámica que caracteriza el derecho de familia, no fue suficiente. Entonces comenzaron las demandas que introducían la cuestión constitucional de distintos plazos<sup>14</sup>.

En la actualidad, si el objetivo del tiempo de separación a cumplir como requisito es la reflexión, cada pareja conoce mejor que nadie el proceso de maduración que necesita para pedir el divorcio. A su vez, exigir un período de matrimonio nada demuestra si la ruptura en los hechos ya ha acontecido.

<sup>14</sup> Trib. Familia nro. 5 Rosario, 14/11/2006, RDF 2007-II, p. 151; Trib. Colegiado Familia nro. 7, Rosario, 7/3/2012, “F., M. y L., S. s/divorcio presentación conjunta”, LL del 9/8/2012, supl. Constitucional, nro. 5, p. 48.

Se afirma en los fundamentos que “se elimina todo plazo de espera, sea que se contabilice desde la celebración de las nupcias, o de la separación de hecho para la tramitación del divorcio. Esta postura legislativa también se funda en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges”.

Es de hacer notar que en la regulación de esta forma de acceder el divorcio se siguió, en mucho, la reforma española de 2005, parte de cuya exposición de motivos se cita en los fundamentos y que en uno de sus párrafos, con una claridad que despeja toda duda, expresa: “La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación... Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales”.

### 3. Supresión de las audiencias de conciliación

Se parte de la base de la no injerencia del Estado en materia que atañe exclusivamente a los involucrados, pues la causa del divorcio es la voluntad de uno o de ambos de culminar la relación matrimonial. En este marco, no hay espacio para que deban contarle al juez las razones que signaron la decisión, pues los motivos quedan en la esfera íntima de quienes los han padecido. De ahí la supresión de las audiencias, previstas en el actual art. 236, CCiv. Es ilustrativo al respecto las medulosas reflexiones de Rondina, que en esta temática ha expuesto: “Ninguna relación legal posee la fuerza necesaria para postergar el hastío o el encuentro, impedir la renovada elección o el desengaño. Si nadie escapa al albur de que al año de matrimonio asuma el gobierno conyugal un frío otoño devastador, cuál es la razón que justifica la existencia de una norma que prorrogue el realismo. ¿De qué mágico poder se cree dotado a los jueces a fin de hacer mutar las decisiones adultas y libres de los cónyuges?”<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Trib. Familia nro. 2 La Plata, 26/8/2010, “O. S. T. v. D. J. E. s/div. vinc. contradictorio”.



Ya hace más de diez años Mattera se preguntaba si desde una perspectiva constitucional “¿existen razones que justifiquen invadir la esfera de privacidad y autonomía de los cónyuges exigiéndoles dar explicaciones al juez sobre cuestiones que indudablemente atañen a su vida íntima, cuando ellos han optado por no ventilarlas judicialmente en un juicio contencioso?”. Y contestaba: “La respuesta parece obviamente negativa, por cuanto no se encontrarían en juego cuestiones que afecten a la moral y al orden público”<sup>16</sup>.

Así, se registran algunos fallos en los cuales se declaró la inconstitucionalidad de las audiencias<sup>17</sup>. Se dijo en este último sentido que “el art. 236, CCiv., resulta inconstitucional por vulnerar la libertad de intimidad del matrimonio reconocida por el art. 19, CN”<sup>18</sup>. En la misma línea argumental se ha afirmado: “La obligación establecida en el art. 236, CCiv., en cuanto ordena la comparecencia personal de los cónyuges ante el juez a quien deben dar las explicaciones de las causas graves que hacen imposible la vida en común, y la tarea del juez de hacerlos reflexionar y convencerlos de continuar el matrimonio resulta una injerencia injustificada en el ámbito de privacidad de dos. Esta misión encomendada al magistrado, eco quizás de antiguas creencias, constituyen intromisiones de un Estado paternalista, carentes de motivación en el caso de dos adultos que han elegido realizar sus vidas en forma separada, tras una reflexión profunda, que en la praxis judicial... ya ha sido elaborada al momento de entablarse la demanda. Del mismo modo esta invasión a la privacidad y a la autonomía de las personas resulta con la fijación de la segunda audiencia de plazo de reflexión”<sup>19</sup>.

#### **4. Innecesariedad de la voluntad de ambos esposos para acceder al divorcio**

Dispone el art. 437: “Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”.

El otro gran avance del proyecto es que la disolución del vínculo puede ser solicitada por uno solo de los miembros de la pareja. Obviamente, también pueden hacerlo en forma conjunta. En ambos casos es requisito indispensable presentar un convenio regulador.

El eje de la reforma en este tema es la responsabilidad. Es posible acceder al divorcio sin el consentimiento del otro, pero se deben asumir las consecuencias que acarreará la ruptura, tales como con quién de los padres vivirán los hijos, alimentos, atribución de la vivienda, etc. Todos estos temas deben proponerse claramente en el convenio y se apela a que éste sea redactado con madurez. Por ello, cada vez es más vital que los abogados que defienden estas problemáticas

<sup>16</sup> MATTERA, Marta del Rosario, “El juez frente al divorcio: respeto por la autonomía y privacidad de los cónyuges”, RDF, nro. 16, 2000, p. 83.

<sup>17</sup> Trib. Familia nro. 2 La Plata, 26/8/2010, “O. S. T. v. D. J. E.”, cit.; Trib. Colegiado Familia nro. 7 Rosario, 7/3/2012, “F. M. y L., S.”, cit., p. 48.

<sup>18</sup> Trib. Familia nro. 2 La Plata, 26/8/2010, “O. S. T. v. D. J. E.”, cit.

<sup>19</sup> Trib. Colegiado Familia nro. 7 Rosario, 7/3/2012, “F. M. y L., S.”, cit., p. 48.

se encuentren especializados. El éxito de un buen acuerdo dependerá en gran parte de que la labor sea encarada conociendo las secuelas irremediables que generará el litigio constante sobre los efectos. Incluso, más esfuerzo por parte del profesional cabrá cuando no se cuente con el consentimiento del otro.

El convenio no debe realizarse en forma superficial sólo para cumplir el requisito. Está en las manos de los operadores hacer de él una herramienta útil o un instrumento inservible.

## 5. El convenio regulador. Efectos a falta de acuerdo

Expresa el art. 438: "Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

"Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

"Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

"En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

"Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local".

Como ya se ha dicho, el procedimiento se inicia a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Es requisito ineludible adjuntar a la demanda un convenio regulador. Como se deduce de su nombre, el objetivo es que el cónyuge que inicia el trámite reflexione sobre las consecuencias de la ruptura a pesar de la disolución del vínculo.

Si la solicitud es conjunta se infiere que también habrá acuerdo en los efectos que regularán la vida futura de ellos como padres, ex esposos, abuelos.

Si la presentación es unilateral, se dará traslado al otro cónyuge para ver si coincide con la propuesta agregada por su consorte o adjunta una distinta. Claramente, en el primer caso no hay problemas, si bien —de todas maneras— el círculo cerrará con la evaluación del juez. En el segundo supuesto habrá que trabajar sobre las diferencias, pero es preciso tener en claro que expresamente el proyecto estipula que el desacuerdo —en las consecuencias que regirán la vida futura de los ex cónyuges— no suspende el dictado de la sentencia de divorcio. La idea de la no dilación de la sentencia, como podrá colegirse, es que bajo la excusa de discrepancia en los efectos se prolongue indefinidamente el decisorio y esto empeore la relación entre los postulantes para poder alcanzar —fuera de la especulación del no divorcio— pautas que se centren realmente en los beneficiarios, por ejemplo, en los hijos.

Incluso puede que se coincida en algunos de los ítems propuestos y no en otros. Si previa audiencia no se llega a un acuerdo total, pueden homologarse

aquellos puntos resueltos y tramitar los pendientes conforme el procedimiento previsto por la ley local.

Uno de los objetivos de la reforma es intentar reducir el conflicto. El procedimiento es sencillo y ágil, pero no por ello superficial. Exige la labor dedicada y especializada de los abogados para presentar convenios maduros y no ardides que parezcan cumplir el requisito a salvar y comenzar con una contienda interminable en cuanto a las cuestiones conexas. Se debe concientizar en lo importante de preservar relaciones sanas para poder seguir ejerciendo roles parentales que no dañen a los involucrados.

En cuanto a lo que debe contener el acuerdo, el art. 439 establece: “Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges”.

También se ha previsto que en ocasiones se pueda requerir de las partes garantías que avalen el cumplimiento de su propuesta. Expresa el art. 440: “Eficacia y modificación del convenio regulador. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente”.

### III. CONCLUSIÓN

El cimiento de la propuesta gira en torno a resolver la problemática con el menor costo emocional posible. No se desconoce que la sola sanción de una ley no va a poner fin a todos los posibles conflictos familiares, pero se pone el acento en la responsabilidad del abogado especializado de —con una ley que desalienta el conflicto entre personas que han estado unidas por vínculos jurídicos y afectivos— intentar arribar a consensos que se proyecten a obtener relaciones constructivas.

Es probable que no todas las propuestas de convenio que acompañen a la petición de divorcio sean razonables y aceptadas por el otro. Puede suceder que se las presente sólo para cumplir el requisito y obtener el divorcio. También es posible que el otro rechace un acuerdo equilibrado con el único motivo de trasladar el conflicto a los efectos, ya que le ha sido vedado el litigio por el divorcio.

Una ley no cambia la personalidad más o menos conflictiva que puedan tener los litigantes, intenta a ayudar —en el gran porcentaje de los casos— y tiene una función altamente educativa al cerrar caminos de litigio. Pero es indudable que habrá supuestos que necesariamente necesitarán la decisión del juez. Es el propio art. 438 que establece que las cuestiones en las cuales no se hayan podido acercar las diferencias, éstas tramitarán por la vía que prevea la legislación local.

El matrimonio, sus deberes y el divorcio planteado, como se regula en el Proyecto, están muy lejos de devaluar la institución, como se ha intentado esbozar.

Muy por el contrario, lo revaloriza al poner el afecto y la voluntad de proyectar una vida juntos como el pilar sobre el que aquél se asienta. Es realmente triste y desoladora la sola idea de pensar que dos personas —o al menos una— que ya no se quieren, vivan juntas sólo por imposición de la ley.

Por otro lado, si se está solicitando el divorcio, sea por la vía que fuera, es porque el matrimonio —en los hechos— ya no existe.

El Proyecto definió que desea una familia fundada y sostenida en el sentimiento, la cordialidad, la armonía; a partir de ahí se reguló el divorcio. No hay ley que pueda imponer el afecto y no hay matrimonio que pueda sostenerse saludablemente sin él.

Todo cambio impacta. Tal vez la labor de todos los operadores jurídicos sea ayudar a que los esposos que están desanudando su vínculo comprendan y acepten que no tienen por qué transformarse en adversarios.



## LOS VIEJOS CONVENIOS DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL Y SU TRANSFORMACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO: LA REVALORIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

por RAMIRO G. FLORES LEVALLE\*

*...Y al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable...<sup>1</sup>.*

Ante los albores de un cambio fundacional en la normativa vigente, los instrumentos cotidianos del abogado deberán adaptarse a la nueva realidad, para lo cual será menester evitar resistencias irracionales que puedan entorpecer nuestro crecimiento como sociedad. De tal modo, el cambio profundo propuesto involucrará no sólo el —tan esperado<sup>2</sup>— abandono de las causales subjetivas en el divorcio, sino la instauración de un divorcio incausado, que permitirá peticionarlo a cualquiera de los cónyuges<sup>3</sup>. Por ello, el rol del abogado de familia en la operación del conflicto variará drásticamente, pues ya no evaluará como alternativa posible el proceso contencioso por incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales, acotados ahora sólo a los alimentos.

En tal sentido, en la actualidad, la negociación jurídica en una crisis matrimonial incluye, claro está, no sólo la decisión del divorcio, sino también la celebración de convenios en materia de tenencia, alimentos, visitas y, desde ya, el tema que nos ocupa, la liquidación de la sociedad conyugal. Es que en la mayoría de los casos la falta de acuerdo en materia de bienes obsta incluso a la posibilidad del divorcio o, aun, el desembarco en un proceso por alguna de las causales subjetivas; cuestión que el Proyecto parece haber salvado a través del divorcio incausado<sup>4</sup>. En

\* Especialista en Derecho de Familia, UBA. Profesor adjunto de Derecho de Familia y Sucesiones, UBA.

<sup>1</sup> GALEANO, Eduardo, periodista y escritor uruguayo.

<sup>2</sup> “...El gran mérito de la Reforma es terminar de raíz con la culpa y por ende con la discusión...”, LÓPEZ DEL CARRIL, Luis M., “El divorcio en el Proyecto de Código”, LL del 12/9/2012.

<sup>3</sup> Art. 437 del Proyecto.

<sup>4</sup> Art. 438, párr. 4°, del Proyecto.

ese marco, las leyes actuales que regulan el régimen patrimonial del matrimonio afectan en gran medida la autonomía de la voluntad de los cónyuges, a quienes se les impide alterar dicho régimen imperativo a la luz del orden público familiar que los abarca.

Sólo acaecida la disolución de la sociedad conyugal, la masa poscomunitaria puede ser partida entre los cónyuges o sus sucesores a través del proceso de liquidación, a fin de establecer los saldos líquidos de cada masa ganancial, para realizar luego la partición definitiva.

La liquidación no es más que un trámite que comprende diversas operaciones (inventario de bienes, formación de las masas, determinación de las recompensas, cuenta particionaria, etc.) que, en tanto generen controversia, darán lugar a la formación de juicios incidentales o a la promoción de incidentes<sup>5</sup>.

La partición posterior de la sociedad conyugal está regida por las normas sobre partición hereditaria, según lo establecido en el art. 1313, CCiv., que expresa: "...Disuelta la sociedad por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al inventario y división de los bienes como se dispone en el libro cuarto de este Código, para la división de las herencias...". Si bien tal remisión sólo se refiere a la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, la jurisprudencia y la doctrina han hecho aplicación extensiva de ella a los demás supuestos de disolución<sup>6</sup>.

A consecuencia de ello, dicha partición puede ser privada, en los supuestos previstos por el art. 3462, CCiv.; esto es, si todos los partícipes son capaces y están presentes, y sin perjuicio que deba hacerse por escritura pública o por instrumento privado presentado al juez que entiende en la sucesión o en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal<sup>7</sup>.

A su vez, la partición debe ser judicial en los siguientes supuestos: a) cuando uno de los cónyuges sea menor o concurren herederos menores o incapaces o se hubieren denunciado herederos que se encuentran ausentes; b) cuando terceros, invocando interés legítimo, se opongan a la partición privada; c) cuando el cónyuge superviviente y los herederos, o los herederos de ambos cónyuges, no acordaren por unanimidad realizar la partición privada; todo ello, conforme lo establecido en el art. 3465, CCiv. En tales casos, debe seguirse el procedimiento establecido por dicho Código para la partición de las herencias.

Como vemos, en caso de que los cónyuges no logren un acuerdo sobre el modo de partir la sociedad conyugal, el procedimiento de liquidación estará sujeto a la incidencia litigiosa, por lo que la partición devendrá judicial.

Así, durante la liquidación, y disuelta la sociedad conyugal, los integrantes de la pareja reasumen su autonomía y pueden liquidar sus bienes en la forma que

<sup>5</sup> C. Nac. Civ., sala A, 2/8/1984, JA 1985-I-395.

<sup>6</sup> MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 567, nro. 364; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, nro. 442; LAFAILLE, Héctor, *Curso de derecho civil. Familia*, BJA, Buenos Aires, 1950, nro. 416; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 406, nro. 329; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 152, nro. 429.

<sup>7</sup> Art. 1184, inc. 2º, CCiv,

mejor les plazca. Obviamente, la validez del convenio podrá ser atacada probando vicios de voluntad (error, dolo, violencia, lesión) o de los actos jurídicos (simulación, fraude). Por ello, tales acuerdos, celebrados después de la sentencia de divorcio, tienen plena validez, pues estando disuelta la sociedad conyugal no hay interés superior expresado en normas que adquieran carácter de orden público, entendido éste como el conjunto de principios superiores indisponibles para las partes.

Es que la institución que el orden público quisiera proteger ya no existe. Se trata de un conjunto de bienes que integran la masa en estado de indivisión pos-comunitaria que los cónyuges deberán repartirse entre sí; por lo tanto, su validez es indiscutible<sup>8</sup>.

Al contrario de lo sostenido previamente, y como señalamos, es habitual en la práctica forense que con anterioridad a la sentencia de divorcio los cónyuges celebren pactos sobre los puntos centrales que regirán su vida futura: alimentos, tenencia, visitas, atribución del uso de la vivienda y, en lo que aquí interesa, liquidación de bienes comunes.

Sobre ellos han existido opiniones y soluciones discrepantes, que sólo pueden explicarse a través de su evolución histórica y cuya acusación principal es que resultan violatorios del orden público antes referido, que imponen los arts. 1218 y 1219, CCiv.: “1218.— Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”. “1219.— Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse bajo pena de nulidad después de la celebración del matrimonio, ni el que se hubiese hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado...”.

Tales artículos se integraban coherentemente con el art. 1306 originario del Código Civil. Del juego de estos tres artículos podía resultar la violación del orden público ante la celebración de un pacto por los consortes, pues la sociedad conyugal no se disolvía de pleno derecho, sino que sólo el cónyuge inocente tenía a su disposición la acción de separación de bienes. Entonces, lo convenido entre los cónyuges se interpretó como un modo de obtener, por mutuo acuerdo, la disolución de la sociedad conyugal, violando el carácter inmodificable del régimen y, en particular, el art. 1291, CCiv.<sup>9</sup>

Es que frente a un régimen legal que fijaba causas taxativas de disolución de la sociedad conyugal —entre las cuales no se encontraba el mutuo consentimiento de los esposos—, los convenios en cuestión carecían de efecto disolutorio de la comunidad.

La ley 17.711 modificó el art. 1306 de tal forma que la acción de separación de bienes no era una prerrogativa otorgada al inocente. A partir de la mencionada ley y con la recepción del divorcio remedio en nuestra legislación, dicha norma pasó

<sup>8</sup> BOSSERT, Gustavo A., “Convenios de liquidación entre cónyuges”, LL 149-968; MINYERSKY, Nelly, “Convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, en *Enciclopedia de derecho de familia*, t. I, Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 685.

<sup>9</sup> MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 291.



a disponer que "...la sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda...".

Se sumaba a ello la posibilidad otorgada por el art. 67 bis, ley 2393, de realizar acuerdos sobre la liquidación de la sociedad conyugal, si bien la redacción de este artículo llevó a interpretaciones diversas. En éste se disponía que en el divorcio consensual, "...si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, éste tramitará por la vía sumaria...".

Así, la doctrina discrepó acerca de la posibilidad de que tal tipo de acuerdos tuviera o no lugar en los divorcios consensuales. La doctrina mayoritaria los consideró nulos, aun los celebrados en el marco del art. 67 bis, otorgándoles validez sólo en el caso de ser ratificados con posterioridad a la sentencia, pero asignándole valor probatorio al reconocimiento del carácter propio o ganancial que las partes realizaran en ellos<sup>10</sup>. Poco tiempo después, la jurisprudencia plenaria capitalina les otorgaba validez<sup>11</sup>, al contrario de lo sostenido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires<sup>12</sup>.

La ley 23.515 confirmó el criterio de la jurisprudencia plenaria referida al establecer, en el nuevo art. 236, párr. 2º, que "...las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria...".

<sup>10</sup> VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *Buenos Aires*, 1979: "1) Los convenios entre cónyuges disolutorios de la sociedad conyugal están prohibidos y son, en consecuencia, nulos; 2) son también nulos los convenios sobre liquidación de la sociedad conyugal y partición de bienes, efectuados antes de la disolución de aquélla, aunque fueren posteriores a la notificación de la demanda de divorcio; 3) es admisible que los jueces tengan en cuenta las entregas hechas antes de la sentencia de divorcio como anticipo de la parte de un esposo, en virtud del hecho mismo ya producido de la entrega, y no como acto que convalida el convenio; 4) son válidos los reconocimientos que las partes hacen, antes de la disolución, del carácter propio o ganancial de determinados bienes y deudas, o de la existencia de determinadas recompensas entre las masas. Tales reconocimientos implican una prueba anticipada que puede hacerse valer en la liquidación, pero caerán si se prueba que el consentimiento de una parte estuvo viciado, o que no responden a la realidad, o fueron ejecutados en perjuicio de terceros; 5) en los divorcios tramitados según el artículo 67 bis, ley 2393, el convenio sobre liquidación y partición incluido en la demanda o presentado antes de la sentencia, no tendrá validez mientras no sea ratificado expresa o tácitamente por las partes con posterioridad a la referida sentencia, sin perjuicio de los efectos previstos en los puntos 3 y 4, ni de su posible impugnación por la existencia de algún vicio que afecte el acto jurídico, o por no respetarse el principio de partición por mitades de los bienes gananciales".

<sup>11</sup> "...Los convenios de separación de bienes, en los juicios de divorcio por presentación conjunta (artículo 67 bis, ley 2393) formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y disolución de la sociedad conyugal son válidos..."; C. Nac. Civ., en pleno, 24/12/1982, ED 102-519; LL 1983-A-483; JA 1983-I-652, aun cuando la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil aclaró que la solución propuesta del plenario no era aplicable a convenios anteriores a la demanda (14/8/1980, LL 1981-A-310; JA 1981-II-49).

<sup>12</sup> Sup. Corte Bs. As., 5/12/1978, "A. S.", JA 1978-III-631; 23/12/1978, "A. S.", JA 1978-III-863; 21/9/984, JA 1985-I-593.

No obstante ello, la discusión quedó lejos de ser superada. Luego de la sanción de la ley 23.515 quedó despejada toda duda acerca de la validez de los convenios de liquidación de la sociedad conyugal en ocasión del divorcio por presentación conjunta —éstos son los celebrados en forma previa al divorcio pero agregados a dicha presentación— pero no respecto de todos los demás supuestos, de mucho mayor número en la práctica.

En primer término, respecto de los acuerdos celebrados y no presentados con la demanda de divorcio, la doctrina que sostiene su validez fundamenta su posición en que el art. 236 no impone que el acuerdo de liquidación de sociedad conyugal se acompañe con la demanda. Por el contrario, la citada norma contiene dos partes separables: la primera, que se refiere a los convenios sobre tenencia, régimen de visitas, atribución del hogar y alimentos, en la que se hace expresa mención a la demanda conjunta; la segunda, relativa a los acuerdos de liquidación, donde se afirma la posibilidad de su realización, sin exigir un momento preciso<sup>13</sup>.

Aun cuando tales convenios no fueran acompañados a la presentación conjunta, su validez se centra, según este criterio, en que su celebración sea contemporánea al proceso de divorcio, pues "...el convenio y la presentación del escrito están separados por escasos quince días, tiempo durante el cual se ejecutó el convenio y cesó la convivencia. Conforme estos hechos, sólo con exceso de rigor ritual y desconocimiento de la realidad jurídica objetiva puede deducirse que el convenio no ha sido suscripto en el marco del divorcio por presentación conjunta..."<sup>14</sup>.

No obstante ello, y la jurisprudencia contraria, la mayoría de los convenios no se celebra el día de la presentación de la demanda de divorcio, sino que responden a un acuerdo previo que, en general, lleva mucho tiempo de elaboración y de entendimiento familiar, y se plasma cuando los cónyuges han llegado a una voluntad común, en casi todos los casos, antes de dicha presentación.

Así, la época o el momento en que los esposos arribaron a un acuerdo y lo formalizaron privadamente se entendió intrascendente, siempre que lo convenio se ponga en conocimiento del juez oportunamente con lo que, incluso, se podría ratificar un convenio de fecha muy anterior<sup>15</sup>.

También se le imprimió relevancia al principio de ejecución de estos convenios, en pos de la sostenida validez<sup>16</sup>; sin embargo, también se sostuvo que el supuesto pago no convalida *per se* su validez.

<sup>13</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, en su voto en la causa dictada por la Suprema Corte de Mendoza, 12/10/1996, JA 1997-II-619; íd. Medina, G., en C. Civ. y Com. San Isidro, 1<sup>a</sup>, 19/10/1999.

<sup>14</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Sup. Corte Just. Mendoza, 12/10/1996, cit.

<sup>15</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Un caso más de convenio pactado antes de la extinción del régimen patrimonial", JA 1997-II-629.

<sup>16</sup> "...La manifestación de voluntad se expresa perfectamente ejecutando con posterioridad a la disolución lo convenido con anterioridad a ésta; el cumplimiento de lo acordado es la fórmula inequívoca de demostrar la común voluntad de aceptación. Una vez que los esposos, con posterioridad a la sentencia de disolución, cumplieron el convenio, firmando el boleto de compraventa, repartiéndose la mercadería, etc., le dieron fijeza y validez..."

Otras opiniones respecto de estos acuerdos debaten sobre la necesidad de su homologación judicial, habiéndose sostenido que ésta era una de las dos condiciones esenciales a la que se encontraban sometidos; la otra era el efectivo dictado de la sentencia<sup>17</sup>.

Tampoco la reforma resolvió acerca de la validez de los convenios celebrados fuera de los procesos por presentación conjunta, esto es, en los procesos contenciosos, y en la causal objetiva de interrupción de la vida en común (arts. 204 y 214, inc. 2º, CCiv.), discusión advertida casi inmediatamente a la sanción de la ley 23.515<sup>18</sup>, y distinción que no tuviera mayor sentido si ambos supuestos se encuentran condicionados a la disolución de la sociedad conyugal.

En uno u otro caso también se ha discutido la posibilidad del juez de su observación, por desigualdad de las hijuelas o inequidad (en relación con el art. 1315, CCiv.). Como se ha dicho, sólo los celebrados con posterioridad a la disolución no se encuentran sujetos al orden público, por lo que la desigualdad de las hijuelas no es observable —por lo que los cónyuges podrían dividir como les plazca sus bienes o también renunciar a todos ellos—, a diferencia de lo que acontece cuando se concierta la liquidación de los bienes que integran la sociedad conyugal en la demanda por presentación conjunta durante el curso del proceso pero antes de la disolución, si bien ello no significa que las porciones de cada uno en la división de la sociedad conyugal deban ser absoluta y matemáticamente iguales<sup>19</sup>.

Por ello se ha sostenido que en los convenios celebrados con anterioridad a la disolución, el juez podrá objetar una o más estipulaciones de tales acuerdos, cuando a su criterio se afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos; facultad cuestionable, máxime si las partes son mayores y capaces y el acto es regular y libre, por lo que "...el juez no tiene por qué pronunciarse sobre el fondo de la partición acordada..."<sup>20</sup>.

Esta gran beligerancia anotada respecto de los convenios no explica el gran número de acuerdos celebrados y no presentados por ante los tribunales, aun bajo el riesgo de su invalidez. Y las causas son conocidas por el abogado: el deseo de las partes de no exteriorizar su patrimonio por ante la justicia, el costo fiscal que insume la inscripción —que duplica el monto impuesto para los procesos sucesorios<sup>21</sup>—,

---

LL 1989-B-67, con comentario de GOWLAND, Alberto J., "La pretendida invalidez de un convenio de liquidación de sociedad conyugal por causa de inequidad".

<sup>17</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Un caso más...", cit., p. 629.

<sup>18</sup> BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho...*, cit., t. II, p. 177; en contra de su validez, C. Nac. Civ., sala C, 17/4/1980, ED 89-140; a favor, MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Un caso más...", cit., p. 629.

<sup>19</sup> C. Nac. Civ., sala G, 6/11/1980, ED 91-623; KIELMANOVICH, Jorge L., *Juicio de divorcio y separación personal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 422; FANZOLATO, Eduardo I., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 304/35.

<sup>20</sup> MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 571.

<sup>21</sup> Conf. ley 23.898, arts. 2º y 4º, inc. 2º; no obstante, se discute su imposición por la sola homologación, pues en el caso de dicha homologación el rol del juez es meramente

entre otras, son causas de una entidad tal que las partes, aun explicadas del riesgo, optan por asumir, por sobre el estado de incertidumbre a que los expone. Sin embargo, las personas que atraviesan un conflicto de divorcio no necesitan agregar inseguridad a sus vidas en un momento tan delicado, y menos con relación a sus bienes, de los que dependerá su futuro<sup>22</sup>. La situación actual, en la que las partes no presentan los referidos convenios, crea un estado de desconfianza que en nada favorece el bienestar de dichas familias. Promover la transparencia y afianzar la plena seguridad y confianza respecto de los convenios celebrados es fundamental para reparar la crisis sufrida por las partes al momento del divorcio.

Ahora bien, ¿qué avances ofrece el Proyecto respecto de este punto? Ya señalamos que entre la paleta de opciones que propone ya no existiría un proceso contencioso. De tal modo, en el marco de todo divorcio deberá presentarse una propuesta o convenio regulador<sup>23</sup>, ya sea que la petición se formule a petición de uno o ambos cónyuges, respectivamente.

Aun cuando la prohibición del citado art. 1218, CCiv., se reproduce en el art. 447 del Proyecto —con la salvedad de la posibilidad de la opción entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes—, la validez del convenio regulador celebrado obviamente antes del momento del divorcio se ratifica, en la misma línea que trazara la ley 23.515.

Ello es en extremo valorable, pues refuerza sin dudas la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el matrimonio, respondiendo uno de los ejes centrales del Proyecto, que es la constitucionalización del derecho privado. Sin embargo, la exigibilidad de la presentación del convenio en materia de bienes (art. 438: “... Toda petición de divorcio *debe* ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste...”; art. 439: “... El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio *debe* contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges...”) tropezará nuevamente con la misma piedra.

Por ideología, por costumbre o tan sólo por el modo de ser argentino, es difícil imaginar a quienes se divorcian plasmando su patrimonio ante la justicia. No pasó antes, dudo que pase ahora sólo por indicación legal, máxime en patrimonios de cierta envergadura.

¿Qué ocurrirá entonces con los convenios de bienes no presentados en el divorcio? ¿Serán alcanzados por la nulidad propuesta por el art. 447? ¿Cómo resolverán los jueces la falta de una cláusula sobre bienes en el convenio regulador a la luz de la exigibilidad en los artículos transcritos? Nuevamente, la nulidad se cierne sobre los pactos de los cónyuges en vías de divorciarse.

---

pasivo, su papel es similar al del escribano y en la resolución homologatoria no hay el *dictum* ni el *imperium* propios de la sentencia, con lo cual el impuesto tampoco puede ser el mismo; GOWLAND, Alberto J., “La pretendida invalidez...”, cit., p. 61.

<sup>22</sup> “...Es la orientación y distribución de la información y la cultura, el estímulo a la construcción de viviendas, el reparto equitativo de los bienes sociales, a título de ejemplo, lo que más beneficia la vida familiar...”, CÁRDENAS, Eduardo J., “La familia en el Proyecto de Código Civil”, LL del 15/8/2012.

<sup>23</sup> Arts. 438 y 439 del Proyecto.

Es cierto que no puede salvarse la judicialización del conflicto ante un desacuerdo firme, como lo hace el último párrafo del art. 438 (“...si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto por la ley local...”). Algunos conflictos no pueden escapar de la solución judicial y en modo alguno puede responsabilizarse de ello al Proyecto.

Pero me temo que muchos justiciables volverán a quedar expuestos a la incertidumbre descrita. Seguramente los autores del Proyecto imaginaron este conflicto, sobre todo por sus antecedentes jurisprudenciales tan vastos, lo que los pudo haber llevado a pensar en darle un paso más a la autonomía de la voluntad de las partes, permitiéndolos fuera de la petición, pero el sistema se inserta en otro sistema más grande. Es que el marco del convenio regulador es más amplio que los actuales convenios de liquidación, pues contiene un juego de contrapesos (atribución de la vivienda, compensaciones económicas, garantías, etc.) que el juez ahora tiene que evaluar en su conjunto y no podría hacerlo sin uno de sus componentes.

Lo que puede sí puede ocurrir con la sanción del Proyecto es que los tiempos de la negociación del divorcio se alteren. Es que cualquiera de los cónyuges que perciba que dicha negociación no progresa, podrá requerir el divorcio<sup>24</sup> y lo logrará tan sólo formulando la propuesta que considere adecuada<sup>25</sup>, aunque no sea aceptada. Dictada la sentencia, volviendo a lo expuesto al principio de este trabajo, ya no va a existir obstáculo alguno que impida a los cónyuges pactar libremente, pues la sociedad conyugal estará disuelta y habrán reasumido plenamente su autonomía de la voluntad<sup>26</sup>. Ello cumple en muchos sentidos con una meta no expresada en el texto del Proyecto: que alguna cláusula del convenio sea moneda de cambio a la liberación de un proceso por causales subjetivas.

Esperemos, entonces, que el nuevo sistema no sea resistido tan sólo por no contener respuesta a todo problema imaginable, sino que sea bienvenido como un esfuerzo por mejorar lo que hoy tenemos y así brindarle otras posibilidades a quienes han fracasado en su proyecto de vida, en pos de su recuperación integral.

<sup>24</sup> Art. 437 del Proyecto.

<sup>25</sup> Art. 438 del Proyecto.

<sup>26</sup> De hecho, así lo deberán hacer si quieren liberarse de la presentación judicial del convenio.

## COMPENSACIONES ECONÓMICAS EN EL DIVORCIO. UNA HERRAMIENTA JURÍDICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

por MARIEL F. MOLINA DE JUAN\*

*La vida en la tierra sale bastante barata.  
Por los sueños, por ejemplo, no se paga ni un céntimo.  
Por las ilusiones, sólo cuando se pierden.  
Por poseer un cuerpo, se paga con el cuerpo<sup>1</sup>.*

### I. BREVE INTRODUCCIÓN. EL MARCO JURÍDICO

La incorporación de las compensaciones económicas es una de las novedades que trae el Proyecto de reforma del Código Civil<sup>2</sup>. Esta figura se encuentra regulada en el libro segundo correspondiente a las relaciones de familia, dentro de los efectos del divorcio, en el título primero, capítulo 8.

La propuesta engarza dentro de un sistema de divorcio “incausado” que prescinde de toda invocación y acreditación de “causas” para obtener una sentencia judicial que disuelva el vínculo matrimonial. Por ello suprime tanto la indagación de la culpa de uno u ambos en la ruptura matrimonial, como el requisito objetivo de cumplimiento del plazo desde la separación de hecho para peticionarlo. En conclusión, los motivos que impulsaron a los cónyuges a peticionar su divorcio quedan reservados a la esfera de la intimidad conyugal sin que sea necesario el control ni la injerencia del Estado.

\* Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Abogada en ejercicio de la profesión. Investigadora, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del equipo de investigación jurídica dirigido por la Dra. Aída Kemelmajer. Integrante de la Subcomisión de Derecho Familiar del Proyecto de reforma del Código Civil de 2012.

<sup>1</sup> Wislawa Szymborska, citada por SERRANO, Marcela, *Diez mujeres*, Alfaguara, Buenos Aires, 2011, prefacio.

<sup>2</sup> Elaborado por la comisión integrada por Lorenzetti, Highton, Kemelmajer, creada por decreto presidencial 191/2011, expte. 884-12-PE.

Este divorcio puede ser demandado judicialmente por acuerdo de ambos (bilateral) o bien por voluntad de uno solo de los esposos (unilateral)<sup>3</sup>, pues el respeto por la autonomía personal que impone el paradigma de los derechos humanos exige que el matrimonio se sostenga sólo por la decisión de ambos. Si uno de ellos tiene voluntad de no continuarlo, el otro no puede resistirse ni oponerse al dictado de la sentencia que ponga fin al vínculo matrimonial.

La sección tercera se ocupa de los efectos del divorcio y comprende específicamente dos instituciones: a) la atribución de la vivienda (art. 443) y b) la compensación económica (arts. 441 y 442). La posibilidad excepcional de reclamar alimentos con posterioridad al divorcio se encuentra regulada en el art. 434 (capítulo 7 “Derechos y deberes de los cónyuges”).

Las compensaciones económicas no sólo resultan procedentes cuando el matrimonio se disuelve por divorcio, sino también en los supuestos de anulación para el cónyuge de buena fe (arts. 428 y 429), y con algunas variantes cuando se produce la ruptura de las uniones convivenciales (arts. 524 y 525)<sup>4</sup>.

## II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

En una primera aproximación puede decirse que la compensación económica es una institución jurídica que propicia la superación de la injusta pérdida patrimonial que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges. Desaparecida la comunidad de vida y la contribución en las cargas del hogar que permitían que ambos gozaran del mismo estándar, afloran los niveles económicos y sociales correspondientes a los recursos y las posibilidades que cada uno tenía y ha podido forjar en razón de la peculiar división de funciones llevada adelante durante la vida matrimonial.

Este desequilibrio, que puede haberse mantenido “oculto” o “compensado” durante la vida compartida, se hace ahora patente y en muchas ocasiones no será resuelto en forma equitativa con la liquidación de la sociedad conyugal, cuya finalidad es repartir lo ganado por partes iguales.

Por eso la compensación aparece como un correctivo jurídico que pretende evitar las injustas desigualdades que el divorcio provoca como consecuencia de las diferentes capacidades de obtener ingresos que se desarrollaron y consolidaron durante el matrimonio, cuestión que en la mayoría de las oportunidades el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Art. 437: “Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”.

<sup>4</sup> El art. 524 expresa: “Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”.

<sup>5</sup> Conf. ROCA I TRIAS, María Encarnación, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 199.

### III. ANTECEDENTES

#### 1. Una mirada al derecho comparado

La figura surgió en Europa, hacia el final del siglo XX, y fue recogida por las reformas legislativas del derecho familiar en Francia<sup>6</sup>, Dinamarca, Italia, España<sup>7</sup>, Alemania. En América fue receptada por El Salvador<sup>8</sup>, Quebec<sup>9</sup> y, más recientemente, por Chile<sup>10</sup>.

En todos estos casos, si bien existe un sustrato común con elementos comparados, cada uno de ellos le asigna funciones específicas y acomoda su fisonomía a la idiosincrasia del país, de modo que resulta una institución con peculiaridades propias en cada sistema<sup>11</sup>. Por ello no resulta fácil elaborar una definición única ni tampoco precisar su naturaleza o identificar los requisitos de una manera uniforme y válida para las diferentes latitudes que la regulan.

<sup>6</sup> En Francia, se encuentra regulada del art. 270 al 281 del Code. El art. 270, que define la institución como una prestación destinada a compensar en tanto sea posible la disparidad que la ruptura matrimonial crea en las condiciones de vida respectivas, fue modificado por la ley 2004-439 del 26/5/2004. Textualmente expresa que "le divorce met fin au devoir de secours entre époux l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture".

<sup>7</sup> Código Civil español, art. 97, redactado conforme la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (*Boletín Oficial del Estado*, nro. 163, del 9/7/2005, ps. 24.458-24.461).

<sup>8</sup> El art. 113, Código de El Salvador, bajo el título "Pensión compensatoria", expresa que "si el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojaré saldo negativo, el cónyuge a quien el divorcio produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una pensión en dinero que se fijará en la sentencia de divorcio, de acuerdo con las pruebas que al efecto se hubieren producido" ([www.cnj.gob.sv](http://www.cnj.gob.sv) [1/10/2012]).

<sup>9</sup> Ampliar en FANZOLATO, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", RDPyC 2001-I, Alimentos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 20.

<sup>10</sup> La Ley de Matrimonio Civil de Chile 19.947 de 2004, art. 61: "Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa" ([www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) [1/10/2012]).

<sup>11</sup> Compulsar VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", en GROSMAN, Cecilia P. - HERRERA, Marisa, *Hacia la armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 167.



## 2. Panorama en el derecho argentino

La ley 23.515 que introdujo el divorcio vincular en nuestro ordenamiento jurídico omitió toda referencia a la compensación económica como uno de sus posibles efectos. En principio, el sistema vigente deja fuera de la previsión normativa el supuesto de desproporción o desequilibrio económico que el cese de la comunidad de vida puede crear en los ex cónyuges cuando uno ha sacrificado su vida personal, social y profesional, dedicándose al hogar y a los hijos a fin de que el otro cónyuge se realice personal, intelectual y profesionalmente.

La ausencia de esta previsión determina que cuando ese desequilibrio se ha producido, el cónyuge perjudicado difícilmente pueda reinsertarse en el mundo laboral o profesional, o reanudar sus estudios, cuestión que se torna más lejana aún a medida que avanza su edad. Incluso esta situación lo puede llevar a consumir los bienes que le han sido adjudicados por la partición de la sociedad conyugal o disminuir sus rentas.

No obstante el silencio normativo, no es una institución desconocida, pues ha sido abordada por algunos textos de doctrina. Resulta enriquecedora la lectura de un trabajo del Dr. Fanzolato, quien sostuvo que la “prestación compensatoria civil” consiste en el pago de una suma de dinero o de una cantidad periódica, generalmente mensual, que uno de los ex esposos debe abonar al otro para subsanar el desmedro en el nivel de vida económico social que sufre a causa del divorcio o para compensarlo por aquellos aportes en servicios o bienes que, por su especial naturaleza, no pueden ser justipreciados ni saldados en las operaciones de liquidación y partición del régimen patrimonial matrimonial o de la comunidad convivencial<sup>12</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia tampoco fue totalmente ajena a su reconocimiento. En una la sentencia dictada en 2009 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el Dr. De Lázzari introdujo la consideración de esta figura como “paliativo” frente a las injustas consecuencias que el divorcio objetivo produciría en la ex cónyuge<sup>13</sup>. En el caso, antes de contraer matrimonio, la esposa tenía un empleo, que no sólo le permitía obtener ingresos y cobertura de salud sino también una previsión hacia el futuro de acceder al beneficio jubilatorio. Después de casarse, en 1966 —como sucede en muchos otros casos—, renunció a su trabajo para ocuparse de la familia y los hijos y con ello perdió sus expectativas de proveerse en forma autónoma lo necesario para la previsión social de las con-

<sup>12</sup> Compulsar FANZOLATO, Eduardo, “Prestaciones compensatorias...”, cit., ps. 19 y ss. Este autor distingue entre las prestaciones compensatorias civiles y las prestaciones compensatorias previsionales, abonadas a los cónyuges divorciados por el respectivo sistema de retiro o jubilación mediante un cálculo compensatorio de los aportes realizados por uno o por ambos ex esposos durante la vida conyugal, con el propósito de que los dos se beneficien igualmente de las cotizaciones pagadas por ellos a título individual mientras duró el matrimonio. Ver también el antecedente de GROSMAN, Cecilia P., “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”, LL 1982-A-750.

<sup>13</sup> Sup. Corte Bs. As., 25/11/2011, “L., A. B. v. C., E. L. Divorcio contradictorio. Beneficio”, C. 98.408, [www.scba.gov.ar/jurisprudencia](http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia).

tingencias de la vida. Desde entonces y hasta el divorcio, el marido solventó los gastos del hogar con los recursos económicos obtenidos por su empleo y proveyó de obra social a la esposa, quien padecía una enfermedad neurológica muscular de piernas y brazos de larga data (polineuropatía sensitiva motora hereditaria) y necesitaba de acompañante terapéutico en cada una de las escasas actividades que realizaba.

El esposo demandó el divorcio por la causal objetiva de separación de hecho y la señora reconvinó por causal subjetiva (abandono voluntario y malicioso, adulterio e injurias graves). Como es sabido, hasta el momento ésta es la única vía posible para obtener una prestación alimentaria amplia que le permitiría suplir los aportes que hacía su marido para satisfacer todas sus necesidades. A su vez, el actor planteó la *reconventio reconventionis* con apoyo en la causal de injurias graves. El tribunal de grado dictó sentencia de divorcio por causal objetiva, contra la cual la señora planteó recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley.

Más allá de que el fallo rechazó el planteo recursivo —con la disidencia del Dr. Petiggiani—, resulta de interés recordar que el voto del Dr. De Lázari se introdujo en la valoración de las consecuencias que la decisión del tribunal provocaría en la situación económica de la demandada<sup>14</sup>. Evaluó que “a las dificultades para participar en el mercado de trabajo ante la incapacidad padecida se le sumará la pérdida de obra social y una probable imposibilidad de cobertura médica asistencial por el alto costo exigido si pretende adscribirse a la misma obra social al ser una persona mayor, enferma y sin actividad remunerativa... Tampoco podrá tener derecho a los alimentos amplios que le permiten mantener el ‘nivel de vida’ previstos en el art. 207 del Código Civil que le podrían corresponder sobre los ingresos jubilatorios de su marido, aunque en el plano fáctico probablemente contribuyera con dinero ganancial para que éste fuera titular del beneficio jubilatorio que hoy sustenta en forma personal, pues no se ha juzgado la culpabilidad”<sup>15</sup>. Por eso, con argumento en el principio de igualdad y equilibrio entre hombre y mujer —con rango constitucional—, sostuvo que en el caso sería posible aplicar las compensaciones económicas “consistentes en contemplar una pensión por desequilibrio como una prestación pecuniaria a favor del cónyuge que realizó sacrificios patrimoniales directos o indirectos a causa de la relación patrimonial”<sup>16</sup>. Más aún, propuso que

<sup>14</sup> Para un panorama más completo sobre el sistema alimentario posdivorcio, compulsa SAMBRIZZI, Eduardo A., “Sobre la conveniencia de modificar el régimen de alimentos vigente en materia de separación personal y divorcio”, LL 2001-F-1377.

<sup>15</sup> De Lázari partió de la idea que en el caso resultaba bastante difícil garantizar la igualdad real, pues la ex esposa recurrió al divorcio subjetivo precisamente porque la única vía admitida en el Código Civil para alcanzar la mentada igualdad sustancial está ligada al factor de atribución de la culpa. Reflexionó que la ausencia de legislación infraconstitucional para aminorar las consecuencias adversas de estas situaciones “impone ir más allá y formular otro tipo de consideraciones”.

<sup>16</sup> Siguiendo la opinión de Fanzolato, el voto desarrolló el concepto de “prestación compensatoria previsional” como una compensación preventiva del enriquecimiento sin causa que se daría en caso de que el titular pudiera aprovecharse en exclusiva de un beneficio previsional obtenido sobre la base de aportes que se hicieron durante el trans-

la sentencia lo explicita a fin de asegurar la tutela efectiva de los derechos e intereses mediante estas prestaciones que prescinden de este factor subjetivo, como mecanismo de acceso a la justicia, aunque reconoció que no pueden declararse de oficio, pues se trata de un beneficio renunciabile<sup>17</sup>.

#### IV. ANÁLISIS DE LA FIGURA PROYECTADA

La figura proyectada pretende brindar una solución a una gran cantidad de situaciones que, con ribetes similares, llegan a nuestros tribunales, en las que el divorcio produce una desigualdad económica entre los cónyuges que acarrea un injusto perjuicio en uno de ellos, con frecuencia, la mujer. En general, este desequilibrio tiene su fuente en la peculiar distribución de roles y funciones que los esposos llevaron adelante durante el matrimonio; así, por ejemplo, no obstante que ambos se encontraban insertos en el mercado laboral antes de su celebración, luego de casarse han acordado que uno de ellos —generalmente, la mujer— renuncie al empleo para dedicarse al cuidado de los hijos y las tareas del hogar o para colaborar en la actividad desarrollada por el otro, sea profesional, comercial, empresaria, etc. Esta desigualdad también pudo haberse producido porque antes de la vida en común uno cursaba estudios para obtener una mejor capacitación y elevar sus posibilidades económicas, pero luego los abandona o pospone para apoyar o favorecer el desarrollo profesional o laboral del otro.

De este modo, aunque ambos compartieron los esfuerzos y trabajaron a la par para llevar adelante la familia y alcanzar una calidad de vida acorde a sus expectativas y proyecciones, al momento del divorcio, aquel cónyuge que debió dejar el trabajo o posponer sus estudios sufre un perjuicio directo frente al otro que pudo concluir su carrera profesional u obtener una mejor posición laboral. Dado el fundamento comunitario y solidario del matrimonio en el que ambos esposos comparten un proyecto de vida en común fundado en la cooperación, esta dinámica de organización de la vida familiar tiene alta incidencia en el modelo familiar argentino.

### 1. Requisitos de procedencia

El art. 441, que introduce la institución en el Proyecto, enuncia los requisitos de procedencia. La norma expresa que “al cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y

---

curso del matrimonio. “Por ello, cada uno de los ex cónyuges tiene derecho a compartir las expectativas o los beneficios generados por el otro, en proporción al tiempo de su disuelto matrimonio durante el que se pagaron las cotizaciones”, FANZOLATO, Eduardo I., “Prestaciones compensatorias...”, cit., p 76.

<sup>17</sup> Por ello la doctrina española caracteriza las prestaciones compensatorias como “sujetas al principio de rogación” (ampliar en SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria. Criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 65).

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

Como primera reflexión debo señalar que el derecho a obtener esta compensación económica no resulta una consecuencia necesaria del divorcio, sino que sólo procede si se dan los requisitos previstos por la ley<sup>18</sup>:

a) Desequilibrio económico manifiesto: el divorcio tiene que generar una desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción en la vida laboral de una cierta entidad que justifique poner en marcha este mecanismo.

b) Empeoramiento de la situación del cónyuge que la reclama: el desequilibrio que el divorcio hace evidente debe significar un empeoramiento concreto de la situación del cónyuge que la petiona, es decir, exige que la situación económica del cónyuge perjudicado, su calidad de vida y posibilidades sufran un impacto negativo a partir de la disolución del vínculo matrimonial.

c) Causa adecuada en el matrimonio y el divorcio: ello es así porque depende directamente de la distribución de roles y funciones entre los miembros del matrimonio durante la vida conyugal, la cual va a provocar un perjuicio directo a uno de los esposos al momento de la ruptura. A partir del divorcio, el cónyuge desfavorecido se encuentra con que, no obstante haber aportado sus esfuerzos al proyecto compartido o a la tarea del otro, no ha podido desarrollarse laboral o profesionalmente de modo acorde con ese esfuerzo aportado, y por ello está en peores condiciones de obtener ingresos para afrontar la vida en forma independiente.

d) Sentencia firme: sólo es exigible luego del divorcio o nulidad matrimonial, aunque puede haber sido pactada en el convenio regulador de los efectos del divorcio realizado durante las tratativas para alcanzar los acuerdos previos (conf. art. 439).

e) Indiferencia del régimen patrimonial: resulta independiente del régimen patrimonial matrimonial vigente durante el matrimonio, pues procede tanto para el caso en que los cónyuges se rigieran por la comunidad de ganancias como si se sujetaron a la separación de bienes.

Si bien es cierto que la compensación puede cumplir un papel de mayor trascendencia en el régimen de separación de bienes, ya que aquí no hay consideración a las ayudas o colaboraciones prestadas por el otro, cada uno de los cónyuges administra y dispone de los bienes de su propiedad y el matrimonio no genera expectativa alguna en participar de los adquiridos por el otro durante la vida en común, ello no implica que no puedan producirse estas injustas consecuencias en la comunidad de ganancias, especialmente cuando no hay masa a partir o cuando su capital es exiguo.

## 2. Los principios constitucionales en juego

El diseño propuesto se enmarca dentro del indispensable abordaje constitucional del derecho familiar<sup>19</sup> y la fuerza normativa que éste irradia, la que propende al

<sup>18</sup> Compulsar VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones...”, cit., p. 167.

<sup>19</sup> El punto es que las bases de sustentación del derecho familiar han cambiado, el sistema de principios que emana de la Constitución y del sistema de los derechos humanos

reconocimiento y la eficacia de derechos fundamentales anclados en el principio de autonomía personal para concretar el proyecto de vida que cada uno diseña, la plena manifestación del paradigma igualitario por el cual se persigue la concreción de la igualdad real entre los miembros del matrimonio, excluyendo toda forma de discriminación por las categorías sospechosas de género y orientación sexual (art. 402), y el principio de solidaridad familiar.

El respeto a la autonomía personal se manifiesta en un doble sentido: por un lado, porque faculta a los esposos a acordar su procedencia y contenido y, por el otro, porque tiene como objetivo último permitir que cada uno de ellos pueda reelaborar su proyecto de vida en forma autónoma.

El sustento en la igualdad de aquellas personas que integraron un matrimonio va mucho más allá de la mera igualdad formal. Como punto de partida reconoce que el matrimonio pudo haber generado desigualdades económicas entre los esposos, es decir, parte de admitir una posible desigualdad *de facto*, pero no se queda en ella porque ofrece una herramienta concreta para que aquel que se ha visto desfavorecido por el juego de roles asumido durante la vida en común pueda obtener una respuesta jurídica que equipare su condición a la del otro.

Por último, tal como surge de los fundamentos del Proyecto, la figura se sustenta en la solidaridad familiar, pilar axiológico que limita el ejercicio de la libertad mediante un obrar responsable con aquellos con quienes se ha compartido un proyecto de vida.

### 3. Fundamento

La institución proyectada en el contexto del sistema de divorcio incausado se desliga de la existencia de culpa en la crisis matrimonial y, en cambio, se funda en una serie de condiciones objetivas. En este sentido, recoge el antecedente del derecho español<sup>20</sup>, que la concibe como un derecho personal del cónyuge a quien

---

incorporado por el art. 75, inc. 22, se ha ampliado, redefinido, expandido y superado. En muchos aspectos, el plano normológico ya no responde al techo axiológico del derecho de los derechos humanos ni al piso sociológico de la realidad.

<sup>20</sup> El art. 97, Código Civil español, establece: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1° Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2° La edad y el estado de salud. 3° La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4° La dedicación pasada y futura a la familia. 5° La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6° La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7° La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8° El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9° Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”. Este artículo ha sido redactado conforme la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y

el divorcio ha producido un desequilibrio económico valorado en comparación con la situación anterior<sup>21</sup>.

En el derecho comparado existen otras soluciones que en algún punto subordinan su procedencia a un elemento subjetivo. El Código de Familia de El Salvador, por ejemplo, sólo la reconoce a aquel cónyuge que no ha cometido conducta dañosa hacia el otro. Si bien parte de exigir un “desequilibrio económico” para los supuestos en que “el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojará saldo negativo” y el divorcio implique una desmejora sensible en la situación económica de uno de los cónyuges en comparación con la que tenía dentro del matrimonio (art. 113), fija como causal de privación del derecho “aquellos casos de divorcio en que se establezca grave conducta dañosa de un cónyuge para con el otro”.

Como resulta evidente, en el marco del sistema de divorcio diseñado que prescinde totalmente del concepto de culpa y la imputación de efectos en razón de ella, resultaba imposible subordinar el derecho a percibirla a una ausencia de indicadores de culpabilidad. En consecuencia, el sistema elegido prescinde de toda culpa o responsabilidad en la ruptura conyugal y se concentra estrictamente en el elemento económico o patrimonial.

#### 4. El convenio regulador y la autonomía personal de los involucrados

El art. 439 del Código proyectado enumera, dentro de las cuestiones que puede contener el convenio regulador de los efectos del divorcio, la fijación de una compensación económica en beneficio de alguno de los esposos. Al respecto se ha sostenido insistentemente el gran valor de estos acuerdos que evitan el litigio judicial y permiten una solución autónoma del conflicto, más allá del impacto positivo en la conducta del obligado, pues la práctica cotidiana revela que existe una mejor y mayor disposición a su cumplimiento<sup>22</sup>.

Pero, por otra parte, como se trata de un mecanismo tuitivo con base en derechos fundamentales de las personas, el Proyecto establece que, a falta de acuerdo, será el juez quien —a pedido de parte— determinará su procedencia y fijará su monto.

#### 5. Sobre la forma de cumplimiento y de pago

Rige como principio general la autonomía personal de los cónyuges y por ello la norma señala sólo a título enunciativo que puede consistir en una prestación

---

la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (*Boletín Oficial del Estado*, nro. 163, del 9/7/2005, ps. 24.458-24.461).

<sup>21</sup> Conf. ROCA I TRIAS, María Encarnación, *Familia y cambio...*, cit., ps. 142 y ss. Para la autora, la consagración del divorcio sin culpa lleva a la conclusión de que la pensión constituye un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo por el desequilibrio económico consecuencia de la separación y el divorcio (lo que no implica que tenga naturaleza de responsabilidad civil).

<sup>22</sup> Conf. VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones...”, cit., p. 181.

única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez (art. 441). Esta solución sigue la fuente del Código Civil español, que establece la posibilidad de pago mediante una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia (art. 97)<sup>23</sup>.

Si bien el art. 441 del Proyecto se refiere en forma genérica al contenido de la prestación, su valor consiste en establecer como principio el pago de una renta por tiempo determinado, es decir, que tiene carácter temporal y no vitalicio. La fijación por tiempo indeterminado es absolutamente excepcional, lo cual es indicador de una diferencia con las prestaciones alimentarias, que por su naturaleza no pueden sujetarse a un tiempo, sin perjuicio de que luego, si cambiaran las circunstancias que se tuvieron en mira al fijarlas o si se dan las causales establecidas por la ley, pueden extinguirse o modificarse.

## 6. Las pautas para su fijación

El art. 442 del Proyecto<sup>24</sup> contempla una serie de pautas que deberán tenerse en cuenta para la determinación de su procedencia y monto. Se trata de parámetros que versan sobre las condiciones existentes al momento de la celebración del matrimonio, cómo se han distribuido los roles y las responsabilidades durante la vida conyugal, la situación patrimonial en el momento del divorcio y la evolución de ésta en un futuro previsible.

Debe tenerse en cuenta la edad y el estado de salud de los esposos, la duración del matrimonio, el tiempo ya dedicado o que se necesite dedicar a la educación de los hijos, su cualificación y su situación profesionales en relación con el mercado laboral, sus derechos existentes y previsibles. A diferencia del *Code français* y Código Civil español, no consagra expresamente la situación respectiva en materia de pensiones de jubilación, pero ello no quiere decir que

<sup>23</sup> El Código de El Salvador establece, además, que en la misma sentencia se fijarán las garantías para hacer efectiva la pensión compensatoria (art. 113, Código de Familia de El Salvador).

<sup>24</sup> Art. 442: "Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad: a falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo".

estos elementos no puedan tenerse en cuenta, ya que la norma deja en claro el carácter enunciativo de las pautas<sup>25</sup>.

El sistema proyectado incorpora una pauta novedosa: la atribución de la vivienda familiar, la consideración de si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado y, para este último caso, quién abona el canon locativo (inc. f). He anticipado que esta atribución de la vivienda se encuentra prevista específicamente como uno de los efectos del divorcio (arts. 443 y 444), ofreciendo una solución muy importante a la multiplicidad de problemas que ocasiona la protección del derecho a la vivienda en el sistema actual (conf. arts. 1277, 221, CCiv.).

## 7. Caducidad

La caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo fijado por ley o la voluntad.

El último párrafo del art. 442 consagra la caducidad de la acción a los “seis (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”. Con ello, el derecho a la compensación económica se enrola en esa clase de facultades que nace con una vida limitada en el tiempo y que no pueden verse suspendidas por voluntad de las partes. Esta solución responde al “principio de concentración de los efectos del divorcio”<sup>26</sup>, pues tal como surge de los propios fundamentos del Proyecto, se parte de la idea de que el derecho debe coadyuvar a la solución de los conflictos entre los ex esposos de la forma más breve y ágil posible, pacificando la familia y evitando agudizar la crisis, la que en forma casi inevitable repercute muy negativamente en la vida de los hijos.

## V. NATURALEZA: DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

Reflexionar sobre la naturaleza de las compensaciones tiene importancia porque permite determinar qué régimen jurídico les resulta aplicable y, por ende, si son disponibles, renunciables, compensables, embargables, transmisibles, si son susceptibles de prescripción, si pueden modificarse, etcétera.

El Proyecto ha diseñado una figura que tiene una naturaleza sui géneris, pues presenta alguna semejanza con otras conocidas en el derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, pero no se confunde con ellas. En los párrafos siguientes trataré de sistematizar sus diferencias principales.

<sup>25</sup> El Código de Familia de El Salvador (art. 113) señala que “para determinar la cuantía de esta pensión y las bases de la actualización, se tomarán en cuenta los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud del acreedor, la calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia, la duración del matrimonio y la de convivencia conyugal, la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge y el caudal y medios económicos de cada uno”.

<sup>26</sup> Ampliar en FANZOLATO, Eduardo I., “Prestaciones compensatorias...”, cit., p. 41.



## 1. No es una prestación alimentaria

Además de las compensaciones económicas, el derecho proyectado contempla la obligación alimentaria de los cónyuges durante la convivencia y la separación de hecho (arts. 432 y 433). Como se enrola dentro de la posición que sostiene que tras el divorcio no hay deber de socorro entre los cónyuges<sup>27</sup>, contempla el derecho alimentario posterior al divorcio sólo en casos excepcionales (art. 434).

La distinción entre ambas instituciones surge desde el principio, al momento mismo de la designación de estos correctivos, pues deliberadamente prescinde de la voz “pensión”, que tiene más que ver con la renta de carácter asistencial, o “prestación compensatoria”, que podría asociarse con un elemento de periodicidad y, en cambio, utiliza la fórmula “compensación económica” que realza su naturaleza patrimonial objetiva.

De este modo, el sistema proyectado se aparta de la calidad alimentaria con fundamento asistencial, distanciándose de algunas legislaciones del derecho comparado que establecen mayores puntos de conexión con ella, como por ejemplo las que fijan causales de extinción del derecho, entre ellas, el Código de El Salvador, que si bien contempla ambas figuras<sup>28</sup>, en la norma que regula las pensiones compensatorias señala que se extinguen “por cesar la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, por haber cometido injuria grave contra el deudor, o por la muerte del acreedor o el deudor” (art. 113). El Código de Paraguay establece alguna similitud en cuanto al modo de cumplimiento; si bien sólo se refiere a los alimentos posteriores al divorcio (art. 76), que proceden cuando uno de los cónyuges se encontrare imposibilitado de proveer a su subsistencia y careciere de bienes propios, el art. 79 referido a la modalidad de cumplimiento permite que la pensión “sea sustituida por la entrega de una sola vez de un capital en dinero efectivo o en otros bienes, o por la constitución de una renta vitalicia”, a opción del obligado y con aceptación del beneficiario (art. 81), aproximándolo a la forma de cumplimiento de las compensaciones.

Lo dicho no implica desconocer algunas coincidencias (ambas instituciones tienen en común algunas pautas para su fijación, así como la posibilidad de acordarlas mediante el convenio regulador de los efectos del divorcio [conf. art. 439]). Pero esto no debe llevar a confundirlas o identificarlas, porque existen distinciones sustanciales en cuanto a los requisitos de procedencia, su forma de cumplimiento

<sup>27</sup> Para ampliar, ver los antecedentes europeos tratados por BOSSERT, Gustavo A., en *Régimen jurídico de los alimentos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 68 y ss.

<sup>28</sup> El art. 107, Código de Familia de El Salvador, se ocupa de los alimentos para el cónyuge enfermo o el necesitado, siempre que hubiera sido inocente: “Cuando proceda decretarse el divorcio y el cónyuge que no haya participado en los hechos que lo originaron adoleciera de incapacitación o minusvalía que le impida trabajar, o hubiere sido declarado incapaz y no tuviere medios de subsistencia suficientes, el divorcio se decretará estableciendo el pago de una pensión alimenticia, que se fijará de acuerdo con las posibilidades económicas del obligado y con las necesidades especiales del alimentario; aplicándose en lo demás las reglas generales prescriptas para los alimentos”.

y la posibilidad de extinción que, a su vez, permiten a elaborar distinciones concretas en sus caracteres, fundamentos y finalidad.

	COMPENSACIÓN ECONOMICA	ALIMENTOS POSDIVORCIO
PROCEDENCIA	No existen restricciones. Se deben toda vez que se den los presupuestos establecidos por la ley.	Es excepcional: a) cónyuge con enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.
PRESUPUESTOS	Desequilibrio patrimonial manifiesto. Empeoramiento de la situación de uno de los esposos. Causa adecuada en el matrimonio y el divorcio.	Necesidades del cónyuge que lo reclama y posibilidades económicas del alimentante (conf. art. 432 y la remisión a las normas del parentesco).
CARACTERES DEL DERECHO	Inherente al patrimonio <sup>29</sup> : Derecho de crédito que se rige por las normas de las obligaciones de dar. Transmisible, embargable, compensable, cesible, renunciable.	Inherente a la persona: No se pueden ceder, compensar, transar, embargar, transferir por actos entre vivos. Son irrenunciables (conf. art. 432, remisión a las normas del parentesco) <sup>30</sup> .
FINALIDAD	Garantizar la <i>igualdad real de oportunidades para ambos esposos</i> . Corregir la injusta disparidad económica emergente del divorcio como consecuencia de la distribución de roles durante el matrimonio.	Satisfacer las necesidades del ex cónyuge alimentado.
FUNDAMENTO	Objetivo: desequilibrio económico.	Asistencial. Solidaridad familiar.

<sup>29</sup> Conf. FANZOLATO, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias...", cit., p. 37.

<sup>30</sup> Sobre la cuestión, explica Roca i Trías que estas compensaciones no deben confundirse con los alimentos, que son una obligación que se estructura en torno al concepto de necesidad, son proporcionados a la fortuna de quien debe prestarlos y a las necesidades de quien los acredita y, además, la obligación de prestarlos y el derecho a reclamarlos son irrenunciables (ampliar en ROCA I TRIÁS, María Encarnación, *Familia y cambio...*, cit., ps. 142 y ss.). Puede verse también un excelente trabajo de GROSMAN, Cecilia P., "Tendencias actuales...", cit., p. 750.

PAUTAS PARA SU FIJACIÓN	<p>Art. 442:</p> <p>a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;</p> <p>b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;</p> <p>c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;</p> <p>d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;</p> <p>e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;</p> <p>f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.</p>	<p>Art. 434 y 433:</p> <p>b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges,</p> <p>c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien los solicita,</p> <p>e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar.</p>
FORMA DE CUMPLIMIENTO	Enunciativa: Pago único, entrega de bienes en usufructo, renta temporaria. Excepcionalmente: renta por plazo indeterminado.	Renta mensual en dinero, salvo la posibilidad de pagarlo de otro modo (conf. art. 432, remisión a las normas del parentesco art. 542).
VARIABILIDAD	Invariable.	Sujeta al principio <i>rebus sic stantibus</i> . Puede variar si se modifican los presupuestos que se tuvieron en mira al fijarlos.
EXTINCIÓN	En principio no hay causales de cesación, salvo su cumplimiento íntegro.	Desaparición de la causa que la motivó. Matrimonio o unión convivencial del beneficiario. Indignidad del alimentado.
CADUCIDAD DEL RECLAMO	A los 6 meses del dictado de la sentencia de divorcio.	No caduca. No pueden reclamarse si se ha cobrado compensación económica.

## 2. No es una reparación por daños

Existen también algunos puntos de contacto con la naturaleza “indemnizatoria”, pues la ley impone una *reparación económica* a un cónyuge en beneficio del otro con la finalidad de reequilibrar la situación que desencadenó el divorcio. En este sentido, Roca i Trías sostuvo que “constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación”<sup>31</sup>.

Pero este resarcimiento tiene una especificidad tal que impone no confundirlo con una indemnización por los daños y perjuicios. Si bien la compensación económica supone un *menoscabo patrimonial*, que también se da en el caso de la indemnización por daños, sus presupuestos son diferentes.

Lo dicho no impide que aquel cónyuge que haya sido víctima de un daño injustamente sufrido en su persona, por el hecho del otro, reclame indemnización en el sentido estricto del término, siempre que encuadre dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede con la obligación alimentaria, nada impediría la posibilidad de reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos en su persona a quien ha cobrado compensación económica.

	COMPENSACIONES	INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS
FUNDAMENTO	Objetivo: prescinde del concepto de culpa.	Subjetivo: culpa.
PROCEDENCIA	Desequilibrio económico con causa adecuada en el matrimonio y su ruptura.	Presupuestos de la responsabilidad civil.
SITUACIÓN DEL OBLIGADO	Se fijan teniendo en cuenta el beneficio obtenido por el obligado.	Prescinde de las posibilidades económicas del obligado.
FINALIDAD	Corrección del desequilibrio.	Reparación integral del daño.

<sup>31</sup> Explica que siendo posterior al divorcio y consecuencia del desequilibrio económico que éste produce, para saber si existe desequilibrio y el consiguiente derecho hay que determinar todas las compensaciones que recibe el cónyuge que las reclama. En su opinión, también debe tenerse en cuenta el resultado de la liquidación del régimen de bienes que haya regido las relaciones económicas entre los cónyuges durante el matrimonio y los pactos sobre atribución de la vivienda. Ampliar en ROCA I TRIAS, María Encarnación, *Familia y cambio...*, cit., p. 187.

### 3. Indemnización de equidad o enriquecimiento sin causa

Para el caso de aquellas prestaciones que tienden a *corregir la dispar situación emergente del divorcio* a causa de niveles económicos y sociales diferentes de los esposos, Fanzolato encuentra alguna semejanza con el principio que en nuestro derecho regula la atribución de daños involuntarios contenido en el art. 907, Código Civil actual, y la “indemnización de equidad”, aunque reconoce que la situación no es idéntica porque en la indemnización de equidad prevista en esa norma la conducta del autor del daño debe ser objetivamente ilícita. En cambio, en el caso de la prestación compensatoria, no hay ilicitud en la conducta del obligado, quien ha obrado legítimamente en el ejercicio de una facultad —divorciarse— que no debería originar responsabilidad alguna<sup>32</sup>. Por otra parte, la figura proyectada no sólo valora la diferencia de nivel económico, sino que tiene en cuenta la causa de esa desigualdad, la cual se origina en la especial dinámica de distribución de funciones que ese matrimonio ha tenido durante la vida en común, la ocupación en las tareas del hogar, la colaboración desinteresada en los emprendimientos del otro, factores que han condicionado la posibilidad de cada uno de retornar a una ocupación remunerada o al ejercicio de la profesión después del divorcio.

Tal como se reseñan en los fundamentos del Proyecto, la figura se aproxima a la “restitución debida por enriquecimiento sin causa, que supone el enriquecimiento de uno de los cónyuges, y el correlativo empobrecimiento del otro”, aunque con las especificidades propias del derecho familiar, como por ejemplo la existencia de un plazo de caducidad perentorio atado a la sentencia de divorcio.

## VI. VALORACIÓN

La solución jurídica frente a la crisis matrimonial que aporta el Proyecto se enriquece con la recepción de esta nueva figura que introduce en el derecho argentino un valioso mecanismo con perspectiva de género para superar el “estigma” de tener que “ser alimentado”, generalmente asociado con un sistema discriminatorio de distribución de roles que impacta en mayor medida en las mujeres, principales víctimas económicas del divorcio<sup>33</sup>. Su aplicación puede resultar de utilidad para evitar un cúmulo de conflictos posteriores, nacidos precisamente de esa situación de “dependencia” de una cuota alimentaria por quien resultó ser el miembro económicamente más débil de la relación conyugal.

<sup>32</sup> Compulsar FANZOLATO, Eduardo I., “Prestaciones compensatorias...”, cit., p. 30.

<sup>33</sup> Prestigiosa doctrina nacional reflexiona sobre la progresiva intensificación de la “feminización de la pobreza” que se vive en muchos sectores sociales. Este proceso es circular, pues las tasas de analfabetismo femenino, la división sexual del trabajo y las jerarquías sociales que se construyen a raíz de esa división no permiten salir de aquél y perpetúan una desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para acceder al mercado laboral, que afecta sustancialmente las posibilidades de muchas mujeres de alcanzar su “autonomía económica” (para ampliar, compulsar GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 906).

En definitiva, se trata de una institución que garantiza la igualdad real de oportunidades luego de la ruptura matrimonial, postulado indispensable para asegurar a cada uno de los ex esposos la posibilidad de diseñar su propio proyecto de vida, de elegir libremente los medios para concretarlo y de poner en marcha las estrategias adecuadas para su realización.



# LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU PROTECCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

por LEA M. LEVY y MARÍA BACIGALUPO DE GIRARD

## I. PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

A manera de introducción y reiterando lo expresado en oportunidades anteriores partimos sobre la base de que el acceso a la vivienda familiar es un derecho humano, digno de amparo y defensa, en todos sus aspectos. El Anteproyecto de Código Civil, en sintonía con este pensamiento, así lo reconoce.

Para analizar la reforma proyectada debemos distinguir dos supuestos bien diferenciados con respecto a la protección de la vivienda familiar. El primero, referido a las relaciones internas de los miembros de la familia, tales como el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular para disponer del inmueble en el que habita la familia, la atribución del uso de la vivienda luego del divorcio o de la ruptura de la convivencia; la incidencia de la vivienda familiar como pauta para la fijación de la cuota alimentaria durante la convivencia y la separación de hecho de la pareja matrimonial. En segundo lugar, las externas, las que se refieren a las relaciones con terceros, tales como la afectación de la vivienda familiar a fin de protegerla frente a la acción de los acreedores, los casos de continuación de la locación por el cónyuge o conviviente no locatario, según corresponda, y, respecto de los herederos, el derecho real del cónyuge supérstite y los supuestos de indivisión impuesta por el causante.

Por otro lado, y haciéndose eco de las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales, la proyectada reforma no distingue, en cuanto a los efectos de la protección de la vivienda, entre la familia matrimonial y la extramatrimonial, como tampoco caracteriza la familia por el número de miembros cuando permite la afectación del inmueble destinado a la vivienda.

Otra de las características de la reforma proyectada es que no se limita al inmueble en el que está asentada la familia sino que incluye los bienes muebles que éste contiene, recibiendo de esa manera una inquietud permanente y casi unánime de la doctrina autoral que ya había sido adoptada por otras legislaciones como el Código Civil francés, el español, el italiano y, en Latinoamérica, por los de Perú y Uruguay, entre otros.

A modo de ejemplo, citamos el art. 1320, CCiv. español, que establece que “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso



ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o, en su caso, autorización judicial”.

Como ya lo dijera Kemelmajer de Carlucci, se trata de proteger los muebles de uso ordinario, referido esto a una unidad teleológica en la que se integran la vivienda habitual y los objetos necesarios para la vida en común incluidos en ella. No se trata de proteger sólo el techo sino el mobiliario mínimo con criterios empíricos y realistas<sup>1</sup>.

Por último, festejamos que se sugiera incorporar al texto del Código Civil en el tít. III, referido a los bienes, el cap. 3 dedicado a la vivienda y su afectación, lo que se conoce actualmente como régimen de bien de familia.

Analizaremos a continuación los diferentes supuestos enunciados en párrafos anteriores.

## II. EL ASENTIMIENTO CONYUGAL

Éste se necesitará para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta; la norma incluye la prohibición de transportar dichos muebles fuera de la vivienda familiar. Metodológicamente, el tema referido está ubicado dentro de las disposiciones comunes a los regímenes de bienes matrimoniales.

Resulta de interés señalar que se completa en el plano normativo la protección de la vivienda, toda vez que no se refiere a actos de disposición del bien, tal como previó el legislador de 1968, sino de la disposición de los derechos sobre el bien. Quedan incluidos, entonces, los supuestos de otorgamiento de uso, usufructo, locación, comodato, cesión de herencia que incluya el inmueble, legados, entre otros. Es la respuesta adecuada a críticas y observaciones respecto de la insuficiencia legal del texto del art. 1277, párr. 2º, CCiv. actual<sup>2</sup>.

El objetivo en el Anteproyecto, ya se trate de derechos reales o personales, es no permitir que, unilateralmente, el cónyuge titular, mediante un acto voluntario, impida a su familia el uso de la vivienda. Por supuesto que no se incluyen en la norma proyectada los supuestos de ejecución forzada, es decir, por deudas contraídas por el titular del inmueble, para que esto no ocurra tendremos otro régimen que se analizará también en este trabajo pero que no tiene relación con el que

<sup>1</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

<sup>2</sup> Con el fin de salvar esta laguna legal se había elaborado un proyecto de ley, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación por la diputada Marta Milesi (expte. 5276-D-2000), conforme la siguiente redacción: “Incorpórase como art. 1278, CCiv., el siguiente texto: ‘Ninguno de los cónyuges puede realizar actos de administración que signifiquen la privación del uso de un inmueble de su titularidad, sea éste propio o ganancial, sin el asentimiento del otro, si en dicho inmueble está radicado el hogar conyugal y hubiera hijos menores o incapaces. ‘Esta restricción se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal. ‘El juez podrá otorgar la autorización teniendo en cuenta el interés familiar y demás las circunstancias del caso’” (autora Dra. Lea M. Levy).

estamos tratando; nos referimos a la afectación de la vivienda familiar, regulado en los arts. 244 y ss. del Proyecto.

En cuanto a la prohibición de transporte fuera del hogar de los bienes muebles, la inclusión es de suma importancia, pues se cierra así la posibilidad al titular que, sin efectuar un acto de disposición, torne ilusorio el derecho de la familia de usar en forma debida "su" vivienda con todos los objetos indispensables para una vida digna.

Otro acierto de la reforma es no haber incluido como requisito para esta protección la existencia de hijos menores o incapaces.

Como solución a la falta de asentimiento del cónyuge no titular de dominio se mantiene la posibilidad de solicitar la venia judicial supletoria no sólo cuando existe negativa a prestar dicho asentimiento sino en los casos de incapacidad o capacidad restringida de la persona que debe prestarlo, o que ésta se encuentre transitoriamente impedida de expresar su voluntad, supuesto que en la actualidad se encuentra discutido en doctrina ya que, según la opinión de algunos autores, la venia supletoria no debe cubrir los supuestos de incapacidad sino de ausencia o negativa. La incorporación es correcta pues, independientemente de la naturaleza de la venia judicial, lo importante es que la ley, mediante la intervención judicial, proteja los derechos de todas las personas involucradas.

Resulta acertada la inclusión en la norma de la oponibilidad del acto otorgado con autorización judicial al cónyuge no titular con la aclaración de que de dicho acto no deriva obligación alguna a su cargo.

Por otra parte, el Proyecto subsana las divergencias doctrinarias respecto de la consecuencia jurídica de la falta de asentimiento respecto del cónyuge no titular. Mientras que la doctrina mayoritaria ha sostenido que la consecuencia de la falta de asentimiento provoca la nulidad del acto, conforme lo dispuesto en el art. 1043, CCiv., la otra posición sostiene, a su vez, que el acto efectuado de esa manera es inoponible, pudiéndose alegar esta inoponibilidad a la disolución de la sociedad conyugal o directamente considerar el acto como fraudulento, debiendo plantear el cónyuge la pertinente acción revocatoria.

El Anteproyecto sigue el primer criterio y sanciona con la nulidad el acto realizado sin asentimiento conyugal. Dicha nulidad debe ser demandada por el cónyuge no titular en el plazo de caducidad de seis meses contados desde que el cónyuge tuvo conocimiento del acto; idéntico plazo a partir de la extinción del régimen matrimonial.

Consideramos que debe interpretarse la extinción del régimen patrimonial matrimonial o matrimonio, finalizado por cualquiera de los supuestos previstos.

Con respecto a los dos plazos de caducidad, pareciera que la interpretación correcta sería contar a partir del que se produzca en último término. Podría suceder que el cónyuge tome conocimiento con posterioridad a la finalización del régimen matrimonial, por ejemplo, a los tres meses. En tal caso, tendría seis meses más para iniciar la acción de nulidad.

A fin de clarificar la disposición, consideramos necesaria una modificación en la redacción de la norma, sobre todo tratándose de dos plazos de caducidad de una acción de nulidad.

### III. EL ASENTIMIENTO EN EL CASO DE LA PAREJA CONVIVIENTE

Conforme a la redacción del Anteproyecto, “si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido”.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido y siempre que continuase la convivencia.

Creemos acertado el criterio seguido por el legislador en el sentido de dar respuesta a una cuestión que se ha planteado tanto en la doctrina judicial como autoral, especialmente en los supuestos de condominio de la pareja conviviente. Estos supuestos fueron resueltos hasta ahora a través del requerimiento de inconstitucionalidad del art. 1277, CCiv., y a través de demandar la aplicación analógica de dicha norma en el caso de uniones de hecho<sup>3</sup>.

Son aplicables al supuesto de unión convivencial las mismas consideraciones que hicimos respecto del matrimonio en cuanto a las modificaciones de la norma proyectada respecto del art. 1277, CCiv., el cual, no cabe duda, fue el antecedente del artículo que comentamos.

### IV. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El Anteproyecto regula la atribución de la vivienda familiar en las distintas situaciones por las que atraviesa la pareja, sea ésta matrimonial o convivencial. Veremos a continuación los diferentes supuestos.

#### 1. Convivencia matrimonial y separación de hecho

La norma proyectada no caracteriza la convivencia de los cónyuges como un deber matrimonial. Sin embargo, se refiere a la atribución de la vivienda familiar como pauta que el juez debe tener en consideración para la fijación de la cuota alimentaria durante el matrimonio y la separación de hecho. Creemos positiva la incorporación de esta norma, por cuanto unifica criterios en relación con el derecho-deber de alimentos durante la separación de hecho. Sin embargo, pensamos que la incidencia de la duración de la unión matrimonial que debe tener en cuenta el juez debe ser cuidadosamente tratada respecto de la vivienda familiar. Ésta, conceptualmente, forma parte de la prestación alimentaria; sin embargo, por sus características, debe ser objeto de una evaluación diferenciada.

Similar criterio debe adoptarse en el caso de cesación del beneficio, puesto que la vivienda es un derecho de todo el grupo familiar.

<sup>3</sup> LEVY, Lea M. - BACIGALUPO DE GIRARD, María, *Protección de la vivienda familiar*, Hamurabi, Buenos Aires, 2011, p. 75.

## 2. Divorcio

De acuerdo con el Anteproyecto, la parte que peticiona el divorcio debe acompañar una propuesta que regule los efectos del divorcio. Dicha propuesta puede ser aceptada por la otra parte o ésta puede, a su vez, presentar otra. En caso de desacuerdo, decide el juez todas las cuestiones pendientes. Este convenio regulará, entre otras cosas, la atribución de la vivienda a alguno de los cónyuges.

Al quedar excluidas del Anteproyecto las causales culpables de divorcio, la atribución de la vivienda deberá efectuarse con pautas diferentes a las que estamos acostumbrados, ya no tendrá curso legal el art. 211 que atribuía su uso a aquel de los cónyuges que resultara inocente en el quiebre del matrimonio o sufriera un grave perjuicio al ser privado del uso de la vivienda.

Así se prevé en el art. 443 del Proyecto, que al solicitar alguno de los cónyuges la atribución del inmueble, propio o ganancial, de uno de ellos el juez, si las partes no están de acuerdo, deberá tomar en cuenta para decidir a cuál de ellos se le atribuye el cuidado de los hijos, la situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios, el estado de salud y la edad de los cónyuges y, por último, el interés de otras personas que integran el grupo familiar.

Unas de las dificultades que se presentarán para dicha atribución será la pauta de tenencia compartida que también prevé el Código como principio general y que dificultará la atribución, ya que hasta ahora, en términos generales, el patrón a tener en cuenta para esto ha sido a cuál de los cónyuges se le atribuye la tenencia de los hijos menores.

Lo que sí se explicita es que dicha atribución deberá tener un plazo y también deberán regularse sus efectos. Uno de ellos podrá ser el canon locativo que el juez podrá determinar a favor de aquel de los cónyuges que debe dejar la vivienda a favor del otro.

Se incluye, con acierto, el supuesto de inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

La atribución de la vivienda produce efectos frente a terceros a partir de la inscripción registral de la decisión judicial pertinente. Como se señala en los fundamentos, se trata de una restricción al dominio, razón por la cual se regulan las causas de cese de esta atribución.

## 3. Cese de la unión convivencial

En caso de ruptura de la convivencia, el Anteproyecto prevé la atribución de la vivienda a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: la extrema necesidad y si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores, con capacidad restringida o discapacidad. El plazo del uso de la vivienda no puede ser mayor de dos años contados desde el cese de la convivencia y debe ser fijado por el juez.

Creemos pertinente señalar nuestro desacuerdo con la solución propuesta, toda vez que no hay relación entre los presupuestos de la atribución y la duración de ésta.

No se han tenido en cuenta las decisiones jurisprudenciales al respecto que, en su mayoría, fijan como criterio de atribución la existencia de hijos menores de edad.

Inclusive, hasta creemos que es una norma discriminatoria que marca una diferencia notable con la atribución de la vivienda cuando los integrantes de la pareja son cónyuges.

En cuanto a la inscripción registral, la fijación de un canon y el supuesto del inmueble alquilado, la norma proyectada dispone soluciones similares que para el caso de divorcio.

## V. MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES. PARTICIÓN

### 1. Atribución preferencial en caso de muerte

Constituye una innovación positiva que el Anteproyecto, siguiendo el derecho francés, haya dispuesto que el cónyuge sobreviviente pueda pedir la atribución preferencial en la partición de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, así como también de los bienes muebles existentes en dicho inmueble. Se resuelven así varias cuestiones que pueden surgir respecto del uso de la vivienda por parte del supérstite en su relación con los herederos u otros interesados en la partición.

### 2. Oposición a la partición

El Anteproyecto prevé la posibilidad de que el cónyuge supérstite se oponga a que sea incluida en la partición la vivienda que constituyó la residencia habitual de los cónyuges al momento del fallecimiento del causante y que ha sido adquirida o construida en forma total o parcial con fondos gananciales, con sus muebles. Esta oposición no tiene lugar cuando la vivienda le es adjudicada en su lote. El derecho del cónyuge es vitalicio.

Se recoge así la protección al cónyuge supérstite respecto de la vivienda con similares requisitos y efectos que el art. 53, ley 14.394. Con acertado criterio dispone que este derecho pueda ser ejercido, salvo que, a solicitud de un heredero, cese la indivisión. Dicha solicitud debe estar fundada en el hecho de poseer el cónyuge otros bienes que le permitan conseguir otra vivienda suficiente para satisfacer sus necesidades.

### 3. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite

El derecho de habitación previsto en el art. 3573 bis, CCiv., ha sido mantenido en el Anteproyecto con algunas modificaciones oportunas. Así, se dispone que este beneficio opere de pleno derecho, lo que constituye una real protección respecto de los derechos del cónyuge. Será condición para ello que el inmueble no se encuentre en condominio. Por otra parte, se suprime el requisito de que la vivienda conyugal sea el único inmueble habitable y las referencias a su valor económico.

Dichos requisitos, tal como lo demuestran las decisiones jurisprudenciales, provocan no pocas dificultades en las relaciones entre el cónyuge supérstite y

los terceros interesados, las que, en general, fueron solucionadas mediante los institutos del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa.

Las causas de extinción de este derecho, conforme a la ley vigente, atendiendo a las opiniones de la doctrina mayoritaria, han sido suprimidas en el Anteproyecto, lo cual consideramos acertado.

#### **4. Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes**

El conviviente supérstite puede invocar el derecho real gratuito de habitación sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

La previsión del Anteproyecto impone, para gozar este beneficio, determinados requisitos: carecer de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, con un plazo máximo de dos años.

A diferencia del caso del cónyuge viudo, se establecen las causas de extinción del derecho: constituir nueva unión convivencial, contraer matrimonio o adquirir una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

Según los fundamentos de esta norma, se ha considerado que de este modo el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar.

### **VI. AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA**

El Anteproyecto regula, en el capítulo referido a la vivienda afectada, un aspecto de las relaciones entre los titulares o beneficiarios de la afectación de la vivienda y sus acreedores. En efecto, se trata de las disposiciones del actual régimen de bien de familia de la ley 14.394, con modificaciones relativas a los requisitos, los beneficiarios y los efectos, entre otras.

#### **1. Constitución**

Se mantiene el régimen vigente relativo a la forma de constitución, el que podrá efectuarse de dos maneras: por acto entre vivos o por testamento. Los que podrán solicitar la afectación serán el titular registral y también todos los condóminos, aunque no haya relación de parentesco entre ellos.

Esta afectación podrá también efectuarse por decisión judicial a petición de parte y se plasmará en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Resulta acertado, atento a la realidad actual, la posibilidad de que la persona que vive sola pueda proteger su vivienda respecto de la acción de sus acreedores. Asimismo, si bien existe una limitación a la autonomía de la voluntad, la decisión

del juez de afectar el inmueble en los supuestos previstos defiende valores más importantes: bienestar y tranquilidad familiar.

En cambio, a nuestro juicio, resulta dudosa la eficacia de la constitución por condóminos que no sean a su vez beneficiarios ni parientes. Ello debe relacionarse con la posibilidad de desafectación por voluntad de la mayoría de ellos; creemos que puede llegar a provocar situaciones conflictivas, salvo que para este supuesto se exija unanimidad en la decisión de desafectación.

## 2. Beneficiarios

Se incluye el conviviente como beneficiario, respondiendo así a una necesidad puesta de manifiesto por la mayoría de la doctrina autoral y judicial, claro reflejo en este caso de la realidad social.

## 3. Subrogación

El Anteproyecto prevé la subrogación en el sentido de que la afectación de la vivienda enajenada se transmite a la vivienda adquirida o al dinero que pueda haber recibido el titular en concepto de precio o indemnización, en supuestos de enajenación voluntaria y pago de seguros, o expropiación, respectivamente.

Consideramos que debe ser aclarada la cuestión del destino del monto dinerario recibido en el caso de expropiación, toda vez que, según el Anteproyecto, ésta es causal de desafectación y en los fundamentos se señala que la protección se extiende a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación.

Resulta auspiciosa la incorporación de este instituto requerido por la doctrina en general. En igual sentido, la propuesta *de lege ferenda* que fuera presentada en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005, así como importantes pronunciamientos judiciales que hicieron lugar a la solicitud de sustitución de la afectación.

## 4. Efecto principal de la afectación

Se mantiene el criterio, su razón de ser, de que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción. Acertadamente se suprimió la imposibilidad de solicitar el embargo del bien. Se enumeran las excepciones, tales como obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente el inmueble; obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; obligaciones con garantía real sobre el inmueble, siempre que el inmueble gravado lo hubiera sido con la conformidad del cónyuge o del conviviente. En caso de oposición, incapacidad o capacidad restringida de éste, el gravamen debe ser autorizado judicialmente.

La incorporación de las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida resuelve favorablemente divergencias doctrinarias y jurisprudenciales.

En relación con la situación de quiebra, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores en caso de obligaciones anteriores a la inscripción y las obligaciones recién mencionadas.

En el supuesto de subasta, se adoptó el criterio adecuado: si queda remanente, se entrega al propietario del inmueble.

## 5. Desafectación

En materia de desafectación no hay modificaciones sustanciales. Corresponde señalar, sin embargo, que de alguna manera se soluciona el supuesto de que haya quedado un solo beneficiario. El Anteproyecto se refiere en la respectiva causal de desafectación “si no subsisten los recaudos previstos en este capítulo o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios”. Puede interpretarse que se mantiene la garantía en el caso del beneficiario único, ya que no se menciona la familia como en el actual art. 36, ley 14.394.

## VII. CONCLUSIÓN

Las soluciones propuestas son acertadas y constituyen un marco normativo de defensa de la familia real, a través de la protección de la vivienda, y abordan todas las cuestiones que han sido objeto de inquietud y crítica, en algunos casos, por parte de la doctrina, cuestiones que también se han visto reflejadas en los pronunciamientos judiciales.





## EL DERECHO ALIMENTARIO FAMILIAR EN EL PROYECTO DE REFORMA

por OSVALDO F. PITRAU\*

### I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de unificación y reforma de los Códigos Civil y Comercial que emana del dec. 191/2011 es una obra científica de enorme valor y trascendencia, situada en el contexto actual en que se encuentra el derecho privado argentino.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci, una de las autoras del Proyecto, ha sostenido que nuestro país ha vivido y sigue transitando un largo período de “descodificación”, de allí la necesidad y la oportunidad de esta reforma<sup>1</sup>.

En el Proyecto, la materia familiar es la que ha merecido las mayores reformas, en algunos casos de tipo estructural; en otros, a manera de ordenamiento sistemático y de actualización normativa. En este sentido, Medina destaca, en un profundo trabajo sobre la reforma, que el derecho familiar requería de una reforma orgánica por cuatro causas: la “desactualización” del derecho familiar con respecto a la realidad social, la adecuación al nuevo plexo constitucional de 1994, la desarmonía legislativa sistémica provocada por las esenciales reformas parciales producidas y, finalmente, la carencia de una reforma integral del régimen patrimonial del matrimonio<sup>2</sup>.

El derecho alimentario familiar, que será nuestro objeto de estudio, ha seguido ese mismo camino en el Proyecto; así, veremos reformas innovadoras con la incorporación de nuevas figuras y otras modificaciones que implican ordenamientos

\* Profesor regular de Derecho de Familia y Sucesiones, UBA. Profesor de la carrera de especialización de Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. Profesor titular de la carrera docente, Facultad de Derecho, UBA. Profesor titular de Derecho de Familia, Universidad Católica de la Plata, sede San Martín. Fue profesor de grado y posgrado de la Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Universidad Austral y Universidad del Salvador.

<sup>1</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Lineamientos del actual Proyecto de modificación del Código Civil”, LL del 12/9/2011, supl. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 1.

<sup>2</sup> MEDINA, Graciela, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, [www.gracielamedina.com.ar](http://www.gracielamedina.com.ar), 2012.

metodológicos y adecuaciones en relación con la importante evolución jurisprudencial en esta temática.

A la luz del Proyecto, el derecho alimentario familiar ha renovado su contenido clásico de triple fuente —*parentesco, matrimonio y vínculo filial*— al incorporar la figura de la unión convivencial y el consecuente deber legal de asistencia de los convivientes, ya sea en el sostenimiento material mutuo como respecto de los hijos del otro conviviente, en el caso del progenitor afín.

Otras novedades importantes aparecen en el capítulo de los alimentos para los hijos, donde en el marco de la responsabilidad parental se introduce el concepto de *desarrollo madurativo* y de *autonomía progresiva* de niños y adolescentes, tanto para determinar el contenido de la cuota alimentaria como para otorgarle legitimación al propio hijo para solicitarla, se reconoce el valor económico de las tareas de cuidado personal de los hijos, se abre la alternativa del cumplimiento de la prestación alimentaria en especie, se consagra el concepto jurisprudencial del “centro de vida” de los menores, se admite el requerimiento judicial alimentario *simultáneo* a progenitores y abuelos, se establece la posibilidad de que el juez establezca *alimentos provisorios de oficio* para un niño o adolescente y se prevén *medidas para asegurar y garantizar* el cumplimiento de la obligación, entre muchas otras innovaciones que analizaremos a continuación.

En su texto, el Proyecto recoge algunos de los aspectos del Proyecto de reforma de 1993, que fueron incluidos, a su vez, en el Proyecto de 1998.

En definitiva, la reforma del Código en esta materia constituye, como objeto de estudio, un desafío y una esperanza, en especial por la problemática que sufre la obligación alimentaria en el plano jurídico de su cumplimiento efectivo.

## II. ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

El Proyecto define una prestación alimentaria entre parientes que tiene un contenido de cobertura de las necesidades vitales básicas, semejante a la obligación existente en el Código vigente.

### 1. Parientes obligados

En los nuevos arts. 537 y 538 se establecen cuáles son los parientes obligados y el orden de prelación en que asumen la obligación alimentaria. En primer término se enumera a los ascendientes y descendientes, siendo “obligados preferentemente los más próximos en grado” (art. 537, inc. a)). En segundo lugar aparecen como obligados los *hermanos bilaterales y unilaterales* (art. 537, inc. b)), pudiendo notarse aquí el cambio de denominación de estos parientes, ya que en el Código vigente son designados hermanos y medio hermanos.

El Proyecto especifica que los alimentos son debidos por quienes están en mejores condiciones de proporcionarlos y, si todos lo están, se deben en partes iguales, pero se faculta al juez a fijar cuotas diferentes según la cuantía de los bienes y las cargas familiares de cada obligado.

Finalmente, en el art. 538 se determina la obligación alimentaria de los afines “en línea recta y en primer grado”. Cabe recordar que en el Código vigente no se hace mención a la línea recta.

## 2. Contenido

En la norma vigente (art. 372), la obligación alimentaria entre parientes alcanza sólo las necesidades vitales básicas, manteniéndose este concepto en el Proyecto, que en su art. 541 sólo innova incorporando la *educación*, si los beneficiarios son personas menores de edad. Este último supuesto podría referirse, entonces, al caso de un hermano menor de edad, a los alimentos debidos por un abuelo a su nieto menor de edad, con las salvedades que veremos en el apartado sobre alimentos filiales o en el supuesto del hijo menor de edad del cónyuge.

El Proyecto también aclara que para determinar el contenido de la obligación deben tenerse en cuenta las necesidades del alimentado y las posibilidades económicas del alimentante.

## 3. Modo de cumplimiento

En la norma proyectada (art. 542) se establece como regla en el modo de cumplimiento el pago de una “renta en dinero en forma mensual, anticipada y sucesiva”. Sin embargo, se admite que el obligado pueda solicitar que se le autorice a solventarla de otro modo por razones fundadas e, incluso, a fijar cuotas por períodos más cortos, según las circunstancias del caso. Esta flexibilidad en el modo de cumplimiento es un tanto aparente, ya que en el Código vigente no se establecía un modo de pago de la obligación y ahora sí se determina el pago en dinero como regla.

Cabe destacar que la jurisprudencia mayoritaria también había consagrado el pago dinerario como regla, desestimando el pago en especie o considerándolo una liberalidad, de modo que la reforma sigue esta tendencia<sup>3</sup>.

De esta forma, el Proyecto acerca el instituto alimentario entre parientes al concepto de obligación dineraria, con todas las implicancias normativas que ello tiene y que pueden verificarse en el fallo plenario de 1995 de la Cámara Nacional Civil y en jurisprudencia posterior relacionada<sup>4</sup>.

Es cierto que se admite la excepción a esta regla de pago dinerario y que podría admitirse un pago en especie pero, según el art. 542 proyectado, éste deberá ser solicitado y autorizado, debiendo estar justificado por motivos suficientes, lo que

<sup>3</sup> C. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, 20/3/1987, “J. y A. s/divorcio”, Ac. 77791, RSI 8-87, base JUBA; C. Civ. y Com. Pergamino, 26/9/2000, “S., A. A. v. P, F. N. s/alimentos provisionales”, causa 3060, RSI 226-00, base JUBA; del mismo tribunal, 25/2/2003, “O., M. v. V., O. A. s/cobro de alimentos”, causa 4560, sent. del RSD 13-3, base JUBA; C. Nac. Civ., sala I, 18/6/1998, “R., M. G. v. P, H. s/ejecución de alimentos”, ED 180-173; C. Nac. Civ., sala M, 28/2/2001, “C., G. v. S., A.”, LL 2001-D-121; C. Nac. Civ., sala K, 10/12/2002, “M., S. M. v. S., A. G.”, LL 2003-A-594; del mismo tribunal, 5/9/2002, “M. del V. de G. v. G., J. C.”, LL 2002-F-9.

<sup>4</sup> C. Nac. Civ., en pleno, 28/2/1995, LL 1995-B-487. Ver también C. Nac. Civ., sala J, 12/11/2009, LL Online AR/JUR/46392/2009; C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 28/12/2009, LL Online AR/JUR/57506/2009.

reafirma la regla general de pago dinerario, a la vez que se incluyen exigencias para el pago en especie que no existen en el Código vigente.

Pensamos que una regla de pago dinerario muy estricta no favorece actualmente al alimentado, ya que la actualización de la cuota dineraria por la vía sugerida en el plenario mencionado es demasiado compleja y no refleja los tiempos y ritmos de las urgencias alimentarias, por lo que el pago en especie, total o parcial, podría ser una solución apropiada.

En el proyectado art. 659, referido a los alimentos derivados de la responsabilidad parental, como veremos más adelante, parece adoptarse una solución diferente que admite el pago en especie en el mismo plano que la prestación monetaria.

#### 4. Alimentos provisorios

El Proyecto prevé la fijación de alimentos provisorios (art. 544) en los mismos términos conceptuales que el Código vigente (art. 375). La nueva norma utiliza en el título del artículo la denominación “provisorios” y en su texto, en cambio, los llama “provisionales”. Si bien la diferencia terminológica es menor y casi imperceptible, lo ideal sería uniformar denominaciones entre título y texto. Usualmente, se hace referencia a “alimentos provisorios” en el caso de aquellos que se decretan como medida cautelar en el curso de un proceso, incluso antes de la producción de prueba alguna. En cambio, el término “alimentos provisionales” ha sido utilizado frecuentemente para aludir a aquellos que se decretan durante el proceso de divorcio en forma previa a la sentencia, o sea, antes de conocerse las condiciones de inocencia o culpabilidad de los cónyuges.

Por su parte el art. 721, inc. d), del Proyecto, establece que el juez puede decretar de *oficio* un régimen de *alimentos provisorios para los hijos menores*; esta norma resulta una grata innovación para nuestra legislación, que procesalmente requiere de la petición de parte para la fijación de alimentos.

#### 5. Medidas cautelares. Garantías

Una importante innovación del Proyecto es la mención expresa de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos “futuros, provisionales, definitivos o convenidos” (art. 550).

La norma proyectada establece que “el obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes”. La aparición en el Proyecto del concepto de garantía del pago de la obligación alimentaria es una innovación importante, ya que en la práctica la obligación alimentaria es la única obligación “dineraria” del derecho civil, que no es garantizada en los convenios que la determinan o en las sentencias que la establecen.

#### 6. Normas procesales

La norma proyectada, al igual que la reforma de 1998, sistematiza varias normas de carácter procesal. En este sentido, el Proyecto explicita que la sentencia tiene efectos retroactivos al día de interposición de la demanda o de la interpelación

al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses desde la interpelación (art. 548).

Es importante destacar que la norma no realiza una mención expresa de la mediación prejudicial como momento que establece retroactividad de efectos; sin embargo, en los *fundamentos* del Proyecto los autores expresan que la mediación es un hito de interpelación que retrotrae efectos: “Entendiéndose que también involucra la mediación en aquellos ámbitos en los cuales este tipo de resolución pacífica de conflictos es previa y forma parte de todo reclamo alimentario”.

La reforma también se ocupa de la eficacia de la sentencia y autoriza al juez a ordenar “medidas razonables” para asegurarla (art. 553).

En el Proyecto se incluyen dos valiosas medidas aceptadas por la doctrina y el derecho comparado: a) en primer término, se establece la responsabilidad solidaria de quien incumple la orden judicial de retener una suma correspondiente a una obligación alimentaria del dependiente o acreedor (art. 551). b) En segundo lugar, se fija la tasa de interés que devengan las sumas debidas por alimentos, determinando que puede alcanzar la equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adicionará aquella que resuelva el juez, según las circunstancias del caso (art. 552).

## 7. Repetición

En el Código vigente, los alimentos son irrepetibles; de acuerdo con el art. 371, el pariente que los haya prestado “no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se encuentren en el mismo grado y condición que él”.

El Proyecto parece reiterar este criterio de irrepetibilidad en el art. 539: “No es repetible lo pagado en concepto de alimentos”. Este mismo principio aparece en el art. 547: “El recurso contra la sentencia que decreta la prestación de alimentos no tiene efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos puede ser obligado a prestar fianza o caución alguna de devolver lo recibido, si la sentencia es revocada”.

Sin embargo, el mismo Proyecto de reforma, en el art. 549, establece que “en caso de haber más de un obligado al pago de alimentos, quien los haya prestado, puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que cada uno le corresponde”.

En este punto deben destacarse dos cuestiones: en primer lugar, el proyectado art. 549 establece una importante diferencia con el art. 371 del Código vigente, ya que se autoriza expresamente la repetición en relación con los otros obligados alimentarios.

En segundo lugar, existiría una aparente contradicción entre los arts. 539 y 547 proyectados, por un lado, ambos contrarios a la repetición, y el mencionado art. 549, favorable a ella.

Esta supuesta contradicción debe resolverse interpretando que en los arts. 539 y 547 parece hacer referencia a la repetición en relación con el propio alimentado—en especial se observa esto en el art. 547— mientras que el art. 549 alude a una repetición respecto de otros obligados, que se configura como una especie acción de contribución *ex post* en relación con los otros obligados alimentarios.

### III. ALIMENTOS ENTRE CONVIVIENTES

El Proyecto establece que los convivientes se deben mutuamente asistencia y deben contribuir a los gastos del hogar (arts. 519 y 520). Esta solución se vincula con la regulación legislativa de la convivencia que es una novedad de la reforma y sigue la línea regulatoria de otorgarle efectos jurídicos al hecho convivencial.

La reforma no incluye una norma que establezca una obligación alimentaria expresa; sin embargo, dicha obligación legal de asistencia sólo podría expresarse materialmente a través de una prestación económica, del mismo tenor que una cuota alimentaria.

Una solución posible se puede hallar interpretando el proyectado art. 520, que establece la obligación legal de los convivientes de contribuir a los gastos domésticos “de conformidad con lo dispuesto en el art. 455”. Y este art. 455, si bien situado en el capítulo del régimen patrimonial del matrimonio, es precisamente el que explicita la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos en proporción a sus recursos, concluyendo que “el cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”.

De modo que los convivientes tienen una obligación legal de asistencia mutua y de sostenimiento económico del hogar, aun cuando no se la denomine expresamente obligación alimentaria. Pensamos que esa obligación alimentaria entre convivientes existe, ya que, como se verá más adelante, de la unión convivencial surgirá la obligación alimentaria explícita del progenitor afín (art. 676). De modo que si existe un derecho alimentario en cabeza de uno de los convivientes en relación con el hijo del otro conviviente, con mucha mayor razón debe existir un derecho alimentario entre los propios convivientes, aun cuando el legislador no lo haya manifestado en una norma explícita.

Algunos autores, como Solari, Belluscio y Otero, sostienen que la reforma no ha establecido una obligación alimentaria entre convivientes, y citan el caso del régimen matrimonial, donde la reforma también establece una obligación de asistencia mutua genérica (art. 431), pero luego ésta se explicita a través de una obligación alimentaria, algo que no ocurre en el caso de la unión convivencial<sup>5</sup>. Merlo, por su parte, plantea que el deber de asistencia se les impone a los convivientes en forma forzada (arts. 519 y 520)<sup>6</sup>.

La obligación asistencial de los convivientes con esa matriz genérica de los citados arts. 519 y 520, y aun con esa falta de explicitación alimentaria, es una de las reformas más notables en esta materia y significa un importante acercamiento de la figura de la unión convivencial con la de la unión matrimonial.

<sup>5</sup> SOLARI, Néstor E. - BELLUSCIO, Claudio, “Los alimentos en el Proyecto de Código”, LL del 16/8/2012. OTERO, Mariano, “Los alimentos en el Proyecto”, LL del 17/7/2012.

<sup>6</sup> MERLO, Leandro, “El derecho alimentario en el Proyecto”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, nro. 6, La Ley, Buenos Aires, julio 2012, ps. 189 y ss.

#### IV. ALIMENTOS DE LOS CÓNYUGES

El Proyecto ha modificado notoriamente el régimen de derechos y deberes matrimoniales al punto tal que el único derecho-deber conyugal de tipo legal que ha subsistido en forma explícita es el de asistencia. En este sentido el art. 431 establece que los esposos “deben prestarse asistencia recíproca” y se encuentra complementado por el citado art. 455 referido al *deber de contribución*.

##### 1. Alimentos durante la convivencia y la separación de hecho

La reforma sostiene el principio de asistencia mutua de los cónyuges durante la convivencia matrimonial pero, asimismo, establece en forma expresa que perdura el derecho alimentario mutuo durante la separación de hecho (art. 432), definiendo de esta manera un largo debate motivado por alguna jurisprudencia que veía debilitada o suprimida esa obligación de asistencia cuando terminaba la convivencia.

Una novedad interesante es la que incorpora el art. 455, que ya hemos comentado en el capítulo de la unión convivencial, y que establece el deber de contribución de los cónyuges “a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos”. Esta obligación se extiende a los hijos incapaces de uno de los cónyuges que convive con ellos. Esta obligación se encontraba en el Proyecto de reforma de 1993 y tiene su fuente en el Código francés, como señala Wagmaister, que entiende que este deber de contribución es una obligación que va más allá del deber alimentario<sup>7</sup>.

##### 2. Alimentos posteriores al divorcio

El art. 432 establece que “con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención entre partes”.

Cabe recordar que la reforma modifica profundamente el régimen de divorcio; por lo tanto, necesariamente se va a afectar el régimen de derecho alimentario posdivorcio.

El Proyecto de reforma sólo regula un tipo de divorcio incausado de petición unilateral o bilateral, donde se prevé la existencia de un convenio regulador (art. 439) que, según la interpretación que puede hacerse del mencionado art. 432, permitiría el establecimiento de algún tipo de prestación alimentaria acordada entre los cónyuges.

El art. 433 establece las pautas para la fijación de la cuota alimentaria, de igual forma que lo hace la norma vigente en el art. 207; sin embargo, al desaparecer las causales subjetivas, no habrá posibilidad de establecer culpas entre los cónyuges, de modo que ya no existirán los alimentos amplios del cónyuge inocente del mencionado art. 207, ni tampoco podría sostenerse la existencia de un alimento restringido del culpable (art. 209).

<sup>7</sup> WAGMAISTER, Adriana, “Proyecto de Código Civil unificado. Parentesco. Alimentos. Responsabilidad parental”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, nro. 6, La Ley, Buenos Aires, julio 2012, p. 203.



El régimen de alimentos posdivorcio ha quedado reducido, entonces, a tres alternativas:

a) *Alimentos convencionales*: establecidos en el trámite de divorcio, que posiblemente puedan integrar el convenio regulador previsto en el art. 439, con un alcance variable de acuerdo con la voluntad de las partes. Cabe destacar que esta prestación debe diferenciarse, por su naturaleza y finalidad, de la compensación económica prevista en el art. 441, como parte de ese convenio regulador.

b) *Alimentos del cónyuge enfermo (art. 434, inc. a)*: que le corresponden “a quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto-sustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos”. Aquí se mantiene una configuración parecida a la del actual art. 208, con algunas diferencias importantes, ya que en la nueva norma no se hace referencia a “alteraciones mentales” sino a “enfermedad grave”; además, incluye la condición de imposibilidad de sustentarse basado en dicha enfermedad y simplifica la compleja temática de legitimación activa que plantea actualmente la combinación entre los arts. 203 y 208 de la norma vigente. Puede suponerse, aunque el Proyecto no lo aclara, que el alcance material de esta cuota alimentaria debe cubrir el tratamiento de la enfermedad que padece el alimentado, del mismo modo que lo manda el art. 208 del Código vigente.

c) *Alimentos de toda necesidad (art. 434, inc. b)*: la nueva norma rescata el alimento restringido al mínimo vital que tiene actualmente el cónyuge culpable (art. 209) y le otorga otra estructura, ya que no se vincula a la culpa, ni se opone a un alimento amplio como contrapartida, sino que esta figura parece más cercana a una especie de alimento entre parientes que subsiste entre cónyuges en forma temporaria y requiere de las mismas condiciones que ese instituto alimentario que proviene del parentesco.

De esta forma, el excónyuge que solicita estos alimentos deberá acreditar que “no tiene recursos propios suficientes, ni posibilidad razonable de procurárselos”. Para su fijación se tomará en cuenta la edad y el estado de salud de ambos cónyuges, la capacitación laboral y la posibilidad de acceso a un empleo del solicitante y la atribución de vivienda.

Hasta aquí se asemeja a las formas del alimento entre parientes; sin embargo, la reforma introduce una innovación: *un límite temporal de cesación automática*, ya que estos alimentos no pueden extenderse más allá del número de años que duró el matrimonio, solución que promoverá un debate si subsisten las condiciones de estado de necesidad que lo habilitaron (art. 434, inc. b)).

Por último, el Proyecto especifica que estos alimentos no proceden si el potencial beneficiario recibe la compensación económica del art. 441, algo que resulta lógico en la medida que al recibir esa compensación no debiera hallarse en las condiciones de necesidad que son presupuesto para este derecho alimentario.

### 3. Causas de cesación de la obligación alimentaria del artículo 434

Una primera causa de cesación es la ya mencionada del cumplimiento del límite temporal de los años de matrimonio (art. 434, inc. b)). El resto de las causas de cesación de la obligación alimentaria son:

- a) La desaparición de los presupuestos que motivaron el derecho alimentario, en el caso en que hayan cambiado las condiciones de necesidad o la enfermedad grave se ha curado.
- b) El matrimonio o la convivencia del ex cónyuge alimentado.
- c) La comisión de algunas de las causales de indignidad, que entendemos que son las del nuevo art. 2281.

## V. ALIMENTOS PARA LOS HIJOS

### 1. La responsabilidad parental

El Proyecto de reforma reemplaza el concepto de autoridad paterna o patria potestad por el de responsabilidad parental, y éste no parece ser un simple cambio terminológico, sino que la nueva denominación del conjunto de derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos se encuentra más direccionada al principio jurídico de consideración del niño como un sujeto de derecho, ya que claramente utiliza el vocablo “responsabilidad” en lugar de “autoridad” o “potestad”.

En el art. 638 de la reforma define el contenido jurídico del instituto y enuncia los tres deberes esenciales, propios de la responsabilidad parental: protección, desarrollo y formación integral, que son mucho más amplios y representativos que los tradicionales deberes de convivencia, asistencia y educación.

Es importante destacar que en el art. 639 de la reforma establece los principios generales de la responsabilidad parental, que resultan importantes para definir los alcances de la obligación alimentaria parental: *el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo*, entendiendo que a mayor autonomía va disminuyendo la representación parental, y *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta*, según su edad y grado de madurez.

En relación específica con la materia de este trabajo, el nuevo art. 646 establece, entre los deberes de los progenitores, el de “prestarle alimentos”, de acuerdo con las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo del hijo.

El concepto de desarrollo madurativo se encuentra asociado con la mencionada autonomía progresiva del niño, y el concepto de desarrollo antes mencionado, como integrante de la responsabilidad parental.

Medina destaca que la importancia de introducir el concepto de capacidad progresiva en la legislación familiar<sup>8</sup>.

El Proyecto en materia alimentaria parental se refiere a un niño que evoluciona, que está en desarrollo, que va ganando autonomía progresivamente y el derecho alimentario debe reflejar ese dinamismo propio del crecimiento de un hijo.

### 2. Obligación alimentaria parental. Alcance

En forma específica, el proyectado art. 658 establece que la obligación alimentaria pertenece a ambos progenitores, conforme a su condición y fortuna. Esa misma norma determina que la obligación alimentaria se extiende hasta los

<sup>8</sup> MEDINA, Graciela, “Las grandes reformas...”, cit., punto 6.

21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. De esta forma, el Proyecto guarda estricta relación con la legislación vigente a partir de la ley 26.579.

### 3. Contenido de la obligación

El art. 659 enuncia el contenido de la obligación alimentaria parental estableciendo que comprende la manutención, la educación, el esparcimiento, la vestimenta, la habitación, la asistencia, los gastos de enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Esta enumeración de elementos integrantes de la obligación alimentaria es similar a la expuesta por el Código vigente; la única diferencia es la inclusión de los *gastos para adquirir una profesión u oficio*.

Estos conceptos deben relacionarse con aquellos antes referidos de *desarrollo madurativo y autonomía progresiva del niño*, y exigen a los padres la previsión en el contenido de la cuota alimentaria actual de aquellos rubros propios de la cobertura de esas necesidades futuras del hijo vinculadas a su crecimiento y, específicamente, a su profesión u oficio futuro.

### 4. Modo de cumplimiento

En el mismo art. 659, la reforma establece que “los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie”. Esta norma reviste una gran importancia en cuanto a la configuración de la naturaleza jurídica misma de la cuota alimentaria parental, ya que tal como se ha visto en el pto. II.3, en el caso de alimentos entre parientes el Proyecto no utiliza la misma estructura normativa y prefiere establecer como regla la prestación dineraria y sólo como excepción, la prestación en especie.

Siguiendo este razonamiento sobre la base del estudio exegético de la reforma podría sostenerse que la obligación alimentaria entre parientes se acerca al actual modelo de deuda dineraria, mientras que la obligación alimentaria parental se desliga de ese esquema y eventualmente podría consolidarse como deuda de valor.

La diversa consideración legal permite deducir que quizá el fundamento de ambas obligaciones alimentarias es diverso, y ello justifica que puedan tener una diferente naturaleza obligacional.

Finalmente, este artículo explica que la obligación alimentaria parental se constituirá en forma proporcional a las posibilidades económicas del obligado y a las necesidades del alimentado.

### 5. Reconocimiento de tareas de cuidado personal

La reforma abandona afortunadamente la terminología de “tenencia”, que hemos criticado en variadas oportunidades desde hace más de veinte años por su poca adecuación a un sujeto de derechos como el niño<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> PITRAU, Osvaldo F., “La guarda de menores”, RDF, nro. 4, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1991, ps. 47 y ss.

El Proyecto, entonces, utiliza el término “cuidado personal” del niño para hacer referencia a aquella circunstancia fáctica con efectos jurídicos que es la convivencia con el niño. Así, el término más apropiado y representativo era sin dudas el de “convivencia”, pero la reforma parece haberlo reservado para su utilización casi exclusiva en el capítulo de las *uniones convivenciales*.

De todos modos, esta cuestión excede este trabajo, por lo que sólo nos limitaremos a decir que en el art. 660 la reforma le otorga reconocimiento económico a todas las tareas que tienen directa relación con ese cuidado personal del hijo. Sería auspicioso que este reconocimiento económico explícito de las tareas de cuidado personal que desarrolla el progenitor que convive con el niño, a partir de la reforma, tenga también su manifestación expresa en los convenios alimentarios, así como en las sentencias que fijen las cuotas alimentarias, para que los progenitores y los propios hijos comprendan la real dimensión y alcance de la asistencia parental.

## 6. Legitimación para solicitar alimentos

La legitimación activa de la acción alimentaria se ha ampliado en el Proyecto de reforma. La vía procesal queda habilitada cuando uno de los progenitores falte a su obligación alimentaria, y podrá iniciar la acción el otro progenitor en representación del hijo, el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada y, subsidiariamente, cualquier pariente o el Ministerio Público.

El primer punto a analizar es la legitimación en cabeza del hijo con madurez suficiente, concepto cuyo alcance no queda definido en la norma, por lo que puede presumirse que el juez deberá apreciarla en el proceso o bien puede entenderse que se trata del denominado adolescente del proyectado art. 25, que para la reforma es el menor de edad que ya ha cumplido 13 años. Sin embargo, de haber querido referirse al adolescente del art. 25 lo debería haber hecho en forma directa, sin apelar al concepto madurativo.

Sin perjuicio de un futuro debate, no caben dudas de que aquí vuelve a aparecer el concepto de desarrollo madurativo y de autonomía progresiva antes destacado como una de las innovaciones más importantes del capítulo de responsabilidad parental.

En este punto, la figura del letrado que asiste al hijo maduro es muy importante, ya que será el que realizará el primer juicio de madurez del menor, ya que deberá recibir su consulta y contratar la asistencia letrada con él, sin intervención de sus padres.

La segunda cuestión interesante de este artículo es la referida a la legitimación subsidiaria de los parientes y del Ministerio Público. La subsidiariedad es una condición para habilitar esta amplísima legitimación, esto significa que el progenitor, ni el hijo maduro han accionado o el hijo no ha alcanzado la madurez suficiente. La fundamentación de esta amplísima legitimación de los parientes puede encontrarse en la figura de la *gestión de negocios* útiles para el niño, mientras que el Ministerio Público tiene, a través del proyectado art. 103, la representación legal de los menores, de modo que no parece errada la solución propuesta.

## 7. Hijo mayor de edad

Como ya se ha visto, la reforma extiende el derecho alimentario hasta los 21 años, en consonancia con la legislación vigente a partir de la ley 26.579.

Millán y Merlo sostienen acertadamente que esta cuestión ha dividido la doctrina y la jurisprudencia nacional<sup>10</sup>.

Esta obligación alimentaria del hijo mayor de edad no es aquella que surge entre los parientes, ascendientes y descendientes, y que alcanza a los mayores de edad, sino que se trata de un instituto alimentario proveniente del vínculo parental, aun cuando la responsabilidad parental ya no exista.

En el marco de ese derecho, en los casos en que el hijo sea mayor de edad, autoriza al progenitor que convive con él a solicitarle una contribución al otro hasta que cumpla 21 años (art. 662).

La norma mencionada se refiere a “la contribución del otro”, de modo que puede presumirse que no se trataría de una cuota alimentaria *strictu sensu*. Sin embargo, el propio art. 662 dice que el progenitor que convive con el hijo “puede iniciar el juicio alimentario o, en su problemática continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor”. La última parte de dicho artículo es aun más explícita, ya que indica que el progenitor conviviente “tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas”.

Las tres alternativas en que puede hallarse el hijo mayor de edad, menor de 21 años, son las siguientes: que viva con ambos padres, que viva con sólo uno de los padres o que no viva con sus padres.

La solución de la reforma alcanza al supuesto en que vive con uno de los dos progenitores, ya que en los otros dos casos no se presentaría la situación de posible injusticia en relación con el progenitor conviviente con el hijo mayor de edad, menor de 21 años. Esta problemática ya se presenta actualmente con la vigencia de la citada Ley de Mayoría de Edad, y la reforma la resuelve con la fórmula mencionada, estableciendo una contribución para el progenitor conviviente, motivada según los fundamentos del Proyecto en la cobertura de los gastos del hogar. Así, se menciona en dichos fundamentos que “dado que los alimentos deben cubrir algunos gastos del hogar, el Anteproyecto concede legitimación al progenitor conviviente para obtener la contribución del otro al sostenimiento de dichos gastos pues de lo contrario ellos recaerían exclusivamente sobre el progenitor conviviente”.

Esta figura entonces debe situarse en el marco de un derecho de contribución en cabeza del progenitor conviviente y no de un derecho alimentario, ya que el hijo mayor de edad, ya sea que conviva o no con sus padres, se encuentra en condiciones de iniciar la acción alimentaria contra ellos y de cobrar y administrar esa cuota, ya que tiene plena capacidad civil.

<sup>10</sup> MILLÁN, Fernando - MERLO, Leandro, “Nuevo régimen de alimentos. Particularidades de la obligación alimentaria alcanzada la mayoría de edad”, MJ-DOC-4955-AR/MJD4955, 28/10/2010.

El párr. 2º del artículo establece otra alternativa posible, que consiste en que las partes de común acuerdo o, en su caso, el juez, fijen una prestación directa al hijo mayor de edad, abonada por el progenitor no conviviente. En su última parte el art. 662 aclara que esa suma tendrá como destino cubrir los “gastos de la vida diaria” y menciona algunos de los rubros que puede incluir. Esta posibilidad también resulta inviable, en la medida que el beneficiario ya es mayor de edad y tiene plena capacidad civil para ejercer todas las acciones a que tiene derecho.

Solari y Belluscio sostienen que esta norma del proyectado art. 662 implica una limitación inadmisibles a la plena capacidad de un sujeto mayor de edad, como es, en este caso, el hijo de más de 18 años y menor de 21 años. Estos autores opinan con todo acierto que se produce, indirectamente, un regreso encubierto a la condición de menor de edad<sup>11</sup>.

## 8. Hijo mayor que se capacita

Este supuesto también ha despertado polémica, ya que como en el caso del acápite anterior se trata de la extensión de la cuota alimentaria para un hijo mayor de edad. El art. 663 proyectado, establece que la obligación alimentaria de los progenitores subsistirá hasta que el hijo alcance los 25 años si la prosecución de sus estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide proveerse los medios necesarios para sostenerse por sí mismo.

Nuestra jurisprudencia ya había receptado esta extensión alimentaria en algunos casos<sup>12</sup> e incluso le había otorgado un alcance mayor al previsto en el Proyecto de reforma<sup>13</sup>.

En el derecho comparado ésta es una solución legal aceptada y generalmente se adopta con dos tipos de parámetros: estableciendo una edad tope para el derecho alimentario, en forma semejante a nuestro Proyecto de reforma —así ocurre en las legislaciones de Chile, Perú, El Salvador, Ecuador, entre otros—, o establece el beneficio sin edad límite, a veces extendiendo el derecho hasta que se concluyan los estudios o la formación profesional que lo motivó, como en los casos de Francia, Italia y España.

## 9. Hijo no reconocido

El art. 664, Proyecto de reforma, prevé el derecho provisorio a alimentos del hijo no reconocido, mientras se produzca la acreditación sumaria del vínculo in-

<sup>11</sup> SOLARI, Néstor E. - BELLUSCIO, Claudio, “Los alimentos...”, cit., punto IV.

<sup>12</sup> Trib. Familia Formosa, 2/10/1996, DJ 1997-3-512; ídem, 20/5/1999, LL 2000-C-894; LLLitoral 2000-102; C. 2ª Civ. y Com. Paraná, sala 2ª, 25/8/2000, Zeus 85-321, secc. Jurisprudencia; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 1ª, 22/11/2004, LLNOA 2005-458; Juzg. Nac. Civ., nro. 81, 25/9/1998, RDF, nro. 14, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999, p. 263.

<sup>13</sup> C. Nac. Civ., sala I, 15/8/2000, LL 2001-B-527; C. Nac. Civ., sala B, 23/12/1988, ED 135-456.

vocado. Este criterio ya había tenido recepción jurisprudencial cuando el reclamo alimentario se interponía durante el juicio de filiación<sup>14</sup>.

El art. 586 proyectado, por su parte, establece que durante el proceso de reclamación de la filiación o “incluso antes de su inicio”, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor.

Como puede observarse, la solución del Proyecto es muy interesante, ya que en principio el pedido alimentario se desvincula del juicio de reclamación de paternidad y puede producirse el requerimiento alimentario aun antes que el juicio filiatorio.

La resolución que fije los alimentos provisorios deberá establecer un plazo para la interposición de la demanda de filiación bajo apercibimiento de hacer cesar la cuota provisoria si no se cumple con dicha carga de iniciar el reclamo de paternidad.

## 10. Mujer embarazada

En este caso, el Proyecto le otorga derecho a la mujer embarazada para reclamar alimentos en relación con el presunto progenitor, debiendo acreditar la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665). La jurisprudencia nacional ya había receptado esta cuestión en varios pronunciamientos<sup>15</sup>.

En los fundamentos de la reforma, sus autores explican que este supuesto se encuentra contemplado en varias legislaciones del derecho comparado y allí se mencionan los casos de Francia, Suiza, El Salvador y Ecuador<sup>16</sup>.

## 11. Cuidado personal compartido

En el caso de cuidado personal compartido en la modalidad alternada, ambos padres conviven con sus hijos en períodos temporales sucesivos alternados de extensión semejante, por ello la reforma establece en su art. 666 que si ambos progenitores poseen recursos equivalentes, cada uno se hará cargo de la manutención, mientras el hijo permanece bajo su cuidado personal. Sólo se establecerá alguna cuota cuando uno de los progenitores posea mayores ingresos que el otro, para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares.

<sup>14</sup> C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. San Rafael, 13/6/2007, LLGran Cuyo 2007-1086; C. Nac. Civ., sala I, 7/9/2004, LL 2005-B-215; ídem, sala B, 30/6/1981, Rep. ED 17-112, sum. 158; ídem, sala A, 17/12/1984, LL 1986-B-621; Rep. LL 1986-116, sum. 23; ídem, ídem, 27/10/1988, LL 1989-B-127, caso 87.279; LL 1995-D-853, sum. 112, y ED 133-783, caso 41.727; ídem, ídem, 15/5/1995, LL 1996-B-732 (38.598-S); ídem, sala K, 3/2/2003, LL 2003-D-266; ídem, sala H, 28/2/1992, ED 148-435, caso 44.485; ídem, sala C, 27/11/1997, ED 179-14, caso 48.744; C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 21/10/1997, LLBA 1998-399; Juzg. Civ. Com. y Trab. San Cristóbal, 30/9/1993, JA 1996-II, síntesis, sum. 55; JA 2005-III-1460, sum. 55.

<sup>15</sup> C. Nac. Civ., sala K, 8/3/2004, LL 2004-D-238; C. Civ. Com. Lab. y Minas Santa Cruz, 12/11/2004, LLPatagonia 2005-1064; Trib. Colegiado Instancia Única La Plata, 23/12/2002, RDF, nro. 26, p. 183; Trib. Colegiado Rosario n. 5, 6/8/2008, LL 2008-F-34.

<sup>16</sup> Código Civil de Francia (art. 371-4), Código Civil suizo (art. 274), Código de Familia de El Salvador (art. 217) y el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (art. 148).

## 12. Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores

La reforma ha previsto que si el hijo está alejado de sus progenitores, dentro o fuera del país, y tiene necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar en el país o por la representación diplomática nacional en el extranjero a contraer deudas para satisfacer esas necesidades. Si se trata de un menor adolescente, no requerirá autorización sino sólo el asentimiento del adulto responsable (art. 667).

Este supuesto parece estar direccionado a jóvenes estudiantes que desarrollan su aprendizaje lejos de sus progenitores, ya sea en el país o en el exterior. Atento a que el menor podrá contraer deudas, y seguramente deberá llevar a cabo actos jurídicos, esa autorización judicial o diplomática o el mismo asentimiento del responsable, en su caso, significará una especie de habilitación legal específica y limitada a ese caso específico.

La necesidad urgente debe ser un presupuesto esencial en este caso, ya que de tratarse de otro tipo de requerimientos procedería la solicitud alimentaria extrajudicial a los padres, aun cuando no se encuentren cerca del menor.

## 13. Reclamo alimentario a los ascendientes

El deber alimentario de los ascendientes y en particular de los *abuelos* es un tema de debate doctrinario y jurisprudencial en nuestro derecho. Los abuelos tienen obligación alimentaria expresa respecto de sus nietos; la cuestión discutible consiste en determinar qué naturaleza jurídica tiene ese deber. Si esa obligación de los abuelos es parte del derecho alimentario entre parientes, va a tratarse de una obligación subsidiaria y delimitada a cubrir las necesidades vitales básicas del nieto. Si, en cambio, se trata de una obligación que surge del derecho de los menores a un alimento filial, como una obligación extensiva de la obligación de los padres, el deber del abuelo no será necesariamente subsidiario, o sea, que podría reclamarse en forma simultánea o incluso antes que al reclamo a los padres, si es más beneficioso para el niño y, por supuesto, no se reduciría a cubrir sólo el mínimo vital del nieto.

La jurisprudencia fue combinando ambas posiciones arribando a soluciones muy particulares, ya que en muchos casos se resolvió por la subsidiariedad de la obligación, pero se fijaron cuotas que excedían las obligaciones alimentarias entre parientes<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> C. Nac. Civ., sala C, 28/7/1987, LL 1988-A-398; sala G, 7/11/1995, LL 1996-B-202; sala K, 30/8/1995, LL 1996-B-743; sala K, 15/4/1999, LL 2000-C-888; sala C, 20/11/1997, ED 176-561. C. Nac. Civ., sala A, 30/3/2001, LL 2001-D-84; C. Nac. Civ., sala C, 24/2/2004, LL 2004-E-281; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 28/3/2006, RDF 2007-I, p. 93; Trib. Colegiado Quilmes, nro. 1, 18/4/2007, LLBA 2007-I-605; Corte Just. Salta, 7/7/2008, LLNOA, octubre 2008, p. 890; C. Nac. Civ., sala E, 12/8/2009, DJ del 20/1/2010. C. Nac. Civ., sala A, 1/7/1991, LL 1991-D-357. C. Nac. Civ., sala A, 16/3/1995, LL 1995-D-106. C. Nac. Civ., sala E, 21/3/2001, ED 193-223. C. Nac. Civ., sala K, 26/6/2007, LL *Online* AR/JUR-5436/2007.



Finalmente, la Corte Suprema, en un fallo de 2005, fijó un criterio muy especial, ya que reconoció el deber alimentario de los abuelos, pero requirió que los reclamantes acreditaran que fue imposible obtener el cumplimiento alimentario de parte de los padres<sup>18</sup>.

La reforma proyectada consagra en su art. 668 la posibilidad de demandar simultáneamente a los abuelos y progenitores, “en el mismo proceso... o en proceso diverso”; sin embargo, la parte final de la norma dice que “además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”, con lo que sigue la línea interpretativa del mencionado fallo de la Corte Suprema.

#### 14. Alimentos impagos

El art. 669 establece que los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación, si ésta se puede probar fehacientemente y se interpone la demanda dentro de los seis meses de esa intimación. En los fundamentos de la reforma, sus autores explican que de esta forma se pretenden evitar retroactividades “abusivas”.

En el párr. 2º de esta norma se reconoce el derecho del progenitor conviviente que realizó gastos que eran a cargo del progenitor no conviviente a solicitar el reembolso de tales erogaciones.

#### 15. Obligación alimentaria del progenitor afín

El Proyecto define como *progenitor afín* al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente (art. 672). En el art. 676 proyectado se define que el denominado progenitor afín tiene obligación alimentaria en relación con los hijos de su cónyuge o conviviente, pero ésta tendrá carácter subsidiario. Con toda lógica, esta obligación cesará en la medida que se produzca la disolución del vínculo o la ruptura de la convivencia. Sin embargo, aun cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial o se haya roto la convivencia, la obligación alimentaria del progenitor afín subsistirá si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente alimentado y él había asumido el sustento del hijo del otro. En este caso, puede fijarse una cuota asistencial transitoria, cuya duración definirá el juez teniendo en cuenta la capacidad del alimentante, las necesidades del niño y el tiempo de convivencia.

Medina ha considerado esta innovación como una de los diez cambios más importantes del Proyecto de reforma<sup>19</sup>.

En conclusión, resulta muy interesante este nuevo instituto del progenitor afín, que innova en cuanto incluye el supuesto de la obligación alimentaria del conviviente y es un primer paso en la consideración legislativa de los alimentos en el

<sup>18</sup> Corte Sup., 15/11/2005, LL 2005-F-479.

<sup>19</sup> MEDINA, Graciela, “Las grandes reformas...”, cit.

seno de las familias ensambladas, que constituyen un fenómeno social creciente que siempre ha requerido una regulación<sup>20</sup>.

## 16. El Estado como obligado alimentario

El Proyecto de reforma no ha incluido en forma expresa al Estado como obligado alimentario, a pesar de lo prescripto en el art. 27, Convención sobre los Derechos del Niño<sup>21</sup>), que ha tenido recepción constitucional y que establece la obligación del Estado en forma subsidiaria. Esta norma establece que “todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad de los padres proporcionárselo. Es obligación del Estado adoptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario mediante el pago de la pensión alimenticia”.

Solari y Belluscio coinciden con esta interpretación y mencionan diversos fallos en los que se aceptó en la jurisprudencia esa obligación del Estado<sup>22</sup>.

En este punto cabe destacar que el Estado, en los tiempos recientes, ha llevado a cabo una activa iniciativa normativa en materia asistencial alimentaria en cumplimiento de dicha obligación, en especial con el establecimiento de la *asignación universal por hijo para protección social* (dec. 1602/2009) y de la *asignación universal por embarazo* (dec. 446/2011).

## 17. Alimentos en caso de privación o suspensión de la patria potestad

Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 704). Esta norma expresamente resuelve cierto debate sobre el tema.

## 18. Competencia en materia alimentaria

En los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes referidos a alimentos es competente el juez del “lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida” (art. 716). Esta solución del Proyecto coincide con la doctrina

<sup>20</sup> PITRAU, Osvaldo F., “La prestación asistencial alimentaria en la familia ensamblada”, RDF, nro. 25, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2003, ps. 105 y ss.

<sup>21</sup> ADLA XL-C, p. 2573.

<sup>22</sup> SOLARI, Néstor E. - BELLUSCIO, Claudio, “Los alimentos...”, cit., punto I. Jurisprudencia citada por estos autores: Juzg. Menores y Familia, nro. 2, Paraná, 28/6/2002, Zeus, t. 89, secc. Jurisprudencia, p. 614; LL 2002-E-267; Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 9/4/2003, RDF, nro. 25, LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2003, p. 179; Juzg. Cont., Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., nro. 3, 11/3/2003, LL 2003-F-311; Juz. Nac. Seguridad Social, nro. 6, 15/11/2004, causa 27.051/2004, elDial del 24/11/2004; Juzg. Cont. Adm. La Plata, nro. 1, 11/10/2005, RDF 2006-II, LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 81; C. Cont. Adm. La Plata, 25/4/2006, LL 2006-D-235; Corte Sup., 19/9/2002, LLNOA, 2002-1298; ídem, 7/3/2006, LL 2006-D-230; DJ 2006-2, p. 1026.

jurisprudencial sobre el “centro de vida” de los menores que ha desarrollado la Corte Suprema<sup>23</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

La obligación alimentaria como instituto jurídico se encuentra en crisis desde hace muchos años, y esto es así porque se trata de una materia de índole asistencial dirigida especialmente a los niños y adolescentes y a personas necesitadas, y no se obtiene en los obligados un nivel adecuado de comprensión y cumplimiento de la obligación a esas urgencias.

En este punto, el Proyecto innova, sistematiza y actualiza, de modo que renueva la institución abriendo el camino hacia un esperanzador desafío: que las prestaciones asistenciales familiares sean comprendidas como un elemento integrante de las relaciones familiares, relacionado con el vínculo, con el afecto y con la solidaridad, y no tanto con cuestiones económicas.

La prestación alimentaria no es un tributo, una tasa o un impuesto, que quizá se nos impone a disgusto, sino que es la expresión material de un grupo familiar que puede transformarse en el tiempo y pasar de la convivencia a la separación, pero que permanece inalterable en las necesidades de sus integrantes.

Por todo ello, este Proyecto de reforma de 2012, en la materia del derecho alimentario familiar, con la incorporación de las innovaciones, las modificaciones y las actualizaciones mencionadas, constituye una valiosa evolución, un paso adelante en el camino correcto.

<sup>23</sup> Corte Sup., 12/7/2011, “C., L. C. v. L., M. E. s/exequátur”, LL del 22/7/2011, p. 6; LL 2011-D-337; Corte Sup., 20/8/2008, “Ferreyra, Miguel Á.”, LL Online AR/JUR/9080/2008; Corte Sup., 26/3/2008, “A., M. S.”, DJ del 16/7/2008, p. 772; DJ 2008-II , p. 772; LL Online AR/JUR/1693/2008; Corte Sup., 20/2/2001, LL 2001-D-691; idem, 20/2/2001, JA 2002-I-138.

# LAS ACCIONES DE FILIACIÓN POR NATURALEZA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

por MARTÍN B. ALESI \*

## I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial actualiza la antigua clasificación dual de filiación adoptiva y por naturaleza, al adicionar la filiación emergente de las técnicas de reproducción asistida, de la cual surgirá, sin lugar a dudas, un nuevo paradigma en la determinación del vínculo filial, no obstante que buena parte de esos procedimientos médicos son utilizados en nuestro país desde hace muchos años.

En esta ocasión realizaré un breve esquema de las acciones de filiación por naturaleza que permita aprehender rápidamente los cambios que introducirá la regulación proyectada, sin perjuicio de profundizar ciertas cuestiones vinculadas principalmente a la conducta obstaculizadora que ambos progenitores pueden llevar a cabo en la determinación de la filiación del hijo.

Concretamente me referiré, por un lado, a la negativa del progenitor a la producción de la prueba genética y a los supuestos de procedencia de la toma compulsiva de muestras biológicas, aun cuando el Proyecto no los prevea expresamente; y, por el otro, a la reticencia de la madre a aportar los datos relativos a la identidad del presunto padre y las medidas que deben adoptarse para revertirla.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS REGLAS GENERALES DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

El capítulo 6, título V, libro segundo del Proyecto (arts. 576 a 581) contiene una serie de disposiciones generales sobre los caracteres de las acciones de filiación, la proponibilidad objetiva de la pretensión filiatoria, el régimen de la prueba genética y hasta un presupuesto procesal como la competencia, que serán examinadas a continuación:

\* Juez de familia de la ciudad de Rawson, Chubut.

## 1. Irrenunciabilidad de las acciones de filiación: ¿es inconciliable la caducidad con la prohibición de renuncia tácita?

Con la misma redacción del art. 251, CCiv., el art. 576 del Proyecto establece que “el derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción”.

Una postura mayoritaria de nuestra doctrina ha advertido que pese a lo categórico del precepto legal, lo cierto es que el transcurso del plazo de caducidad, cuando es dejado correr voluntariamente por el titular de la acción, implica una renuncia tácita<sup>1</sup>. Por su parte, un sector minoritario opina que la inacción del interesado no debe ser interpretada de esa manera, porque la renuncia se funda en la voluntad del legitimado para actuar, mientras que la caducidad se impone como consecuencia de la necesaria estabilidad y consolidación del estado de familia<sup>2</sup>.

A mi modo de ver, resulta indiscutible que en la práctica, una vez que ha operado la caducidad de la acción de filiación, quien se encontraba legitimado para su ejercicio queda en la misma situación que si hubiera renunciado, por más que no se admita la renuncia expresa o tácita.

Sin embargo, no debe confundirse el ámbito de aplicación de ambos institutos. La renuncia consiste en un acto jurídico unilateral, no formal, por el cual se abdica o abandona un derecho disponible, reconocido en el exclusivo interés de su titular, cualquiera sea la naturaleza de éste<sup>3</sup>, de lo que se colige que es eficaz únicamente con la voluntad del renunciante. En cambio, la caducidad implica que con el transcurso del tiempo que la ley fija para el ejercicio de la acción, ésta se extingue, quedando de relieve que la figura apunta a una circunstancia objetiva, en la que la voluntad del legitimado no tiene, en pureza, relevancia jurídica alguna.

## 2. Impropiedad objetiva de la acción de filiación cuando el hijo nació mediante técnicas de reproducción humana asistida

El art. 337, CPCCN, contempla el rechazo *in limine* de las demandas que no se ajustan a las reglas formales que el propio ordenamiento adjetivo prescribe, teniendo el juez el deber de analizar no sólo el contenido meramente extrínseco del acto constitutivo que pone en marcha la jurisdicción, sino también el de

<sup>1</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa - FERRER, Francisco - D'ANTONIO, Daniel, *Derecho de familia*, t. III-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 642/643. Conf. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, 8ª ed., t. I, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 67; SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 536.

<sup>2</sup> AZPIRI, Jorge O., *Juicios de filiación y patria potestad*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 115; conf. FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 180.

<sup>3</sup> Conf. PIZARRO, Ramón - VALLESPINOS, Carlos, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. III, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 563; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, t. III, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 438/339.

llevar a cabo un contralor de la concurrencia de los requisitos de procedibilidad de la pretensión —admisibilidad extrínseca—, mientras que las condiciones de fundamentación o procedencia de la pretensión son revisadas, como regla, en la sentencia de mérito<sup>4</sup>.

Ahora bien, existen casos en que la demanda es objetivamente improponible y debe ser rechazada en el umbral del trámite procesal, cuando el objeto en que se sustenta la pretensión que porta en sí se exhibe constitutivamente inhábil para hacerse audible y de disponerse su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo, que habría nacido frustrado *ab origine*<sup>5</sup>. En general, ello se configura cuando el objetivo jurídico perseguido esté excluido de plano por ley, cuando ésta impide explícitamente cualquier decisión al respecto o la improcedencia derive de la inidoneidad, juzgada en abstracto, de los propios hechos en que se funda, los que no son aptos para obtener una sentencia favorable<sup>6</sup>.

El art. 577 del Proyecto regula un supuesto de improponibilidad objetiva de la acción de filiación al disponer que “no es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos”, agregando a continuación que “no es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”.

De esa manera, como el objeto mediato de la pretensión filiatoria se encuentra expresamente prohibido por la ley cuando trasciende en la constitución o extinción del título de estado de un hijo nacido a través de las técnicas de reproducción humana asistida, corresponde que el juez la rechace *in limine*, de conformidad con lo previsto por el art. 337, CPCCN, ante su evidente ausencia de fundamentación intrínseca.

Y si por error se confiere traslado de la demanda de impugnación o de reclamación de la filiación, en cualquier estado del proceso e instancia se pondrá fin a las actuaciones, debido a que sería inútil proseguir con su trámite.

La resolución que dispone el rechazo liminar de la demanda como consecuencia de su improponibilidad objetiva tiene efectos de cosa juzgada material, en tanto decide sobre el fondo de la pretensión de filiación, impidiendo que el actor pueda deducirla nuevamente<sup>7</sup>.

### 3. Cuestiones que plantea la regla del doble vínculo filial

A raíz de que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, el art. 578 del Proyecto exige como condición del ejercicio de la acción de reclama-

<sup>4</sup> MORELLO, Augusto - BERIZONCE, Roberto, “Improponibilidad objetiva de la demanda”, JA 1981-III-790.

<sup>5</sup> MORELLO, Augusto - BERIZONCE, Roberto, “Improponibilidad objetiva...”, cit.

<sup>6</sup> Sup. Corte Bs. As., 18/12/2002, Juba sum. B47539.

<sup>7</sup> Conf. Peyrano, Jorge, “Rechazo *in limine* de la demanda”, JA 1994-I-824; Sup. Corte Bs. As., 21/12/2011, Juba sum. B55591.

ción de filiación la impugnación previa o simultánea de la filiación anteriormente establecida.

Como todo juicio, el proceso de reclamación de filiación interesa únicamente al actor y al demandado. Sin embargo, cuando el objeto de ese trámite procesal contradice una filiación ya determinada, es innegable que el sujeto restante de la relación jurídica familiar que emerge de ese estado debe tener participación en el proceso, en razón de que si la sentencia acogiera favorablemente a la demanda quedaría afectado su emplazamiento, sea en su contenido o existencia. Por ende, si no ha sido citado al pleito, está legitimado para impugnar la cosa juzgada que lo perjudica al haberse violado su derecho de defensa (art. 18, CN).

Por lo general, el interesado acumulará las pretensiones de impugnación y reclamación de la filiación según lo previsto por el art. 88, CPCCN, con el fin de lograr el desplazamiento del estado existente y la inmediata constitución de uno nuevo. Se trata de dos pretensiones conexas por sus objetos, que pertenecen a la categoría conocida como acumulación sucesiva, porque únicamente luego de acogida la pretensión de impugnación de la filiación establecida, en función de la procedencia de ésta, que actúa como presupuesto, se tornaría admisible la pretensión complementaria de reclamación de la nueva filiación, la que no se abriría paso de no caer la primera, en función de la regla del doble vínculo filial<sup>8</sup>.

*a) Trámite de la demanda de reclamación de la filiación cuando se omitió deducir previa o simultáneamente la pretensión de impugnación de la filiación anteriormente establecida*

Sobre este punto se han planteado dos soluciones distintas:

a) Citación en calidad de litisconsorte necesario de la persona emplazada como progenitor/a. Para esta postura, el juez podrá disponer de oficio la citación en calidad de litisconsorte necesario de la persona emplazada como progenitor/a, estado incompatible con el que se pretende constituir a través de la pretensión de reclamación (art. 89, CPCCN)<sup>9</sup>.

b) Rechazo *in limine* de la demanda. Ésta es la solución correcta, habida cuenta de que no se presenta un litisconsorcio pasivo necesario en la acción de reclamación de la filiación entre el presunto padre biológico y quien tiene atribuido el estado de progenitor/a, al no tener esta última persona legitimación pasiva, por cuanto no está habilitada para contradecir la pretensión según lo prescripto por el art. 582 del Proyecto.

Si el proceso de impugnación de la filiación es susceptible de ser tramitado y resuelto con antelación al de reclamación, no caben dudas de que existe una legitimación procesal autónoma, nota propia del litisconsorcio facultativo y no del necesario.

Queda claro, entonces, que la exigencia impuesta por el art. 578 —al igual que el actual art. 252, CCiv.—, configura un requisito extrínseco de admisibilidad que

<sup>8</sup> C. Apel. Trelew, sala A, 4/12/1995, SAIJ sum. Q0003884.

<sup>9</sup> Sup. Corte Bs. As., 16/3/1999, ED 182-575 (del voto en disidencia del Dr. Pettigiani).

concierna directamente al objeto de la pretensión de reclamación e impide entrar en la consideración de su fundabilidad cuando se constata su falta<sup>10</sup>.

Con toda razón se ha resuelto en un precedente que es objetivamente improponible la acción de reclamación de filiación que no ha sido precedida ni acompañada de la impugnación de la paternidad anterior —pudiendo resultar nulo cualquier procedimiento o resolución que se adopte sobre la cuestión de fondo—, pues el juicio no puede sustanciarse válidamente sin la participación de quien ostenta el estado de progenitor sin apartamiento de las garantías constitucionales y la ley de fondo aplicable<sup>11</sup>.

En lo atinente a los efectos de la providencia que rechaza *in limine* la demanda interpuesta en estos términos, no existe impedimento alguno para que el actor ejerza nuevamente la acción, debido a que la desestimación no involucra un juicio de mérito que haga cosa juzgada<sup>12</sup>.

### *b) Filiación presumida por la ley e inscripción irregular*

Conforme lo establecido por el art. 566 y salvo prueba en contrario, “se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos (300) días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte”.

Como la atribución del vínculo entre el hijo y el o la cónyuge de la madre tiene origen en la ley, y no es un acto ni una consecuencia que pertenezca a la autonomía de la voluntad de las personas, si la progenitora inscribe al hijo invocando el carácter de soltera igual seguirá vigente la presunción de filiación<sup>13</sup>. Por esta razón, quien quiera promover una pretensión de reclamación de la filiación, deberá previa o simultáneamente impugnar el vínculo filial presumido por la ley.

Desde estos parámetros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró arbitraria una sentencia de la Corte Suprema de Tucumán en la que se concluyó que la omisión de la mujer casada de denunciar el nombre del progenitor de su hijo era suficiente para desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial —en el caso, admitió la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial al considerar que dicha omisión emplazaba al hijo como extramatrimonial y que por ende era innecesario impugnar previamente la paternidad matrimonial—, pues ello importó ignorar que la presunción rige por imperativo legal y sólo podía ser destruida mediante la pertinente acción<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Conf. PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 297. Cabe señalar que el autor citado incluye entre los requisitos extrínsecos de admisibilidad, que conciernen al objeto de la pretensión, ciertas exigencias que provienen de las leyes de fondo, como las contenidas en los arts. 2012, 2484 y 2486, CCiv.

<sup>11</sup> C. Nac. Civ., sala K, 10/2/2004, LL 2004-B-497.

<sup>12</sup> Conf. PEYRANO, Jorge, “Rechazo *in limine*...”, cit.

<sup>13</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, 3ª ed., t. II, Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 331/332. Conf. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de derecho...*, cit., t. V, p. 522; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, t. II, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 1325.

<sup>14</sup> Corte Sup., 7/12/2001, JA 2002-II-515.



c) *Comprobación del cese de la presunción legal por separación de hecho como cuestión previa en el proceso de reclamación de la filiación*

El término inicial del plazo de trescientos días determinado por el art. 566 no ofrece dificultad alguna para su acreditación en caso de muerte del cónyuge o interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio. Pero no sucede lo mismo con relación a la separación de hecho de los cónyuges, al plantearse la controversia en cuanto a si se requiere o no su comprobación en un trámite judicial para que opere el cese de la presunción.

Para una primera tendencia de la doctrina nacional, encabezada por Zannoni, el *factum* legal exigirá siempre la previa demostración de la separación, ya que ésta, por su propia naturaleza y entidad, no constituye una situación jurídica que admita una consideración *a priori*. La separación se erige en un hecho impeditivo que deberá ser alegado y probado por quien pretenda descartar la filiación presumida por la ley. Mientras ello no suceda, y nadie controvierta la existencia de esa situación de hecho, el hijo continuará presumiéndose del o la cónyuge de la madre<sup>15</sup>. Pero esto no significa que deba impugnarse la filiación presumida por la ley, sino que basta con que cualquier interesado acredite la separación de hecho en el proceso en que quiera hacerse valer el cese de la presunción, o bien en uno especial destinado a la rectificación de la partida de nacimiento<sup>16</sup>.

Como consecuencia de lo mencionado, para esa postura el cese de la presunción a raíz de la separación de hecho exige la prueba de dicho acontecimiento en un proceso judicial, para lo cual la legitimación es amplia e inclusive puede tramitarse en el mismo juicio de reclamación de la filiación, sin necesidad de deducirse, previa o simultáneamente, una acción de impugnación. Deberá citarse el cónyuge como tercero y, salvo indicios en contrario, su confesión o allanamiento será suficiente para tener por comprobada la separación de hecho<sup>17</sup>.

En cambio, desde otra posición se afirma —a mi juicio, con acierto— que la presunción legal cesa de pleno derecho, visto que sostener lo contrario obligaría a quien quiere reconocer al hijo a recurrir siempre a la vía judicial, cuando el verdadero alcance de la norma es evitar la acción de filiación, salvo que él o la cónyuge cuestione el emplazamiento extramatrimonial y pretenda atribuirse el vínculo con el hijo<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Conf. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. II, ps. 342/343.

<sup>16</sup> BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho...*, cit., t. II, ps. 260/261.

<sup>17</sup> Sup. Corte Bs. As., 19/2/2002, Juba sum. B26144; FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel - ROVEDA, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 332/333.

<sup>18</sup> SOLARI, Néstor E., "Alcances de la cesación de la presunción de paternidad matrimonial por la separación de hecho", RDF, nro. 36, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2007, p. 157. Conf. GROSMAN, Cecilia P - MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, "La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264", LL 1986-D-924.

Es así que, con la sola alegación realizada en la demanda acerca de que el hijo nació con posterioridad a los trescientos días de acaecida la separación de hecho, el juez debe considerar admisible la pretensión de reclamación de la filiación y decretar en consecuencia el traslado al demandado, sin que sea ineludible conferir participación al o la cónyuge de la madre.

Nótese que si un tercero está facultado para reconocer directamente a su hijo, sin necesidad de probar el cese de la presunción legal que emplaza al cónyuge de la progenitora<sup>19</sup>, *a fortiori* es admisible su allanamiento cuando ha sido demandado por reclamación de filiación, en función de que ese abandono a la discusión de la pretensión es suficiente en cualquier proceso de estado cuando tiende a obtener una sentencia que suple un acto jurídico que puede ser voluntaria y eficazmente otorgado por el accionado<sup>20</sup>, circunstancia que coloca en la palestra que la relación jurídica procesal no se integra forzosamente con él o la cónyuge de la madre, o que deba producirse prueba alguna sobre la separación de hecho invocada en la demanda si no ha sido controvertida por el demandado.

No obstante lo expuesto, siempre es conveniente citar al o la cónyuge de la madre (aunque no indispensable, como lo sostiene la postura reseñada en primer lugar), dado que si bien es procedente el dictado de una sentencia de mérito sin su participación, al no existir un litisconsorcio pasivo necesario, no por ello cabe desconocer que tiene un interés legítimo para intervenir en el proceso en calidad de tercero, y máxime cuando así se verá alcanzado por los efectos de la cosa juzgada. No debe olvidarse que la sentencia, como título, tiene efectos *erga omnes*, aunque como todo título es susceptible de ser impugnado por quienes no fueron parte en el proceso de estado<sup>21</sup>, quedando vedada esta prerrogativa, obviamente, para él o la cónyuge de la progenitora que fue citado/a oportunamente al proceso de reclamación de filiación.

En definitiva, el o la cónyuge de la madre conserva la acción de impugnación del título de estado paterno filial, si éste se constituyó a través del reconocimiento de un tercero, o mediante la sentencia recaída en el proceso de reclamación de la filiación en el que no tuvo participación.

#### 4. Indicio grave ante la renuencia y dos casos atípicos de producción compulsiva de la prueba genética

Dispone el art. 579 que “en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio

<sup>19</sup> GROSMAN, Cecilia P.- MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “La filiación...”, cit.; conf. SOLARI, Néstor E., “Alcances de la cesación...”, cit.; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., ps. 82/83.

<sup>20</sup> Conf. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho...*, cit., t. I, p. 81.

<sup>21</sup> Conf. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 98.

grave contrario a la posición del renuente”. A su vez, el art. 580 establece que “en caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver. El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso”.

De acuerdo con la intención de los autores plasmada en los fundamentos del Proyecto, ante la negativa del progenitor a la realización de la prueba genética se prevé el siguiente régimen: a) si el presunto padre vive, pero se opone, esa negativa funciona como un indicio grave; b) si el presunto padre vive, pero resulta imposible producir la prueba (por ejemplo, está rebelde, no se lo puede encontrar), se realizará sobre material genético de los parientes del demandado hasta el segundo grado; c) si el presunto padre no vive, se practicará sobre material genético de los padres del demandado y d) si éstos se oponen o no existen, se puede autorizar la exhumación del cadáver.

El interrogante que se abre en este tópico es el valor probatorio que corresponde asignar al indicio grave resultante de la negativa a la realización de la prueba genética, reproduciéndose en consecuencia el debate en nuestro derecho en cuanto a si es o no suficiente, por sí solo, para tener por acreditado el vínculo de filiación por naturaleza.

No comparto el criterio de que la sola resistencia del demandado a la realización de la prueba genética se erige en un indicio grave en contra del renuente que requiere de un escaso complemento para formar la convicción del juez<sup>22</sup>, ya que —según lo explican Grosman y Arianna— tal actitud del demandado produce una inversión en la carga de la prueba, asimilándose la hipótesis a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan. No basta que se acuerde al hijo la acción de reclamación de estado; es necesario darle los recursos para que ese derecho sea efectivo y tal intención se desnaturaliza si desde la ley y la justicia se tolera la traba de una prueba esencial en la determinación del vínculo filial. Frente al riesgo de que la conducta negativa del demandado convierta en ilusoria la posibilidad de acreditar la filiación debe valorarse la actitud de obstrucción que impide llegar a la determinación de la verdad biológica, como un reconocimiento de los hechos aducidos en la demanda, salvo prueba en contrario, aun cuando no hubiese ningún otro elemento de comprobación de la filiación alegada<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> MIZRAHI, Mauricio L., “La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511”, JA 2004-II-1467; C. Civ. y Com. Azul, 26/3/1992, JA 1992-III-563; C. Civ. y Com. Morón, sala 1ª, 2/6/1992, JA 1992-III-569; C. Nac. Civ., sala L, 31/5/1995, JA 1995-IV-331; Sup. Corte Bs. As., 21/3/2012, Juba sum. B26485.

<sup>23</sup> GROSMAN, Cecilia P.- ARIANNA, Carlos, “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, LL 1992-B-1193. Conf. CALAROTTA, Eugenio, “Categórico reconocimiento del método HLA como prueba autosuficiente para determinar la paternidad”, LL 1985-A-480; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano”, ED 153-939; KIELMANOVICH, Jorge L., “La negativa a someterse a pericias genéticas”, LL 1988-E-810; C. Nac. Civ., sala E, 2/10/1987,

Con lo mencionado hasta aquí pareciera que no existen posibilidades de que la prueba genética pueda ser realizada de modo compulsivo sobre el demandado renuente, puesto que si todo proceso de filiación tiene como objeto la constitución o extinción del título de estado filial, la prueba indiciaria es suficiente para estimar la demanda. Pero, en realidad, existen dos supuestos en que no quedará más alternativa que disponer la extracción compulsiva del material genético del renuente para arribar a una adecuada solución del litigio.

*a) Litisconsorcio pasivo facultativo en la reclamación de filiación paterna extramatrimonial*

Si el hijo tiene dudas con respecto a quién es su padre biológico, a raíz de que su madre mantuvo relaciones sexuales con dos o más hombres durante el período legal de la concepción, podrá acumular las pretensiones de reclamación de la filiación extramatrimonial contra los probables progenitores, conformando un litisconsorcio pasivo facultativo.

Ante la renuencia de los demandados a realizar la prueba genética, y no habiéndose producido en la causa otro medio probatorio, los indicios graves que surgen de las respectivas negativas de aquéllos carecen de cualquier aptitud para generar un suficiente grado de certeza del vínculo filial, por cuanto sería irrazonable extraer presunciones de paternidad excluyentes entre sí, dado que en la determinación de la filiación por naturaleza el hijo no puede tener más de un padre, por ser biológica y jurídicamente imposible.

Como contrapartida, la demanda tampoco será rechazada al estar en juego el derecho a la identidad del reclamante de la filiación y, en particular, el derecho a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, de neta raigambre constitucional.

De allí que la recolección compulsiva de tejidos o fluidos corporales es una diligencia proporcionada, pues es *idónea* al buscar el fin legítimo mencionado en el párrafo anterior y, por sobre todo, es *necesaria* en función de que no hay otra medida alternativa que permita dilucidar quién de los accionados tiene nexa biológico con el demandante.

Si el litisconsorcio pasivo facultativo está formado por dos demandados, es obvio que al menos uno de ellos (sorteado previamente en una audiencia designada al efecto) deberá someterse compulsivamente a la producción de la prueba genética, permitiendo de esta manera que se confirme el vínculo biológico alegado a su respecto, o bien que se lo excluya. En este último caso, resulta razonable presumir que el restante litisconsorte que rehusó la aportación de su material genético es el progenitor, con fundamento suficiente en el indicio grave proveniente de esa negativa.

Asimismo, cuando el litisconsorcio se integre con tres demandados deberá ordenarse una primera extracción compulsiva sobre cualquiera de ellos, para confirmar o excluir la paternidad alegada. Si no queda comprobada, deberá procederse

---

LL 1988-D-311; ídem, sala F, 7/3/1989, LL 1989-E-112; ídem, sala M, 8/6/1993, LL 1994-A-77; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 28/4/1994, ED 159-182.

de la misma manera con un segundo litisconsorte, quedando siempre eximido de la toma compulsiva el restante codemandado, puesto que su negativa a la realización de la prueba genética constituye un elemento hábil de convicción para emplazarlo como padre, si el segundo examen (al igual que el primero) descarta la existencia del nexo biológico con el actor.

Al demandado que debe someterse a la toma obligatoria de muestras biológicas no se le afectan sus derechos a la salud o a la integridad corporal. Correctamente se ha afirmado en un lúcido voto en disidencia suscripto por el Dr. Pettigiani que “la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la identidad de origen de los individuos”, agregando después que la realización compulsiva de la medida no afecta en principio el derecho a la intimidad del demandado, al argumentar que “si bien el art. 19 de la Constitución Nacional consagra la protección de la vida privada, incluyendo el derecho fundamental a la intimidad, ésta encuentra límites establecidos unos en función de la seguridad del Estado, otros en base al bienestar general y también frente al ejercicio de derechos por parte de terceros... La paternidad trasciende la órbita de reserva o intimidad del individuo cuando se ven afectados los derechos atinentes a la misma o, como en el caso, el vínculo mismo, es decir, la existencia o no de la relación padre-hijo, de alta trascendencia para el derecho”<sup>24</sup>.

#### *b) Acción de conocimiento del nexo biológico y el mito del proceso de filiación como garantía del derecho a conocer los orígenes*

Cuando se repara detenidamente que en línea similar con el art. 4º, ley 23.511, el art. 579 del Proyecto no impone la producción compulsiva de la prueba genética ante la negativa del demandado, circunscribiéndose en cambio a asignarle a esa inconducta procesal el valor de un indicio grave, es evidente que el objeto mediato de la pretensión de reclamación de la filiación consiste *exclusivamente* en la constitución del estado filial, que si bien presupone el nexo biológico, en rigor de verdad no termina por confirmarlo.

Hago esa aclaración porque al día de hoy existe un arraigado criterio jurisprudencial que proclama llamativamente la necesidad de garantizar el derecho a conocer los orígenes en el marco del juicio de filiación<sup>25</sup>, para luego dictar sentencia que determina el vínculo filial con sustento en el indicio grave derivado de la renuencia del demandado a someterse a la prueba genética, sin adoptar medida concreta alguna que permita dilucidar la existencia de nexo biológico entre las partes.

Para muestra, repasemos el siguiente fallo de la casación bonaerense, en el que al discutirse el valor de la negativa del demandado a la producción de la

<sup>24</sup> Sup. Corte Bs. As., 25/3/2009, LLBA 2009-773.

<sup>25</sup> C. Nac. Civ., sala A, 28/2/1994, DJ 1995-I-639; C. Civ. Com. y Lab. Rafaela, 21/8/1996, LLLitoral 1998-434; C. Nac. Civ., sala D, 17/9/1996, LL 1998-D-898; C. Civ. y Com. Rosario, sala 2ª, 23/9/1997, LLLitoral 1999-454; Sup. Corte Bs. As., 1/10/2003, Juba sum. B26898; C. Civ. y Com. Pergamino, 26/12/2003, Juba sum. B2801401.

prueba genética, se ponderó que “entre un posible conflicto entre el derecho a la identidad (art. 7°, párr. 1° de la Convención del Niño) y a no autoincriminarse (art. 18 CN) corresponde inclinarse por conceder jerarquía al derecho de una persona a conocer su origen biológico. Adviértase que con la negativa a someterse a las pruebas biológicas, amparado en el derecho de no estar obligado a declarar contra sí mismo —en el caso no ser obligado a prestar el propio cuerpo para realizar la prueba genética— podría incurrir el demandado en abuso de derecho al perjudicar, con su actitud obstruccionista, a un tercero quien padecería de la falta de precisión en su identidad”<sup>26</sup>.

¿Cómo es posible sostener que ante la colisión de derechos prevaleció en el caso el derecho del niño a conocer su origen biológico, por sobre el pretendido derecho del demandado a no ser obligado a prestar su propio cuerpo para realizar la prueba genética, cuando no se produjo en la causa dicho medio probatorio?

Esta grave contradicción obedece al mito de que el proceso de filiación es útil para asegurar el efectivo goce del derecho a conocer los orígenes, cuando en realidad es ineficaz para garantizarlo en la medida de que la pretensión filiatoria, como cualquier acción de estado, queda satisfecha con la eventual constitución o extinción del título, dejando al actor con la incertidumbre sobre el nexo biológico con el demandado cuando éste se negó a la realización de la prueba en cuestión.

Esto es advertido por Lloveras y Salomón, quienes exponen agudamente sobre la dicotomía jurídica que se plantea entre la “filiación presuntiva”, fruto de la sentencia declarativa de la filiación, y la “filiación verdadera”, producto de la irrefutable comprobación científica del patrón genético filiatorio de una persona, concluyendo que el juez del proceso de filiación tiene la potestad de realizar compulsivamente la prueba biológica. Propician una regulación que contemple esta posibilidad, debido a que así “no se observarán sentencias que presuman la filiación, sino resoluciones cuyo contenido sea el resultado de una clara y contundente comprobación científica, que le otorga a la sentencia el peso de la verdad irrefutable”<sup>27</sup>.

En mi opinión, para que el juez tenga el poder-deber de producir la prueba científica de ADN de manera compulsiva en el juicio de filiación es necesario que el actor amplíe la materia sobre la cual versa el proceso, *acumulando una pretensión autónoma a la de constitución de estado que tenga como objeto verificar la existencia de nexo genético con el demandado*. De lo contrario, y como ya expuse anteriormente, el interés del accionante se agota en el emplazamiento, es decir, en la “filiación presuntiva”, para lo cual es suficiente acudir a la prueba indiciaria a fin de determinar el título de estado.

Dicha acción declarativa de certeza (art. 322, CPCCN) ha tenido reconocimiento expreso en nuestra jurisprudencia, al predicarse su procedencia a efectos de

<sup>26</sup> Sup. Corte Bs. As., 7/7/1998, JA 1998-IV-450.

<sup>27</sup> LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo, “La filiación presuntiva y la filiación verdadera: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas”, RDF, nro. 36, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2007, p. 111.

que las partes se sometan a la realización de la prueba biológica para dilucidar la incertidumbre del vínculo<sup>28</sup>.

Ante la negativa del presunto progenitor a la producción de la prueba, Pellegrini ha hecho un interesante aporte al sostener que es intrascendente recurrir a la ficción de considerar esta actitud como un indicio contrario a la posición del renuente, pues justamente aquello que se persigue es la realidad biológica y no un emplazamiento filiatorio. Es así que, ante la negativa, irremediablemente debería recurrirse —aun compulsivamente— a la toma de muestras de material genético, sin desconocer la tensión que esta posición genera entre los intereses en juego<sup>29</sup>.

No se trata de un asunto menor, puesto que como bien lo ha sostenido el Dr. Petracchi en un recordado voto, la verdad en materia de filiación, precisar si alguien es o no el padre del reclamante, “no puede entenderse que sea algo privado del demandado, que quede supeditado a que éste acepte someterse al peritaje o no, la cuestión afecta a un derecho esencial e intransferible del supuesto hijo de conocer su origen biológico, su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única irreplicable (tanto individual como grupal) es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”, concluyendo que “la dignidad de la persona está en juego, porque es la específica ‘verdad personal’, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad”<sup>30</sup>.

## 5. Competencia

El art. 581 determina que “cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor”.

Una de las políticas públicas que debe llevar adelante el Poder Judicial consiste en garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial, otorgando un trato adecuado a sus circunstancias singulares<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> C. Nac. Civ. sala K, 23/9/2003, LL 2004-B-97; Juzg. Fam. Córdoba n. 4, 7/9/2005, RDF 2006-III, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 159; C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 25/8/2011, LLBA 2011-1121.

<sup>29</sup> PELLEGRINI, María Victoria, “Filiación y origen biológico”, ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho de Familia, Colegio de Abogados de Bahía Blanca, 14 al 17/6/2005.

<sup>30</sup> Corte Sup., 13/11/1990, LL 1991-B-473.

<sup>31</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (capítulo I: preliminar, sección 1ª), aprobadas por la Asamblea Plenaria de

Permanentemente existirá la imposibilidad de concretar la vigencia total del principio de igualdad de acceso a la jurisdicción, debido a que siempre unos habitantes quedarán más cerca que otros en relación con el servicio judicial. Lo que sucede es que el respeto del principio de igualdad impone la obligación de establecer criterios para identificar y proteger al justiciable menos favorecido, de manera que las condiciones físicas del acceso se transformen en una aproximación al ideal del principio de igualdad de acceso a la justicia<sup>32</sup>.

En este contexto, y en lo concerniente a los niños o adolescentes, el precepto sigue la corriente jurisprudencial que considera que la operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño permite apartarse de las reglas generales de competencia (art. 5º, inc. 3º, CPCCN), porque lo contrario implicaría obligar a la persona menor de edad a incurrir en diligencias costosas para reclamar su filiación ante el juez del domicilio del demandado, realidad que no se compadece con la protección primordial de la que es sujeto de acuerdo al citado tratado<sup>33</sup>.

A su vez, la asignación competencial que realiza el Proyecto trasciende como un verdadero ajuste de procedimiento para facilitar la participación procesal de las personas con capacidad restringida, de acuerdo con lo establecido por el art. 13, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### III. ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN

En el capítulo 7, título V, libro segundo (arts. 582 a 587), el Proyecto regula las acciones de reclamación de la filiación, es decir, aquellas que tienen por objeto la constitución del estado de hijo, sea matrimonial o extramatrimonial.

#### 1. Acción de reclamación de la filiación matrimonial

##### *a) Procedencia*

La acción puede ser ejercida cuando el hijo: a) no ha sido inscripto en el Registro Civil; b) está inscripto en el Registro Civil sin mención de los progenitores; c) aparece inscripto como hijo extramatrimonial de otras personas, debiendo en este supuesto deducirse previa o simultáneamente la pretensión de impugnación

---

la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada los días 4, 5 y 6/3/2008 en la ciudad de Brasilia, a las cuales adhirieron la Corte Suprema de Justicia de la Nación (mediante acordada 5/2009) y los superiores tribunales de varias provincias.

<sup>32</sup> VRSALOVIC MIHOEVIC, Juan, "Una metodología para la distribución espacial de los tribunales", Proyecto de capacitación, formación, perfeccionamiento y política judicial. Administración de tribunales, t. II, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1991, p. 167, cit. por BONILLA LÓPEZ, Miguel, "Tribunales, territorio y acceso a la justicia", en VALADÉZ, Diego - GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coord.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, UNAM, México, 2001, p. 270.

<sup>33</sup> C. Nac. Civ., sala F, 2/12/1996, LL 1998-D-887; C. Civ. y Com. Dolores, 19/10/1999, Juba sum. B950488; Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civil y Penal, 6/4/2004, LL Online AR/JUR/1809/2004.



de esa filiación extramatrimonial (art. 593) y d) está inscripto como hijo matrimonial de otras personas, en cuyo caso tendrá que entablarse previa o simultáneamente la acción de impugnación de la maternidad que, al prosperar, extingue además la filiación presumida del o la cónyuge de quien aparece anotada como madre (arts. 566 y 588)<sup>34</sup>.

Si existe emplazamiento de la madre casada y el hijo no tiene determinada la filiación del o la cónyuge de aquélla, o bien está inscripto como hijo de un tercero como consecuencia del reconocimiento, no es necesario interponer la acción de reclamación de la filiación matrimonial, bastando al efecto la rectificación de la inscripción registral prevista por el art. 84, ley 26.413, para que opere de pleno derecho la filiación presumida por el art. 566<sup>35</sup>. Como expuse anteriormente, la atribución de la filiación entre el hijo y el o la cónyuge de la madre queda determinada por la ley y no es un acto ni una consecuencia que pertenezca a la autonomía de la voluntad de las personas, de modo que si la progenitora invocó el carácter de soltera al inscribirlo, o el hijo fue reconocido por un tercero, igual seguirá vigente la presunción de filiación.

#### b) *Legitimación activa*

El hijo tiene conferida la acción en todo tiempo (art. 582, párrs. 1° y 4°). Si es menor de edad deberá ser representado por el progenitor con el que tuviere determinada la filiación, o por el tutor, si no ha sido inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, o en el caso de que estuviere anotado, no conste el nombre de ninguno de sus progenitores.

Además, podrá ser representado directamente por el Ministerio Público cuando no se ha discernido su tutela, a causa de que carece de representante legal y es necesario proveerlo (art. 103, inc. b, apartado iii). Ello no obsta a que, en virtud del principio de capacidad progresiva, el hijo que posea cierto nivel de madurez deduzca la acción con asistencia letrada, por cuanto el art. 26, párr. 2°, admite que la persona menor de edad “que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”, y la participación procesal con el patrocinio de un abogado del niño es un acto expresamente autorizado por el art. 27, ley 26.061.

Si el hijo es mayor de edad, pero se declaró su incapacidad, la acción ha de ser instada por su curador, quien respetará las preferencias de aquél. En cambio, cuando la capacidad le fue restringida para ciertos actos y funciones que no pue-

<sup>34</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 366. Conf. AZPIRI, Jorge O., *Juicios de filiación...*, cit., ps. 187/188; GROSMAN, Cecilia P, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. I-B, 1ª ed., 3ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 383; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., p. 332; KRASNOW, Adriana, *La filiación*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 62.

<sup>35</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 367. Conf. PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 1325; C. Nac. Civ., sala I, 15/9/1994, ED 160-374; Sup. Corte Bs. As., 16/3/1999, LLBA 1999-558; Corte Sup., 7/12/2001, JA 2002-II-515.

de realizar por sí mismo, incluyendo la promoción de acciones de estado, deberá diferenciarse si la sentencia le designó un representante (en tal circunstancia, será entablada por éste) o adoptó un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad (arts. 32, 38 y 43).

Con respecto a los herederos, están legitimados para continuar la acción interpuesta por el hijo o iniciarla si éste hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, la acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos (art. 582, párr. 4º).

Pese a que no están mencionados en la norma, los padres también tienen legitimación activa, en función del interés que cabe reconocerles al ubicarse en uno de los polos del vínculo de filiación<sup>36</sup>.

Por otro lado, existe un supuesto excepcionalísimo de legitimación, cuando la reclamación de la filiación es cuestión prejudicial en la resolución de la acción de nulidad de matrimonio fundada en el impedimento de parentesco, ante la falta de emplazamiento previo de los cónyuges como parientes. Al no haber título de estado que permita su comprobación, quedan habilitados para promover la acción de reclamación de la filiación todas las personas legitimadas para demandar la nulidad del matrimonio (arts. 411 y 424)<sup>37</sup>.

### c) Legitimación pasiva

La acción del hijo se dirigirá contra ambos progenitores o sus herederos, quienes conforman un litisconsorcio pasivo necesario. Cuando la acción la entabla uno de los progenitores, se interpondrá contra el hijo y el restante progenitor.

El o la cónyuge de la madre podrá reconvenir impugnando la filiación presumida por el art. 566, integrándose la litis con el hijo y su progenitora.

El allanamiento de los progenitores es suficiente para que prospere la demanda, pero no así el de los herederos, dado que no están habilitados para reconocer al hijo de los progenitores fallecidos por tratarse de un acto personalísimo, y máxime ante la inherencia personal que caracteriza el estado de familia<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Conf. GROSAN, Cecilia P, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil...*, cit., t. I-B, p. 385; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., p. 344; KRASNOW, Adriana, *La filiación*, cit., ps. 63/64; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 1367; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. II, ps. 381/382.

<sup>37</sup> Conf. AZPIRI, Jorge O., *Derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 107; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa - FERRER, Francisco - D'ANTONIO, Daniel, *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 478; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 581; SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de derecho...*, cit., t. II, p. 336; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 351.

<sup>38</sup> C. Nac. Civ., sala A, 16/4/1996, ED 170-290. Conf. PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. II, ps. 1370/1371.

#### *d) Prueba*

En el proceso de reclamación de la filiación matrimonial deberá comprobarse la maternidad, el matrimonio de los progenitores y que el hijo nació dentro del plazo en que opera la presunción de filiación del o la cónyuge de la madre (art. 566)<sup>39</sup>.

#### *e) Sentencia*

La sentencia que estima la demanda constituye el título de estado de la filiación matrimonial y tiene efecto declarativo. Si se hace lugar a la reconvencción de impugnación de la filiación presumida por la ley, deducida por el o la cónyuge de la madre, sólo quedará determinada la filiación materna extramatrimonial.

## **2. Acción de reclamación de la filiación extramatrimonial**

#### *a) Procedencia*

Se otorga la acción al hijo cuando: a) la maternidad no fue determinada en la forma prevista por el art. 565, o no ha sido reconocido por la mujer que es su progenitora; y b) no hubo reconocimiento del progenitor<sup>40</sup>.

#### *b) Legitimación activa*

Con respecto a la legitimación del hijo y sus herederos, reenvío a lo explicado en el punto III,1, b), debiendo aclararse que los progenitores no tienen la acción en razón de que es suficiente el reconocimiento para que se constituya el título de estado<sup>41</sup>.

#### *c) Legitimación pasiva*

La acción puede ser dirigida contra el padre o la madre y, en caso de fallecimiento, contra los herederos. Cuando se reclama la filiación extramatrimonial con respecto a una mujer casada, deberá previa o simultáneamente impugnarse la filiación presumida por la ley de su cónyuge o acreditar que el nacimiento tuvo lugar una vez vencido el plazo de dicha presunción (art. 566).

Sobre el allanamiento de los progenitores y de los herederos remito a lo expuesto en el punto III, 1, c).

<sup>39</sup> GROSAN, Cecilia P., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil...*, cit., t. I-B, p. 387.

<sup>40</sup> Conf. AZPIRI, Jorge O., *Juicios de filiación...*, cit., p. 195; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., p. 357; KRASNOW, Adriana, *La filiación*, cit., p. 65.

<sup>41</sup> GROSAN, Cecilia P., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil...*, cit., t. I-B, p. 388.

#### d) Prueba

Cuando se pretende la maternidad extramatrimonial deberá comprobarse el parto de la mujer y la identidad del nacido. Si se reclama la paternidad extramatrimonial, tiene que acreditarse la maternidad y que el demandado ha mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, sin perjuicio de probarse el vínculo mediante la realización de la prueba genética<sup>42</sup>.

La posesión de estado tiene el mismo valor que el reconocimiento, mientras que la convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, salvo prueba en contrario (arts. 584 y 585).

#### e) Actuación del Registro Civil y del Ministerio Público.

*La obstrucción materna en la determinación de la filiación paterna: ¿es posible decretar el arresto de la madre que se niega a brindar los datos del presunto padre?*

Ante la inscripción del niño con filiación materna solamente, el art. 583 prescribe que el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover la acción judicial. En caso negativo, este organismo deberá instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La norma establece también que la declaración sobre la identidad del progenitor debe realizarse bajo juramento, haciéndose conocer previamente a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

Si la progenitora no suministra la información indispensable, el Ministerio Público —o el hijo, a su turno— acudirá al trámite de las diligencias preliminares (art. 323, CPCCN), que procuran, a quien será parte del proceso, hechos o información que no podría obtener sin la actuación judicial, permitiendo que se deduzca la demanda con la mayor precisión posible en cuanto a la individualización del demandado<sup>43</sup>.

Persistiendo la reticencia de la madre a proporcionar los datos sobre la identidad del hipotético progenitor, no obstante habersele impuesto ese deber jurídico, corresponde la aplicación de astreintes u otras medidas conminatorias para vencer esa inconducta (arts. 37 y 329, CPCCN). Además, al impedirse integrar la relación jurídica procesal por falta de individualización del demandado, queda configurado un supuesto de *obstrucción del curso de la justicia* que autoriza al juez a imponer la *sanción de arresto*, prevista por el art. 18, decreto-ley 1285/1958, en el ámbito nacional, y por las normas locales de organización del Poder Judicial en las distintas provincias.

<sup>42</sup> AZPIRI, Jorge O., *Juicios de filiación...*, cit., p. 199.

<sup>43</sup> C. Civ. y Com. San Martín, sala 2ª, 27/11/2003, Juba sum. B2002770; C. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 3ª, 16/2/2010, Juba sum. B1408320.

Así, se ha afirmado que el arresto es procedente para efectivizar una actividad procesal determinada<sup>44</sup>, pudiendo servir, por ejemplo, para vencer el incumplimiento del médico o persona representante de una clínica que se niega a acatar la orden de entregar una historia clínica<sup>45</sup>, e incluso para sancionar la inobservancia de una medida cautelar decretada en el proceso de protección contra la violencia familiar<sup>46</sup>.

No desconozco la importancia del trabajo interdisciplinario previo que deben llevar a cabo operadores especialmente capacitados para que la madre tome cabal conciencia de la vulneración de los derechos de su hijo y aporte, en definitiva, los datos del padre.

Pero cuando fracasa esa intervención, el arresto por obstrucción del curso de la justicia será por lo general la única alternativa frente al menosprecio a la autoridad del juez y a la violación del derecho a la identidad del hijo (y de su propio padre, cuando éste ignora su paternidad), que significa el incumplimiento de aquella prestación infungible de hacer, siendo de empleo frecuente en el derecho anglosajón a través del instituto del *contempt of court*, que habilita al magistrado civil a imponer prisión a quien incurra en desobediencia a un mandato judicial dictado por él.

Nadie debe alarmarse, ni menos sostener que estamos en presencia de una medida autoritaria, desorbitada o ilegítima. Lejos de ello, es la propia ley la que prevé la sanción de arresto ante la obstrucción, fortaleciendo aunque más no sea en una mínima porción a las ya de por sí devaluadas potestades ejecutorias que tiene el juez de familia en estas latitudes.

Es eso o la resignación definitiva de que en muchas ocasiones la determinación de la paternidad se transformará en una experiencia kafkiana para el hijo o el Ministerio Público cuando se pretenda que la progenitora cumpla con la decisión judicial.

Tristes páginas registra la historia de algunos tribunales de nuestro país por no garantizar la atribución de la paternidad extramatrimonial ante el consentimiento de la madre para dar en adopción a su hijo, vulnerando para siempre el derecho del niño a permanecer con su familia de origen<sup>47</sup> o, por lo menos, a que el desprendimiento sea decidido por ambos progenitores.

<sup>44</sup> Conf. FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 149.

<sup>45</sup> LÓPEZ MIRÓ, Horacio, “¿Qué hacer ante la negativa del médico a entregar la historia clínica?”, DJ del 20/12/2006.

<sup>46</sup> De acuerdo con una crónica periodística, un juez de la localidad de Rincón de los Sauces sancionó con cinco días de arresto al incumplidor de una orden de prohibición de acercamiento, dictada en una causa de violencia familiar, con fundamento en el art. 24, Ley Orgánica del Poder Judicial del Neuquén 1436, similar al art. 18, decreto-ley 1285/1958 ([www.lmneuquen.com.ar/noticias/2009/6/15/30865.php](http://www.lmneuquen.com.ar/noticias/2009/6/15/30865.php) [30/9/2012]).

<sup>47</sup> Ver la plataforma fáctica del caso “V., F. M. s/adopción simple”, resuelto el 14/9/2005 de manera impecable por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (RDF 2006-II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 99), así como también el reciente precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Fornerón e hija v. Argentina”, sentencia del 27/4/2012.

Y no se diga que está la posibilidad de denunciar a la progenitora por la comisión del delito de desobediencia, pues como lo describe Peyrano con sólido apego a la realidad, existe una habitual parsimonia de los órganos judiciales del fuero penal en investigar y reprimir las desobediencias registradas en materia civil<sup>48</sup>.

De lo contrario, la madre no se verá compelida a cumplir con la resolución judicial, reduciéndola a una simple declaración de intención sin alcance práctico ni efectividad alguna, infringiéndose así el derecho a la tutela judicial continua y efectiva. Cabe recordar que el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a su ejecución, cuando ello sea legalmente exigible. Por lo tanto, el contenido principal del derecho consiste en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros<sup>49</sup>.

Esa sanción contravencional no debe imponerse automáticamente cuando se constata el incumplimiento de la resolución. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>50</sup>, la Corte Suprema dictó la acordada 26/2008, por la que encomendó a la Cámara Nacional de Casación Penal y a las cámaras nacionales y federales la adopción de las “previsiones reglamentarias necesarias a fin de poder ejercer las facultades disciplinarias que la ley confiere a los tribunales, en armonía con el respeto al debido proceso adjetivo”, en cumplimiento de las garantías reconocidas en el art. 8º, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conforme ello, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, mediante la acordada 1082 del 10/3/2009, modificó el art. 273 de su Reglamento, disponiendo que “...el juez o tribunal interviniente, previo a decidir oficiosamente sobre su imposición [alude a las sanciones del art. 18, decreto-ley 1285/1958] deberá notificar por Secretaría al causante para que en un plazo perentorio formule el descargo pertinente...”.

Firme la sanción de arresto, como tiene carácter autónomo, es innecesario que el juez establezca su equivalencia en dinero a fin de que se la evite mediante el pago de una multa<sup>51</sup>.

#### *f) Alimentos provisorios contra el presunto progenitor y obligación subsidiaria de los supuestos abuelos*

Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio pueden fijarse alimentos provisorios contra el presunto progenitor (art. 586).

Aunque el derecho a reclamar alimentos se apoya en el emplazamiento en el estado de hijo, dado el carácter impostergable de las necesidades que cubre la prestación alimentaria, corresponde el establecimiento de una cuota provisoria si

<sup>48</sup> PEYRANO, Jorge, “Medida conminatoria”, LL 1989-E-1043.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional de España, 10/2/1997, sentencia 18/1997, LL Online AR/JUR/5960/1997.

<sup>50</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 83/2009, caso 11.732, “Horacio Aníbal Schillizi Moreno v. Argentina”, decisión del 6/8/2009.

<sup>51</sup> Conf. PALACIO, Lino E., *Derecho procesal...*, cit., t. II, p. 197.

el vínculo de filiación invocado es verosímil<sup>52</sup>. Este anticipo jurisdiccional procederá cuando exista la prueba genética que confirma la paternidad, confesión expresa o ficta del demandado e incertidumbre de éste al no negar la paternidad, y en todos aquellos supuestos en que se compruebe por cualquier medio probatorio la existencia de relaciones íntimas entre la madre del actor y el demandado durante el período de la concepción o, incluso, la posesión de estado paterno-filial<sup>53</sup>.

La norma proyectada no lo menciona, pero a mi entender no existe impedimento alguno para fijar la cuota provisoria a cargo de los supuestos abuelos paternos, siempre que 1. el vínculo de filiación entre el actor y el demandado sea verosímil; 2. se acredite el emplazamiento entre el accionado y sus progenitores y 3. quede comprobado sumariamente que el demandado no cuenta con los recursos o medios suficientes para cumplir con la prestación alimentaria provisoria.

### *g) Sentencia*

La sentencia que hace lugar a la demanda constituye el título de estado de la filiación extramatrimonial y tiene efecto declarativo. Asimismo, corresponde que en esa misma resolución se fije un plazo para que el hijo promueva el juicio de alimentos, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de decretar la caducidad de la cuota provisoria.

## IV. ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

En el capítulo 8, título V, libro segundo (arts. 588 a 593), el Proyecto establece las acciones de impugnación de la filiación, cuales son, las que tienen por objeto la extinción del vínculo filial, sea matrimonial o extramatrimonial.

### 1. Acción de impugnación de la maternidad

#### *a) Procedencia*

Determinada legalmente la maternidad con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, podrá impugnarse el emplazamiento resultante por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo (art. 588, párr. 1°), que comprende los casos de suposición de parto, sustitución del hijo e incertidumbre acerca de su identidad.

#### *b) Legitimación activa*

La acción puede ser deducida por el hijo, la madre, el o la cónyuge y por todo tercero que invoque un interés legítimo (art. 588, párr. 1°, última parte).

<sup>52</sup> C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 12/11/1996, Juba sum. B100981; C. Nac. Civ., sala K, 3/2/2003, LL 2003-D-226.

<sup>53</sup> Conf. BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 203; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., ps. 239/242.

Si el hijo es menor de edad, se le nombrará un tutor especial para que lo represente o intervendrá por su propio derecho con asistencia letrada si contara con la edad y madurez suficiente.

A pesar de que el precepto proyectado no introduce limitación alguna es evidente que carece de legitimación quien tuvo participación en la suposición del parto o sustitución del hijo<sup>54</sup>. En un fallo se resolvió que no pueden impugnar la maternidad los padres aparentes que, conociendo el estado de las cosas, inscribieron como propio el hijo o le dispensaron el trato de tal, señalando que “si se lo enfoca desde la perspectiva de quienes incurrieron en suposición de estado civil que ellos coadyuvaron a crear implicaría tanto como conferir juridicidad a su propia torpeza. Pero aunque no se otorgue al acto el carácter de torpe, estaría en juego, siempre, la prohibición de venir contra los propios actos”<sup>55</sup>.

Con respecto a la acción de los terceros, deberán demostrar que tienen un interés actual y directo, sea moral o patrimonial.

El hijo tiene la acción en cualquier tiempo, pero para los restantes legitimados caduca al transcurrir un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo (art. 588, párr. 2°).

### *c) Legitimación pasiva*

Cuando la acción es promovida por el hijo, se dirigirá contra la madre y, si se trata de una maternidad matrimonial, también contra su cónyuge. Si es ejercida por el o la cónyuge, contra el hijo y la madre; si es iniciada por la madre, contra el hijo y, eventualmente, contra su cónyuge; y si demanda un tercero, contra el hijo, la madre y, en su caso, contra el o la cónyuge. El hijo menor de edad deberá ser representado por un tutor especial o actuará con patrocinio letrado conforme lo considerado en el punto III, 1, b).

### *d) Prueba*

La prueba genética será determinante para demostrar la falta de vínculo entre la madre y el hijo, pero si no pudo ser producida, cuando se alega la suposición de parto deberá acreditarse que la mujer no ha dado luz en época cercana al nacimiento del niño inscripto como suyo. En cambio, si la acción se funda en la sustitución del hijo o incertidumbre acerca de su identidad, habrán de demostrarse las circunstancias en que se produjo el cambio de niños<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Conf. AZPIRI, Jorge O., *Juicios de filiación...*, cit., p. 270; GROSMAN, Cecilia P, en BUES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil...*, cit., t. I-B, p. 436; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., p. 539; KRASNOW, Adriana, *La filiación*, cit., p. 89; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 1446; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. II, ps. 381/382.

<sup>55</sup> C. Nac. Civ., sala A, 14/3/1986, LL 1986-C-163.

<sup>56</sup> AZPIRI, Jorge O., *Juicios de filiación...*, cit., p. 271; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., ps. 544/545.



### e) *Sentencia*

Prosperando la demanda, el hijo quedará sin filiación materna y si la madre hubiera estado casada, tampoco tendrá filiación paterna, excepto que se hubiera comprobado durante la sustanciación de la causa el vínculo genético con el cónyuge, en cuyo supuesto se mantendrá la paternidad extramatrimonial.

## 2. Acción de impugnación de la filiación presumida por la ley

### a) *Procedencia*

La acción persigue desvirtuar la determinación legal del vínculo filial establecida por el art. 566 entre el hijo y el o la cónyuge de su madre, a través de la prueba de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño (art. 589).

### b) *Legitimación activa*

Están habilitados para interponer la demanda el o la cónyuge de quien dio a luz, el hijo, la madre y cualquier tercero que invoque un interés legítimo (art. 590, párr. 1°).

A diferencia del actual art. 259, CCiv., que únicamente concede la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al marido, a sus herederos y al hijo, el artículo proyectado abre sin cortapisas la legitimación de la madre, armonizando con el principio de no discriminación entre hombres y mujeres contenido en el art. 16, inc. d), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que reconoce “los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos”. Por lo demás, bien se ha explicado en un voto en disidencia de la Corte Suprema que “el interés que justifica la acción de la madre para destruir el vínculo con quien, considera, no es el verdadero padre y poder así establecer el vínculo con el padre biológico, se funda en la trascendental incidencia que ello tendrá en el contenido existencial de su vínculo con su hijo, en los múltiples y variados aspectos de la vida del hijo en los que se interrelacionan la voluntad de los actos de ambos progenitores. Pretender escindir los dos vínculos de filiación, como si se tratara de entidades ajenas, desprovistas de interdependencia, para así negar interés legitimante a la madre actora, significa desconocer el aspecto básico, el más elemental, de la vida de familia”<sup>57</sup>.

Dentro de la categoría de terceros con interés legítimo (que debe ser actual y directo, moral o patrimonial) a quienes se otorga la acción, queda comprendido el padre biológico, en función de su derecho a la identidad y al emplazamiento que le corresponde de acuerdo con su realidad genética.

<sup>57</sup> Corte Sup., 1/11/1999, LL 1999-F-671 (del voto de los Dres. Bossert y Petracchi).

Asimismo, la norma determina que el hijo tiene conferida la acción en cualquier tiempo. Tratándose de un menor de edad, contará con la representación de un tutor especial o actuará por su propio derecho con el patrocinio de un abogado del niño si tuviere la edad y madurez suficiente.

Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume (art. 590, párr. 2°).

A su vez, ante el fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el mismo término de caducidad. En este supuesto, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado (art. 590, párr. 3°). Azpiri observa que no es apropiada la redacción cuando concede a los herederos “del legitimado activo” la posibilidad de demandar antes del cumplimiento del plazo de caducidad, ya que la acción del hijo no caduca y no resulta claro si se le otorga a sus herederos la acción y, en su caso, dentro de qué plazo, concluyendo que éstos también deberían tener la legitimación activa y fijarse, si se mantiene la caducidad, un plazo para que se presente la demanda luego del fallecimiento del hijo<sup>58</sup>.

### *c) Legitimación pasiva*

Si la acción es promovida por el hijo, se dirigirá contra la madre y su cónyuge. Si es deducida por el o la cónyuge, contra el hijo y la madre; si es entablada por la madre, contra el hijo y su cónyuge, y si demanda un tercero, contra el hijo, la madre y su cónyuge. El hijo menor de edad deberá ser representado por un tutor especial o intervendrá con patrocinio letrado según lo expresado en el punto III, 1, b).

### *d) Prueba*

Se requiere la comprobación de las circunstancias reveladoras de la falta de relaciones sexuales entre los cónyuges de distinto sexo durante el período de concepción —v.gr. distancia, enfermedad, separación de hecho—, siendo fundamental la prueba genética. La admisión de los hechos por parte de la madre no es suficiente para que prospere la demanda, debiendo valorársela en conjunto con el resto de las pruebas producidas<sup>59</sup>.

En el caso del hijo nacido en el seno de un matrimonio del mismo sexo, bastará la alegación de que fue procreado naturalmente por la madre y un hombre, pudiendo oponerse como hecho impeditivo a la pretensión de impugnación que aquél nació por las técnicas de reproducción humana asistida, con el consentimiento de la cónyuge de la progenitora en los términos del art. 561 del Proyecto.

<sup>58</sup> AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, DFyP, julio 2012, p. 115.

<sup>59</sup> GROSMAN, Cecilia P., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil...*, cit., t. I-B, p. 414.

### e) *Sentencia*

Admitida la demanda, el hijo sólo tendrá determinada la filiación materna extramatrimonial, ante lo cual es procedente el reconocimiento del progenitor biológico o la promoción contra éste de la pretensión de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial.

Cuando el juicio fue iniciado por uno de los legitimados activos y se rechazó la demanda, los restantes habilitados para actuar podrán hacerlo mientras la acción no haya caducado. De ese modo se impide que algunos de los interesados maniobren en el proceso para concertar un estado de familia que no responde a la realidad<sup>60</sup>.

## 3. Acción de negación de la filiación presumida por la ley

### a) *Procedencia*

En línea similar al art. 260, CCiv., el Proyecto prevé en su art. 591 la acción de negación de la filiación presumida por la ley, disponiendo que “el o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio”. A través de esta pretensión, la determinación de la filiación establecida por el art. 566 pierde virtualidad por la sola voluntad del o la cónyuge, siempre que demuestre, con el cotejo de los instrumentos públicos correspondientes, que el hijo ha sido concebido con antelación a la celebración del matrimonio.

### b) *Legitimación activa y pasiva*

La acción se promueve contra la madre y el hijo, quien en caso de ser menor de edad deberá ser representado por un tutor especial o asistido por un abogado si tuviere la edad y el grado de madurez suficientes. Los demandados tienen la opción de oponer como hecho impeditivo el conocimiento del o la cónyuge del embarazo al tiempo de la celebración del matrimonio, la posesión de estado (art. 591, párr. 2°) e inclusive la paternidad del marido por todos los medios probatorios, cobrando especial relevancia la prueba genética.

Caduca la acción si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

### c) *Sentencia*

Si la demanda prospera, el hijo sólo tendrá determinada la filiación materna extramatrimonial, ante lo cual es procedente el reconocimiento del progenitor biológico o la promoción contra éste de la pretensión de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial. El rechazo de la acción no impide el ejercicio ulterior de

<sup>60</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 454.

la demanda de impugnación de la filiación presumida por la ley (art. 591, párr. 2º, última parte), excepto que se haya acreditado en la causa la existencia del nexo biológico, dado que la sentencia hace cosa juzgada sobre la paternidad del actor para todos los que intervinieron en el juicio de negación.

#### 4. Acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley

Por su lado, el art. 592 conserva la acción de impugnación preventiva contenida en el art. 258, CCiv., al establecer que “aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida”.

El objeto de la acción es impedir que en el futuro se constituya la filiación presumida por el art. 566, sin perjuicio de que la sentencia que rechaza la demanda no hace cosa juzgada en el proceso de impugnación posterior<sup>61</sup>. La acción del o la cónyuge se entabla contra la madre y el hijo por nacer. Cuando la promueve la madre, contra el hijo por nacer y su cónyuge, y si demanda un tercero, contra el hijo por nacer, la madre y su cónyuge. En cualquier circunstancia, el hijo por nacer deberá ser representado por un tutor especial.

#### 5. Acción de impugnación del reconocimiento

##### a) *Procedencia*

La acción tiene por objeto la extinción del vínculo filial ante la falta de nexo genético entre el reconociente y el reconocido.

##### b) *Legitimación activa*

Por imperio del art. 593, el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo (actual y directo, moral o patrimonial).

El hijo está habilitado para impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Si la pretensión es entablada por el hijo menor de edad, actuará por intermedio de su representante legal, y si éste fuese el demandado, deberá designarse un tutor especial, aunque podrá participar directamente con un letrado patrocinante si alcanzara la edad y el grado de madurez suficientes.

Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro del plazo de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

<sup>61</sup> AZPIRI, Jorge O., *Juicios de filiación...*, cit., ps. 251/252; FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., ps. 521 y 525.

No se incluye el propio reconociente entre los legitimados, en virtud del carácter irrevocable del reconocimiento (art. 573). Sin embargo, conserva la acción de nulidad para atacar la validez sustancial de ese acto si padeció un vicio de error, dolo o violencia.

De todas maneras, considero que en aquellos casos en que el hijo sea un niño o adolescente, la demanda de impugnación interpuesta por el reconociente no debe ser rechazada *in limine*, ya que el primero tal vez se allane al comprender que la extinción del estado atañe a su propio interés ante la falta de concordancia con la realidad biológica. Con este criterio, Famá ha expresado que “frente a una demanda de impugnación del reconocimiento, el magistrado deberá valorar el verdadero interés del niño en mantener un vínculo filial que no resulta acorde a su realidad, teniendo en cuenta también las intenciones del reconociente que pretende desplazar tal vínculo”<sup>62</sup>.

### c) Legitimación pasiva

Si la acción es intentada por el hijo, se dirigirá contra el reconociente o sus herederos. Cuando es incoada por un tercero interesado, se deducirá contra el reconociente y el hijo. Siendo éste menor de edad, será representado por el otro progenitor (siempre que no sea el demandante) o, en su defecto, por un tutor especial. En cualquier caso, actuará por su propio derecho con el patrocinio de un abogado del niño si tuviere la edad y el grado de madurez suficientes.

### d) Prueba

Se requiere la comprobación a través de la prueba genética de la inexistencia de vínculo biológico entre el hijo y quien aparece inscripto como su padre o madre a raíz del reconocimiento. También es conducente la acreditación de la impotencia o esterilidad del o la reconociente y la falta de relaciones sexuales durante el período de la concepción entre la madre del hijo y el hombre que lo reconoció.

### e) Sentencia

Cuando prospera la demanda, el hijo queda desplazado del vínculo materno o paterno, según quién fuera el autor del reconocimiento. Si es desestimada, el título de estado seguirá produciendo efectos *erga omnes*, aunque otros interesados podrán intentar la acción habida cuenta de que la sentencia alcanza únicamente a las partes<sup>63</sup>.

## V. PALABRAS FINALES

La sanción del Proyecto de Código Civil y Comercial modificará sustancialmente el derecho de familia y, en particular, el régimen jurídico de la filiación. Se trata de un nuevo punto de partida, sustentado en el conjunto de normas, principios y

<sup>62</sup> FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., p. 563.

<sup>63</sup> FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit., ps. 565/566.

valores que emanan del bloque de constitucionalidad federal, y desprovisto de las creencias, naturalizaciones, mitos y prejuicios que tanta influencia negativa han tenido en la regulación de la filiación hasta épocas recientes. Será tarea de todos los operadores jurídicos preservar ese norte a partir del respeto de los derechos fundamentales en juego y hacer frente a las lógicas expectativas e incertidumbres que acarrearán la aplicación del nuevo marco filiatorio.



## COMENTARIOS A LA NORMATIVA SOBRE TÉCNICAS EN REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por SEBASTIÁN I. FORTUNA \*

### I. INTRODUCCIÓN

El 23/2/2011 el Poder Ejecutivo de la Nación, mediante decreto 191/2011, creó la comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Anteproyecto de reforma). La aludida comisión, conformada por los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti, ha remitido al Poder Ejecutivo, en el mes de marzo del corriente, el Anteproyecto encargado, el que, actualmente, se encuentra en discusión en diversas comisiones del Congreso nacional.

En esta oportunidad me propongo estudiar una de las cuestiones que mayores discusiones ha traído, tanto en los circuitos jurídicos como también en la opinión pública. Me refiero a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, incluido el instituto de gestación por sustitución proyectado en aquel cuerpo normativo.

El articulado proyectado al que haré referencia resulta, a mi entender, más que oportuno a los tiempos que corren; su aprobación, entonces, es auspiciosa.

Las normas proyectadas vienen a llenar un vacío existente en la legislación argentina desde hace décadas, que quiere regulación jurídica en orden a establecer los derechos de las personas involucradas; lo que no es menor, ya que, como se evidencia, no hablamos de cualquier norma, sino de aquella que define la vida de las personas, su identidad y su familia.

Las prácticas médicas que permiten la reproducción humana asistida son parte de la realidad diaria de muchos individuos; sin duda han transformado los presupuestos básicos en los que entendíamos construida la filiación y se consti-

\* Abogado, UBA. Docente en la materia Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA. Maestrando en la maestría de Derecho de Familia Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, UBA.



tuyeron como una herramienta para que muchas personas pudiesen hacer posible la posibilidad de dar amor a un hijo y formar una familia.

En ese marco, la opción será afrontar la realidad y darle una estructura normativa que aclare sus efectos, mantener el vacío legal existente y la desprotección jurídica absoluta de los derechos juego o, como muchos juristas han reclamado, restringir las prácticas a un modelo de familia único que autoritariamente se pretende imponer.

El hecho de que la realidad, y la forma en que aquélla impacta en la vida de los hombres y las mujeres, haya superado el derecho, hace que éste se vuelva inútil para las nuevas necesidades humanas.

Entonces, salvo que optemos por el establecimiento de políticas represivas que coarten las nuevas formas de vida, su desarrollo y evolución<sup>1</sup>, los operadores del derecho —*que respiremos los aires de la libertad, la democracia y el pluralismo*— estamos obligados a crear las bases para dar respuesta y marco jurídico a aquellas nuevas formas de vida que están amparadas por los derechos sobre los que se sostienen los pueblos civilizados.

Asumiendo aquella postura ideológica es que considero adecuada la regulación que me propongo comentar.

Por razones de orden metodológico analizaré, en primer lugar, cuál ha sido la evolución legislativa que hoy ha propiciado a poner en una ineludible evidencia la necesidad de regular estas prácticas. Se abordarán los presupuestos que en el régimen filiatorio ha delineado la ley 23.264 y cómo aquélla ha venido a ser indirectamente reformada en sus cimientos básicos por la Ley de Matrimonio Civil 26.618. Luego de ello se observarán cuáles son los artículos que regulan las técnicas de reproducción humana asistida; para, más tarde, justificar desde la teoría constitucional y de los derechos humanos la regulación prevista en el Anteproyecto de reforma. Por último, en el marco de un apartado diferente se abordará la cuestión de la gestación por sustitución. En primer lugar, me propongo analizar la figura desde la esfera conceptual; luego, sucintamente, se observará cómo es abordada por diferentes legislaciones y resueltas aquellas problemáticas por tribunales extranjeros. Finalmente, se analizará la norma proyectada que regula la gestación por sustitución y su correspondencia con los principios constitucionales que se analizarán a lo largo del presente trabajo.

## II. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. DEVENIR Y PROCESO TRANSFORMATIVO (UNA RESUMIDA MIRADA QUE VA DESDE LA LEY 23.264 A LA ACTUALIDAD)

Desde una observación integral del régimen filiatorio que regula el Código Civil vigente, María Victoria Famá señala que el régimen de la filiación se estructura sobre un basamento de principios jurídicos constitucionales que dan contenido a la normativa civil. Según la autora, este basamento se encuentra conformado

<sup>1</sup> Claramente sostenidas en dogmas de todo tipo.

por el derecho a la identidad y a la verdad, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación y el interés superior del/la niño/a<sup>2</sup>.

Aquel basamento, con claro origen constitucional, recibió tratamiento legislativo con la última de las reformas sufridas por el régimen filiatorio en el Código Civil mediante la ley 23.264. La sanción legislativa a la que se alude trajo consigo, por primera vez, una modificación integral del todo el sistema filiatorio, consagrando la igualdad de derechos entre los/as hijos/as matrimoniales y extramatrimoniales. En ese sentido, el art. 240, CCiv., proclama que “la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”. La igualdad proclamada encuentra, a su vez, amparo constitucional no sólo en el marco del principio de igualdad que enuncia el art. 16, CN, sino también la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional a partir de 1994, de acuerdo con el art. 75, inc. 22, CN<sup>3</sup>.

Por su parte, se asumió la necesidad de propender al respeto incondicional de la identidad, entendida como la verdad biológica de los/as niños/as. Así, mientras el art. 7º, inc. 1º, alude al derecho de los/as niños/as a conocer a sus padres, el art. 8º, inc. 1º, impone el compromiso de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas su nacionalidad, nombre y relaciones familiares, y el inc. 2º, a restablecer la identidad de aquellos a quienes se les hubiera sustraído alguno de los elementos que la componen. Se aspira así a la necesidad de propender a la coincidencia entre la realidad biológica y el vínculo jurídico, dándose prioridad al establecimiento de aquellos vínculos independientemente del estatus matrimonial, o no, que gocen los progenitores de aquellos recién nacidos.

En ese marco normativo, la filiación de los hijos se estructura entre aquellas dos que la ley denomina filiación por naturaleza y por adopción; la primera de ellas puede ser matrimonial o extramatrimonial.

En cuanto a la maternidad, siguiendo los antiguos preceptos romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), ésta quedará siempre establecida por el parto, “aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”<sup>4</sup>;

<sup>2</sup> FAMÁ, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, 2ª ed. ampl. y actual., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011; “Padres como los demás. Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario”, RDF, nro. 48, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, ps. 55 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familiar*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 225. En igual sentido, véase también: AZPIRI, Jorge, O., *Juicios de filiación y patria potestad*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 43 y ss.; BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de la filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 20.

<sup>3</sup> El art. 2º, Convención sobre los Derechos del Niño, exige a los Estados parte respetar los derechos proclamados, sin efectuar distinción alguna basada “...en el nacimiento o cualquier otra distinción de hijo”.

<sup>4</sup> Criterio de determinación de la maternidad introducido en el art. 242, CCiv., mediante ley 23.264.

disposición que se aplica a los nacidos independientemente del estado matrimonial en que se encuentra la progenitora.

La paternidad, en cambio, dependerá de la condición de casada de la mujer respecto del hombre que se inscribirá como padre del nacido o bien del reconocimiento que haga el hombre del niño nacido de la mujer con quien no está unido por un vínculo jurídico. Es decir, en líneas generales y conceptualmente, por un lado, el Código establecerá en el art. 243 una presunción de paternidad *iuris tantum* respecto de los/las hijos/as cuyo nacimiento hubiese ocurrido vigente el matrimonio entre la madre y su cónyuge; por otro lado, indicará que aquellos/las hijos/as que nazcan fuera de un matrimonio tendrán por padre a quien efectuar el reconocimiento correspondiente y de acuerdo con las disposiciones de los arts. 247, 248 y concs., CCiv.

La sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario mediante la ley 26.618 y el reconocimiento normativo de las uniones homosexuales como familias “legítimas” han logrado, sin dudas, romper con una desigualdad histórica perpetrada respecto de quienes no encajan en la heterosexualidad normativa<sup>5</sup>, quienes, en términos de Judith Butler<sup>6</sup>, han logrado subvertir aquel orden simbólico en el camino por la búsqueda del reconocimiento.

Este camino, sin duda, tuvo como resultado que por primera vez la normativa civil y, específicamente, aquella que regula las relaciones familiares, reconociera la diferencia sexual y las familias formadas por una unión homosexual, construyendo un marco jurídico para su protección, en pie de igualdad con aquellas históricamente legitimadas.

La importancia de aquel suceso normativo no es menor. La ley 26.618 trajo consigo varios cambios trascendentales: el reconocimiento normativo de un tipo diferente de familia y de aquellos que la integran (y, con ello, la resignificación de la parentalidad) y la jerarquización jurídica de sexualidades y deseos diferentes; colocando bajo la misma luz a aquellos quienes, habiendo sido sumergidos en la oscuridad de cuatro paredes y despreciados por el orden jurídico familiar, sólo se les fue permitido lo que resultara propio al orden privado de los individuos y no alterase, mediante su visibilidad, la normalidad familiar<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Debe entenderse por *heteronormatividad* o *heterosexualidad normativa*, “el principio organizador del orden social y de las relaciones sociales, política, institucional y culturalmente reproducido que hace de la heterosexualidad reproductiva el parámetro desde el cual juzgar la inmensa variedad de prácticas, identidades y relaciones sexuales, afectivas y amorosas existentes”. PECHENY, Mario - DE LA DEHESA, Rafael, “Sexualidades y políticas en América latina. El matrimonio igualitario en contexto”, en ALDAO, Martín - CLÉRICO, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Eudeba, Buenos Aires, 2010, p. 16.

<sup>6</sup> BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, ps. 149 y ss. y 189 y ss.; *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Paidós, Buenos Aires, 2010.

<sup>7</sup> No se quiere decir con esto que las identidades sexuales no se encontraban legalmente reconocidas, lo estuvieron desde que la normativa constitucional reconoce y protege las diferencias de género y sanciona toda discriminación basada en la orientación sexual. Ahora bien, al mismo tiempo que declama aquellos principios exige, mediante las

Como señala Michel Foucault<sup>8</sup>, los sistemas jurídicos vienen a construir o producir aquellos sujetos que más tarde representan en las normas: “Los sujetos regulados por esas estructuras, en virtud de las cuales están ‘sujetos’ a ellas, se constituyen, se definen y reproducen de acuerdo con las imposiciones de dichas estructuras”<sup>9</sup>. Es por medio de aquel proceso de cimentación de la subjetividad jurídica que se delinea la “identidad subjetiva”, hacia dentro y hacia afuera, pero siempre en función y en contra de “otro”, a quien la ley también le asigna una existencia propia y determinada.

Este proceso de recepción normativa del que hablamos supone prácticas que son, si bien legitimadoras de aquella identidad, excluyentes de otras que el discurso legitimante, la norma y, en consecuencia, el Estado, excluyen mediante un discurso político normativo que se reproduce en las esferas de interacción social<sup>10</sup>.

Es entonces que, sobre aquellas estructuras “identitarias” que la norma legitima, se construye una verdad acerca del sexo, se naturaliza su práctica y la forma en que debe ser representado.

Sobre la base de esta construcción teórica, alimentada por un discurso antropológico devenido anacrónico, es que puede explicarse cómo el sistema jurídico, mediante lo que hemos llamado heterosexualidad normativa, ha diseccionado la forma en que debe ser reconocida la sexualidad y cómo se van a establecer los vínculos familiares que entrarán en el marco de la protección del Estado.

Por ello, si partimos del eje que la sexualidad y las relaciones amorosas juegan un papel trascendental en el desarrollo de la subjetividad y de la construcción de la identidad, el desconocimiento público y jurídico de aquéllas y la importancia que aquel reconocimiento tiene en el desarrollo de la subjetividad de quienes pretenden ser reconocidos, conlleva no sólo normativizar un proceso de estigmatización respecto de quienes no responden a los parámetros de la heterosexualidad, sino también una discriminación en razón de la orientación sexual<sup>11</sup>. Es que la

---

normas que específicamente regulan el curso de vida de la persona humana, que aquella sexualidad y las relaciones de afecto que de ella resultan sean ejercidas bajo un manto de privacidad, negando su existencia pública y el desencadenamiento de efectos jurídicos.

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad. La voluntad del saber*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, ps. 161 y ss. Véase al respecto el análisis efectuado por BUTLER, Judith, en *El género en disputa*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 47. Respecto de la forma en que la ley interpela al sujeto y lo constituye, véase también: RUIZ, Alicia E. C., “La ciudadanía como forma de exclusión y censura” y “De las mujeres y el derecho”, *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

<sup>9</sup> BUTLER, Judith, *El género...*, cit., p. 47. En iguales términos la autora señala que “el poder jurídico produce irremediamente lo que afirma sólo representar”.

<sup>10</sup> Véase al respecto: RUIZ, Alicia E. C., “La ciudadanía...”, cit., y “De las mujeres...”, cit.

<sup>11</sup> PECHENY, Mario, “Identidades discretas”, en ARFUCH, Leonor (comp.), *Identidades, sujetos y subjetividades*, Prometeo, Buenos Aires, 2005, ps. 131 y ss. PECHENY, Mario - VUJOSEVICH, Jorge - KORNBLIT, Ana L., “Discriminación basada en la orientación sexual: un problema de derechos humanos”, en *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina. 1996*, CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 323-340. Véase también: FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, “Matrimonio y diversidad

negación de la existencia pública y visible, la opresión entendida como *invisibilización*, se traduce en un “rechazo de la existencia legítima y pública... conocida y reconocida, especialmente por el derecho, y en una estigmatización que sólo aparece tan claramente cuando el movimiento reivindica la visibilidad. Entonces se le recomienda explícitamente la ‘discreción’ o el disimulo que habitualmente se ve obligado a imponerse”<sup>12</sup>.

La sexualidad se circunscribe al matrimonio y éste se comporta como la compra de legitimidad de la sexualidad. Quizá sea criticable, conforme la construcción teórica que se ha efectuado, pretender que la institución matrimonial, en permanente decadencia y desde antes de la sanción de la ley analizada, sea la única forma de legitimar aquella sexualidad y de reconocer otros derechos esenciales, como los derivados de la seguridad social, la salud, etc. Pero lo que no puede desconocerse es que la Ley de Matrimonio Igualitario ha venido a establecer un marco básico de igualdad para el acceso al matrimonio y a las consecuencias de las relaciones familiares que de él derivan; ello, más allá de que quede pendiente repensar, desde la interdisciplina, otras formas de abordar las consecuencias jurídicas de los vínculos familiares y la presencia del Estado en aquel desenvolvimiento<sup>13</sup>.

En cuanto a la técnica legislativa<sup>14</sup> utilizada por la reforma, la ley 26.618 se tradujo en la eliminación de las barreras que impedían el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo. Con criterio similar al seguido por España<sup>15</sup>,

---

sexual. La lección sudafricana”, en GARGARELA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 609.

<sup>12</sup> BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2000, ps. 143 y ss.

<sup>13</sup> La crítica que efectúa a la cuestión BUTLER, Judith, en su obra *Deshacer el género*, cit., es mucho más profunda y excede el marco del presente trabajo. Ahora, creo que no le haríamos justicia a la pensadora sino explicáramos, al menos sintéticamente, aquello de lo que habla cuando analiza la forma en que está construido el parentesco y el matrimonio. En un primer término, la autora revisa la idea de que el parentesco sólo admitiría una única forma de familia reconocible: es decir, la nuclear heterosexual. Señala que es un hecho que se den configuraciones de parentesco no convencionales, sobre bases biológicas y no biológicas, lo que implica repensar, y reformular, aquella “institución”, disociándola del instituto matrimonial y entendiéndola como una serie de prácticas que instituyen relaciones de varios tipos mediante las cuales se negocian la reproducción de la vida y las demandas de la muerte. Por otro lado, sostiene firmemente que si bien el matrimonio puede resultar una opción para las personas no heterosexuales para entrar en el marco de legitimación de la sexualidad, ésa no puede configurarse como el único modo de legitimación de la sexualidad. Debiera existir, señala la autora, un camino de reconocimiento, de inteligibilidad e autointeligibilidad al margen de las leyes del Estado, que evite la existencia de jerarquías sociales excluyentes entre aquellos que entran en el marco de legalidad y aquellos que quedan fuera de éste.

<sup>14</sup> Un análisis sistematizado de la reforma puede verse en LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, *El matrimonio civil argentino. Análisis de la ley 26.618/2010*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010.

<sup>15</sup> Ley 12/2005. Véase al respecto el reciente artículo de VILLAGRASA ALCAIDE, D. Carlos, “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho civil español”, RDF, nro. 48, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

se reemplazaron aquellos términos que restringían el matrimonio a las uniones heterosexuales<sup>16</sup>.

En ese marco, la voluntad procreacional es encontrada por ciertos autores en la modificación que la ley 26.618 introdujo al art. 36, ley 26.413<sup>17</sup>. La normativa original disponía que la inscripción registral debiera contener, entre otros recaudos, el nombre y el apellido del padre y de la madre. La reforma por ley 26.618 adecuó aquella inscripción para los casos de hijos habidos en parejas homosexuales. En este sentido, la norma refiere hoy que, en el caso de hijos nacidos de personas del mismo sexo unidas en matrimonio, la inscripción del nacimiento tendrá el nombre y el apellido de la madre y de su cónyuge. Muchas discusiones se han suscitado acerca de aquella reforma, lo cierto es que ésta, entiende aquella doctrina, pareciera reconocer la existencia de una maternidad no resultante de

<sup>16</sup> Así es que el actual art. 172 del Código, al aludir a quienes serán aquellos que “darán el sí” referirá a los “contrayentes” en lugar de hablar de “hombre y mujer”, siguiendo con la misma tonalidad en las restantes referencias que aludían a términos indicativos de la heterosexualidad de las uniones matrimoniales, los efectos de aquéllas y lo relacionado con las relaciones familiares: “marido y mujer” o “padre y madre” se convierten en “cónyuge”, “cónyuges” o “padres”; “viudo” y “viuda” por “cónyuge sobreviviente”; “abuelas”, “abuelos”, “bisabuelas” y “bisabuelos”, por los términos “abuelos y bisabuelos”.

<sup>17</sup> Adelanto que aquella postura no es uniforme. Los argumentos que niegan que de la voluntad procreacional se pueda extraer la determinación de la filiación descansan en que aquélla responde a cánones heterosexuales, acuñados en la legislación que se ocupa de la determinación de la maternidad y de la paternidad. En tal sentido, se ha afirmado al respecto que la distinción entre un matrimonio (o pareja) homosexual de uno heterosexual es la imposibilidad del segundo en poder procrear biológicamente hijos comunes; esto es consecuencia de la propia naturaleza humana, que dirige que los hijos nacidos en un matrimonio heterosexual son biológicos, mientras que los matrimonios homosexuales sólo pueden tener hijos adoptivos. El legislador no puede “vencer a la naturaleza estatuyendo que dos personas del mismo sexo pueden procrear”. En forma análoga, se ha sostenido que en el marco de las técnicas de reproducción asistida, para la determinación de la maternidad y la paternidad deberá estarse a “aquella pareja que expresó su voluntad en tal sentido y tomó las medidas necesarias como para que aquél fuera concebido y gestado para ser hijo de ambos, sea que la gestación haya sido llevada a cabo con gametos de ellos o de terceros, y aun cuando la mujer ni siquiera hubiera gestado a la criatura... con independencia de la voluntad de la mujer, y aun cuando ésta hubiera efectuado una manifestación expresa en sentido contrario, resulta claro que... madre es sólo quien gesta al niño, por lo cual tampoco podría ser considerada en ese carácter la mujer que no lo gesta, aun cuando su voluntad se encontrara enderezada a querer ser madre”. Véase al respecto: ZANNONI, Eduardo A., “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ideología de género y derecho de familia”, DJ del 23/3/2011, p. 1; BELLUSCIO, Augusto C., “La Ley de Matrimonio 26.618”, SJA del 1/12/2010; SAMBRIZZI, Eduardo A., “Inscripción de dos mujeres como madres de una misma persona”, LL del 12/8/2011, p. 4; *id.*, “Insólita medida cautelar que ordena la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de un niño como hijo de dos mujeres”, LL del 7/6/2011, p. 7; GALLI FIANT, María Magdalena, “Reformas legales y su impacto en la filiación”, en AA.VV., *Nuevo régimen legal de matrimonio civil. Ley 26.618*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 109; DI LELLA, Pedro, “Filiación y autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26.618)”, RDF, nro. 50, AbeledoPerrot, Buenos Aires, julio 2011, p. 133.

vínculos biológicos, sino de la unión matrimonial en la que ocurrió el nacimiento, haciendo así aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 243 del ordenamiento civil<sup>18</sup>.

Así, en materia filiatoria se ha atribuido a la reforma legislativa indicada la construcción de un escenario filial, no nuevo, sino quizá reeditado a aspiraciones democráticas. Es decir, poniendo en el eje de discusión la construcción de un tercer tipo filial fundado en la voluntad procreacional como elemento determinante del vínculo parental.

Entonces, el reconocimiento de aquellas personas o parejas, y de sus derechos reproductivos, que desean tener un hijo y no pueden concretar aquel deseo mediante el camino tradicional, obligan admitir la construcción de un parentesco que no se funda en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la “socioafectividad”, y cuya construcción depende de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico, so pena de perder absoluto sentido para realidades que han sido excluidas de lo legislativo<sup>19</sup>.

Aquella voluntad procreacional, también entendida como generadora de un tercer tipo filial<sup>20</sup>, “modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, aspira al contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusive de aspectos que se vinculan con los que se conoce como

<sup>18</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *LL Online*; FAMÁ, María Victoria, *La filiación...*, cit.; “Padres como los demás...”, cit.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - Famá, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario...*, cit. p. 225; LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, *El matrimonio...*, cit., ps. 238; SOLARI, Néstor E., “Algunas cuestiones derivadas de la filiación en la ley 26.618”, *Revista de Familia y de las Personas*, año III, nro. 5, La Ley, Buenos Aires, junio 2011, p. 8.; BIGLIARDI, Karina, “El emplazamiento filial y la doble maternidad”, *Revista de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, septiembre 2011, p. 80. Llega también a esta conclusión Néstor Solari, quien aduce que se estaría ante una “nueva clase de filiación”, nacida de la “voluntad conyugal”. Ahora bien, señala con razón el autor que si bien la doctrina, recién con la sanción de la ley 26.618 ha comenzado a cuestionar seriamente el régimen vigente, los conflictos filiatorios de los que hablamos no han tenido origen con aquella normativa sino que han sido una consecuencia necesaria de la utilización de las técnicas de fertilización asistida. La necesidad de replantear el sistema vigente, entonces, tiene su origen en el uso de estas técnicas y no en la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, el autor entiende que sería inconveniente hablar de “voluntad procreacional”, ya que esta construcción abarca situaciones que difieren de la explicada, prefiriendo, entonces, hablar de que el nacimiento de esta nueva filiación derivaría de la “voluntad conyugal”. SOLARI, Néstor E., “Análisis exegético de la ley”, en SOLARI, Néstor E. - VON OPIELA, Carolina, *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618*, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 306 y ss.

<sup>19</sup> Véase al respecto: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad...”, cit.

<sup>20</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en la Argentina”, *Derecho Privado*, año I, nro. 1, Ministerio de Justicia de la Nación - Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 3.

la identidad en sentido dinámico”<sup>21</sup>; en definitiva, reclama su correspondencia con vínculos afectivos planificados, partes de un proyecto jurídicamente relevante, que no dependen de la reproducción heterosexual, sino del deseo de asumir una responsabilidad paternal que merece protección jurídica.

Ahora bien, merece destacarse que la existencia de esta voluntad procreativa no es algo nuevo, integra el deseo de constituirse en padres y, como ha sido señalado<sup>22</sup>, su existencia es reconocida por la doctrina desde hace varias décadas atrás. Ahora bien, entonces no tenía el mismo significado que en la actualidad y eso tiene que ver, en parte, por el avance de métodos científicos que permiten la procreación sin necesidad de ser partícipe de un acto sexual. Aquello entendido como fruto de un proceso de revolución reproductiva<sup>23</sup> que ha habilitado la posibilidad de pensar la existencia de formas familiares que antes no eran siquiera imaginadas y que escapan de una construcción basada en criterios biologistsistas y heterosexuados.

Sobre aquellas nuevas realidades, que se fundan en la posibilidad de acceder a técnicas de reproducción asistida y cuyas consecuencias jurídicas, en lo específico, han sido obviadas por la norma, se impuso, desde la práctica jurídica, la necesidad de construir un discurso jurídico legitimante de su existencia, en pos de la protección del derecho a la identidad de los niños y niñas nacidos en aquellos marcos familiares; ello, consecuente con la obligación internacional del Estado de respetar —y dar cabal protección a— aquellos vínculos nacidos no sólo de lo descendencia genética sino del afecto, sobre el que también se construye identidad<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> FAMÁ, María Victoria, *La filiación...*, cit., p. 140; “Padres como los demás...”, cit.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario...*, cit. p. 225.

<sup>22</sup> Díaz de Guíjarro reconocía que la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: la voluntad de unión sexual, la voluntad procreacional y la responsabilidad procreacional. La primera de ellas tiene que ver con la unión sexual, con deseo de procrear o sin él; la segunda, con el deseo libre de procrear, mientras que la tercera de aquéllas se ubica en el plano de las consecuencias jurídicas de aquel nacimiento en lo que hace a la responsabilidad de quienes se instituyen como padres. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “Carácter personalísimo de la voluntad humana creadora del acto jurídico filial”, JA 1975-III-571, en FAMÁ, María Victoria, “Padres como los demás...”, cit. A su vez, Mauricio Mizrahi agrega que “habida cuenta que dentro del concepto de filiación comprendemos no sólo lo llamada filiación por naturaleza, sino también la que se enlaza cuando la procreación acontece con el auxilio de las diferentes técnicas de reproducción humana artificial e, incluso la filiación adoptiva, parece más que evidente que los vínculos filiatorios que la ley reconoce en cada caso no deben contar necesariamente con una base biológica”. Véase, MIZRAHI, Mauricio L., “Caracterización de la filiación y autonomía respecto de la procreación biológica”, LL 2002-B-570.

<sup>23</sup> Véase al respecto cómo, abordándose la cuestión de la maternidad subrogada, analiza el tema LAMM, Eleonora, en “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 la necesidad de su regulación legal”, RDF, nro. 50, AbeledoPerrot, Buenos Aires, julio 2011, p. 107.

<sup>24</sup> Debe recordarse que aquella solución no responde más que a la aplicación de la normativa constitucional que resulta de la Convención sobre los Derechos del niño, que



Así, numerosas sentencias se dictaron reconociéndole entidad jurídica a aquella voluntad procreacional y poniendo en primer plano la necesidad de discutir legislativamente la necesidad de regular las técnicas de reproducción humana asistida.

La primera corriente jurisprudencial emana de tres sentencias dictadas, una por la titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 7/472011, mientras que las otras dos corresponden a las sentencias emitidas una por el juez titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 15, del 24/6/2011, y otra del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 12/7/2011.

El primero de aquellos precedentes trató de una pareja constituida por dos mujeres que, como fruto de un proyecto compartido, una de ellas recibió el óvulo de la otra, inseminado con esperma de un donante anónimo, gestando al niño los nueve meses de embarazo. En oportunidad de ocurrir el nacimiento, el niño es inscripto como hijo de la mujer que lo dio a luz, denegando las autoridades del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas local, el reconocimiento de la pareja de la madre.

Las dos integrantes de la pareja se presentan a la justicia, en el marco de una acción de amparo, solicitando la inscripción del reconocimiento, a la que hace lugar la magistrada interviniente. Entonces, sin profundizar en las normas civiles que regulan la cuestión, se funda la decisión adelantada en que el reconocimiento solicitado debe ser encuadrado en el marco de la voluntad procreacional, elemento determinante sobre el que fue concebido el niño nacido producto de técnicas de reproducción asistida. En ese orden de ideas, sostiene la necesidad del derecho a que la identidad de aquel niño sea respetada; identidad que se conforma tanto con el vínculo biológico que lo une con su progenitora, como con el que se desprende de la voluntad procreativa de la pareja de aquélla.

Las otras dos sentencias, en resumidas cuentas, también hicieron lugar al pedido efectuado por los peticionantes, obligando al Registro Civil a inscribir el reconocimiento y la determinación del vínculo jurídico entre el niño nacido y la mujer que contrajo matrimonio con la persona que dio a luz; tomándose como eje argumentativo, una vez más, la voluntad de querer ser madre de quien contrajo matrimonio con la que dio a luz, y que pretendía la inscripción en la partida de nacimiento del nacido.

Como se observa, el avance ha sido claro. Pese a la inexistencia de una legislación que regule el acceso a las técnicas de reproducción asistida y que prohíba su práctica, los tratamientos médicos se realizan cotidianamente, los niños nacen producto de aquellas prácticas y quienes participan de aquel proceso, aun cuando no lo hagan aportando material genético, asumen una responsabilidad parental.

Entonces, la voluntad procreacional, como elemento concluyente para la determinación de la filiación matrimonial en el marco de los nacimientos descriptos, cobra fundamental relevancia a fines de dar reconocimiento legal, y protección

---

reconoce la existencia del derecho a la identidad (el que no se agota en los vínculos biológicos) y el derecho de aquellos niños a crecer en el seno de la familia, sino también a los principios legales que resultan de los arts. 11 y concs., Ley de Protección Integral 26.061.

jurídica, a aquellas familias y respetar la identidad de aquel niño, nacido en el marco de un proyecto conjunto.

Ante esa ausencia normativa, las técnicas de reproducción asistida son médica y jurídicamente viables, desde que su práctica está resguardada por el principio de reserva constitucional. La evolución sociocultural y la aceptación legislativa nos demuestran que, en la actualidad, la construcción de los vínculos paternos/maternos no depende en forma exclusiva de la correspondencia genética, ni están determinados en forma exclusiva por la naturaleza procreativa.

Una certeza médica resulta hoy, sin dudas, imposible de ser negada, toca entonces asumir la decisión ética de resolver la cuestión en términos jurídicos en pos del interés superior de aquel niño y la protección jurídica de aquella familia, aceptando una legislación acorde con los principios constitucionales vigentes. Entonces, debe afirmarse que aquella regulación debe estar enmarcada en una revisión integral del régimen filiatorio a la luz de las incorporaciones introducidas al ordenamiento civil mediante la ley 26.618. Una regulación que, además, se encuadre, a riesgo de resultar inconstitucional, en el principio de autonomía personal, que indica que la elección individual y libre de planes de vida es valiosa, por lo que el Estado ni los demás individuos deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.

Como indica la antropóloga francesa Anne Cadoret, traer al mundo un niño no confiere en forma automática el estatus de padre o madre. “El nacimiento y el parto, que representan hechos físicos, deben transformarse en filiación, en hecho social. La producción física de un niño en un determinado momento, por parte de un grupo de personas limitado... prosigue con la transformación de un pequeño ser humano en adulto, de actividades repetidas de crianza y aprendizaje relativo a la identidad y a la habilidad, actividades que pueden ser acometidas por una o varias personas. Estas funciones, a diferencia de la producción física del niño, se desarrollan a largo plazo y transmiten al niño la dimensión del tiempo... constituyendo así su identidad”<sup>25</sup>.

En ese marco, el devenir de la historia y las modificaciones culturales están mostrando cómo la filiación ha dejado de ser de ser el “esqueleto” del parentesco.

<sup>25</sup> CADORET, Anne, *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*, Gedisa, Barcelona, 2003, ps. 25 y 167. En términos similares, Françoise Héritier observa que “la procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos de antigüedad. Los niños ya no son necesariamente concebidos en él o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que basar el linaje. Esta situación prevalece en todas partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico”. HÉRITIER, François, *Masculin/féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, Paris, 1996, citada por Comité Consultatif National d’Ethique de Francia, opinión 90 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación”, en francés: [www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf](http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf) (29/9/2012); cit. en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad...”, cit.

Por el contrario, debe reconocerse como una construcción cultural que dista mucho de la naturalización de aquél, que se ha querido imponer como orden familiar<sup>26</sup>.

### III. MARCO NORMATIVO DEL PROYECTO DE REFORMA EN MATERIA DE FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1. En términos generales, el Anteproyecto de reforma, mediante una regulación marco que facilita en forma amplia el acceso a la fertilización asistida, regula expresamente la existencia de tres fuentes generadoras del vínculo filial.

El art. 558 prescribe que “la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. Luego de ello, señala que tanto “la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

La importancia de estas normas radica en dos cuestiones: mientras que, por un lado, expresamente reconoce la técnica médica como una fuente filial, rompiendo así con los presupuestos histórico biológicos determinantes del vínculo parental, por el otro, equipara los efectos entre las diferentes filiaciones, consecuencia ésta directa de la aplicación del criterio de igualdad de los hijos, receptado tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Ley de Protección Integral 26.061.

En este marco, como veremos también más adelante, se observa que la raíz de la filiación, que tiene por fuente las técnicas de reproducción humana asistida, se encuentra en la presencia del elemento volitivo, no siendo determinante la existencia de conexión genética en aquel vínculo filial, como sí lo es en el ámbito de la filiación “por naturaleza”.

Como consecuencia de este principio, mientras el Anteproyecto establece que para la realización de la práctica médica “el centro de salud interviniente debe recabar en consentimiento previo y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida” (conf. art. 560, primera parte), concretamente se impide la posibilidad de ejercer acciones de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante estas técnicas cuando medió el consentimiento previo, informado y libre a su ejecución, “con independencia de quién haya aportado los gametos”. Asimismo, se agrega que “no es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”<sup>27</sup>.

La razón de la norma es clara. Por un lado, responde a la caracterización propia del vínculo que deriva de las técnicas de reproducción humana asistida. En este sentido, no sólo las normas citadas consagran que la fuente filial comentada tiene una raíz diferente de la filiación por naturaleza, sino que su estructura principal

<sup>26</sup> GRAU REBOLLO, Jorge, *Procreación, género e identidad*, Bellaterra, Barcelona, 2006, p. 146.

<sup>27</sup> Conf. art. 577, Anteproyecto de reforma.

proviene de la expresión de la voluntad de quien participa en aquel procedimiento, independientemente de si aporta material genético o no, es decir, si compartirá con el nacido el vínculo biológico<sup>28</sup>.

En razón de lo dicho y dado que la voluntad es la determinante del vínculo filial, se restringe la posibilidad de hacer uso de acciones de impugnación de aquel vínculo<sup>29</sup>.

2. Para el acceso a las prácticas médicas, como anunciamos en el punto anterior, se establece un procedimiento mediante el cual quienes son partícipes de ella prestan concreta conformidad con su ejecución. Aquella conformidad, mas allá de ser necesaria en términos de configurar un consentimiento informado, resulta tangencial en razón de que derivado de aquél nacerá el vínculo filial. Así, entonces, el art. 560 proyectado indica que “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. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.

Esta norma, además de establecer un procedimiento propio y los momentos en que debe ser prestada la conformidad con la práctica, tiene clara vinculación, nuevamente, con la voluntad procreacional generadora del vínculo de filiación y, por ello, con otro artículo. El art. 561 observa que “los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

El consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones y debe ser prestado en cualquiera de las técnicas de reproducción a las que se recurra, sea que participen hombres o mujeres, sea pareja heterosexual u homosexual<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Recuérdese el típico caso de la fecundación heteróloga.

<sup>29</sup> Las acciones de impugnación de la paternidad y/o maternidad continúan teniendo razón de ser en el marco de la filiación por naturaleza, donde el vínculo biológico o genético es el determinante de aquella parentalidad.

<sup>30</sup> Se observa que la norma viene a dar solución a una problemática que fue materia de discusión en los tribunales de la Cámara Nacional Civil, y se encuentra vinculada, además, con el art. 19 del mismo Anteproyecto. Véase el art. 19, que determina la existencia de la persona desde la concepción en el seno materno, con excepción de los supuestos de procreación por técnicas de reproducción asistida, en cuyo caso tal existencia comienza con la implantación del embrión en la mujer. De acuerdo con ello, el Anteproyecto establece que el consentimiento para la práctica médica puede ser revocado “hasta el implante del embrión en el seno materno”. La norma adhiere a la solución que ha tenido recepción mayoritaria en el derecho comparado y que se fundamenta médicamente en la circunstancia

En lo que hace a su formalidad, se regula un procedimiento rodeado de garantías que aseguran que el consentimiento ha sido prestado para el acto que se está ejecutando, recuérdese la importancia de éste en tanto determinante del vínculo filial. Por ello, no sólo constituye aquel consentimiento un procedimiento propio del obrar médico, sino que también se lo instrumenta mediante la protocolización pública.

Se consagra también la revocabilidad del aquel consentimiento, acto que podrá ser ejercido hasta el momento de la implantación del material genético.

3. El art. 566, Anteproyecto de reforma, extiende las presunciones de paternidad y/o maternidad al/la cónyuge de la mujer que dio a luz. De esta forma, bajo la nueva tónica descripta, se receptan las presunciones propias de la filiación por naturaleza, de los nacidos en el marco de un matrimonio y producto de las técnicas de reproducción asistida; salvo, claro está, cuando el/la cónyuge no prestó el consentimiento previo, informado y libre para la realización de la práctica médica<sup>31</sup>.

Eleonora Lamm enumera las razones de extender esta presunción: el interés superior del niño nacido en un matrimonio, que radica en que, salvo prueba en contrario, aquél tenga una filiación establecida correspondiente a aquella unión matrimonial; el derecho a la identidad de aquel niño; facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; aplicación del principio de igualdad entre todos los hijos nacidos en el marco de una unión matrimonial y la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación<sup>32</sup>.

Si el nacimiento ocurre fuera de un matrimonio, como se ha explicado en el punto anterior, deberá acreditarse el consentimiento (médico y protocolizado ante escribano público) generador del vínculo filial, prestado con anterioridad al inicio de la práctica.

---

de que el estado actual de las técnicas de reproducción asistida no admite la posibilidad de desarrollo del embrión fuera del cuerpo de la mujer. Jurídicamente, la respuesta es clara: evitar la procreación no deseada sobre la base de presuponer que la ausencia de la conformidad hace desaparecer la voluntad procreación y, consecuentemente, el fundamento de la filiación. Véase al respecto: LAMM, Eleonora, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto del Código Civil", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa (coords.), *El derecho de familia en el Anteproyecto del Código Civil*, JA 2012-II, supl. esp., AbeledoPerrot, Buenos Aires.

<sup>31</sup> La norma proyectada reza: "Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos (300) días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento. Este artículo rige para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida siempre que el o la cónyuge haya prestado el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título". Obsérvese, además, que en la redacción del artículo, la previsión actual del art. 243, CCiv., toma como hecho relevante para el cómputo del plazo de trescientos días, que determina el cese de la presunción, la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio o, en su caso, la muerte o la separación de hecho.

<sup>32</sup> LAMM, Eleonora, "La filiación...", cit.

4. El art. 563 proyectado regula específicamente el acceso a la técnica de fertilización *post mortem*. Concretamente, la norma resuelve como principio general que “en caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento”. Luego, observa la norma que no resulta aplicable aquella previsión cuando “a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) La concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

La norma claramente tiene por objeto la preservación de la voluntad del cónyuge o conviviente fallecido. En ese orden ideas, como se observa, si el conviviente o cónyuge fallece sin dejar instrumento alguno que consienta el uso de su material genético *post mortem*, se presume que aquel consentimiento no existe y, entonces, se veda la fertilización asistida.

En cambio, la norma sí habilita la práctica médica cuando la persona fallecida, antes del deceso, ha prestado su consentimiento expreso para la utilización de su material genético, o cuanto la concepción o el implante se produce dentro del plazo de un año del deceso fijado por la norma.

5. Con relación a la identidad biológica y el derecho a conocer los orígenes, el Anteproyecto, por medio del art. 564, posibilita que, a petición de aquella persona nacida del uso de técnicas de reproducción asistida y por uso de gametos, pueda: “a) Revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

La norma en cuestión, preservando la figura del anonimato de los donantes, habilita la posibilidad de acceder a los registros privados en donde conste información de aquel donante bajo dos supuestos. En primero de aquellos supuestos refiere a la posibilidad de concretizar el derecho a conocer los orígenes biológicos del nacido. Ahora bien, la norma no faculta al libre acceso a aquella información sino que, como decíamos, partiendo del principio de la reserva de aquellos datos, el interesado podrá solicitar a la autoridad judicial revelar el nombre del donante argumentando razones de peso suficiente que funden el pedido. Si bien la norma no alude a cuáles son aquellas razones, entiendo que deberá meritarse en el caso concreto aquella posibilidad, ponderándose dos derechos fundamentales, como son el derecho a conocer los orígenes biológicos y el derecho a la intimidad en que se fundó la donación anónima del material genético.

Por otro lado, el segundo de los supuestos no genera dificultad alguna, ya que meramente refiere a la posibilidad de que el centro de fertilidad correspondiente aporte datos de índole médica en razón de problemas de salud acreditados por el peticionante. La previsión no genera inconveniente alguno en virtud de que no busca conocer quién es el donante, sino simplemente datos relativos a su salud.

## 1. Bases teórico-constitucionales para argumentar constitucionalmente la recepción normativa de las técnicas de reproducción humana asistida. Derechos en juego

Los principios constitucionales en los que se ha fundado la reforma al régimen filial han sido señalados en los fundamentos del Anteproyecto, mencionándose como tales: a) el interés superior del niño; b) la igualdad de todos los hijos; c) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción; d) la mayor facilidad y celeridad en la determinación de la filiación; e) el acceso y la importancia de la prueba genética; f) la reparación del daño injusto al derecho a la identidad; g) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y h) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella. En el presente apartado me propongo abordar algunas de aquellas cuestiones que a mi criterio resultan fundamentos tangenciales de la reforma.

### *a) Intimidad. Vida privada familiar y autonomía de la voluntad en las técnicas de reproducción humana asistida*

El derecho a la intimidad<sup>33</sup> y sus vertientes, vida privada familiar y autonomía de la voluntad, se encuentran directamente vinculados con el acceso a las técnicas de reproducción asistida. La importancia en el reconocimiento del derecho a la intimidad radica en presuponer que cada individuo se reserva la potestad de planificar su vida y tener los métodos y medios adecuados para poder concretar aquellas decisiones personales sobre las que se sostiene el desarrollo de su personalidad.

Entonces, la concreción de los planes de vida particulares es un valor que el Estado no sólo debe resguardar de intervenciones extrañas sino que deberá facilitar los medios necesarios para la concreción de aquellas decisiones autónomas.

En el marco de la teoría del derecho y partiendo de un plano de análisis macro, debe observarse como punto de partida que el art. 19, CN, consagra el principio de autonomía personal; principio que importa el reconocimiento de la libre elección individual de planes de vida por parte los individuos. Aquella libertad se encuentra exenta del control y la delimitación, sea por parte del Estado o bien de la voluntad de otro particular, a quienes se les vedará todo tipo de interferencia, salvo que el proyecto construido por aquel particular perjudique la autonomía de terceros.

En ese sentido, desde la teoría del derecho se ha afirmado que una posición liberal y respetuosa de los derechos fundamentales del hombre obliga sostener que un ordenamiento jurídico no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal o planes de vida. Este principio de libertad, que Nino denomina *principio de autonomía de la persona*, significa que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que

<sup>33</sup> Art. 11, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 12, Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de la virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”<sup>34</sup>.

Partiendo de entender la autonomía personal como un aspecto más amplio de la autonomía moral, dada por la capacidad de actuar que tiene el hombre sobre la base de sus elecciones y creencias, corresponde admitir la existencia de una vinculación directa, de tipo constitutiva, entre la libertad de acción y la autonomía personal. Ahora bien, pese a manifestarse aquella autonomía mediante acciones libres, debe acordarse que no toda acción libre es manifestación de autonomía. Las acciones libres que el liberalismo descrito propondrá resguardar de la intervención estatal serán aquellas relevantes para el proyecto de vida de los individuos, es decir, adoptadas en el marco de aquella autonomía.

Las acciones humanas conforman así el resultado de una tríada formada por “poder o capacidades, deseos y creencias” que, unidas a otras condiciones externas, coadyuvan a la puesta en práctica de aquella libertad ausente de interferencias, dentro de la que debe incluirse el “acceso igualitario a los estados de cosas que son constitutivos de la libertad”. Entre ellas se encuentran las condiciones físicas y normativas, las intrínsecas y extrínsecas del agente y las positivas y negativas del agente.

La concepción opuesta al principio de autonomía es denominada por el autor “perfeccionismo”, que importa sostener que el Estado puede y debe interferir en el ejercicio de la autonomía individual a fin de dar preferencia a ciertos planes de vida que considera objetivamente mejores.

Los autores liberales clásicos han denostado la posibilidad de que el Estado se inmiscuya en los proyectos individuales, diseñando, y luego promoviendo, aquellos planes de vida que considere moralmente más valiosos como verdaderos ideales de virtud y del bien. En tal sentido, Stuart Mill afirmaba que “el único fin en aras del cual la humanidad, individual o colectivamente, está autorizada a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la autoprotección... el único propósito para el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su propia voluntad, es de evitar un daño a los demás. No puede correctamente ser obligado a hacer u omitir algo porque sea mejor para él hacerlo así, porque ello vaya a hacerlo más feliz, porque, según la opinión de los demás, hacerlo sería sabio o hasta correcto”<sup>35</sup>.

Aquella interferencia, entonces, parecía encontrar única justificación en la protección de los miembros restantes de la sociedad, es decir, en el sentido negativo de protección, evitando el daño ajeno. Quizá resulte utópico pretender que la sola libertad, entendida como ausencia de obstáculos, asegure la concreción de los planes individuales de vida de los miembros de una sociedad. La realidad social demuestra que las desigualdades intersubjetivas, sean estructurales o bien eventuales y propias de relaciones temporales u ocasionales, obstruyen la libre

<sup>34</sup> NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2ª ed. ampl. y rev., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 204.

<sup>35</sup> STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, 16ª reimpr., Alianza, Madrid, 1999, p. 68.



circulación de los bienes básicos y necesarios para la concreción de los deseos particulares. Es entonces cuando los engranajes requieren un refuerzo para continuar su marcha o para poder desarrollarse plenamente.

En este punto es cuando se justifica la intervención del Estado en los planes de vida particulares, no definiendo preferencias, sino generando las bases necesarias para la concreción de aquellas voluntades, promoviendo la igualdad de condiciones y dando poder a los más desvalidos o desventajados, que requieren de la intervención gubernamental en orden de ver asegurada aquella autonomía y realizado su proyecto autobiográfico<sup>36</sup>.

El tipo de intervención de la que hablamos es lo que los teóricos han llamado *paternalismo justificado*. No habrá aquí imposición de ideales personales o planes de vida elegidos, sino de conductas o cursos de acción aptos para la satisfacción de las preferencias subjetivas y la realización de los planes de vida libremente elegidos<sup>37</sup>. Desde esta primera aproximación, la justificación de aquella intervención en la libertad individual y la autonomía reside no sólo en eliminar los obstáculos que hacen a las restricciones para el desarrollo de los planes de vida, sino también en la protección de los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan sus propios intereses.

En ese marco es que, dentro de la órbita del reconocimiento del derecho a la autonomía personal, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida requiere de una regulación que habilite su acceso por quienes necesiten el recurso para la consagración de aquellos proyectos personales. Por el contrario, una posición claramente *perfeccionista*, y por ello deleznable y reprochable por un Estado constitucional de derecho, radicaría en la prohibición de la práctica o bien en la restricción al acceso, fundada en argumentaciones discriminatorias, como ser que aquélla sólo puede ser encuadrada en el marco de una unión matrimonial y/o heterosexual o por personas de determinada edad.

Aún más, la ausencia de legislación que regule el acceso a las diferentes prácticas médicas constituye una omisión que puede llegar a anular la posibilidad de concretar los planes personales propios a la autonomía de la voluntad, en el sentido que no se cumple con la obligación estadual de establecer las bases para

<sup>36</sup> NINO, Carlos S., *Ética y derechos...*, cit., ps. 413 y ss. Ver también CAMPS, Victoria, "Paternalismo y bien común", *Doxa*, nro. 5, 1988, y GARZÓN VALDEZ, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa*, nro. 5, 1988.

<sup>37</sup> NINO, Carlos S., *Ética y derechos...*, cit., ps. 413 y ss. Ver también CAMPS, Victoria, "Paternalismo y bien...", cit. y GARZÓN VALDEZ, Ernesto, "¿Es éticamente justificable...?", cit. Ver también DWORKIN, Gerald, "Paternalism", en ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, verano 2010, [plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/](http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/) (29/9/2012). Conforme lo desarrollado por el autor en el texto citado, el paternalismo presenta tres elementos: la interferencia con la libertad de acción de una persona, la coerción y la presencia o ausencia del consentimiento. En ese marco, Dworkin define el paternalismo como "la interferencia con la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coercionadas".

la facilitación de la puesta en marcha de los procesos médicos seleccionados por el paciente y en condiciones de igualdad de oportunidades<sup>38</sup>.

El Anteproyecto de reforma recorre este camino por varios motivos. En primer lugar, como expresa en sus fundamentos, adopta un sistema por el cual “el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual modo que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente”<sup>39</sup>.

Por otro lado, pone al servicio de aquellas personas un abanico de técnicas diferentes, sin establecerse restricciones que dificulten el acceso a la procreación. Obsérvese que “se permite la fertilización con gametos de la pareja o de la persona que pretende alcanzar la maternidad o paternidad a través del uso de las técnicas, como así también de material de donante anónimo, debiendo una ley especial regular todas las cuestiones que se derivan de la llamada fertilización ‘heteróloga’”<sup>40</sup>.

## *b) Otros derechos en juego*

### *b.1. El derecho a la salud*

Las técnicas de reproducción humana asistida tratan de procedimientos médicos mediante los cuales se puede colaborar con —o bien remplazar— algunos de los pasos naturales propios del proceso de reproducción; en este sentido, atañen directamente al derecho a la salud y, puntualmente, al reconocimiento de los derechos reproductivos<sup>41</sup>.

Los procesos médicos, que son propios de la evolución de la ciencia han transformado las estructuras básicas sobre las que históricamente se ha reconocido el sistema filial y, de alguna manera, han “desnaturalizado”<sup>42</sup> el proceso procreativo mediante técnicas que lo facilitan cuando éste no es posible por los cauces naturales.

<sup>38</sup> Obsérvese que en la actualidad sólo pueden acceder en forma libre a la realización de las prácticas médicas que estudiamos aquellas personas que tienen los recursos económicos para hacerlo. O, bien, que han obtenido, luego de una acción judicial, una orden judicial para su ejecución.

<sup>39</sup> Se fundamenta lo dicho en la aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación.

<sup>40</sup> Corresponde a los fundamentos del Anteproyecto de reforma.

<sup>41</sup> LUNA, Florencia, *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008.

<sup>42</sup> LUNA, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit.

En términos generales, luego de asumir que los individuos tienen derecho a formar una familia y, en consecuencia, un derecho a procrear, advertimos que naturalmente aquellos individuos o parejas ejercen el derecho aludido de forma libre y sin necesidad de que el Estado o un tercero interfieran en aquel proceso. Cuando se presentan causas, médicas o biológicas, que hacen imposible la gestación y el acceso al derecho de formar una familia, la ciencia, enmarcada en pautas normativas que regulan su ética y su práctica, definen la forma de acceso a los medios artificiales de reproducción.

Así, entonces, la interrelación entre las técnicas de reproducción humana asistida y el derecho a la salud es inmediata; la presencia de alguna de técnicas existentes, para ser éticamente viables, presupone el ejercicio del derecho a la salud<sup>43</sup>.

Se observa desde la doctrina constitucional que, dentro del amplio espectro que abarcan los llamados derechos sociales, el derecho a la salud constituye uno de los más importantes; ello, en razón de conformar una base indispensable para el ejercicio de otros derechos y ser, además, precondition para la realización de valores en la vida y en el proyecto personal de todo ser humano<sup>44</sup>.

Su efectividad, como los restantes derechos sociales constitucionalmente reconocidos, se entiende asegurada mediante la imposición de obligaciones positivas y negativas que recaen sobre los poderes del Estado y otorgan recursos a los titulares del derecho para exigir la obligación debida a quienes jurídicamente deben asegurarlo<sup>45</sup>.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud ha brindado un concepto amplio de la salud “como un estado general de bienestar físico, mental y social (no mera ausencia de enfermedades o dolencias)”. En estos términos, cabe resaltar que el derecho a la salud expande proyecciones a toda una gama de situaciones y relaciones que excede la tradicional noción de “no estar enfermo” para aproximarse a lo que puede definirse como una situación integral de bienestar psíquico, físico y mental, moral y social, que abarca todas las facetas que componen la compleja personalidad humana<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Antes de continuar con el desarrollo debo aclarar que en el presente análisis presupongo que el derecho a la salud, en la temática descripta, tiene como correlato resolver los problemas de infertilidad de quienes desean concretar formar una familia y tener un hijo. Es decir, la infertilidad entendida no sólo como una patología que inhabilita, por diferentes motivos, a una persona a procrear, sino aquella atendida en sentido relacional, relativa a la imposibilidad física de procrear entre dos personas que eligieron formar una familia, uniones de personas de igual sexo que, claro está, encuentran impedida la posibilidad de acceder a la procreación de forma natural.

<sup>44</sup> CAYUSO, Susana G., “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, en MACKINSON, Gladys (dir.), *Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética, alimentos y desarrollo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 37.

<sup>45</sup> ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 37.

<sup>46</sup> Ver, en este sentido, BIDART CAMPOS, Germán J., “Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional”, en MACKINSON, Gladys (dir.), *Salud, derecho...*, cit., ps. 23 y ss.

En aquella definición ha sido incluido, entre otros, el derecho a la salud reproductiva, definido como “la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia... el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permiten los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”<sup>47</sup>.

Así, entonces, contrariamente a la definición clásica, hablar hoy de políticas públicas y legislativas relativas a la salud importa incluir aquellas destinadas al control de la fecundidad y/o procreación responsable, como también la posibilidad de acceso a los medios que la ciencia ha consagrado para posibilitar la reproducción, asegurando que los individuos o parejas que no puedan acceder a la paternidad lo hagan recurriendo a estas prácticas médicas<sup>48</sup>.

Como destaca Marisa S. Aizenberg, las técnicas de reproducción humana asistida deben considerarse garantías referidas a la eliminación de toda forma de discriminación entre hombres y mujeres para el acceso a los servicios de atención médica, planificación familiar, embarazo y parto... que permiten decidir sobre la salud sexual y reproductiva”<sup>49</sup>.

En igual sentido, la observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destaca el gran número de instrumentos internacionales que reconoce el derecho indicado, señalando concretamente que aquéllos garantizan el más alto nivel de salud, garantizándose la salud genésica<sup>50</sup>, inclusiva del acceso a las técnicas de procreación asistida<sup>51</sup>.

Asimismo, el párr. 1º, art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos, reza que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su art. 12 “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Cook, Dickens, Fathalla, cit. en LUNA, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit.

<sup>48</sup> LUNA, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit.

<sup>49</sup> AIZENBERG, Marisa S., “El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en la Argentina”, *Derecho Privado*, año I, nro. 1, Ministerio de Justicia de la Nación - Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 3.

<sup>50</sup> En los términos de la observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “la salud genésica significa 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 que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto” (véase nota 12, párr. 14 del documento indicado).

<sup>51</sup> Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Véase también: LUNA, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit.

<sup>52</sup> En igual sentido, y entre otros, se recuerdan: el inc. iv), apartado e), art. 5º, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de

Desde el plano de la jurisprudencia, la comprensión del concepto “salud” ha sido entendido en forma similar a lo explicado. En los últimos años, un gran número de sentencias dictadas se ha fundado en los derechos aludidos para hacer lugar a demandas en las que particulares pretendían la cobertura de la práctica médica por las diferentes prepagas de salud u obras sociales con las que contaban. En general, todas aquellas sentencias han reconocido que, como integrante del derecho a la salud, se concibe la existencia de la salud reproductiva y la correlativa obligación de brindar una cobertura médica para la ejecución de la práctica. Entre algunos de los argumentos utilizados se destacan aquellos que sostienen que “el derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente... La imposibilidad de procrear... puede afectar en forma real o efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos integrantes de la pareja, además de su derecho a procrear”<sup>53</sup>.

En conclusión, la necesidad de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida importa una política que debe asumir el Estado, en orden a honrar sus obligaciones constitucionales e internacionales, asegurando a todos aquellos que necesiten, sea por imposibilidades médicas o por la llamada infertilidad de relación, concretar el derecho humano a formar una familia y a la reproducción.

Sobre estas cuestiones toma nota en forma evidente el Anteproyecto de reforma. Se regula la práctica, como se ha dicho antes, en forma libre, no estableciéndose restricciones basadas en tratos discriminatorios injustificados. Se la regula porque se parte de comprender que las normas constitucionales reconocen, dentro del concepto de salud, los derechos reproductivos y, consecuentemente, la necesidad de otorgar un marco jurídico para la determinación de los vínculos filiales que son producto de aquellas prácticas médicas.

### *b.2. El derecho a formar una familia*

El libre acceso a las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra también fundado por el derecho a formar una familia; derecho directamente ligado al de la libre reproducción, a la protección de la salud, de la privacidad y autonomía de la voluntad, recientemente explicadas<sup>54</sup>.

1965; párr. 1º, art. 11, y el art. 12, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Americana (art. 26) y el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (art. 10).

<sup>53</sup> Todos los argumentos esgrimidos podrán consultarse en AIZENBERG, Marisa S., “El tratamiento...”, cit.

<sup>54</sup> Al respecto, obsérvese que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de expedirse en el caso “Gretel Artavia Murillo y otros (‘Fecundación *in vitro*) v. Costa Rica”, concluyó que la decisión de la Corte Constitucional de ese país, de anular el decreto mediante el cual se regulaba el acceso a la fertilización *in vitro*, constituye una interferencia en la toma de decisiones sobre un ámbito de la vida privada y familiar, y una limitación del derecho a fundar una familia que comprende la decisión de convertirse en padre o madre, así como la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre prescribe en su art. V que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, también integrante del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo prescrito por el art. 75, inc. 22, Carta Fundamental, sostiene en tu art. 16, inc. 1º, que “los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia... la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observa en su art. 10 que “los Estados partes en el presente pacto reconocen que 1) se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”.

De igual manera, entendiéndose la familia como “un elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, se erigen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 14.

Resulta también interesante observar que el párr. 5º de la observación general 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que “el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias”<sup>55</sup>.

Recordado el marco normativo descripto, vale preguntarse qué se entiende por “familia”. Si bien del presente trabajo se desprende una clara conceptualización del término, resultado de estudiarlo a la luz de un Estado constitucional de derecho y, por ello, respetuoso de la pluralidad y la diversidad de las diferentes formas de agrupación familiares, deben efectuarse, al menos sintéticamente, las siguientes precisiones:

En las sociedades occidentales modernas, la familia ha sido sinónimo de familia nuclear, en la que la sexualidad, la procreación y la convivencia “legítimas” coinciden en el espacio de lo “privado” del ámbito doméstico. Ahora bien, no cualquier sexualidad ni domesticidad compartida es traducida como familia, sino aquella que es protagonizada por la pareja heterosexual unida en matrimonio y sus hijos; ello, al menos, es el modelo tradicional que se ha traducido en la legislación durante el siglo pasado y lo que ha transcurrido de éste<sup>56</sup>. Es así que se ha construido un discurso jurídico y un orden simbólico<sup>57</sup> en que el parentesco legítimo es aquel regido por la heterosexualidad, parentesco que define la familia

<sup>55</sup> Observación general 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>56</sup> SPAVENTA, Verónica, “La familia desnuda”, *Revista Crítica Jurídica*, nro. 26, enero-agosto 2007, [www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/16784](http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/16784) (29/9/2012).

<sup>57</sup> AGACINSKI, Silviane, cit., en BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, cit., p. 163.

que se constituye en el espacio legitimado por el Estado, para la reproducción de estas pautas culturales<sup>58</sup>.

Por detrás de aquellos discursos que tradicionalmente se han impuesto desde las legislaciones históricas se encuentra instalada desde hace muchos años una realidad que, en lo que hace a la definición de familia, difiere considerablemente con aquella construcción normativa clásica. Diferentes estudios antropológicos han demostrado que el término “familia” difiere en su construcción según la cultura y la época histórica que se analice. Si bien nadie puede negar el hecho biológico de la concepción y del nacimiento, lo cierto es que la estructuración del parentesco y de las relaciones familiares no depende sólo depende de la construcción legislativa que los Estados dispongan, sino de los vínculos que entre los miembros de las agrupaciones familiares, que demuestran formas diferentes de familia, les reconoce aquel orden normativo<sup>59</sup>.

La irrupción pública en la sociedad de agrupaciones familiares que difieren de la tradicional sin duda ha puesto en crisis la eficacia del paradigma tradicional elaborado en torno de lo que debe entenderse por “la familia”. Eva Giberti observa que aquellos que han roto con el paradigma descrito “han transformado lo instituido (el canon convencional) en instituyente (modalidades que modifican lo predeterminado) y reclaman su reconocimiento como familias aunque transgredan las pautas concebidas como recomendables por el paradigma que reguló, durante los dos últimos siglos, el funcionamiento de la familia en Occidente. Reconocimiento que excluiría la clasificación de desviados, marginales o transgresores”<sup>60</sup>.

Desde esta perspectiva, como observan Gil Domínguez, Famá y Herrera, el modelo de Estado constitucional de derecho al que adscribe nuestro sistema jurídico nos obliga a intentar esbozar un concepto constitucional de familia que permita auscultar, desde el pluralismo y la tolerancia, varios aspectos fundamentales. En tal sentido, desde el derecho de los derechos humanos emerge la opción preferencial por la fuente que más protege a la persona —también conocido como principio *pro homine*—, del cual surge claramente que cuando confluyen dos o más fuentes debe aplicarse aquella que mayor cobertura ofrezca a la persona. O bien el principio según el cual se debe buscar la mayor vigencia sociológica de los derechos humanos. Sobre esta base puede concluirse que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos<sup>61</sup>.

Como afirmé en párrafos previos, la ley 26.618 ha introducido muchos cambios en relación con la conformación de la familia y con su reconocimiento público y

<sup>58</sup> BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, cit., ps. 163 y ss. Véase también: CADORET, Anne, *Padres como los demás...*, cit., ps. 134 y ss.

<sup>59</sup> CADORET, Anne, *Padres como los demás...*, cit., ps. 13 y ss.

<sup>60</sup> GIBERTI, Eva, “La familia y los modelos empíricos”, en WAINERMAN, Catalina (comp.), *Vivir en familia*, Unicef - Losada, Buenos Aires, 1994, p. 118.

<sup>61</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 73 y ss.

normativo. Al respecto, como se ha observado, “la adaptación a nuevas estructuras parentales está en curso y proseguirá. Irreversiblemente, creo, aunque aquí o allá puedan preverse reacciones, frenos, desigualdades de ritmo. Esa mutación será más difícil en ‘nuestras’ sociedades para los niños adoptados por parejas homosexuales. Pero una ley represiva no cambiaría nada. Hay que hacer todo lo posible para dar condiciones legales de ejercicio a prácticas donde se manifiesta el deseo, en todo caso donde, como en el matrimonio heterosexual, hoy se supone presente en la mayoría de los casos. Luego, por supuesto, habrá fracasos (¡hasta curas psicoanalíticas que intentarán ‘tratarlos!’), como los hay en las familias llamadas normales y legítimas”<sup>62</sup>.

Así entonces, ninguna disciplina puede sublevarse contra una realidad social, sino a costa de negarla y excluirla y, por más que aquello suceda, tarde o temprano aquella invisibilidad provocada se volverá repugnante. Podemos, entonces, convertirnos en una sociedad represiva, asumir una posición dogmática y congelada en un sistema que reconozca una única manifestación de la sexualidad, el parentesco y la paternidad. O bien, en cambio, optar por ser sensibles y conscientes a aquellos cambios sociales, pensar y reinterpretar aquella nueva realidad que se impone y, por ello, el marco normativo que debe contenerla. Razonamiento aquél que no encuentra otro sustento que el respeto a los principios básicos en los que debe estructurarse todo Estado constitucional de derecho.

La reforma legislativa y la inclusión del matrimonio igualitario han sido un primer paso. El reconocimiento formal, es decir público y normativo, de los diferentes tipos de familias, y la consagración de una verdadera protección jurídica a la que espira el Anteproyecto de reforma en esta materia, son la consagración de la verdadera correspondencia entre realidad y legislación; correspondencia claramente necesaria para el funcionamiento de una sociedad democrática y el reconocimiento de sus diferentes modos de vida<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> DERRIDA, Jacques - ROUDINESCO, Élisabeth, “Familias desordenadas”, *Y mañana, qué...*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, p. 44, cit. en FORTUNA, Sebastián I., “Determinación de la filiación extramatrimonial...”, RDF 2011-IV, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 165.

<sup>63</sup> Obsérvese con atención que entre los fundamentos al Proyecto de reforma de la normativa civil, sus autores han receptado los cambios a los que se aluden. Concretamente indican que “‘la llamada constitucionalización del derecho civil’ y la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el derecho de familia. El anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de ‘democratización de la familia’, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del ‘derecho de familia’ al ‘derecho de las familias’ en plural; esta opinión se sustenta —entre otras razones— en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la ‘protección integral de la familia’, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia con base en el matrimonio heterosexual clásica debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en



A su turno, el Anteproyecto de reforma implica también reconocer que los métodos de reproducción humana asistida conforman aquella realidad y son resultado de un largo proceso de deseos y aspiraciones que hombres y mujeres, solos o acompañados, encuentran su concreción en la descendencia y la conformación de una familia.

Retomando lo que anunciábamos al hablar del derecho a formar una familia y la forma en que se consagra, resulta de interés destacar que, como observó Nelly Minyersky, hablar de familia irremediablemente nos lleva a asociar aquel derecho normativamente reconocido con la idea de la reproducción y con la necesidad de que el Estado establezca mecanismos que la protejan y sienten las bases para que los integrantes de un Estado vean posible la posibilidad de conformarla<sup>64</sup>.

La autora aludida destaca que “si las personas casadas o las solteras tienen derecho a engendrar, dar nacimiento o criar niños de feto natural, también existen derechos a ayudas de tipo tecnológico mediante las distintas técnicas de reproducción asistida”<sup>65</sup> y ello, sin duda, desde que el Estado debe establecer los medios necesarios para la consagración de planes legítimos de vida, entre los cuales deben incluirse el de formar una familia y tener descendencia biológica, y que aquellas consecuencias fácticas tengan protección jurídica.

El Anteproyecto de reforma asume este problema<sup>66</sup>. Como explica Eleonora Lamm, la reproducción sin sexo que posibilitan las técnicas de reproducción asistida ha ampliado los tipos de familia; se permitirá con la reforma legislativa ser padres no sólo a quienes sufren de esterilidad, sino también a parejas homosexuales que, salvo el caso de la adopción, no tendrían acceso a la parentalidad. Incluso podrán imaginar la maternidad mujeres de edad avanzada, solas y hasta hombres solos<sup>67</sup>.

### *b.3. El derecho a la identidad*

Otra de las cuestiones que justifica y exige una regulación en materia de reproducción humana asistida tiene que ver con el reconocimiento del derecho a la

---

doctrina —y en menor medida, en la jurisprudencia— como ‘familia ensamblada’), las que aparecen reconocidas por la ley 26.618, etcétera”.

<sup>64</sup> MINYERSKY, Nelly, “¿Derecho al hijo/hija?”, *La familia en el nuevo derecho. Libro en homenaje a la profesora Cecilia Grosman*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 381 y ss.

<sup>65</sup> MINYERSKY, Nelly, “¿Derecho al hijo/hija?”, cit.

<sup>66</sup> Entre los fundamentos al Anteproyecto de reforma se expresa: “Por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual modo que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente”.

<sup>67</sup> LAMM, Eleonora, “La filiación...”, cit.

identidad resultante de las nuevas formas filiatorias que se concibe en razón de aquellas técnicas médicas.

El derecho a la identidad ha sido previsto en forma explícita en numerosos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucional federal, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7° y 8°). En estrecha relación con el tema de este trabajo, en el marco del derecho comunitario europeo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, dictado por el Consejo de Europa el 4/4/1997, dispuso que las partes “protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona... libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina” (art. 1°).

En términos teóricos, si bien el concepto de la identidad ha sido producto de extensos análisis, debe recordarse que, conforme la conceptualización que importa para el derecho y para el desarrollo del presente trabajo, la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática, sino que ella debe incluir el conjunto de atributos y cualidades que definen la personalidad de cada sujeto<sup>68</sup>.

De manera concordante, Zannoni señala que la identidad estaría conformada por tres dimensiones diferentes: a) la identidad personal, en referencia a la identidad biológica, la que incluye, a su vez, la identidad genética y la filiatoria; b) la identidad personal, en referencia a los caracteres físicos, y c) la identidad personal, respecto de la realidad existencial<sup>69</sup>.

Así, entonces, puede resumirse que el concepto de identidad, como derecho tutelado, se encuentra integrado por una mixtura de elementos que se articulan en cada persona de forma única e irrepetible. Entre ellos es innegable que ocupan un lugar relevante los datos identificatorios, el nombre y la filiación, pero la identidad no se agota en ellos sino que los trasciende. Es entonces que este término se encuentra en un “permanente fluir”; en tal sentido, no se hereda ni se impone, sino que se construye a lo largo de la vida y a través del juego de todos los elementos que lo componen y que acompañan a la persona durante todo su existir<sup>70</sup>.

En lo que respecta a la identidad en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida se ha afirmado en el presente trabajo que la Ley de Matrimonio Civil y las fuertes corrientes jurisprudenciales y doctrinarias consonantes con aquélla han puesto en discusión la construcción de un tercer tipo filial, derivado

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

<sup>69</sup> CHIERI, Primarosa - ZANNONI, Eduardo A., *Prueba del ADN*, Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 183 y ss. Véase también PICASSO, Sebastián, “La preeminencia del derecho a la identidad y de la realidad biológica en un interesante precedente”, LL 2004-B-970.

<sup>70</sup> MOLINA DE JUAN, Mariel F., “El nombre y la filiación. Dos facetas de la identidad...”, RDF 2008-I, p. 91.

de las técnicas de reproducción humana asistida y producto de la voluntad procreacional generadora del vínculo afectivo y filial<sup>71</sup>.

Si bien hasta el momento aquel tipo filial se entendió producto de la reforma de la Ley de Matrimonio Civil y como resultado de una interpretación constitucional de todo el régimen filiatorio, el Proyecto de reforma comentado lo introduce en la normativa en forma explícita, disipando así las dudas existentes acerca de su existencia.

Entre los fundamentos al Anteproyecto de reforma se destaca que la nueva normativa “mejora la definición de parentesco, al disponer que el parentesco es el vínculo existente entre personas en razón de la naturaleza, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. De este modo, nuclea todas las relaciones jurídicas que son causa fuente del parentesco”. Agrega que “el término parentesco... corresponde a los vínculos jurídicos que se derivan de los tres tipos filiales que se regulan: filiación por naturaleza, filiación por técnicas de reproducción humana asistida y filiación adoptiva. Así, se sustituye la noción de parentesco por consanguinidad, pertinente en el marco de un régimen filial que sólo receptaba la filiación por naturaleza. Estos tres tipos filiales (por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción asistida y por adopción) tienen diferentes causa fuente (elemento biológico, voluntad procreacional y jurídico) a los fines de la determinación de la filiación y su consecuente sistema en materia de acciones, pero no respecto a sus efectos”<sup>72</sup>.

Entonces, sobre estas pautas normativas y de acuerdo con lo antedicho, cuando el mecanismo que conduce a la procreación son estas técnicas, el dato genético como uno de los elementos de la identidad se debilita frente al elemento volitivo o la voluntad procreacional, entendida como el deseo o la intención de procrear<sup>73</sup>.

La voluntad procreacional, como tercera fuente filiatoria, rompe con la preeminencia del vínculo biológico o genético para la determinación de la identidad. Aquella, y en el marco de los procedimientos médicos descriptos, dependerá de

<sup>71</sup> De acuerdo con lo afirmado, en los fundamentos del Anteproyecto se explica que “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”.

<sup>72</sup> En términos similares, al explicarse el título de la filiación, se observa que “por otra parte, y de conformidad con el desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, el título sobre la filiación recepta la determinación de la filiación cuando ésta se debe o es consecuencia de ella, asumiéndose que de conformidad con las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación. En este sentido, la reforma recepta que el derecho filial se encuentra integrado por tres modos o formas de alcanzar la filiación: a) por naturaleza, b) por técnicas de reproducción humana asistida y c) por adopción”.

<sup>73</sup> FAMÁ, María Victoria, *La filiación*, cit.

un campo mucho más amplio y que se enlaza con una concepción dinámica de la identidad<sup>74</sup>. Y, debe ponerse de resalto, se encuentra conforme a los derechos del niño involucrado, quien es producto de la decisión de quienes quisieron traerlo al mundo, pretenden sea parte de aquella familia, desean criarlo y darle afecto<sup>75</sup>.

Consecuencia de dar preeminencia a esta voluntad procreacional como generadora del vínculo son, a mi entender, la imposibilidad de impugnar la filiación que tiene origen en aquellas técnicas (conf. art. 577) y el restringir el acceso a los datos relativos al origen genético, en casos en que se haya usado material genético de donante anónimo o casos muy particulares previstos en el art. 564<sup>76</sup>.

#### IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

##### 1. Aproximación al campo conceptual

La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental<sup>77</sup>.

No obstante aquella descripción genérica y desde una perspectiva que se anuncia realista, se ha sostenido que la práctica médica permite a una mujer portar en su vientre un hijo para terceras personas cuando: 1) son portados los gametos por la pareja contratante, 2) que ambos gametos provengan de donantes, 3) que la gestación se logre con el óvulo de la mujer contratante y el semen proveniente de un donante, 4) que la gestante aporte el óvulo y el contratante, su

<sup>74</sup> Ver al respecto FAMÁ, María Victoria, "Padres como los demás...", cit., ps. 55 y ss.

<sup>75</sup> El preámbulo mismo de la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien no alude en forma directa a este tipo de identidad, advierte lo que señalamos en el sentido de reconocer la importancia que aquel menor de edad crezca "en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" para el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad"; su familia son aquellos que han decidido poner en funcionamiento los instrumentos de la técnica médica para su gestación.

<sup>76</sup> En lo que hace a la posibilidad de acceso de la información relativa a los orígenes genéticos, se observa cómo la norma proyectada procura un equilibrio entre garantizar el derecho a conocer los orígenes (como un aspecto del derecho a la identidad) y la eficacia y la protección de un sistema que requiere de la existencia de donantes cuyo anonimato debe ser protegido. El resultado encuentra un antecedente en la ley portuguesa 32/2006 sobre Procreación Médicamente Asistida, y en similares términos reconoce al nacido el derecho a acceder a la información relativa a los datos médicos del donante cuando hay riesgo para la salud, la cual puede obtenerse directamente del centro de salud interviniente, y la posibilidad de que se revele la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, que serán evaluadas por la autoridad judicial.

<sup>77</sup> FAMÁ, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", LL del 21/6/2011, p. 1; LL 2011-C -1204; *La filiación...*, cit., ps. 60 y ss.; LAMM, Eleonora, "La autonomía...", cit., p. 107; "Gestación por sustitución", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2012, [www.indret.com](http://www.indret.com).

material genético y 5) parejas de varones que contraten con la gestante, quien podrá aportar su óvulo o bien recurrirse a un banco de óvulos<sup>78</sup>.

Desde las diversas opiniones doctrinarias se han esbozado posturas que avalan o critican, desfavorablemente, la gestación por sustitución. En términos generales, quienes se expresan en contra se alzan por calificar los contratos mediante los que se concreta la práctica como inmorales y, en términos jurídicos, los califican de nulos de nulidad absoluta. En lo concreto, se aduce que el objeto del contrato mismo resultaría nada menos que las personas, quienes en razón de estar fuera del comercio, se convierten en un negocio de objeto ilícito.

Así, quizá desde la posición más extrema, Eduardo Sambrizzi observa que este tipo de convenios “atenta contra la dignidad de la persona, por considerársele inmoral, no existiendo duda de que, de ser acordado, actualmente se decretaría su nulidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil, que considera nulo por ser de objeto ilícito al acto contrario a las buenas costumbres o que recayera sobre cosas que no se hallan en el comercio... las personas están fuera del comercio, no pudiendo éstas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido”. Consecuentemente, observa el autor, “el niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, no pudiendo tanto el embrión como el niño recibir el tratamiento de cosas... En el caso del vientre alquilado, subrogado o sustituido, la maternidad es literalmente descuartizada, debido a que se la transforma en una actividad económicamente rentable... La dignidad de la persona no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que los padres genéticos sean, también, los padres legales, que no le oculten al hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones”<sup>79</sup>.

En ese mismo orden de ideas, argumenta parte de la doctrina nacional que los contratos de maternidad subrogada significan también la creación de “instrumentos de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos”, tendiéndose entonces a la llamada “comercialización de la maternidad”, equiparando la práctica a una forma de prostitución<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada...”, cit. y *La filiación...*, cit.

<sup>79</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A., “Maternidad subrogada. Reforma proyectada”, LL del 6/12/2011, p. 1; LL 2011-F-1172; *El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010. En el mismo sentido: TOBIÁS, José W., *Derecho de las personas*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 85; MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, t. IV, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, parágr. 727, p. 125; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La filiación*, Rubinal-Culzoni, Santa Fe, 1986, ps. 209 y 210; LOYARTE, Dolores - ROTONDA, Adriana E., *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 322; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. II, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, parágr. 1154, ps. 561 y ss.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. - LAFFERRIÈRE, Jorge N., “La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código Civil”, ED del 30/7/2012, nro. 13.047; PERRINO, Jorge O., “Maternidad subrogada”, SJA del 11/4/2012, p. 3; JA 2012-II.

<sup>80</sup> Al respecto, compúlsese: SAMBRIZZI, Eduardo, “Maternidad subrogada...”, cit.; LLAM-BÍAS, Jorge J., “La fecundación humana *in vitro*”, ED 79-896. Sobre estos argumentos en

Desde la vereda contraria, donde me sitúo, se sostiene que el acceso a esta práctica, como mecanismo para el acceso a la maternidad/paternidad, supone el ejercicio del derecho a procrear, como derecho humano implícito entre los derechos de constituir una familia y los derechos a la libertad, la dignidad humana, la autonomía personal<sup>81</sup>.

Se sostiene que la libertad reproductiva alcanza a que libremente se puedan efectuar pactos de gestación por sustitución y que no existe óbice para que el Estado adopte una postura paternalista que restrinja la forma de acceder a aquella paternidad; más aún cuando se encuentran presentes libertades individuales y el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el derecho a decidir sobre el propio cuerpo<sup>82</sup>.

Finalmente, se defiende que, dado que esta técnica de reproducción asistida es un recurso para quienes no pueden acceder en forma natural a la paternidad/maternidad, restringir su acceso importa una afectación a los principios de igualdad y no discriminación; ello, en razón de que ésta es la única forma de que una pareja de dos varones pueda ver consagrado su derecho a formar una familia<sup>83</sup>.

En definitiva, las nuevas formas de concebir la familia requieren que sean reconocidos sus derechos filiatorios, y todos aquellos otros derechos que de ellos derivan. Así, entonces, la existencia de uniones afectivas en que la reproducción natural no resulta posible obliga a admitir la construcción de un parentesco que no se funda en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la “socioafectividad”, y cuya construcción depende de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico.

## 2. La gestación por sustitución en la legislación comparada

Desde el derecho comparado se observa una tendencia destinada a la flexibilización y a la regulación del instituto de la maternidad subrogada. Los cambios

---

contra, véase también el análisis desarrollado en LAMM, Eleonora, “La autonomía...”, cit. y, de la misma autora, “Gestación por sustitución”, cit.

<sup>81</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, “Maternidad subrogada...”, cit.; LLAMBÍAS, Jorge J., “La fecundación...”, cit. LAMM, Eleonora, “La autonomía...”, cit. y, de la misma autora, “Gestación por sustitución”, cit. Véase también: FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada...”, cit. y *La filiación...*, cit.

<sup>82</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, “Maternidad subrogada...”, cit.; LLAMBÍAS, Jorge J., “La fecundación...”, cit. LAMM, Eleonora, “La autonomía...”, cit. y, de la misma autora, “Gestación por sustitución”, cit. Véase también: FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada...”, cit. y *La filiación...*, cit.

<sup>83</sup> DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, “El derecho internacional de familia en la posmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionales”, [www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/conferencias/Familia%20para%20Costa%20Rica%5B1%5D.pdf](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/conferencias/Familia%20para%20Costa%20Rica%5B1%5D.pdf) (29/9/2012), Sobre el derecho a procrear, véase, a favor, entre muchos otros: MINYERSKY, Nelly, “¿Derecho al hijo/hija?”, cit.; LAMM, Eleonora, “La autonomía...”, cit.

culturales impactan en las reformas legislativas y llevan a que los jueces observen con mayor cuidado aquellas cuestiones que les son llevadas a decisión, donde los arreglos contractuales de gestación por sustitución vienen acompañados por intereses subjetivos que se conjugan y obligan a observar con mayor atención los derechos de los niños involucrados y la necesidad de determinar cuál es el mejor interés de aquéllos.

Al comparar las diferentes legislaciones que abordan la práctica se destaca la existencia de tres corrientes legislativas. Una de ellas prohíbe, bajo cualquier circunstancia, la gestación por sustitución; otra la admite con fines altruistas y bajo determinadas condiciones y, finalmente, una tercera corriente legislativa opta por admitir sin restricciones la técnica.

Entre las legislaciones que, sea expresa o implícitamente, prohíben la gestación por sustitución encontramos a Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, España, Portugal, Bulgaria, Chile, etcétera<sup>84</sup>. Algunos de aquellos Estados prohíben la práctica en forma expresa. Entre ellos, ciertos Estados imponen penas a los profesionales que intervienen en la práctica. Otras legislaciones la prohíben implícitamente, mediante una clara restricción a la fecundación heteróloga.

El segundo grupo admite la práctica cuando aquélla tiene fines altruistas. Entre aquello se encuentran el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte,

<sup>84</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El derecho internacional de familia en la posmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionales”, [www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/conferencias/Familia%20para%20Costa%20Rica%5B1%5D.pdf](http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/conferencias/Familia%20para%20Costa%20Rica%5B1%5D.pdf) (29/9/2012), Sobre el derecho a procrear, véase, a favor, entre muchos otros: MINYERSKY, Nelly, “¿Derecho al hijo/hija?”, cit.; LAMM, Eleonora, “La autonomía...”, cit. El *Código Civil francés* dispone en el art. 16-7 (introducido por la ley 94-653 del 29/7/1994, art. 1 I, II, art. 3°, *Diario Oficial* del 30/7/1994) que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo” (conf. [www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/version/2/file/Code\\_41.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/version/2/file/Code_41.pdf) [29/9/2012]). La *ley alemana* impone pena privativa de la libertad o multa a quien “procediera transferir a una mujer el óvulo de la otra”, “fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo”; quien “fecundara artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”. Conf. Ley de Protección del Embrión 745/1990. La *legislación italiana* se entiende que prohíbe la práctica de forma indirecta; conforme el art. 4.3, ley 40 de 2004, las técnicas de procreación asistida de tipo heterólogo —es decir, mediante el uso de material genético aportado por donante anónimo— se encuentran vedadas. La *legislación austríaca* (art. 2.3, Ley Federal sobre Reproducción Asistida) prescribe que los ovocitos y los embriones humanos sólo podrán ser utilizados por el paciente del cual proceden. Es decir, no se habilita forma alguna para recurrir a la donación del material genético que facilite tratamientos como el de la gestación por sustitución. La *Ley Española* sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14 de 2006 sanciona con la “nulidad de pleno derecho al contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Luego de ello, afirma el principio general que señala que la maternidad queda definida por el parto. Véase al respecto: FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada...”, cit. y *La filiación...*, cit.; LAMM, Eleonora, “La autonomía...”, cit. y, de la misma autora, “Gestación por sustitución”, cit.

Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, la ciudad capital de Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, entre otros.

Como explica Eleonora Lamm, todos estos Estados han legislado la práctica habilitándola cuando la gestación se realiza sin fines económicos, sino por caridad o altruismo. Ahora bien, en el ámbito procedimental se han adoptado dos modelos de legislación. Sintéticamente, obsérvese que en legislaciones como las de Grecia, Israel o Sudáfrica se establece un sistema de aprobación previa del acuerdo entre la gestante y los comitentes que deberá ser aprobado por un organismo público, el que velará por el cumplimiento de las reglas que la legislación fija para la práctica médica.

El otro grupo de Estados, como por ejemplo el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, prevé que el acuerdo formal del que dependerá la determinación de la paternidad del nacido por sustitución deberá ser presentado ante autoridad pública luego del nacimiento del/la niño/a y en oportunidad de la entrega.

Consecuentemente, la *Surrogacy Arrangements Act* y la *Human Fertilisation and Embryology Act*<sup>85</sup> prohíben las negociaciones comerciales destinadas al arreglo de la práctica entre las partes, vedando el contrato y penando aquella modalidad comercial, pero admite que el arreglo se establezca de manera directa entre las partes y con fines altruistas, admitiéndose únicamente un pago destinado a los gastos razonables en que incurra la gestante durante el período de embarazo<sup>86</sup>. Ocurrido el nacimiento, la determinación de la filiación con relación a los comitentes se efectuará luego de que la gestante confiera la entrega del nacido a aquéllos y que, luego, soliciten ante un organismo jurisdiccional, con la conformidad de la primera, el emplazamiento filial<sup>87</sup>.

El tercer grupo de legislaciones puede ejemplificarse con la normativa vigente en aquellos Estados donde la admisión a la técnica no tiene restricción de ningún tipo. Se citan así los Estados de Georgia, Ucrania, India<sup>88</sup>, Rusia y varios Estados de los Estados Unidos de América, entre otros<sup>89</sup>. Así, por ejemplo, la normativa

<sup>85</sup> Esta última habilita a que los comitentes sea una unión civil de personas del mismo sexo registrada conforme la *Civil Partnership Act* de 2004.

<sup>86</sup> *Ibíd.*

<sup>87</sup> Como explica la doctrina, este sistema garantiza la posibilidad de retractación por parte de la mujer gestante y no altera el principio general de la determinación de la maternidad por medio de parto (*mater semper certa est*). Es decir, al ocurrir el nacimiento se redacta una primera partida donde se anota la maternidad "natural" del nacido. Luego de efectuada la entrega del niño, conforme el instrumento que suscriban las partes a tal fin y transcurrido el plazo de reflexión de seis meses que se le otorga a la gestante, la pareja (sea matrimonial o civil registrada) concurrirá al organismo jurisdiccional a fin de solicitar el emplazamiento filiar del nacido respecto de aquéllos. Además de las autoras citadas, véase al respecto: QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret* 2009-3, [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>88</sup> A partir de lo resuelto por la Corte Suprema el 29/9/2008 en "Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr"; en Rusia (art. 51, Código de Familia).

<sup>89</sup> FAMÁ, María Victoria, "Maternidad subrogada...", cit. y *La filiación...*, cit.; LAMM, Eleonora, "La autonomía...", cit., y, de la misma autora, "Gestación por sustitución", cit.; QUIÑONES



respectiva del Estado de Ucrania establece que los comitentes serán quienes se registren como padres en oportunidad del nacimiento del/la niño/a. La legislación rusa, en cambio, impone requisitos a quienes pueden ser gestantes, exigiéndose que las portadoras deberán tener entre 20 y 35 años, tener un hijo propio sano, tener buena salud psíquica y física y estar inscritas en el Ministerio de Salud<sup>90</sup>.

Los Estados de Delaware, Texas, Washington y Wyoming, entre otros pertenecientes a los Estados Unidos de Norteamérica, se han adherido a la *Uniform Parentage Act*, que admite los arreglos de maternidad por sustitución tanto con contenido gratuito u oneroso<sup>91</sup>. Otros Estados, en razón de no haber suscripto formalmente la legislación indicada, varían su solución de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales dictados, como ser el caso de Florida, California<sup>92</sup>, Utah<sup>93</sup>, etcétera.

### 3. La jurisprudencia

Desde el plano jurisprudencial, vinculado eminentemente a la aplicación del derecho internacional privado, puede observarse con claridad cuáles son los puntos conflictivos a la hora de analizarse el problema de los contratos de la maternidad subrogada y el reconocimiento de las relaciones jurídicas construidas en razón de aquéllos en otros Estados.

Más allá de la disparidad en las legislaciones existentes entre los diferentes órdenes jurídicos, los problemas éticos que se conciben en relación con este tipo de contratos han impedido al Estado nacional lograr un consenso destinado a determinar la manera de resolver lo que se ha venido a llamar “turismo reproductivo”<sup>94</sup>. Es decir, si bien puede suceder que las legislaciones de un Estado,

---

ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación...”, cit.; SANTOS BELARDO, Rubén B., “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, *elDial* del 25/11/2011, *Derecho Internacional Privado. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, [www.eldial.com.ar/nuevo/suple-privado\\_oe.asp?Edicion=25/11/2011](http://www.eldial.com.ar/nuevo/suple-privado_oe.asp?Edicion=25/11/2011) (29/9/2012); CALVO CARAVACA, Alfonso L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18/2/2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nro. 2, Madrid, octubre 2009, ps. 294-319, [e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT](http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT) (29/9/2012).

<sup>90</sup> LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, cit.

<sup>91</sup> FAMÁ, María Victoria, *La filiación...*, cit., p. 63.

<sup>92</sup> Corte Suprema de California, 20/5/1993, “Johnson v. Calvert”, JA 1995-I-440, con nota de Adriana M. Wagmaister y Lea Levy.

<sup>93</sup> Corte de Utah, 13/12/1989, “J. R. M. R. v. W. K. J.”, cit., en FAMÁ, María Victoria, *La filiación...*, cit. p. 64.

<sup>94</sup> La práctica tiene como eje el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otros países para acceder a las técnicas de reproducción asistida. Las divergencias entre las legislaciones de diferentes órdenes jurídicos ha exigido la aplicación del orden público internacional para el reconocimiento, o no, de las legislaciones que habi-

o de otro, prevean normativas específicas que regulen la cuestión, el acceso a la información globalizada y la facilidad de movimiento transnacional de los ciudadanos de diferentes Estados demuestra que las restricciones que un cuerpo legislativo imponga con relación a la práctica no impide que aquellas personas sujetas a una ley restrictiva se trasladen a un país que permite la realización de la gestación por sustitución y ésta se lleve a cabo, exigiendo posteriormente el reconocimiento de aquel estatus filiatorio en el país de su nacionalidad. La conflictiva, claramente, no es menor, ya que de su resolución depende el estatus filiatorio del/la niño/a, el reconocimiento de los derechos y deberes emergentes de la responsabilidad parental, la nacionalidad, la documentación y su interés superior.

Además, la problemática se profundiza desde que no existen convenciones interestadales que regulen la forma de resolver aquellas divergencias normativas, cobrando la cuestión una naturaleza transnacional, lo que ocurre cuando se ha posibilitado fáctica y jurídicamente en un Estado la gestación por sustitución y se reclama su reconocimiento en otro.

Como se ha dicho, desde el plano del derecho internacional privado no se han suscripto convenciones destinadas a regular estas cuestiones. Ahora bien, la comunidad internacional iusprivatista sí ha tomado conciencia de la necesidad de abrir el debate y sentar las bases para una futura convención, lo que se corrobora con dos trabajos suscriptos en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, dictados en marzo de 2011 y marzo de 2012. Refiero al “Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”<sup>95</sup> y al “A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”<sup>96</sup>. El primero de ellos describe de manera pormenorizada los diversos problemas que se presentan cuando es celebrado un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero y se pretende su reconocimiento, con los efectos que éste trae aparejados, en el Estado de nacionalidad de los comitentes. Aquellos problemas son identificados como: 1) el eventual regreso al país de los que son nacionales junto al nacido y la eventual negativa de aquel Estado en confeccionar y entregar documentación para la salida del país donde se celebró el contrato de sustitución y posterior ingreso al de destino; 2) el reconocimiento, por parte de las autoridades del Estado de nacionalidad de los comitentes, de la filiación atribuida en el Estado extranjero —sea por una sentencia o bien directamente de la partida de nacimiento de aquel nacido— en razón del contrato de gestación por sustitución; ello en razón del orden público que se alude al afectado; 3) la problemática derivada de las acciones de desplaza-

---

litan las técnicas en los órdenes jurídicos donde aquello no es posible Al respecto: LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, cit.

<sup>95</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Cuestiones de derecho internacional privado relativas el estatus de niños, incluidas las derivadas de los acuerdos internacionales de subrogación”, [www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf) (29/9/2012).

<sup>96</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Reporte preliminar a los asuntos derivados de los acuerdos internacionales de subrogación”, [www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf) (29/9/2012).

miento de estado filial y 4) otros problemas que resultan del uso de las diferentes técnicas de reproducción asistida con relación a la maternidad por sustitución.

El instrumento aludido recuerda también que el recurso de la gestación por sustitución se presenta como problemático cuando los elementos transnacionales se encuentran presentes y, consecuentemente, se pretende el registro y el reconocimiento de certificados expedidos en el extranjero que acreditan la filiación. El tal sentido, se destaca que entre los Estados donde se exige aquel reconocimiento se cuestiona cuál resulta ser el derecho aplicable, si la voluntad procreacional constituye una fuente que determina el vínculo filial y si aquellas decisiones, sea emanadas del ámbito gubernamental o bien jurisdiccional del Estado extranjero, pueden ser reconocidas por el Estado de nacionalidad de los comitentes en razón de la ley que los gobierna por su nacionalidad.

Estos documentos son también importantes en tanto, luego de observar la evolución legislativa existente respecto de este tipo de contratos privados, recuerda que la solución al problema transnacional descrito en los párrafos anteriores no puede resolverse con base en las normativas nacionales autónomas, sino que son necesarios lineamientos, al menos básicos, que regulen los efectos jurídicos por fuera de los límites de los Estados que permiten la maternidad por sustitución y, principalmente, contenga reglas uniformes en materia de jurisdicción competente, derecho aplicable, normas aplicables al reconocimiento y la ejecución de las decisiones y documentos, normas uniformes sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación legal por ministerio de la ley o por convenio y principios del derecho o ley aplicable sobre la determinación de la filiación por la voluntad procreacional.

Los efectos en la falta de una regulación de este tipo se evidencian, como hemos dicho, al observarse la disparidad de las soluciones jurisprudenciales que se han dictado en diferentes jurisdicciones nacionales. Si bien a continuación me propongo reseñar cuáles fueron aquellos precedentes, resulta útil observar cómo lo que siempre se encuentra latente es la afectación, o no, del orden público internacional vigente en los Estados donde el reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución se reclama.

Los casos jurisprudenciales que se reseñarán a continuación pueden ser útiles para observar el estado de situación en la gestación por sustitución en varios Estados donde aquélla no se encuentra permitida. Dentro de las numerosas sentencias dictadas en diferentes Estados se han seleccionado aquellas que han tenido mayor repercusión doctrinaria y que, en definitiva, demuestran que la gestación por sustitución configura una realidad que exige ser abordada por la legislación argentina; ello, en razón no sólo de aquella repercusión internacional, sino porque configura una realidad que se encuentra en la práctica y, consecuentemente, merece regulación legal.

Uno de los primeros casos jurisprudenciales que son traídos por la doctrina para reflejar la problemática se trató de la causa relativa a los mellizos M. y M. resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, Bélgica<sup>97</sup>. En el caso, un matrimonio

<sup>97</sup> LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución", cit. Véase también Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, "Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangement",

de dos varones, celebrado en Bélgica, se traslada al Estado de California, donde celebran un contrato de gestación por sustitución, producto del cual nacen gemelos que son inscriptos como hijos del matrimonio. Luego de ello, solicitaron ante los organismos públicos de Bélgica la inscripción de su paternidad. El tribunal de primera instancia denegó la inscripción en razón de que el contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero violenta el orden público belga y, además, atenta contra la dignidad humana. La Corte de Apelación, en el mes de septiembre de 2010, reconoció en primer lugar que la existencia de vínculo biológico entre los gemelos con uno de los peticionante habilitaba la determinación de su paternidad, no así con el otro peticionante, con quien los niños no compartían raíz genética alguna. En otras palabras, si bien sosteniendo que el contrato de gestación por sustitución resultaba contrario al orden público de Bélgica, consideró que era el interés de los menores involucrados la correspondencia entre el vínculo jurídico y biológico, ordenando entonces la inscripción del certificado emitido en el Estado de California únicamente respecto del progenitor biológico<sup>98</sup>.

En Francia, otro precedente de características similares fue dictado en 2010 por la Corte de Casación francesa<sup>99</sup>. En el caso, el matrimonio Mennesson decide viajar al Estado de California, Estados Unidos, donde suscribe un contrato de maternidad subrogada. La gestación de las gemelas se produce luego de la unión entre el material genético aportado por el hombre que conformaba la unión y un óvulo donado que, luego de ser germinado, es implantado en la mujer portadora. Al nacer las gemelas, son inscriptas, conforme a la práctica, como hijas del matrimonio francés. El matrimonio solicita a la dependencia consular de Francia en el Estado de California la transcripción de la partida de nacimiento de las niñas, para así tener los documentos franceses necesarios para regresar al país del cual era nacional el matrimonio Mennesson. La transcripción de las partidas es denegada por los organismos administrativos franceses luego de sospechar que el nacimiento de las gemelas era producto de una gestación por sustitución, ello en razón de no haberse podido acreditar la prueba del parto respecto de quien había sido inscripta como madre de las niñas. El ministerio obtiene luego la inscripción en los Registros de Estado Civil de la ciudad de Nantes, disposición administrativa que es atacada por el Ministerio Público Fiscal, que solicita la nulidad de aquellas partidas. Con fundamento en el interés superior del niño y con cita de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, la Corte de Apelación de París rechaza el pedido de nulidad; decisión que es revocada por la Corte de Casación con fundamento en que la transcripción de las partidas viola el orden público francés y afecta el principio de indisponibilidad del estado de las personas. Argumentan también que aquella decisión no afecta el interés de las

---

documento preliminar del 11/3/2011, [www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf) (29/9/2012).

<sup>98</sup> Como se deduce de lo anterior, la única forma de establecer un vínculo jurídico con el marido del padre era mediante el instituto de la adopción.

<sup>99</sup> Véase al respecto: LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución", cit.; "La autonomía...", cit.; FAMÁ, María Victoria, *La filiación...*, cit., ps. 64 y ss. Reseñado también Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, "Private International Law Issues...", cit.

menores de edad en juego, ya que no impide el desarrollo normal de la vida de las mellizas en aquel núcleo familiar.

Un tercer caso se presentó ante el Tribunal Administrativo de Berlín el 15/4/2011. El reclamo, efectuado por una pareja alemana que, mediante un contrato de maternidad subrogada celebrado en la República de la India (no declarado en la instancia judicial), se encontraba destinado al otorgamiento de pasaporte alemán y la consecuente nacionalidad alemana<sup>100</sup>, con relación al nacido y en razón de estar aquél inscripto como hijo de los peticionantes. Entre otras cuestiones, el tribunal observa que la inscripta como progenitora del niño contaba con la edad de 55 años, lo que convertía en improbable la maternidad natural, el hecho de no haberse acreditado controles médicos que corroboraran el estado de gravidez y que el nacimiento del niño se produjo en un centro médico de fertilidad donde residen personas que alquilan el vientre.

En el contexto descripto, el tribunal observa que la nacionalidad india o alemana no puede ser aclarada en trámite preventivo mientras no se sepa con certeza quién ha dado a luz al niño y el estado marital en que se encontrara quien lo ha dado a luz, en orden a establecer también, en su caso, la paternidad del nacido. En razón de ello, sin merituar la situación de apátrida en que el nacido se encontraba en la República de la India, ni considerar que quienes se encontraban inscriptos como progenitores eran nacionales del Estado alemán, resolvió rechazar la medida precautoria en razón de no haberse acreditado la urgencia propia del trámite y de requerirse mayor prueba respecto de la identidad del nacido<sup>101</sup>.

Un último caso que analizaré es el resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia, España, el 23/11/2011; llega a similares conclusiones que el tribunal francés, en tanto ordenó la cancelación de la inscripción ordenada por la Dirección General de los Registros y del Notariado local respecto de gemelos nacidos en el Estado de California, Estados Unidos, por contrato de gestación por sustitución suscripto por una pareja de dos varones españoles<sup>102</sup>. El caso fue el siguiente: dos españoles, varones, unidos en matrimonio en España, viajan a California, donde, contrato de gestación por sustitución mediante, son anotados como padres de gemelos. Luego de finalizar aquellos trámites de inscripción de la paternidad en los Estados Unidos de América, el matrimonio reclama la transcripción de las partidas ante las autoridades consulares españolas en el país extranjero, donde les es negada por entenderse que la gestación por sustitución se encontraba prohibida en España. La decisión se recurre ante la Dirección General de Registros y del Notariado, organismo que dicta un resolución general relativa al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, aplicable al caso y que habilitó la transcripción solicitada. En términos generales, y luego de fundamentar que la decisión se adopta con el fin de establecer “criterios que

<sup>100</sup> Resulta necesario aclarar que el criterio jurídico para la concepción de la nacionalidad alemana es el *ius sanguinis*.

<sup>101</sup> El precedente se encuentra extractado en DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El derecho...”, cit.

<sup>102</sup> El caso se encuentra comentado en QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación...”, cit.; CALVO CARAVACA, Alfonso L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución...”, cit.

determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”, la resolución señala que, en oportunidad de reclamar la inscripción del nacido mediante la técnica analizada, deberá acompañarse la resolución dictada por el tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Se indica que el oficial que deba efectuar aquella inscripción deberá efectuar un “control incidental” de la documentación acompañada, debiendo entonces constatar: “a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”<sup>103</sup>. De esta forma, en palabras de los españoles Calvo Caravaca y Carrascosa, la resolución citada resuelve que la cuestión de la transcripción solicitada no importa un problema de derecho aplicable a la filiación sino, simplemente, una cuestión de efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera<sup>104</sup>.

Recurrida aquella resolución, las dos instancias jurisdiccionales intervinientes, el Juzgado de Primera Instancia nro. 15 de Valencia y, luego, la Audiencia Provincial de Valencia, coincidieron en que debía cancelarse la inscripción ordenada por la Dirección de Registros en razón de entender que se encontraba violentado el orden público internacional español.

En la Argentina ha tomado conocimiento público el caso del matrimonio de dos varones que realizaron la práctica en la India, con material genético de uno de ellos y el óvulo obtenido de un banco de donantes de los Estados Unidos de América. La acción judicial trataba de un amparo promovido contra la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del gobierno de la ciudad de Buenos Aires, con el fin de que dicho organismo, ante la solicitud de la Embajada de la República Argentina en la República de la India, Representación Consular en Nueva Delhi, inscriba la partida de nacimiento del niño concebido mediante el método de la maternidad subrogada en India, estableciendo la copaternidad basada en la voluntad procreacional de los actores. El referido pedido, se explicita en la sentencia dictada por el Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires nro. 5<sup>105</sup>, se efectúa a efectos de que la Embajada

<sup>103</sup> Conf. art. 3º, *Boletín Oficial del Estado* A-2010-15317, del 7/10/2010, [www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf) (29/9/2012).

<sup>104</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución...”, cit.

<sup>105</sup> Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As. n. 5, 22/3/2012, “D., C. G. y G., A. M. v. GCBA”.

de la República Argentina en la República de la India pueda otorgar el respectivo documento nacional de identidad y pasaporte para que, una vez nacido, el niño o niña pueda viajar de la República de la India a la Argentina.

El juzgado actuante, el 22/3/2012, ordenó hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, consecuentemente, “autorizó a las autoridades del Registro Civil de Estado y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires a proceder a la inscripción del nacimiento del/a niño/a hijo/a de los actores ante la solicitud de inscripción de nacimiento que formule la Embajada de la República Argentina en la República de la India... estableciendo en dicho momento la copaternidad de C. G. D. y A. M. G..” En aquellas actuaciones, si bien no se abordó con profundidad la vinculación del pedido efectuado con el orden público interno, como sí fue materia de análisis en las anteriores decisiones explicadas, se fundó la decisión principalmente en el reconocimiento de la existencia de una voluntad procreacional edificante del vínculo jurídico cuya inscripción se reclamaba. En concreto, la magistrada actuante sostuvo que “lo que se pretende es el reconocimiento de la doble paternidad, supuesto que no ha sido contemplado en la mencionada norma que se limita al caso de una pareja femenina. En consecuencia, existiría un vacío normativo al respecto, hipótesis ante la cual procede recurrir a la aplicación analógica de la ley (conf. art. 16, CCiv.) y entender que el trámite para el caso de inscripción registral de los hijos de una pareja conformada por dos hombres debe ser idéntico al de una pareja heterosexual o al de una pareja conformada por dos mujeres... el objetivo de la ley 26.618 fue eliminar, en lo que hace a la institución del matrimonio, cualquier tipo de discriminación de las personas en función de su orientación sexual... el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (o genéticos), pueden ser sustituidos todos. ...Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no, o de una mujer sola”.

Asimismo, se creyó fundamental que la inscripción tenía como fin último el interés superior del niño por nacer, en tanto que resulta “más favorecedor para el mejor interés del niño y reconocimiento de sus derechos, que sea inscripto al momento de nacer con su doble vínculo paterno filial”.

#### **4. El Anteproyecto de reforma y la regulación de la gestación por sustitución**

El art. 562 del Anteproyecto resuelve afrontar los cambios sociales de los que hablamos y regular la gestación por sustitución. La norma prevé:

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

"La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

"El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

"Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

En términos generales, la norma regula un proceso mediante el cual los comitentes someten a autorización judicial previa el "acuerdo" de donde resulta que la gestante presta su consentimiento con aquella práctica. Una vez obtenida la autorización judicial y ocurrido el nacimiento, aquél se inscribirá acreditando la identidad del nacido, la identidad de los comitentes y la autorización judicial que autorizó la práctica.

En el marco del proceso descrito, el magistrado deberá controlar que se encuentren acreditados los requisitos de tipo objetivo que la norma indica.

Si bien la norma no lo indica estrictamente, se entiende que una vez homologado por el juez el acuerdo suscripto por las partes intervinientes, no hay posibilidad de retractación, debiendo en caso de incumplimiento darse intervención judicial para que, analizándose los intereses y argumentos en juego, el juez decida teniendo en cuenta, principalmente, el interés superior del nacido.

El Anteproyecto nuevamente transita por un camino que considero acertado, el de la correspondencia con la realidad y con los vínculos afectivos que se tejen en el marco de aquellos arreglos gestacionales.

Asimismo, debo destacar que, en lo personal, no encuentro dificultades éticas ni morales en la permisión de este tipo de procedimientos médicos, siempre que éstos sean adoptados por personas adultas, capaces, que actúan conforme a la voluntad que aquéllos libremente expresan, lo que, una vez más, constituye una exteriorización de la autonomía de la voluntad, lo que debe encontrar amparo en un Estado liberal, democrático y constitucional, respetuoso de las elecciones privadas de los individuos en tanto no afecten los derechos de terceros<sup>106</sup>.

Además, varios son los motivos por los que considero prudente la regulación, muchos de los cuales ya han sido expuestos por quienes han tenido a su cargo la redacción de la norma<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Claramente descarto en forma terminante que se pueda considerar que la decisión importa afectar el interés de la persona en gestación. Ello, siempre que la práctica sea concebida desde un inicio en el marco de la voluntad procreacional de los comitentes, cuya voluntad en la que tuvo como resultado aquella gestación.

<sup>107</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LL del 10/9/2012.



– La norma, al regular la práctica, busca evitar contrataciones efectuadas fuera del ámbito de la legalidad y del control judicial<sup>108</sup> que queden en una situación de vacío legal.

– Establece un sistema regido por la gestación por sustitución gratuita y no guiada por lo que puede llamarse motivos mercantiles. Será la función del juez que fiscalice el consentimiento y de la autorización verificar que la gestante no hubiera recibido retribución<sup>109</sup>.

– Se pretende la búsqueda de la eliminación del mercado negro del llamado “alquiler de vientres”.

– Propone un sistema que brinde un marco regulatorio que, en definitiva, tienda a la protección del nacido y reconozca su interés superior, garantizando el derecho de permanecer con quienes se propusieron su búsqueda y la protección de aquella persona que voluntariamente lo gestó en favor de aquéllos.

– Se respeta la voluntad de la gestante, libre y tomada en ejercicio de su autonomía, que será corroborada por el magistrado interviniente en oportunidad de otorgar la autorización correspondiente, en virtud del documento donde prestó aquel consentimiento libre.

En ese sentido, se busca garantizar que el consentimiento sea libre y pleno y que la gestación no importe un perjuicio en la salud de la gestante o, incluso, del por nacer.

– Se evita la consagración de prácticas discriminatorias, dando la posibilidad a que se acceda al método de reproducción asistida en igualdad de condiciones y no únicamente aquellos que tienen los recursos económicos para llevarla a cabo en Estados donde se encuentra permitida.

– Se evita también la consagración de prácticas discriminatorias en tanto viabiliza la posibilidad de que una pareja homosexual compuesta por dos hombres<sup>110</sup> acceda a la procreación con material genético de uno de sus integrantes.

## V. PALABRAS FINALES

Como anuncié en la introducción a este trabajo, la reforma legislativa en materia de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida es

<sup>108</sup> El sistema judicial es el adoptado por la legislación griega. Algunas voces doctrinarias han formulado que hubiera sido conveniente seguir el sistema israelí, optando por un control de tipo administrativo, comité especial interdisciplinario mediante.

<sup>109</sup> Se ha aceptado que por estos acuerdos las mujeres obtengan algún tipo de compensación, sea para la atención de los gastos de embarazo y parto o gastos legales, o bien un monto en concepto de lucro cesante por haber tenido que abandonar sus tareas remunerativas. Será fundamental que la ley que regule la práctica aborde cómo serán la compensación y la retribución onerosa, evitando así que el procedimiento dé lugar a intervenciones judiciales tendientes a la búsqueda de trasfondos onerosos que puedan poner en riesgo el acuerdo.

<sup>110</sup> Obsérvese que el único recurso que tendrían las parejas de dos hombres para la procreación con correspondencia biológica es la gestación por sustitución.

necesaria, tanto en razón del estado de evolución de la ciencia médica, como de las necesidades de sus usuarios.

La regulación permisiva o amplia sobre la que se estructura el articulado responde a aquellas necesidades humanas y se sostiene en el régimen constitucional, democrático y pluralista al que adscribe la norma fundamental argentina.



### RESPONSABILIDAD PARENTAL

por MIRTA ILUNDAIN\*

Se nos ha encomendado analizar el título VII del Proyecto de Código Civil y Comercial<sup>1</sup>, relativo a la “Responsabilidad parental”. En adelante nos referiremos a él como el Proyecto. Estamos convencidos de que el tema que nos ocupa está inscripto en uno más abarcador de toda la reforma en materia de derecho de familia, como es el de los “derechos humanos”.

Siguiendo a Carlos Nino en su obra *Ética y derechos humanos* podemos recordar que los titulares de los derechos humanos son todos los hombres (en su denominación genérica, comprensiva de los distintos sexos). Basta con ser “hombres” para poder invocarlos. Son independientes de las circunstancias de *edad*, sexo, raza, credo religioso, político, estatus social, económico o cultural, etc. Todos los hombres tienen un título igual a la titularidad de esos derechos. En nuestro caso, los niños y los adolescentes son los titulares de esos derechos. Según el mismo autor, los derechos humanos son de naturaleza moral y no emanan de normas jurídicas.

Para el filósofo Rabossi, en cambio, la fundamentación es de raigambre jurídica. Ésta se encuentra en los textos de derecho internacional, que desde hace ya décadas los consagran. Esos textos son, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, etcétera.

Sin entrar a tomar partido en la polémica filosófica acerca de la justificación última de estos derechos, entendemos que no se cuestiona que ellos derivan de tres principios básicos, que son: a) el de la inviolabilidad, b) el de la dignidad y c) el de la autonomía de la persona.

“El principio de inviolabilidad de la persona consagra como bien, el derecho a un trato rigurosamente imparcial, genuinamente igualitario de cada individuo, sus intereses y sus deseos. El principio de dignidad resulta codeterminado por el de

\* Especialista en Derecho de Familia. Ex jueza nacional de primera instancia en lo civil con competencia exclusiva en asuntos de familia. Ex profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones, UBA.

<sup>1</sup> Proyecto del Poder Ejecutivo nacional redactado por la comisión de reforma designada por decreto presidencial 191/2011.

autonomía, en cuanto a los planes racionales de vida y a los ideales racionales de excelencia de los individuos; importa el respeto a una dimensión central de esa dignidad. El principio de autonomía es el de la libre realización de cualquier conducta, no perjudicial para terceros”<sup>2</sup>.

La aceptación libre excluye la intimidación, el engaño, la reticencia, la ignorancia, así como el aprovechamiento de necesidades físicas, psíquicas, intelectuales y morales del interlocutor, porque tales cosas anulan o cercenan la libertad.

El principio de autonomía consagra bienes tales como el derecho a gozar de salud física y mental y de verse libre frente a obstáculos externos que obstan a ella, a tener una adecuada educación, a expresar libremente ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas, a gozar libremente de la vida privada, etcétera<sup>3</sup>.

Los juristas W. N. Hohfeld y Alf Ross en sus obras *Fundamental Legal Conceptions* y *Sobre el derecho y la justicia*, respectivamente, mencionan como características de los derechos humanos la de ser *irrenunciables*, porque la autorización del titular no justifica ni convalida las transgresiones a ellos.

Es decir, que entendemos que el derecho internacional de los derechos humanos, con todos los principios y las características que hemos enunciado, y específicamente la CDN, ha impactado sobre los cimientos del derecho de familia, irrumpiendo en la consideración jurídica y en la conciencia social, y de esa manera fue tomado por el Proyecto, y en particular en lo que se refiere a la responsabilidad parental y a los principios que explícita o implícitamente consagra. Éstos son: el interés superior del niño, el de la autonomía progresiva del hijo, el derecho a ser oído, el de mantener vínculos parentales con ambos progenitores en caso de divorcio o separación de hecho (así como también con sus abuelos y con todos los que tengan un vínculo afectivo), la condición de sujetos de derecho del niño y adolescente, el derecho a la educación, a la salud y a la integridad física, psíquica, sexual o moral, a los alimentos, y como contrapartida, el no ser sometido a ningún trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, etcétera.

Se legisla, además, sobre familias ensambladas, una deuda de nuestro derecho con aquellas estructuras familiares en las cuales uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos propios, nacidos con anterioridad a la unión.

Trataremos a continuación aquellas reformas del Proyecto contenidas en el título VII que nos parezcan más relevantes, aun cuando muchas de ellas ya estuvieran instaladas entre nosotros por la jurisprudencia mayoritaria vigente.

## I. “RESPONSABILIDAD PARENTAL” POR “PATRIA POTESTAD”

Fue a la Dra. Cecilia Grosman a quien escuchamos por primera vez, hace varias décadas, hablar de la importancia de cambiar la terminología en algunas instituciones del derecho de familia a fin de adecuarla a los cambios sociales.

<sup>2</sup> CARRIÓ, Genaro, *Los derechos humanos y su protección*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1990, p. 13.

<sup>3</sup> CARRIÓ, Genaro, *Los derechos...*, cit., ps. 18 y 19.

“El uso de expresiones pertrechadas de una alta dosis de carga emotiva para dirigir las actitudes o el comportamiento humano, está destinado a provocar adhesiones o a subrayar aspectos de las características sociales del momento”<sup>4</sup>. “El propósito de todas las disposiciones jurídicas... es influir en la conducta de los hombres y dirigirlos de cierta manera. El lenguaje jurídico tiene que ser considerado, en primer lugar, como un medio para este fin. Es un instrumento de control social”<sup>5</sup>. Una de las claves para tratar de desentrañar los enigmas del lenguaje jurídico es la de tener en claro la función emotiva de las palabras.

Es así que expresiones tales como la de “patria potestad” representan una sociedad con un modelo de familia patriarcal típico, que se ha remplazado hoy por el asociativo, de corte igualitario. Esto ha dado lugar a que se cambie la terminología del Proyecto, reemplazando la expresión, que está en franca revisión desde hace tiempo, a la luz de los postulados de la CDN y de la ley 26.061 (art. 7°). Esto también ocurre en el derecho comparado, donde la mayoría de los países no se refiere al término “patria potestad” sino que algunos utilizan otro término, también en revisión, “autoridad parental”. La expresión más moderna, utilizada en diversas legislaciones y en resoluciones judiciales de tribunales internacionales, es la de “responsabilidad parental”, para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos. Ésa es la denominación que utiliza el Proyecto, ya consagrada por las normas de Austria, Bulgaria, República Checa y Noruega, entre otras.

En relación con esta evolución, podemos decir que el Proyecto modificó no sólo el lenguaje (muy importante por cierto) sino que también hizo una revisión mucho más profunda de diversos institutos que ya se muestran obsoletos en nuestra ley, siempre refiriéndonos al tema que nos ocupa, la “responsabilidad parental”.

Sabemos que una de las funciones del derecho de familia es la de ser instrumento o vehículo del cambio social. Pero no como creencia en la omnipotencia de la ley, sino porque “la subsistencia de la ley antigua y obsoleta establece unas barreras o unos frenos que la vida social ya cambiada y la conciencia social, no admiten y que tienen que levantarse para que el desarrollo social se produzca plenamente”. Porque hay que señalar también “que si la ley no se adecua al cambio, actúa como rémora, freno o factor de perturbación”<sup>6</sup>.

Así, en la época de la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield, los principios que imperaban en el derecho de familia eran totalmente distintos a los que hoy existen, de tal modo que la regulación que rigió las instituciones familiares debía corresponderse con ellos. Las bases fundamentales que dieron forma a su regulación fueron las siguientes: 1) matrimonio religioso indisoluble, 2) incapacidad relativa de la mujer casada, 3) patria potestad marital y del padre de manera exclusiva sobre los hijos, 4) preponderancia del marido en la gestión del régimen de bienes, 5) filiación matrimonial favorecida y discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

<sup>4</sup> CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. corr. y aum., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 22.

<sup>5</sup> OLIVECRONA, Karl, “Lenguaje jurídico y realidad”, *Revista Filosofía y Derecho*, nro. 2, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 43.

<sup>6</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Familia y derecho*, Civitas, Madrid, 1984, ps. 36 y 37.

A través del tiempo, la familia se fue modificando, desde la familia *gens romana*, a la familia nuclear más reducida de nuestro tiempo, en el cual se observa una pluralidad de tipos familiares, como los originados en parejas del mismo sexo, los monoparentales, las ensambladas, etc. Ahora bien, creemos que el instituto de la “*patria potestad*”, tal la denominación actual en nuestra legislación, ha sido uno de los que ha sufrido mayores transformaciones a través del tiempo.

En el derecho romano respondía a una forma de “organización social” en la que la familia constituía un grupo político, al frente del cual se encontraba el *pater familias*.

Planiol y Ripert han definido la “*patria potestad*” como el “conjunto de los derechos y las facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores”, y en relación con la persona “*confiere también el derecho de reducir a prisión a sus hijos*”<sup>7</sup> (derecho de corrección).

En el Proyecto, los sujetos de la relación paterno filial se encuentran en un plano horizontal, donde impera la democracia, y a la hora de decidir, todas las opiniones deben ser escuchadas y tomadas en cuenta. Ambos progenitores tienen los mismos deberes y derechos con respecto al hijo y éste tiene el derecho a expresar su opinión y participar.

Este proceso, además, se inscribe en la necesidad de llenar un vacío en los Códigos Civiles decimonónicos, deficientes en la defensa de los derechos esenciales de la persona. Así aparece en el mundo la llamada privatización del derecho constitucional, por un interés donde se tutela prioritariamente la persona humana, que pasa a ubicarse en el centro del ordenamiento jurídico a raíz del reconocimiento y la consagración de sus derechos fundamentales en los tratados internacionales y en las constituciones políticas. Es entonces, cuando, a través de la firma y la ratificación de los tratados internacionales referentes a los derechos humanos, se produce la humanización y la mundialización del derecho privado y, en especial, del derecho de familia, que aparece en los textos constitucionales. Sin duda, en ese momento, las legislaciones reaccionan y aparecen nuevos Códigos Civiles y surgen los Códigos de Familia, del Menor y los Códigos de la Niñez y Adolescencia que, adaptándose a los principios constitucionales, desarrollan sus preceptos.

A modo de ejemplo señalamos que Bolivia y Panamá cuentan con un Código de la Familia, Perú tiene un Código del Niño y Adolescencia, lo mismo que Bolivia, Ecuador y Brasil. Colombia posee también un Código del Menor, así como en Venezuela existe en su legislación una Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente. La misma Venezuela, en su Constitución, art. 76, inc. 2º, habla del deber compartido e irrenunciable de los padres de criar a sus hijos, así como el de éstos de asistirlos cuando aquéllos no puedan hacerlo por sí mismos.

Dentro de los principios que guían la “responsabilidad parental” en el derecho comparado, y que se aprecian en la mayoría de los países latinoamericanos, podemos mencionar el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación entre los hijos y la igualdad entre los progenitores.

<sup>7</sup> PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. I, Cultura, La Habana, 1945, p. 83.

La Constitución de Bolivia (art. 192, inc. 2°) señala que la autoridad de los padres se establece en interés de los hijos; en la de Panamá, el principio de que todos los hijos son iguales ante la ley; en la de Perú (art. 6°, inc. 3°), todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.

Actualmente, la llamada “patria potestad” es considerada un derecho-función, es decir, que se les atribuye su ejercicio a los progenitores a los efectos de que éstos la ejerzan para cumplir con la finalidad de cuidado y protección de los hijos. El cumplimiento de los “deberes y derechos” tiene diversos propósitos que constituyen, en definitiva, los fines de la responsabilidad parental.

En el Proyecto, una primera finalidad es la de dar protección al niño, niña o adolescente. Se procura, a través de los deberes enunciados en el art. 646, inc. a), proteger a los niños contra el abandono, las enfermedades y cualquier forma de abuso o explotación. La educación contribuye a lograr esos objetivos. La intención es que se los prepare a través de ella para poder enfrentarse solos a su vida y a la sociedad. Un fin ligado al anterior, consagrado en el art. 27.1, CDN, es su desarrollo integral, que comprende el físico, mental, espiritual, moral y social (art. 646, inc. b)).

Entre los objetivos esenciales de este Proyecto está el de respetar la *autonomía progresiva del niño* acorde a la evolución de sus facultades. Que los hijos adquieran más autonomía con su evolución cronológica implica que los padres tengan cada vez menos influencia en la vida de ellos. En realidad, todos los deberes-derechos de los progenitores, enunciados en el art. 646, están encaminados hacia el logro de la autonomía progresiva. Así, los padres deben respetar sus derechos y proporcionar a los hijos la orientación y la dirección, además de la información necesaria para que reflexionen sobre lo que tengan para decir; escucharlos y tomar en cuenta sus opiniones de tal modo que participen en su proceso educativo y formativo.

La autonomía progresiva se consagra también en los arts. 5°, 12, 14, 16, 28, inc. 1°, 29 y 32, CDN: “...Las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales”<sup>8</sup>. Sin embargo, este principio de orden constitucional no había tenido eco hasta ahora en nuestro ordenamiento.

## II. DEBERES DE LOS HIJOS

Los deberes de los hijos están contemplados en el art. 671 del Proyecto. En el inc. a) se repite el deber de respeto preceptuado por el art. 266, Código Civil actual, pero se deroga el de obediencia que consagraba el mismo artículo. Esta derogación tiene que ver con el espíritu de la reforma, donde los hijos tienen una participación en las decisiones de los padres que a ellos los afecten, y está relacionada con el inc. b) del mismo artículo, donde se les impone como deber cumplir con las decisiones de los progenitores, pero con el agregado de que *en tanto ellas no sean contrarias a su interés superior*. En el inc. c) se prevé que, según su edad y desarrollo, los hijos deben prestar a los progenitores u otros

<sup>8</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006. p. 553.



ascendentes la colaboración y el cuidado en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.

### III. PODER DE CORRECCIÓN

El “poder de corrección” de los padres está hoy contemplado en el art. 278, CCiv. En el derecho romano, “el padre ejercía un poder absoluto, ilimitado y perpetuo frente al hijo, que comprendía entre otros derechos el de reconocerlo o no al nacer, juzgar, castigar, vender e incluso matar a sus hijos”<sup>9</sup>.

La primera transformación en relación con el trato hacia los niños se inició con el cristianismo. Se comenzó a condenar el aborto, el infanticidio y el abandono. Se restringió no sólo el “derecho” de los padres sobre sus hijos sino que, al considerar el niño un encargo divino, los padres ya no podían disponer de él<sup>10</sup>. Tanto en Francia como en otros países europeos existieron prácticas generalizadas de indiferencia hacia los niños, como la entrega de éstos a nodrizas inmediatamente después de su nacimiento, la negativa a amamantarlos o las escasas muestras de sufrimiento ante la muerte de un niño pequeño y la extensión generalizada de los internados. La pedagogía del siglo XVII otorgaría una función importante al castigo redentor: para salvar el alma era indispensable castigar el cuerpo<sup>11</sup>. La etapa del “descubrimiento” del niño en el siglo XVIII marca el tránsito, de indiferenciación del niño y el adulto, a la creación de un régimen especial para los niños. “El niño fue separado de los adultos y mantenido aparte, en la escuela y el colegio como en una cuarentena antes de permitir su autonomía en el mundo”<sup>12</sup>. La escuela se transforma en una institución estatal disciplinante y socializadora por excelencia que, además, garantiza el pasaje del niño al estado adulto. La utilización del castigo físico se encontraba legitimada como recurso educativo. Sin embargo, en el curso del siglo XVIII el empleo del castigo corporal comienza a atenuarse y esto da lugar a la modificación de las prácticas escolares. Las ideas de Rousseau y Locke constituyeron un elemento clave para la justificación de este cambio que se consolidaría en el siglo XIX. La primera intervención del Estado sobre un niño maltratado data de 1875. Es el caso de la niña Mary Ellen, de 9 años, que fue sustraída a sus padres por las autoridades judiciales. Este hecho coincide con la creación de la New York Society for the Prevention of Cruelty to Children<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> GATTI, H. E., “Personas”, t. II, 1978, citado por PALUMMO LANTES, Javier M., en “Castigo físico y patria potestad para una crítica a la matriz tutelar”, [www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/castigofisico-patriapotestad-paraunacriticaalamatriztutelar-javier-palummo-lantes.pdf](http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/castigofisico-patriapotestad-paraunacriticaalamatriztutelar-javier-palummo-lantes.pdf) (29/9/2012).

<sup>10</sup> GROSMAN, Cecilia P.- MESTERMAN, Silvia, *Maltrato al menor*, Universidad, Buenos Aires, 1992, ps. 61 y ss.

<sup>11</sup> BADINTER, Edith, *¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 44.

<sup>12</sup> ARIÈS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Taurus, Madrid, 1988, p. 11.

<sup>13</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia y adolescencia en América latina. De la situación irregular a la protección integral*, Ibagué - Forum Pacis, Tolima, 1997, p. 44.

En nuestro territorio, en la época colonial, se aplicaban las Leyes de Partidas en forma supletoria a las Leyes de Indias. En éstas, el castigo de los padres a los hijos debía darse con mesura y piedad, so pena de no merecer los derechos paternales e incurrir en la pérdida de la patria potestad. Sin embargo, el castigo físico a los hijos era aceptado por la sociedad colonial, y pasó de allí al art. 278, Código Civil originario, redactado por Vélez Sarsfield en 1871, donde se consagra el poder de corrección parental al establecer que “los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos; y con la intervención de un Juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres”.

Es decir que el castigo corporal a los hijos nunca fue prohibido en estas tierras. Fue aceptado, aunque con los límites difusos que caracteriza el lenguaje jurídico, con su textura abierta, su vaguedad y ambigüedad características.

Expresiones tales como las que consagran que la corrección debe “ejercerse moderadamente” y la de que debe protegerse a los menores de las “correcciones excesivas” de los padres son icónicas, caracterizan el lenguaje jurídico, son dependientes en última instancia del contenido que le imprima el intérprete. En estos casos será el juez quien, según su valoración de los hechos y del derecho, escogerá la interpretación que considere más adecuada.

El uruguayo Wáshington Beltrán, en 1990, expresó su opinión a favor de las bondades pedagógicas del castigo físico en los siguientes términos: “...Si desde el propio momento en que comete el desliz, una represión, mezcla de severidad y de dulzura, se hace sentir, es seguro que el menor se considerará vencido, dominado y no insistirá pensando en que su yo es impotente, débil, para luchar con la decisión paterna, su guía, su sostén y su consejera”<sup>14</sup>.

Dijimos que a fines del siglo XIX se inicia una batalla contra el poder paterno de corrección. Se consideró necesario que el Estado intervenga. Así, el “movimiento tutelar” comienza un proceso tendiente a la abolición del poder familiar y al establecimiento de una tutela del Estado sobre la familia y sus miembros.

Es recién en 1985, entre nosotros, con la sanción de la ley 23.264 que, a pesar de mantener el poder de corrección de los padres, que debe “ejercerse moderadamente”, se excluyen los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores.

Los jueces, según el art. 278, CCiv., deben resguardar a los niños de las “correcciones excesivas” de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones correspondientes, si correspondieren.

En el derecho comparado existen dos tendencias bien definidas con relación a la facultad de corrección por parte de los padres hacia sus hijos.

La postura de nuestro Código Civil, incluso en su versión de la ley 23.264, que admite un derecho a la corrección que debe ser “moderada y razonable”. En esta postura no hay manera de entender que se prohíba el castigo físico, aun con el agregado de 1985: “...Debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos, etc.”, cuando lo único que está previendo con ello son límites a ese castigo.

<sup>14</sup> BELTRÁN, Wáshington, *Cuestiones sociológicas. Lucha contra la criminalidad infantil*, p. 54, cit. por PALUMMO LANTES, Javier M., “Castigo físico...”, cit.

Coincidimos con las Dras. Cecilia Grosman, Silvia Mesterman, Marisa Herrera y Verónica Spaventa, quienes en enjundiosos trabajos sobre el tema han considerado que el art. 278, CCiv., admite, de modo implícito, como medio educativo, la producción de un daño físico a los hijos<sup>15</sup>. En igual sentido legislan Panamá, El Salvador, Chile, Costa Rica, Colombia, Cuba, Honduras y Brasil, entre otros.

La otra tendencia *prohíbe expresamente* todo castigo corporal. Entre otros países, se encuentran Finlandia, Noruega, Austria, Chipre, Dinamarca, Croacia, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Islandia, Ucrania, Rumania, Inglaterra y Suecia.

Celebramos que en el Proyecto, en el art. 647, se haya optado por esta segunda postura, que se encuentra en consonancia con la doctrina internacional de los derechos humanos, ya que a través de la ratificación de la CDN (art. 19, párr. 1°) nos comprometimos como país a adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

De acuerdo, además, con estas normas internacionales, en el art. 9°, ley 26.061, se reconocen los derechos a la dignidad y a la integridad física, sexual, psíquica y moral de los niños y adolescentes.

También, las leyes conocidas como de Prevención de la Violencia Doméstica o de Prevención de la Violencia de Género siguieron en la línea de adecuación de nuestras normas a los estándares internacionales que deberían tener un broche final con la aprobación del Proyecto en análisis que, al sustituir el art. 278, CCiv., por la prohibición pura y simple de los malos tratos en el art. 647, terminaría con la contradicción del art. 278, Código Civil actual.

La lógica familiar de la sociedad de hoy “se funda en una concepción democrática donde el ejercicio de las responsabilidades parentales relativas al cuidado y la educación de los hijos/as es más abierta, participativa y plural, y por sobre todo, horizontal en tanto todos/as los/as integrantes de la familia son sujetos que requieren igual consideración, atención y respeto, de acuerdo a sus particulares necesidades, capacidades y habilidades”<sup>16</sup>.

Esta celebrada postura asumida por el art. 647 del Proyecto se encuentra en consonancia con los derechos-deberes de los progenitores para con los hijos, contemplados, como ya dijimos, en el art. 646 del Proyecto, que tienen que ver con la consideración de los niños como sujetos de derechos, como seres autónomos a los que se debe escuchar (art. 646, inc. c) orientar y dirigir (art. 646, inc. d)], pero no para someter, dominar o imponer ideologías, sino para que puedan llegar en forma autónoma al “ejercicio y efectividad de sus derechos” (art. 646, inc. d], *in fine*).

De la lectura de los incisos de este artículo se desprende que se ha tomado como modelo de vínculo entre padres e hijos el del diálogo entre los sujetos de la relación, que implica una activa participación del hijo, al que se debe preparar

<sup>15</sup> GROSMAN, Cecilia P - MESTERMAN, Silvia, *Maltrato al menor*, cit., p. 72; HERRERA, Marisa - SPAVENTA, Verónica, “Vigilar y castigar... el poder de corrección de los padres”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año X, ps. 63-85.

<sup>16</sup> HERRERA, Marisa - SPAVENTA, Verónica, “Vigilar y castigar...”, cit., p. 72.

para la libertad, promover el desarrollo de su persona, sin avasallamientos, y hacia allí debe dirigirse el proceso de aprendizaje. Así, los niños deben participar y ser escuchados en los procesos de cualquier tipo que puedan afectarlos y tienen derecho a opinar aun en contra de lo que piensan sus padres. En estos casos, estos últimos deberán argumentar sus posturas y no bastarán las respuestas dogmáticas del modelo autoritario.

“Ahora bien, los derechos del niño en modo alguno significan el naufragio de las facultades educativas de los adultos. Por el contrario, al mismo tiempo que el niño o adolescente reclama una franja de libertad para el desarrollo de su potencial humano, exige un marco de contención con reglas y límites. La función paterna debe ser continente y a la vez propiciatoria”<sup>17</sup>.

Para poder lograr estos objetivos se requiere que la interacción de los padres con los niños tenga en cuenta las “necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo” (art. 646, inc. b)).

El art. 647, después de consagrar la prohibición de los malos tratos, contiene un último párrafo que prevé que los progenitores puedan solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado. Es decir que el Estado debe cumplir un rol de apoyo en la labor de los padres.

#### IV. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Nuestra legislación, hasta el momento, sólo contempla el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental o “patria potestad” cuando los padres conviven. En ese caso, el ejercicio de la llamada “patria potestad” está entregado a ambos padres en forma conjunta sin mediar supremacía de uno por sobre el otro, estableciéndose el principio de igualdad entre los progenitores. Si bien el ejercicio es conjunto, no todos los actos deben ser realizados de esta forma. Esto dilataría mucho el actuar, lo que podría provocar perjuicios al hijo. Al tratar de encontrar mayor dinamismo en estas situaciones se buscó un equilibrio de las dos voluntades, al decir que algunos actos pueden ser realizados por uno solo de los padres y se presume el consentimiento del otro progenitor. Esta presunción no se extiende para otro tipo de actos que requieren el consentimiento expreso de ambos.

También existen casos de ejercicio individual, donde ambos ostentan la patria potestad pero la ley otorga el ejercicio a uno:

- a) Cuando los padres no viven juntos. Se consagra en estos casos el derecho-deber de comunicación del otro con el hijo y la facultad de supervisar su educación.
- b) Los desacuerdos reiterados: el juez atribuye en forma temporal, total o parcialmente a uno el ejercicio o distribuye las funciones.
- c) En caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad de ejercer la patria potestad de uno y también cuando existe privación o suspensión.
- d) Cuando la filiación está determinada con respecto a uno solo de los padres, caso en el cual la titularidad también es individual.

<sup>17</sup> GROSMAN, Cecilia P, “Los derechos del niño en las relaciones de familia en el final del siglo XX”, LL 1999-F-84 a 85.

Como observamos, nuestra legislación actual privilegia el principio de la “tenencia” única cuando los padres se separan o divorcian. Será el que conviva con el hijo el que ejerza la patria potestad. Ello implica un juicio de valor respecto de la titularidad y del ejercicio a favor de ambos padres, ya que se fuerza una elección entre el padre y la madre, en el caso que no vivan juntos. Esta opción la pueden realizar los propios interesados o el juez en caso de desacuerdo. La legislación no contempla otras formas de ejercer la tenencia, lo que lleva a buscar en la doctrina y alguna jurisprudencia la manera de instalar el tema de la patria potestad compartida a través de sentencias, comentarios o artículos de doctrina.

La tenencia uniparental de nuestro Código ha demostrado en la experiencia cotidiana que el someter al hijo a una sola manera de “ver las cosas” en cuanto a educación, formación, etc., en gran cantidad de casos hace que el progenitor con el que no convive disminuya el contacto con sus hijos, escatime el cumplimiento de sus obligaciones parentales, hasta hacerlas, a veces, cesar por completo. Por otro lado, el que convive con ellos se siente el “dueño” de los niños, quienes vislumbran que de alguna manera “pierden” generalmente al padre, que deja de cumplir con su rol, en detrimento del principio que debe prevalecer, como es el del *interés superior del niño*”.

El Proyecto, en cambio, en el capítulo 4, arts. 648 y ss., consagra que la responsabilidad de los padres sobre los hijos no debe ser prioridad de uno de los progenitores sino un derecho-deber de los dos y debe ser ejercido por los dos, en beneficio del hijo. Esto implicaría evitarle al niño la angustia e incertidumbre sobre su futuro y que el nuevo estado de familia no signifique un cambio sustancial para ellos, “porque un padre que no puede estar con su hijo siente un profundo dolor, pero un hijo que no puede ver o estar con su padre es un sujeto en construcción al que se le está negando una parte de su historia, de su identidad y de su capacidad de elección. ¿Qué clase de futuro podrá construir así?”<sup>18</sup>.

Se trata de reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes.

Se puede señalar que la guarda compartida o cuidado personal compartido, según la denominación del Proyecto, es el mecanismo conforme al cual la pareja de padres, aun viviendo separados, participa en la cotidianeidad del hijo, compartiendo todas las tareas y los requerimientos relativos a la conducción de su educación y a la toma de decisiones, de manera que el niño sienta la presencia de ambos en su desarrollo y crianza. Este principio se consagra expresamente como un deber de los progenitores en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 16, nro. 1, d, y por supuesto como un derecho de los hijos en la CDN. En relación con esta última, el art. 3.2 dice que los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y los cuidados que sean necesarios para su bienestar. Seguidamente se establece que se deben tener en cuenta los derechos y los deberes de sus padres.

<sup>18</sup> RAIMUNDI, Carlos, “Proyecto de ley de responsabilidad parental compartida. Fundamentos”, 13/6/2008, diputados firmantes: Raimundi, Macaluse, García Méndez, Gorbacz y Bélous.

El art. 18, CDN, consagra que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y el desarrollo del niño, la responsabilidad primordial de estos deberes recae en los padres, cuya preocupación fundamental es el interés superior del niño. El art. 9º, párr. 1º, señala que el niño no puede ser separado de sus padres, a excepción de que la separación sea necesaria por su interés superior. El párr. 3º del mismo artículo se ubica en la situación de que el niño esté separado de uno o ambos padres y, en tal caso, se consagra su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular. La CDN no distingue en relación con la convivencia o no de los progenitores, por lo que se hace imperativo concluir que este derecho a la coparentalidad le pertenece a todos los hijos por igual (sus padres convivan o no). Lo contrario implicaría una discriminación en razón del estado civil o de la situación de hecho que afecta a los progenitores, discriminación proscripta por el art. 2º, CDN.

Por otro lado, en los hechos, las funciones del cuidado de los hijos ya no sólo están a cargo de la mujer, sino de ambos progenitores. Efectivamente, en las familias se han modificado los roles y el hombre puede ejercer tareas en otros tiempos sólo reservadas a las mamás, y estas últimas aportan con frecuencia al hogar con su trabajo fuera de él. Esto ocurre tanto cuando la pareja convive como cuando se ha disuelto.

El proyecto de compartir responsabilidades sobre los hijos va mucho más allá de la elección del lugar de residencia y debe ser definido en términos relacionales, teniendo en cuenta cuál va a ser la manera en que se desarrollará mejor la relación del hijo con cada uno de los progenitores.

La convivencia con ambos padres produce grandes ventajas. Entre ellas, la inclusión más fluida en el nuevo grupo familiar de cada padre, la disminución de los problemas de lealtades, la participación de ambos en la toma de decisiones, la mejor distribución de las tareas de crianza, que los niños no sean utilizados como armas de presión para conseguir determinados fines.

Las críticas a este sistema, que se refieren a la adaptación de los hijos a dos casas, a los problemas con niños muy pequeños o a problemas prácticos como la distancia entre los padres, entendemos que no alcanzan a conmovir la fuerza de la conveniencia. Coincidimos con el Dr. Carlos Arianna cuando expresa que “los acuerdos de esta naturaleza inhiben en los hijos la angustia producida por el sentimiento de pérdida del padre que no tiene la custodia, también los ex cónyuges obtienen ventajas del sistema... ya que aligera las sobrecargas de responsabilidades que aflige comúnmente al cónyuge que detenta la guarda”<sup>19</sup>.

Coincidimos, entonces, con la doctrina favorable a la responsabilidad parental compartida en virtud de ser “una modalidad que beneficia en primer lugar a los hijos, pues la interacción permanente con sus padres contribuye a su formación espiritual y material, descubriendo que cada uno de ellos tiene su código, el que implica la existencia de hábitos, prohibiciones, tolerancias, etc., para poder madurar y crecer en relación a los otros. En segundo lugar a los padres, demostrarles a sus hijos que son capaces y responsables de mantener un contacto pacífico

<sup>19</sup> ARIANNA, Carlos, “Régimen de visitas”, comentario a fallo, RDF, nro. 2, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, p. 122.

para continuar juntos la formación y educación del mismo, en el respeto como forma de adultez. Y en tercer lugar con los jueces, porque dictarán sentencias más ajustadas a la realidad y acordes a las necesidades de los niños y sus padres”<sup>20</sup>.

Antes de entrar al estudio de la responsabilidad parental en el Proyecto, y como ya hemos hecho alusión a la importancia del cambio de la terminología jurídica para adecuarla a los nuevos paradigmas, diremos que no aparece en él el vocablo “tenencia”. “El significado de esta expresión es por demás elocuente: ocupación y posesión actual y corporal de una cosa”. Pero como ya lo dijo la Corte Suprema, los niños son sujetos y nunca objetos de derechos de terceros<sup>21</sup>. Como consecuencia de ello, y de que los niños y adolescentes son iguales en dignidad y derechos a los adultos, se ha suprimido el vocablo referido por la expresión “cuidado personal de los hijos” (arts. 648 y ss.).

Lo mismo ha ocurrido con la expresión “derecho de visitas”, sumamente criticada por la doctrina, tanto por la palabra “derecho,” en atención a que se trata de un “deber jurídico de atender a la formación, corrección y vigilancia del niño”, como por el vocablo “visitas”<sup>22</sup>. Sobre el punto hay acuerdo entre los autores acerca de que la palabra no refleja el verdadero contenido de la relación que debe tener el niño con el progenitor con el que no convive. Por eso, el Proyecto la sustituyó por la expresión *derecho-deber de comunicación* (art. 652).

La titularidad de la responsabilidad parental se mantuvo en cabeza de ambos progenitores como en el sistema vigente y, como dijimos antes, está tratada en los arts. 638 y ss. El ejercicio de esa responsabilidad en caso de convivencia se mantiene en cabeza de ambos, mientras que en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio se concede también a ambos progenitores.

Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del art. 645, que por su importancia requieren la conformidad expresa de ambos.

Por último, establece que por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio puede atribuirse sólo a uno de ellos o establecerse distintas modalidades.

## V. CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

A los deberes y las facultades de los progenitores respecto de la vida cotidiana de los hijos, el Proyecto los denomina “cuidado personal” y los contempla en los arts. 648 y ss. La misma norma define el *cuidado alternado* como aquel en el que el hijo pasa períodos con cada uno de los progenitores, y el *indistinto*, cuando el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de ellos, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. Si bien manifiesta que ese cuidado puede ser ejercido por uno de

<sup>20</sup> Proyecto de ley de responsabilidad parental compartida, cit.

<sup>21</sup> Corte Sup., 29/10/1987, ED 128-540. MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 672.

<sup>22</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, t. II, 2ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 398.

los padres o por ambos, cuando éstos no conviven (art. 649) privilegia el cuidado personal compartido en toda la normativa. Asimismo, consagra que este último puede ser alternado o indistinto (art. 650).

Los padres pueden presentar un *plan de parentalidad* (art. 655) relativo al cuidado del hijo con las modalidades y las responsabilidades que cada uno de ellos asume en su crianza, régimen de vacaciones y otras fechas significativas para la familia, así como también el régimen de relación y comunicación cuando el hijo conviva con el otro progenitor. Este plan, por supuesto, podrá ser modificado en las diferentes etapas de la vida del niño y de las necesidades del grupo familiar.

Es muy importante la inclusión en esta norma del art. 655, la recomendación de que los padres deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación. Esto no hace más que ratificar la importancia que se le da a la opinión del menor de edad, como sujeto de derechos, ya reconocido en las leyes internacionales e internas al respecto.

Cuando los padres no se pongan de acuerdo en la presentación de un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, a pedido de ellos o de oficio el juez decidirá. La norma del art. 651 brinda la pauta que regirá esa decisión y privilegia en primer término el cuidado compartido con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

Estamos de acuerdo con que se haya dado prevalencia al cuidado compartido, pero entendemos que debió haberse dejado a criterio del juez, según las circunstancias del caso, la modalidad con la que debería ser otorgada, ya que no creemos que la elegida sea la más beneficiosa en todos los casos y que dependerá de las particularidades de cada familia y de cada caso especial.

En los últimos años, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Organización de las Naciones Unidas apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño. Las legislaciones europeas que contemplan la responsabilidad parental compartida, con diferentes modalidades, son: Suecia, Italia, Bélgica, España, Inglaterra y Gales, República Checa y, sobre todo, Francia, donde en febrero de 2001 se presentó el proyecto del gobierno, luego aprobado por la Asamblea General en diciembre de ese año, en el cual por primera vez un gobierno europeo reconoce que el régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño. En aquel momento, el proyecto francés, en sus fundamentos, afirmaba: "La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del menor".

También estamos de acuerdo en que se califique como *excepcional* el supuesto en que el cuidado personal deba ser unipersonal, aunque en todos estos casos el otro progenitor tiene el derecho-deber de colaboración con el conviviente (art. 653, último párrafo). Además, ambos tienen el deber de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y los bienes del hijo.

En este sentido, es muy acertada la regla del art. 653, inc. a), según la cual el juez debe ponderar, en primer término, que el progenitor que debe tener prioridad es el que facilita el derecho del hijo a mantener trato regular con el otro.



De las otras directivas, como son las de tener en cuenta la edad del hijo, la de mantener el *statu quo* y *escuchar la opinión del niño*, resaltamos particularmente esta última. Nuestra posición sobre el punto consiste en sostener que los jueces tienen el deber de habilitar la participación del niño en los procesos, cualquiera fuera su edad, en distintos niveles y formas de participación. El niño como persona, sujeto de derechos, incluso el lactante, debe ser “escuchado”, aun cuando sea incapaz de expresarse por medio de un lenguaje inteligible para el adulto. En estos casos, la escucha se materializará a través de psicólogos u otros profesionales especializados<sup>23</sup>. Para niños que pueden expresarse por medio del lenguaje que un adulto no especializado pueda decodificar es importante que el juez esté preparado para poder hacerlo y brindarle un ambiente de confidencialidad en el que los niños no se sientan presionados a decir aquello que los adultos de los que dependen estén esperando que digan.

Los términos excesivamente amplios de la CDN (art. 12.2) hacen que el niño pueda ser escuchado “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”. Sin embargo, la buena doctrina considera que, al margen de los contactos del niño con los órganos auxiliares, resulta atinado que el juez conozca personalmente a aquel respecto del cual tomará decisiones trascendentes.

A este respecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el 5/12/2007, en “B., G. S. v. M. G., R. A.”, ha dicho: “Por cierto que escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias. Ello ocurrirá si de los elementos obrantes en poder del Juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés. En ese caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos dirigidos a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor, el Juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida”.

## VI. GUARDA A UN TERCERO

El Proyecto subsana en el art. 657 la carencia actual de una normativa al respecto y otorga efectos jurídicos a situaciones que se dan en los hechos y que no están previstas por el derecho. Es así que cuando exista un supuesto de gravedad tal en el que el niño no pueda vivir con sus padres, el juez podrá otorgar la guarda a un tercero. De acuerdo con la normativa vigente se privilegiará a la familia extensa, si es viable, aunque lo norma no lo especifique. También esa guarda podrá ser conferida a un tercero ajeno a ella. No podrá ser otorgada por un plazo mayor de un año, prorrogable por razones fundadas por igual período. Vencidos los plazos se deberá resolver la situación de los niños o adolescentes a través de otras figuras del Código Civil.

Se debe tener en cuenta que si bien el guardador está facultado para tomar las decisiones atinentes a la vida diaria, la responsabilidad parental queda en

<sup>23</sup> Conf. MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit., p. 477.

cabeza de los progenitores, que conservan los derechos y las responsabilidades de esa titularidad y ejercicio (art. 657, último párrafo).

## VII. ALIMENTOS

En materia de alimentos, lo que se ha consagrado, en algunos casos como novedoso y en otros como creaciones jurisprudenciales que ya se estaban aplicando, tiene que ver con la edad hasta la que se deben prestar alimentos, con la forma de la prestación, con la legitimación para demandar y continuar el juicio, con la “forma” en que deben prestarse esos alimentos al hijo mayor de edad, con el reconocimiento de ellos al hijo no reconocido y a la mujer embarazada, con la forma de distribución de gastos en el caso de cuidado personal compartido con modalidad alternada, con la flexibilización del reclamo a los ascendientes y con el momento desde el que se deben alimentos impagos.

El capítulo 5 (arts. 658 a 670) regula la obligación de alimentos de los progenitores para con sus hijos, hacia quienes se establece que tienen la obligación y el derecho de criarlos, alimentarlos y educarlos, conforme su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

El Proyecto mantiene, como en la actualidad, la obligación alimenticia hasta los 21 años en todos los casos, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Esa obligación se mantiene hasta los 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide al hijo proveerse de medios necesarios para sostenerse en forma independiente. Por supuesto, debe acreditarse la viabilidad del pedido.

El contenido de la obligación alimentaria (art. 659) repite los conceptos del art. 267, CCiv., y agrega “los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio”.

También se establece que los alimentos puedan ser prestados en dinero o en “especie”. Es interesante este agregado, que habilita a que la prestación sea fijada en especie, ya que en muchos casos los progenitores se sienten partícipes en mayor medida en la vida de sus hijos cuando pueden realizar esa contribución directamente en determinados rubros: p. ej., vestimenta, pago del colegio, salud, etcétera.

Por supuesto, ambos progenitores tienen la obligación que nos ocupa respecto de sus hijos. Sin embargo, el art. 660 del Proyecto consagra un principio recogido de la jurisprudencia de los tribunales de familia, que reconocieron que el que ha asumido el cuidado personal del hijo realiza tareas cotidianas que tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

Con relación al hijo mayor de edad (18 a 21 años), el Proyecto, en la segunda parte del art. 662, establece que las partes de común acuerdo o el juez, a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, pueden fijar una suma que el alimentado debe percibir directamente del progenitor no conviviente y que está destinada a cubrir los desembolsos de la vida diaria, como esparcimientos, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que estimen pertinentes. Entendemos, entonces, que el hijo mayor de edad y hasta los 21 años, que conviva con uno de los progenitores, es acreedor de la obligación alimentaria por parte

del otro, que podrá consistir en la que le corresponde percibir y administrar al progenitor con quien convive, más la prevista en la segunda parte de esta norma, que será percibida y administrada directamente por él.

## VIII. LEGITIMACIÓN

El progenitor que falte a la obligación de alimentos puede ser demandado por:

a) El otro progenitor en representación del hijo, no sólo del menor de edad, sino que también puede iniciar y continuar la acción después de los 18 años del hijo. Es muy importante que el Proyecto haya aclarado este punto, porque en la actualidad, al cumplir la mayoría de edad, los alimentados se encuentran en la necesidad de tener que ratificar y continuar el pedido de alimentos del padre con el que convive, en una situación que les produce, en general, máxima incomodidad y las más de las veces son objeto de manipulación por parte de los obligados. Esto adquiere características dramáticas sobre todo cuando los alimentados tienen buena relación con ambos padres y se sienten atrapados en un doloroso conflicto de lealtades.

b) El hijo menor de edad con grado de madurez suficiente con asistencia letrada.

Tendrá, en estos casos, el juez la facultad de interpretar el concepto de “madurez suficiente” de acuerdo con las circunstancias del caso.

c) Si fuera imposible que se den los supuestos anteriores, están legitimados cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

d) La mujer embarazada está legitimada para reclamar alimentos al progenitor presunto. Debe probar en forma sumaria la filiación alegada. Se persigue evitar los daños físicos y psíquicos en la persona en gestación, que se traducen en retrasos mentales, daños cerebrales y en muertes infantiles. Ello, más allá de la responsabilidad del Estado, que a través de políticas sociales deberá implementar acciones positivas para los casos de desamparo, tal como se prevé en los arts. 18 y 27, CDN.

e) El hijo mayor que se capacita, hasta los 25 años, o el progenitor con el cual convive en su representación pueden reclamar alimentos al otro, si la prosecución de estudios o preparación profesional en un arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse en forma independiente. Quien lo promueva debe acreditar la viabilidad del pedido.

En el derecho comparado, si bien es aceptada esta obligación alimentaria en un número creciente de países, se presenta en dos modalidades: a) sin límite de edad: Francia, Italia, Suiza y España, y b) con tope etario: Panamá, Chile, Nicaragua, Perú, El Salvador, Costa Rica, entre otros.

## IX. HIJO NO RECONOCIDO

En el caso del hijo extramatrimonial no reconocido, tiene derecho a alimentos provisorios si acredita en forma sumaria el vínculo invocado. En el caso de reclamar estos alimentos, antes de iniciar el juicio de filiación, el juez fijará un plazo para promover dicha acción. Si no se cumple con esa obligación, cesará la cuota fijada.

## X. ALIMENTOS EN EL CASO DE CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO CON LA MODALIDAD ALTERNADA (ART. 666)

En estos casos, ambos padres se harán cargo de la manutención del hijo cuando permanece bajo su cuidado y los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores. Sin embargo, si hay diferencias en los ingresos de ambos, que importen que el nivel de vida sea diferente, el que cuente con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que *el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares*. Creemos que esta última parte de la norma va a dar lugar a muchas dificultades de interpretación, porque puede darse el caso de que, aun cuando sus ingresos sean equivalentes, la organización familiar de uno de ellos le irrogue mayores gastos, debido a que tenga más personas a su cargo, por ejemplo. En este caso, a iguales ingresos, puede no ser el mismo el nivel de vida del hijo en uno que en otro hogar. Si de lo que se trata es de mantenerlo, tendrá uno de los progenitores que pasar una suma al otro, para que el hijo de ambos goce de él. ¿Aun cuando el resto de la familia no lo tenga? De todos modos creemos que esta norma será objeto de interpretaciones jurisprudenciales que ajustarán su contenido.

## XI. HIJOS FUERA DEL PAÍS O ALEJADOS DE SUS PROGENITORES

La norma del art. 667 fue tomada casi textualmente del art. 284, CCiv., con dos diferencias que tienen que ver con el principio de autonomía progresiva. En el Proyecto no son, como en el texto del Código, los menores adultos ausentes del hogar con autorización de los padres, sino “el hijo que no convive con sus progenitores”, con el agregado de que si es adolescente no necesita autorización alguna del juez del lugar o de la representación diplomática de la República para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. En ese caso, sólo necesitaría el asentimiento del adulto responsable.

## XII. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS

El Código Civil actual, en los arts. 367 y ss., prevé la obligación alimentaria entre parientes. “La fuente de la obligación alimentaria es la ley, que tiene como fundamento la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia; que permite al legislador establecer, fundado en ella, determinadas obligaciones civiles”<sup>24</sup>.

Según gran parte de la doctrina y jurisprudencia imperante hasta los últimos años, con pocas excepciones, esta obligación alimentaria de los abuelos, a diferencia de la de los padres, que se origina en el hecho de la procreación, sólo tiene carácter subsidiario, no simultáneo, y es necesario demostrar no sólo la falta del padre y la imposibilidad de procurar sustento a su prole, sino también la imposibilidad de obtenerlo con su trabajo. Esta tendencia comenzó a modificarse gracias

<sup>24</sup> BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 269.

a un fallo dictado por nuestra Corte el 15/11/2005, que llegó a esa instancia a raíz de un recurso de hecho planteado en el juicio “F., L. v. L., V.”. En contra del pronunciamiento de la sala M de la Cámara Civil que revocó el fallo de primera instancia, que había fijado una cuota de alimentos de \$ 200 mensuales a cargo del demandado, la actora interpuso recurso federal al que adhirió el señor defensor de menores de cámara, cuya denegación dio motivo a la queja. El Alto Tribunal, con argumentos de la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la fijación de una cuota alimentaria a pagar por el abuelo paterno después del incumplimiento del progenitor obligado en primer término. Fundó el fallo en el art. 27, CDN, ya que la sentencia de la alzada sostuvo que había colocado a los menores en peligro grave al no poder cubrir sus necesidades más elementales. Entendió que la aplicación del art. 367, CCiv., desatendió “la consideración del interés superior de los menores, pauta que según ha expresado esta Corte, orienta y condiciona la decisión de los Tribunales”.

La postura del Proyecto, en este caso, recogió en parte la posición de algún sector de la doctrina que sostuvo que la normativa interna “debe verse cotejada con los principios reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados. Es indudable que tal incorporación ha significado, de manera necesaria, la flexibilización de ciertos preceptos legales, que con anterioridad a la reforma constitucional, parecían inmutables. Es así que la CDN en el art. 27 reconoce el derecho a todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, moral, mental, espiritual y social. Esta obligación recae naturalmente en los padres o puede hacerlo en ‘otras personas responsables’ (art. 27, inc. 3°)”<sup>25</sup>.

Proponen estos autores, en atención a que las necesidades de los niños son impostergables y por el peligro que puede acarrear la demora en el cumplimiento de la obligación, la fijación de una cuota alimentaria provisoria a cargo de los abuelos hasta tanto se acrediten los presupuestos correspondientes para hacer viable la demanda. Parece ser ésta la posición que adoptaron los redactores del Proyecto en el art. 668, cuando consagra que los “alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”.

### XIII. PADRES ADOLESCENTES

Creemos que es un tema de importante trascendencia si tenemos en cuenta que en los últimos años han aumentado considerablemente los embarazos adolescentes. Actualmente, los abuelos gozan de una presunción legal de idoneidad, por el mero hecho de convivir con sus nietos.

La actual redacción del art. 264 bis es una clara norma discriminatoria respecto de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, violatoria del art. 240, CCiv. (igualdad entre las filiaciones), del art. 2°, CDN, del art. 16, CN (principio de la igualdad ante

<sup>25</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. II, p. 975.

la ley), del art. 17.5, Convención Americana de Derechos Humanos (la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio), del art. 16.1, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (deben reconocerse los mismos derechos y responsabilidades como progenitores en la materia relacionada con sus hijos, cualquiera sea su estado civil).

Por otro lado, la CDN considera los menores de edad “personas”, “sujetos de derecho”, que, como tales, gozan de los mismos derechos que los adultos. Uno fundamental es el de ser oídos, por lo que sería violatorio de estos principios que los abuelos tomaran decisiones sobre sus nietos sin oír a los padres menores de edad, y sin que sean oídos en un proceso judicial.

El Proyecto, en el art. 644, atiende a los principios de autonomía progresiva al permitirles sentirse responsables mediante la toma de decisiones respecto de sus hijos y también de poder realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Ya en las XIX Jornadas de Derecho Civil de 2003 se dijo que “los progenitores menores adultos no emancipados, tienen el ejercicio de todos los derechos y deberes que comprende la autoridad parental. Pueden celebrar acuerdos y reclamar en defensa de los intereses de sus hijos, sin necesidad de asistencia de sus padres”.

En el caso que nos ocupa, el Proyecto trata de lograr un equilibrio entre los derechos del niño y sus padres, sin lesionar los derechos de estos últimos. Por ello, las personas que ejercen la responsabilidad parental sobre un progenitor adolescente pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño. También podrán intervenir cuando el progenitor omita actos necesarios para su adecuado desarrollo. En estos casos, entendemos que se les debe garantizar a los progenitores adolescentes un asesoramiento adecuado, a efectos de que tomen decisiones acertadas respecto de los cuidados a sus propios hijos.

En cuanto a los actos trascendentales para la vida del niño que puedan lesionar gravemente sus derechos, el Proyecto da ejemplo de ello cuando menciona la adopción o las intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro su vida. En esos casos, el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el *asentimiento* de cualquiera de los propios progenitores. En caso de conflicto podrá ser sustituido por el juez a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

La mayoría de edad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

#### XIV. ACTOS QUE REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS PROGENITORES

El art. 645 requiere el consentimiento expreso de ambos (en los casos de doble vínculo filial) para los actos de gran trascendencia, como

1. Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
2. Para salir de la República o cambio de residencia permanente en el extranjero.
3. Autorizarlo para estar en juicio en los supuestos que no puede actuar por sí.

4. Administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración.

Es muy importante tener presente que en todos estos casos se requiere el consentimiento expreso de los hijos adolescentes, cuando ellos son los involucrados. Este precepto no hace más que ratificar la concepción del menor de edad como sujeto de derechos, presente en toda la reforma.

Lo que rescata el art. 645 del art. 264 quáter, Código Civil hoy vigente, es el hecho de que ante el conflicto resuelve el juez teniendo en mira el *interés familiar*.

## XV. FAMILIAS ENSAMBLADAS

El capítulo 7 del título VII del Proyecto está dedicado a los progenitores e hijos afines, a los que en doctrina se conoce como familias ensambladas. Éstas son estructuras familiares originadas en el matrimonio o unión de hecho, en las cuales uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos propios nacidos con anterioridad a esta unión. Dentro de esta categoría entran las segundas o ulteriores nupcias o uniones de hecho de viudos/as y divorciados/as y aquellas otras en las cuales uno de los cónyuges o convivientes es soltero y el otro viudo o divorciado.

Desde el punto de vista psicosocial, la tarea básica en estas familias consiste en instituir un nuevo sentido de identidad familiar por el cual cada miembro se sienta parte del sistema<sup>26</sup>.

La evolución del derecho de familia nos permite ver que en el ámbito legal las nuevas uniones, cuando había hijos de un matrimonio anterior, no eran recibidas con beneplácito, particularmente en el caso de las madres viudas.

En las *Partidas* se ordenaba sacar al huérfano del poder de la madre, porque los sabios decían que la mujer suele amar tanto al nuevo marido que no solamente le daría los bienes de sus hijos, sino también podían consentir la muerte de ellos “por *fazer plazer* a su marido”<sup>27</sup>.

Tanto en las leyes romanas como en Francia, hacia mediados del siglo XVI esta desconfianza con la que se trataba a las nuevas uniones se traducía en que se aseguraba que los hijos del primer matrimonio tuvieran un derecho exclusivo sobre los bienes de origen paterno si la madre contraía nuevas nupcias. Al mismo tiempo, se le restringía a esta última el monto de los bienes de los que podía disponer a favor del segundo esposo. Por otro lado, se juzgaba peligroso que el padrastro interviniese en la educación de los hijos de su esposa por el riesgo que corrían sus vástagos.

En el Código español, los hijos menores de 25 años podían dejar la casa paterna sin licencia del padre o la madre en cuya compañía vivían cuando el padre o la madre hubieren contraído ulteriores nupcias.

En nuestra legislación, la viuda que tenía hijos menores de edad y celebraba nuevo matrimonio debía pedir al juez que les nombrara tutor y, si no lo hacía, era responsable con todos sus bienes de los perjuicios que sufrieran los intereses de

<sup>26</sup> GROSMAN, Cecilia P. - MESTERMAN, Silvia, “Organización y estructuras de las familias ensambladas”, RDF, nro. 2, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, ps. 29 y ss.

<sup>27</sup> Ley 19, tít. XVI, Partida 6ª, citado por GROSMAN, Cecilia P. - MESTERMAN, Silvia, “Organización y estructuras...”, cit. p. 36.

los hijos. La misma responsabilidad tenía el marido de ella (art. 239, Código Civil original). El art. 308 del mismo Código, derogado por la ley 10.903, disponía la pérdida de la patria potestad para la madre viuda que contrajese nuevas nupcias.

En la Argentina, el proceso de divorcio (que no otorgaba nueva aptitud nupcial) y las nuevas uniones de hecho comenzaron a visibilizarse como un fenómeno significativo durante los años setenta. Estas nuevas familias eran valoradas en forma negativa por la jurisprudencia, ya que cuando se planteaban problemas de tenencia o régimen de visitas, en general, los jueces alegaban que podría resultar peligroso para los niños alternar con el nuevo grupo familiar del progenitor que lo hubiese formado. Eran pocas las voces que se alzaban en contra de esta postura. La reforma de 1987 significó un paso trascendente para vincular y colocar a las nuevas familias dentro de la legalidad.

“El nuevo grupo familiar carecía de denominación y no tener nombre colaboró durante mucho tiempo a su invisibilidad estadística, jurídica y social. Para suplir esta falencia, la doctrina y la práctica psicoanalítica las comenzaron a llamar ‘familias ensambladas’ a las que en derecho anglosajón se las llama *stepfamily*”.

El X Congreso Internacional de Derecho de Familia, realizado en Mendoza, Argentina, en 1998, recomendó el uso de la denominación “familia ensamblada” como una categoría sociológica que tiene como finalidad encuadrar el objeto de estudio y promover su visibilidad en el ámbito institucional y científico<sup>28</sup>.

El derecho actualmente no contempla estas familias como totalidad, sino sólo los vínculos interindividuales que se forman con su constitución. En relación con estos vínculos debemos decir que, dado que hay entre ellos un vínculo de afinidad de primer grado, la norma del art. 363, CCiv., los llama “padrastrós” y “madrastras”. Estas palabras, que conllevan una fuerte carga emotiva, han sido reemplazadas en el Proyecto por las denominaciones “padre afín”, “madre afín” e “hijo afín”.

De acuerdo con el art. 368, CCiv., y por ser afín en primer grado, el/la padrastró/madrastro debe alimentos a su hijastro/a sin interesar que convivan o no y sin interesar que sea hijo matrimonial o extramatrimonial. Esta responsabilidad de manutención es subsidiaria porque los consanguíneos son llamados en primer término.

El Proyecto en estudio, en el capítulo 7 (arts. 672 a 676), contempla expresamente los deberes y los derechos de los progenitores e hijos afines. Incluye, además, el conviviente, no sólo el cónyuge, como progenitor afín del hijo de aquel con quien convive y que tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Considera deberes del progenitor afín (art. 673):

- a) Cooperar en la crianza y la educación de los hijos del otro.
- b) Realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.

Entendemos que el antecedente de esta norma es el Código Civil suizo, que en el art. 299 dice “apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la

<sup>28</sup> Conf. GROSMAN, Cecilia P.- MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 34.



autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan”.

Es decir que esta cooperación se dará cuando el progenitor se encuentre impedido de actuar y fuere necesario hacerlo sin demora o cuando se trata de actos usuales y cotidianos concernientes al niño. Se trata de una asistencia en la cual, en caso de desacuerdo, la decisión final pertenece sólo al titular de la responsabilidad parental.

## XVI. DELEGACIÓN EN EL PROGENITOR AFÍN

El art. 647 establece o consagra la posibilidad de que el progenitor a cargo del ejercicio de la responsabilidad parental pueda delegarla en el progenitor afín en caso de que por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria no pueda ejercerla y siempre que exista imposibilidad o inconveniencia para que el otro progenitor la ejerza. Esta norma toma en consideración la especial relevancia del medio familiar en que se vino desarrollando la vida del niño o adolescente, los lazos que se han ido creando con las personas de su entorno (nuevos hermanos, etc.). Creemos que se privilegió por ello que, en estos casos, continuara viviendo con su padre o madre afín, sin cambiar de casa, de entorno familiar, etc., sobre todo cuando el otro progenitor no estaba ejerciendo el cuidado personal del niño.

Este caso requiere la homologación judicial, donde el juez deberá, como en todos los casos en que decida sobre ellos, escuchar al niño o adolescente. De este modo, será la decisión judicial la que tome en cuenta las características del caso y el mejor interés del niño o adolescente para homologar los acuerdos de delegación temporaria de la responsabilidad parental en el progenitor afín. La homologación no será necesaria cuando el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

El art. 675 del Proyecto propone que en caso de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el otro progenitor pueda asumir dicho ejercicio juntamente con su cónyuge o conviviente. Ello dará lugar a un acuerdo que también deberá ser homologado judicialmente. En estos acuerdos, como en los anteriores, será fundamental que los niños o adolescentes sean oídos. Siempre primará en caso de conflicto la decisión del progenitor y el ejercicio para el afín se extinguirá con la ruptura del matrimonio o la unión convivencial.

## XVII. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS PROGENITORES AFINES

El art. 676 establece la obligación alimentaria del padre o madre afín. Ya existe, como dijimos, en el art. 368, Código Civil actual, para los afines de primer grado, es decir, sólo cuando haya matrimonio, mientras que en este caso también se extiende al conviviente.

Esta obligación tiene carácter subsidiario. Es decir que el deber alimentario tiene que ser satisfecho en primer término por los parientes consanguíneos, sólo cuando éstos no tuvieren recursos o fueren insuficientes opera la obligación del progenitor afín. En los hechos, cuando los progenitores afines trabajan fuera del

hogar y conviven con los niños o adolescentes (hijos afines) en la generalidad de los casos contribuyen al mantenimiento de los gastos comunes de la familia, entre los cuales se encuentran los que corresponden a sus hijos afines. Todo de acuerdo con sus posibilidades.

Este deber alimentario cesa en caso de disolución del vínculo conyugal o de ruptura de la unión convivencial. Sin embargo, introduce un supuesto que creemos muy acertado para el caso en que el cese abrupto de esta obligación pueda ocasionar un daño grave al niño o adolescente, cuando el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro. En dichos casos se previó en el mismo artículo la posibilidad de que sea fijada por el juez una asistencia transitoria al hijo, por parte del padre o madre afín, que tendrá en cuenta el tiempo de la convivencia, las necesidades del alimentado y las condiciones de fortuna del obligado.

### XVIII. ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

En estos aspectos, así como en todo el Proyecto, en los temas relativos a su capacidad, éstos están atravesados por el principio de autonomía progresiva. Así, en los arts. 677, 678, 679, 684 y 690, en algunos casos se presume que existe “autonomía suficiente” y, en otros, ese grado de “madurez suficiente” será necesario determinarlo.

Los siguientes son ejemplos de la situación planteada:

1. Existe *presunción* de madurez suficiente en el caso de hijos adolescentes que podrán estar en juicio con sus progenitores y aun de manera autónoma con asistencia letrada.

2. Si el juez considera que hay *madurez suficiente*, previa audiencia del oponente y el Ministerio Público, podrá autorizarlo para iniciar juicio civil aun con oposición de sus padres (art. 678).

3. Si cuentan con la *madurez suficiente* podrán reclamar a sus progenitores por sus propios intereses (art. 679). Aquí no se necesita autorización judicial previa, pero de todos modos pareciera que el juez debe decidir si hay *madurez suficiente*.

4. Cuando los progenitores celebren contratos con terceros en nombre de los hijos, deben informar a los que cuentan con *grado de madurez suficiente* aun cuando se encuentren en los límites de su administración (art. 679).

5. En los contratos de escasa cuantía realizados por los niños y adolescentes se presume la conformidad de los progenitores (art. 684).

De todos modos, en cada caso en concreto, la interpretación judicial acerca de la “madurez suficiente” y “escasa cuantía” será definitoria en la resolución del conflicto que se pueda plantear en los ítems anteriores.

### XIX. DEROGACIÓN DEL USUFRUCTO DE LOS PADRES

En el art. 697 del Proyecto se introduce una innovación que merece especial atención, como es la derogación del usufructo paterno en los bienes de los hijos, hoy previsto por el art. 287, CCiv. Esta derogación se encuentra en consonancia

con el principio de que los hijos menores son sujetos de derechos con la capacidad como regla.

Recordemos que en el capítulo 2 del Proyecto, en la sección 1ª “Principios generales” (arts. 22 y ss.), se hace la distinción entre “capacidad de derecho” y “capacidad de ejercicio”.

La capacidad de derecho es de toda persona como regla y sólo puede limitarse respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados. La incapacidad de ejercicio está prevista en el art. 24 y, en el caso que nos ocupa, contemplado en el inc. b) que dice: “La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo”. En esta sección hace una división etaria en relación con los menores de edad y adolescentes. Así, sostiene que, a pesar de que son menores de edad las personas que no han cumplido 18 años, denomina adolescente a la persona menor de edad entre 13 y 18 años.

Además, no obstante sostener que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, le da la posibilidad de ejercer por sí los que le son permitidos por el ordenamiento jurídico cuando cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente.

El adolescente que cuenta con 16 años es considerado un adulto para todas las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Pero volvamos a la cuestión patrimonial y a la derogación de la regla del usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, ya que con los nuevos paradigmas acerca de las normas sobre capacidad, entendemos que no tienen por qué ingresar al patrimonio de sus progenitores las rentas de los bienes de los hijos, sino que deberán hacerlo al suyo propio. El Proyecto sólo autoriza en dos casos a los padres a disponer de esas rentas del patrimonio de sus hijos.

En el primer caso, con autorización judicial, por razones fundadas y en beneficio de los hijos.

En este supuesto se presume la madurez suficiente del hijo para solicitar la rendición de cuentas. En el segundo caso, cuando se trate de emplearlas para la subsistencia y la educación del hijo que los padres no puedan asumir, gastos de enfermedad, entierro de los hijos o de la persona que haya instituido heredero al hijo, así como los gastos derivados de la administración de estos fondos. En este segundo caso no se requiere autorización judicial, pero sí están obligados a rendir cuentas.

## XX. CONCLUSIÓN Y ESPERANZA

Es cierto que la eficacia de una legislación está en reflejar lo más fielmente posible la realidad social, ya que ésta, al ir evolucionando, requiere que el derecho también se adapte. En ese sentido, es necesario que el derecho civil se modernice y esté a la altura de los cambios sociales que afectan a nuestras familias.

En el caso que nos ocupa, la legislación debe estar a tono con la vigente respecto de los derechos del niño contemplados en las normas internas e internacionales.

Consideramos que el objetivo de este Proyecto de modificación del Código Civil es garantizar esos derechos, dentro de un marco de inclusión mayor como son los derechos humanos que lo atraviesan.

Celebramos esperanzados el hecho de que haya aparecido para su consideración en un momento en que creemos que están dadas las condiciones sociales y culturales para que sea tratado y aprobado.



## TRASLADO FORZOSO DE PERSONAS CON PADECIMIENTOS MENTALES. UNA NORMA PROYECTADA Y VARIOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS

por ALBERTO JURY\*

Nos proponemos efectuar un breve análisis referido a los traslados forzosos y eventuales internaciones hospitalarias involuntarias de personas con padecimientos mentales en el texto del Código Civil proyectado. Veremos cómo esta temática, a simple vista poco relevante, toca de lleno aspectos relacionados con la eficacia de los derechos fundamentales de las personas, especialmente el derecho a la libertad ambulatoria, a la salud, la integridad, la dignidad, la intimidad, la vida familiar, a una tutela judicial efectiva, etcétera.

### I. LA LIBERTAD COMO PUNTO DE PARTIDA

Acorde con los tratados internacionales de derechos humanos que conforman nuestro “bloque de constitucionalidad”, el Proyecto de Código Civil parte del principio general que considera la libertad/capacidad de las personas como *regla*, por lo que cualquier restricción legítima a dicha libertad/capacidad es excepcional, de interpretación restrictiva y sólo puede provenir de una decisión judicial fundada en la ley vigente.

Tal concepción —esencial desde una perspectiva de respeto de los derechos humanos— encuentra como fuente interna el clásico principio de legalidad consagrado en el art. 19, CN, además de los arts. 14, 33 y concs., del mismo cuerpo. Como fuente externa, los instrumentos internacionales enumerados en el inc. 22, art. 75, CN, así como otros tratados no incorporados a la Constitución pero con jerarquía suprallegal como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378 de 2008), reconocen a *todas las personas* que padecen una enfermedad mental la prerrogativa de ejercer todos los derechos enumerados por tales instrumentos internacionales.

\* Abogado. Especialista en Docencia Universitaria. Jefe de trabajos prácticos de Derecho de Familia, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Jefe de trabajos prácticos de la cátedra de Derecho Privado 1, Facultad de Derecho, Universidad del Aconcagua. Funcionario judicial en el fuero de familia, Poder Judicial de Mendoza.

De esta forma, no obstante que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se encuentra incluida en la enumeración del art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional, el compromiso del Estado argentino de adoptar acciones positivas a favor del efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas con alteraciones mentales tiene presencia constitucional, por cuanto surge de la cláusula contenida en el art. 75, inc. 23<sup>1</sup>, la que se refiere expresa y claramente a los derechos de las personas en situación de discapacidad<sup>2</sup>.

Por otra parte, la doctrina nos advierte que la especial condición de las personas en situación de discapacidad exige "...recordar que las internaciones psiquiátricas institucionales —especialmente las involuntarias o forzosas— ponen en juego derechos fundamentales de las personas con sufrimientos mentales, derechos de raigambre constitucional reconocidos en diversos instrumentos jurídicos internacionales y en la legislación nacional. Así, la Constitución Nacional establece el reconocimiento igualitario... y protege a las personas con discapacidad, ampara la diferenciación para la igualdad... y determina la garantía de no discriminación. Los arts. 18, 19 y 43 consagran el debido proceso, el denominado 'principio de reserva', el principio de autonomía y el acceso a la justicia"<sup>3</sup>.

El punto de partida del nuevo Código no podía ser diferente, puesto que se propone como principal meta la tutela de la persona humana y reconoce ascendencia en una "fuerte tradición humanista"<sup>4</sup>. Es que las nociones de libertad, capacidad, autonomía, inclusión y participación tienen estrecha vinculación con la concepción de la persona humana como sujeto de derechos y el principio *pro homine*<sup>5</sup>.

Así, por imperativo constitucional, la presunción de capacidad y el respeto por la libertad deben impregnar el ordenamiento jurídico, transformando su contenido desde un derecho de "tutela" del enfermo mental como objeto de protección, a un derecho de respeto y reconocimiento de su personalidad como sujeto de derechos

<sup>1</sup> El mencionado texto constitucional expresa: art. 75, inc. 23: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

<sup>2</sup> Conforme FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa - PAGANO, Luz María, *Salud mental y derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 53.

<sup>3</sup> KRAUT, Alfredo, "Hacia una transformación de los comportamientos a favor de la legalidad de los pacientes mentales", LL 2006-B-778.

<sup>4</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., "Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", punto IV, "Tutela de la persona humana".

<sup>5</sup> Contemplado en el art. 4º, párr. 4º, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbres con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida".

humanos. Todo ello, en el marco del paradigma de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que nos advierte que las discapacidades se encuentran en los entornos sociales y no en las personas. El Código proyectado no podía ser indiferente a estos nuevos paradigmas.

En consonancia con lo dicho, el Proyecto establece expresamente que la regla es la de la plena capacidad de derecho y de ejercicio de toda persona (arts. 22 y 23), que la capacidad general de ejercicio se presume (art. 31, inc. a)), que cualquier limitación a dicha capacidad es de carácter excepcional y en beneficio de la persona (art. 31, inc. b)) y que las limitaciones son siempre subsidiarias, por cuanto sólo son admisibles ante la inexistencia de cualquier otra alternativa que implique menor restricción de derechos y libertades (art. 31, inc. f)).

## II. TEXTO LEGAL PROYECTADO

Ponemos especial atención en el art. 42 que expresa: “*Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación*: la autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”.

El artículo transcrito se encuentra ubicado en el libro primero “Parte general”, título I “Persona humana”, sección 3ª “Restricciones a la capacidad” del Proyecto; es decir, el primer título del primer libro de la obra, ubicación que estimamos acorde con la importancia de los derechos personalísimos involucrados. La ubicación de la temática representa la primera diferencia notoria con el actual Código Civil, que trata al traslado forzoso y las internaciones involuntarias de personas con afecciones mentales en el art. 482 ubicado en el título XIII del libro primero, dedicado a la regulación de la curatela.

## III. ¿EN QUÉ CASOS RESULTAN LEGÍTIMOS LOS TRASLADOS Y LAS INTERNACIONES FORZOSAS DE UNA PERSONA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL?

Para responder el interrogante planteado nos disponemos ahora a analizar el art. 42 proyectado y su comparación con el actual art. 482, párr. 2º, CCiv. También resulta ineludible referirse a las disposiciones de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657.

Ambos artículos, el vigente y el proyectado, tienen una estrecha relación con esta ley: el actual art. 482, por cuanto fue modificado por aquélla, y el proyectado, porque en su texto remite a la ley especial. Comencemos:

### 1. “Autoridad pública”

El artículo proyectado, al igual que el actual art. 482, hace referencia a la “autoridad pública” como facultada para disponer traslados forzosos. Estimamos



que la fórmula es amplia, incluyendo cualquier funcionario público en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, es claro que en estos casos actúan con más frecuencia las fuerzas policiales, los funcionarios públicos de la salud e incluso también los jueces. Ello es así, por cuanto se trata de funciones públicas cuyo marco operativo permite realizar traslados —que, eventualmente, pueden ser forzosos— de una persona en riesgo, atento contar con los medios materiales necesarios para tal medida.

Creemos acertado el uso de esta noción amplia (*autoridad pública*) que abarca, como se dijo, a la autoridad policial y a la judicial. De esta manera, la problemática no se vincula necesariamente con el accionar policial y, además, no exige la previa intervención judicial para el traslado, lo que frecuentemente implica un dispendio temporal evitable y que se traduce en la prolongación de la privación de la libertad del afectado.

Si bien tal fórmula fue duramente criticada por parte de la doctrina<sup>6</sup>, entendemos que es la que mejor se ajusta al respecto de los derechos fundamentales de las personas si tenemos en cuenta: a) su aplicación excepcional; b) el hecho de que la autoridad pública sólo puede disponer el *traslado*, no la internación, y c) la exigencia del inmediato control judicial.

## 2. ¿Deber o facultad?

A diferencia del actual párr. 2º, art. 482, que obliga expresamente a la autoridad pública a efectuar el traslado<sup>7</sup>, el artículo proyectado pareciera otorgar una facultad discrecional a la autoridad mediante la fórmula: “La autoridad pública *puede* disponer el traslado...”. Desde nuestro punto de vista, tal terminología en ningún caso autoriza la omisión del accionar de la autoridad en los supuestos de hecho de encuadre del art. 42, puesto que ello acarrearía responsabilidad por omisión de los deberes de funcionario. Por el contrario, creemos que el término “podrá” se utiliza en referencia a la *potestad* del Estado de privar momentánea y legítimamente de la libertad a una persona por encontrarse inmersa en el supuesto previsto por la norma. Otra interpretación no tiene cabida a la luz de los principios constitucionales y de la ley especial 26.657.

## 3. La “autoridad pública” no dispone la internación involuntaria

Un aspecto fundamental establecido en el proyecto —compartido con el actual párr. 2º, art. 482, CCiv.— radica en establecer claramente que la autoridad pública (aun la judicial) no dispone la internación de la persona, sino sólo su traslado forzoso.

<sup>6</sup> Ver MAYO, Jorge - TOBIÁS, José, “La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *Derecho de Familia y las Personas*, año III, nro. 2, La Ley, Buenos Aires, marzo 2011, p. 153.

<sup>7</sup> El párr. 2º del actual art. 482, CCiv., establece: “Las autoridades públicas *deberán* disponer el traslado...”.

Entendemos que tal solución es la que mejor se adapta a la garantía de respeto de los derechos fundamentales de las personas<sup>8</sup>. Intentaremos explicar por qué.

Tanto el traslado forzoso de una persona hacia un lugar al cual no quiere dirigirse, como su alojamiento involuntario en un centro de salud, representan actos contrarios a la libertad personal. Sin embargo, ambos supuestos no son idénticos y —si no se cumplen los requisitos legales de excepción— pueden constituir *privaciones ilegítimas de la libertad*.

A diferencia de las internaciones, los traslados dispuestos por autoridad pública —pensemos, por ejemplo, en la fuerza policial— deben ser, por naturaleza, de una duración brevísima (sólo lo suficiente para llegar desde el lugar en que se encuentra el afectado hasta el hospital o centro de salud más cercano). Ninguna dilación, postergación o demora injustificada puede ser avalada por la ley, por cuanto ésta sólo autoriza traslados forzosos cuando el estado de la persona “...no admita dilaciones y se encuentre en riesgo... inminente...”. Ello así y aun a costa de parecer reiterativos, cualquier demora injustificada en la realización del traslado importa una *privación ilegítima de la libertad*, por cuanto implica que no existe inminencia o que, en su defecto, el riesgo se concretó, lo que hace caer la configuración del presupuesto fáctico de la norma. Por otra parte, dichos traslados deben ser realizados en medios y de formas respetuosas con la dignidad, la intimidad y la integridad del afectado<sup>9</sup>.

Además de su breve duración, los traslados forzosos sólo resultan legales si se realizan en situaciones en las que la persona trasladada se encuentre en un estado que no admita dilaciones y en riesgo cierto e inminente para sí o terceros. Aunque más adelante volveremos sobre este punto, adelantamos que se habilita a la autoridad a ocasionar —legítimamente— un mal (privación de la libertad) para evitar un mal mayor representado por el riesgo de la conducta desplegada por el afectado.

La fórmula del art. 42 del Código proyectado pone el acento en la exigencia de una situación de clara urgencia a la hora de facultar a las autoridades públicas a realizar un traslado forzoso. Ello así, la noción de urgencia surge con insistencia en su texto: “...Persona cuyo estado *no admita dilaciones* y se encuentre en *riesgo... inminente...*”.

Es esta urgencia la que legitima que el traslado forzoso sea dispuesto por autoridad pública y no necesariamente por orden judicial, por cuanto la situación de premura impide contar con previa orden judicial, sin perjuicio que luego deba darse inmediata cuenta al juez.

Claro está que la determinación de la existencia o no de un verdadero riesgo justificante es uno de los desafíos y de las responsabilidades más grandes de las

<sup>8</sup> Cabe destacar que no toda la doctrina considera un acierto hacia la razonabilidad que la toma de decisión respecto de las internaciones quede en cabeza de un equipo médico en detrimento de los jueces. En este sentido, ver MAYO, Jorge - TOBIAS, José, “La nueva ley...”, cit., p. 153.

<sup>9</sup> Aun cuando desde lo formal parezca una obviedad, cabe decir que resulta más adecuado y respetuoso el traslado hacia un centro de salud en una ambulancia que en un patrullero policial. Sin embargo, el plano de la realidad muestra la movilidad policial como la más utilizada, lo que sin dudas agrava la afectación de derechos.

autoridades públicas, que deberán meritar caso a caso a la luz de los principios constitucionales y de la ley 26.657.

En consecuencia, cualquier traslado forzoso que no cumpla con estas pautas implica una violación de derechos y habilita el control de constitucionalidad, por ejemplo, mediante las acciones de amparo o hábeas corpus, sin perjuicio de la eventual responsabilidad derivada de los instrumentos internacionales suscriptos por la Argentina y el accionar de los mecanismos de protección por ellos dispuestos (Comité de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana, etcétera)<sup>10</sup>.

#### 4. Entonces, ¿quién dispone la internación?

Ya vimos que la decisión de internar forzosamente a una persona corre por carriles diferentes a su traslado para evaluación: de acuerdo con una pauta de razonabilidad y lógica elemental, sólo un equipo interdisciplinario de salud puede contar, conforme sus saberes profesionales, con facultades para determinar en qué casos resulta necesaria una internación involuntaria y en qué casos no. Y es que, tratándose de una cuestión médica, la razonabilidad —y, por ende, la no arbitrariedad— exige de mínima que sean profesionales de la salud y no meros funcionarios administrativos, policías o incluso jueces, quienes tengan en sus manos la decisión de internar. “La decisión de implementar un recurso médico terapéutico excepcional como la internación hospitalaria debe ser tomada por quienes cuentan con herramientas técnicas para ello, es decir, los profesionales de la salud”<sup>11</sup>.

Tal pauta indicadora es incorporada por el Código proyectado y se encuentra inmersa tanto en la normativa vigente (art. 482, párr. 2º, y art. 20, ley 26.657) como en los Principios internacionales para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental incorporados en el art. 2º de la ley<sup>12</sup>. Ambos plexos normativos hacen recaer sobre el equipo de salud interviniente la adopción o no de la internación<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Conforme FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa - PAGANO, Luz María, *Salud mental...*, cit., p. 55.

<sup>11</sup> Existen estándares médicos, psicológicos y éticos que se sugieren respetar a la hora de disponer una internación involuntaria. Como se verá, la utilización de éstos se encuentra sólo en manos de quienes manejan conocimientos técnicos de la salud. Ellos son: 1) diagnóstico *seguro* de trastorno o enfermedad mental severa, 2) pronóstico inmediato y negativo, 3) disponibilidad para un tratamiento eficaz, 4) incompetencia del paciente para rechazar el tratamiento, 5) razonabilidad del tratamiento propuesto, 6) que el sugerido sea el menos restrictivo de la libertad en el caso concreto. Ver KRAUT, Alfredo, *Salud mental. Tutela jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 268.

<sup>12</sup> Expresa el principio 16: “Admisión involuntaria: una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine, de conformidad con el principio 4 *ut supra*, que esa persona padece una enfermedad mental...”.

<sup>13</sup> En forma coincidente con lo expuesto: PAGANO, Luz María, “Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657”, ED 2011-241-630.

Claro está que lo expuesto no obsta la necesidad de contar con un posterior e inmediato control judicial de la internación, tal como lo disponen la ley especial 26.657 y los arts. 41, inc. d), y 42 proyectados<sup>14</sup>. Puede verse, entonces, que el sistema proyectado es acorde con las disposiciones de la ley 26.657 en cuanto exige el inmediato control jurisdiccional luego de dispuesta una internación involuntaria (art. 41 inc. d)]. También requiere: a) la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud; b) ser considerada de implementación restrictiva; c) instrumentada por el término más breve posible; d) supervisada periódicamente por autoridad judicial; e) con garantías al internado de un debido proceso mediante asistencia jurídica, etc. (arts. 37 y 41, inc. a], del Proyecto, y arts. 14, 15, 16 y concs., ley 26.657).

## 5. ¿Quiénes pueden ser trasladados forzosamente y eventualmente internados en el régimen proyectado? La alteración mental como presupuesto ineludible

Conforme el art. 42 del Proyecto, puede disponerse el traslado forzoso para su evaluación "...de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros..."

A diferencia del actual párr. 2º, art. 482, CCiv., la fórmula proyectada no hace referencia expresa al padecimiento de enfermedades mentales o adicciones. En este sentido, creemos que el Proyecto incurre en una omisión que debería subsanarse.

No tenemos dudas de que cuando el art. 42 hace referencia al traslado a un centro de salud y remite a la ley especial se está refiriendo a las internaciones por causa de alteraciones mentales. Ello también surge del inc. c), art. 41, que refiere a la internación como recurso terapéutico. Sin embargo, a fin de evitar cualquier posibilidad de interpretación errónea, confusiones o utilización inadecuada de la norma, la mención expresa del padecimiento de alteraciones mentales o adicciones —al estilo del actual art. 482, CCiv.— importaría una medida de seguridad *extra* a la hora de la utilización del traslado y la internación forzosa como alternativa y, como tal, nunca sobreabunda.

Adviértase que tal requisito sí se encuentra expresamente formulado en el texto del art. 32, referido a las declaraciones judiciales de restricción de capacidad o incapacidad, ubicado en la misma sección y parágrafo que el art. 42. Veamos: "*Art. 32.— Persona con capacidad restringida y con incapacidad: el juez puede restringir la capacidad de una persona mayor... 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 per-*

<sup>14</sup> El art. 41, inc. d), Proyecto de Código, expresa: "Internación: la internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: ...d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica...", y el art. 42 proyectado expresa: "...En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial".

sona o bienes". Sin embargo, este artículo no resulta aplicable a los supuestos de traslados e internaciones hospitalarias involuntarias por cuanto éstos pueden producirse en personas sin restricciones a su capacidad e, incluso, personas sin alteraciones mentales "permanentes o prolongadas" sino sólo momentáneas u ocasionales.

Por todo lo expuesto y aun ante el silencio del art. 42, consideramos que *sólo puede existir traslado e internación hospitalaria involuntaria porque existe una alteración mental*. Tan válida resulta esta aclaración que la propia ley especial 26.657 se ocupó del tema en forma expresa, siguiendo los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental: "En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas distintas al padecimiento mental, como por ejemplo las sociales o de vivienda" (art. 15, ley 26.657, y principio 16, punto 2).

Más allá de la remisión a la legislación especial, la proyección de una norma como la del art. 42 representa una buena oportunidad para reforzar el proceso de erradicación de ciertas prácticas arraigadas que, incluso con las más buenas de las intenciones, terminan por vulnerar los derechos de las personas. Me refiero a los traslados y las posteriores internaciones dispuestas por existir carencias habitacionales o económicas de todo tipo, abandonos o pedidos familiares.

Debe quedar claro que la inexistencia absoluta de refugio o contención familiar en ningún caso puede resultar fundamento para un traslado o una internación forzosa, por más que represente un estado personal que no admita dilaciones, aunque por causas diversas a la alteración mental. Esta interpretación no implica avalar la inacción del Estado ante el desamparo de las personas. Por el contrario, le corresponde a éste (especialmente al poder administrador) cumplir con sus obligaciones positivas tendientes a respetar los derechos económicos y sociales de los habitantes. Simplemente decimos que una institución de salud debe cumplir con las tareas relativas a la salud, mientras que las instituciones de ayuda social deben dedicarse a las tareas sociales, sin perjuicio del trabajo conjunto y coordinado que deban realizar unas con otras.

En este sentido y con fundamento en la ley especial se afirma que "en todo caso, si una internación se prolongase por problemáticas de orden social, tiene el juez la obligación de ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible..." (art. 18, párr. 2º, ley 26.657)<sup>15</sup>.

## 6. "Estado que no admite dilaciones" y "riesgo cierto e inminente" como fundamento del traslado y la eventual internación

Como vimos *ut supra*, el art. 42 del Proyecto no menciona expresamente las alteraciones mentales como presupuesto del traslado; sin embargo, hace referencia a un estado personal "...que no admita dilaciones" y, además, implique un "riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros...".

<sup>15</sup> PAGANO, Luz María, "Las internaciones...", cit., p. 628.

Escribimos en puntos anteriores sobre cómo la urgencia o premura prevista por la norma justifica la intervención de cualquier autoridad pública que actúa legítimamente produciendo un mal para evitar uno mayor. Tal facultad estatal resulta razonable en un Estado democrático de derecho cuando cualquier dilación puede importar, con certeza suficiente (riesgo de daño cierto), la concreción de un daño para la persona o para terceros (riesgo de daño inminente).

Además, conforme una interpretación armónica del proyecto, el daño a producirse debe ser grave o, en palabras del inc. b), art. 41, "...un daño de entidad para la persona protegida o para terceros...", de forma tal que dé lugar al remedio excepcional, subsidiario y de interpretación restrictiva que es el traslado forzoso y la eventual internación involuntaria.

## 7. Breve reflexión acerca de la noción de "riesgo"

A esta altura del comentario creemos pertinente realizar algunas consideraciones referidas a la noción de "riesgo". Históricamente, este concepto se vincula con a la idea de "peligro". Así, desde los orígenes del tratamiento de los "locos" se elaboraron concepciones que vinculan, en forma determinante, locura con peligrosidad. Compartimos con la doctrina especializada que tales vinculaciones resultan aberrantes y arbitrarias cuando se consideran determinantes, necesarias o generales; efectivamente, no siempre que existe alteración mental existe peligrosidad o riesgo<sup>16</sup>. Identificar *apriorísticamente* a las personas con alteraciones mentales como personas peligrosas o en riesgo representa un prejuicio o estereotipo que atenta contra la igualdad y el pleno ejercicio de los derechos. Por eso, el uso de esta noción en cualquier plexo normativo respetuoso de los derechos humanos exige considerar a la persona "inmersa en una situación de riesgo o peligro", pero nunca concebirla como "riesgosa o peligrosa en sí misma". Lo contrario implicaría validar aquellas nefastas relaciones deterministas entre "loco y peligroso" que dieron fundamento a tantas violaciones de derechos.

Y es que "la calificación de peligrosidad sobre un individuo implica la emisión de un juicio-pronóstico sobre su conducta futura, predicción relativa a la probabilidad de que pueda causar daño relevante a un bien jurídico protegido"<sup>17</sup>. Al igual que en el llamado "derecho penal de autor", resulta inconstitucional cualquier limitación en el ejercicio de los derechos a aquellas personas que padecen alteraciones mentales por su sola condición de *enfermos* o *adictos*, sin considerar, en cambio, sus acciones concretas o las situaciones en las que se encuentran inmersos.

Sin dudas, la redacción del art. 42, Proyecto de Código Civil, resulta respetuosa de estas pautas democráticas, por cuanto de su texto surge claramente que se

<sup>16</sup> "El temor a la locura y una severa discriminación hacia los sufrientes mentales y su grupo de pertenencia suelen conducir a identificar la enfermedad psíquica con conductas peligrosas. Sin embargo, estudios muy serios observan, al respecto, que las estadísticas de actos criminales reflejan una baja incidencia de la enfermedad mental en ellos". KRAUT, Alfredo, *Salud mental...*, cit., p. 290. Sobre el tema puede verse también FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa - PAGANO, Luz María, *Salud mental...*, cit.

<sup>17</sup> KRAUT, Alfredo, *Salud mental...*, cit., p. 290.

consideran riesgosas las situaciones de hecho que puedan presentarse y no las personas que las padecen.

## 8. Las adicciones y el “riesgo cierto e inminente”

Aunque las adicciones no se mencionan expresamente en el art. 42 como causa posible de traslado forzoso y eventual internación involuntaria, no es dudoso que estén comprendidas entre los supuestos contemplados por la norma. Ello surge tanto de la remisión a la ley especial que formula el artículo<sup>18</sup> como de su interpretación sistemática, dado que a ellas se refiere el párr. 1º, art. 32, del Proyecto.

Al igual que la alteración mental, para que se configure el presupuesto fáctico previsto por la norma proyectada, la situación de adicción debe ser tal que la persona afectada se encuentre inmersa en un estado que no admita dilaciones y exista un riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros. En otras palabras, no siempre que existe adicción, existe riesgo.

De esta forma, compartimos las reflexiones efectuadas por parte de la doctrina en cuanto a que “...hay que considerar que, al menos en su origen... la adicción es una conducta autorreferente protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional... Nos preguntamos si es lícito obligar... a los adictos a ser tratados, cuando esa adicción no justifica (¿aún?) una declaración de demencia o inhabilitación. Porque una cosa es impedir a una persona que no está en sus cabales causarse daño a sí misma o a terceros y otra muy distinta es hacerlo con quien sí está en uso de su discernimiento y amenaza mediante la adicción con dañarse sólo a sí mismo...”<sup>19</sup>.

En suma, la existencia de consumo “problemático” de drogas legales o ilegales<sup>20</sup>, efectuada con discernimiento y sin afectación de derechos de terceros, excluye cualquier tipo de intervención estatal coactiva. Sin perjuicio de lo expuesto, no es dudoso que se trata de un tema de pertinencia para el Estado, no ya en ejercicio de su poder coercitivo, sino en cumplimiento de sus obligaciones de educación, prevención, asistencia, apoyo al adicto y lucha contra el narcotráfico.

## IV. AUXILIO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

En su frase final, el artículo proyectado expresa: “Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”. Vimos antes que estos mismos entes públicos pueden ser los que dispongan los traslados for-

<sup>18</sup> El art. 4º, ley 26.657, expresa: “Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”.

<sup>19</sup> LLORENS, Luis R., “La protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. La nueva ley 26.657”, *Revista de Derecho de Familia y las Personas*, año III, nro. 3, La Ley, Buenos Aires, abril 2011, p. 216.

<sup>20</sup> Adviértase que por tratarse el consumo de una conducta autorreferente amparada por el art. 19, CN, no se encuentra penalizada.

zosos, puesto que constituyen “autoridad pública”. Por ello, entendemos que la previsión de la norma resulta de aplicación en los supuestos en que el traslado es dispuesto por alguna otra autoridad competente.

El fundamento de la disposición radica, a nuestro entender, en el hecho que, como antes se dijo, son las fuerzas de seguridad y los servicios públicos de salud los que cuentan —al menos en teoría— con los medios materiales<sup>21</sup> adecuados para la realización efectiva de los traslados.

El auxilio es impuesto como un deber legal, con sus correspondientes sanciones en caso de incumplimiento, y debe ser *inmediato*.

En relación con este punto, el art. 28, ley 26.657 expresa: “...Los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592”.

## V. CONCLUSIONES

Como hemos expuesto, vemos con agrado cómo el texto del artículo proyectado adhiere a los nuevos paradigmas sobre derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales y, de este modo, contribuye al proceso de pleno reconocimiento de la personalidad de minorías que antes carecían de este atributo, como los niños, los ancianos, las mujeres y las personas en situación de discapacidad.

En un Código de la inclusión como el proyectado, enmarcado en el paradigma protectorio de los más débiles y de la consagración de la igualdad real de las personas, la noción excluyente de “enajenado”<sup>22</sup>, atribuida a las personas con padecimientos mentales, se erradica para siempre del plano formal.

Celebramos, pues, que tal exclusión no tenga cabida alguna en el plexo normativo de nuestra Argentina, que día a día va construyendo y forjando su democracia.

<sup>21</sup> En general, movilidad adecuada y personal capacitado.

<sup>22</sup> Nos enseña Michel Foucault: “El siglo XVIII restituyó al enfermo mental su naturaleza humana, pero el siglo XIX lo privó de los derechos y del ejercicio de los derechos derivados de esta naturaleza. Ha hecho de él un ‘enajenado’ puesto que transmite a otros el conjunto de capacidades que la sociedad reconoce y confiere a todo ciudadano; lo ha cercenado de la comunidad de los hombres en el momento mismo en que en teoría le reconocía la plenitud de su naturaleza humana. Lo ha ubicado en una humanidad despidiéndolo de la sociedad concreta: esta ‘abstracción’ se realiza en la internación... el destino del enfermo está fijado desde entonces por más de un siglo: está enajenado”. FOUCAULT, Michel, *Enfermedad mental y personalidad*, Paidós, Buenos Aires, 1979, p. 93.



