

**PONENCIA DE MONSEÑOR DR. P. ALFREDO HORACIO ZECCA
- ARZOBISPO DE TUCUMAN -**

Matrimonio, divorcio y unión convivencial

1.- Introducción

La familia se funda en el matrimonio. Ambas son instituciones que repercuten fuertemente en la conformación actual y futura de la sociedad. Los cónyuges, a través del matrimonio, buscan alcanzar una cierta plenitud que se desborda en el don de la vida. Los niños crecen, se forman y se educan en el marco que les proporciona la familia así considerada.

Al Estado le interesa profundamente la regulación del matrimonio, ya que matrimonios sólidos y estables proporcionan fundamentos básicos que favorecen la solidez y estabilidad de las personas. Por eso el Estado debe promover matrimonios sólidos, estables, que puedan abocarse a la contención y a la formación de las nuevas generaciones.

Entendemos que el proyecto de Código Civil remitido al Congreso contiene algunas ambigüedades que terminarán necesariamente por perjudicar la institución matrimonial. Analizaremos someramente algunas de ellas.

2.- Derechos y deberes de los cónyuges.

Código proyectado

Modificaciones fundamentales Código actual

Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.

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

Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.

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.

Estas modificaciones merecen las siguientes observaciones:

- **El deber de asistencia:** es el único deber jurídico que subsiste, y se expresa solamente en la obligación de aportar alimentos.

- **Supresión del deber jurídico de fidelidad:** la fidelidad es enunciada como un mero deber moral (es decir, que no puede ser exigido jurídicamente). Suele defenderse esta supresión a través de la afirmación de la autonomía de la voluntad, sin observar que al día de hoy, más allá de las observaciones que pueden hacerse, si ambos cónyuges pactan la infidelidad la ley no puede sancionar a uno de ellos por sobre el otro: están en igualdad de condiciones. El problema se plantea cuando uno de los cónyuges quiere ser infiel y el otro no. En ese caso, el proyecto de Código Civil no aporta ninguna solución para el cónyuge víctima, al que deja en absoluta inferioridad frente al otro; sino que sólo **legitima y facilita el terreno al infiel**. Al mismo tiempo, **tampoco será tan clara la admisibilidad de acciones por daño moral** provocado por el infiel ya que, al no ser la infidelidad un deber jurídico, tal acción carecería de causa y, por lo tanto, no ameritaría una reparación. Hay que ser conscientes también que **la supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño**. Podemos decir, entonces, que el proyecto de Código consagra así del **derecho a la infidelidad**.

Es decir que “el que quiere ser fiel, no tiene los mismos derechos que el que tiene como proyecto de vida un matrimonio abierto, toda vez que la fidelidad no puede pactarse. Vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad. La mujer que elige ser infiel (o el hombre que elige) tiene sus derechos plenamente satisfechos. En cambio, la víctima de infidelidad, carece de acción por el daño que tiene adecuado nexo de causalidad en la infracción del deber de fidelidad”.

- **Supresión del deber de cohabitación:** con la desaparición de este deber, se torna **ambigua la fijación del domicilio conyugal**, con todas las consecuencias que esta ambigüedad traerá sobre todo para **los terceros**. Si no existe el deber de cohabitar, mal puede existir un domicilio del matrimonio ni una vivienda conyugal inembargable e inejecutable. También **se complican sobremanera las presunciones de filiación**, porque ellas se fundan en la unión de los cónyuges implícita en el deber de cohabitación, y se hace necesario establecer otros criterios para determinar la filiación (la realización de pruebas de ADN, etc.). Nuevamente aquí, la supresión de este deber legitima y facilita el terreno a quien no quiere cohabitar, en desmedro del cónyuge que sí quiere hacerlo.

¿**Sabía Ud. que**, en el Código proyectado, *la fidelidad no puede pactarse, en cambio sí cabría la infidelidad?*:

Art. 436.- **Nulidad de la renuncia.** Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

Así, la ley actual ingresa en la privacidad del matrimonio, restringiendo a través de esta prohibición la libertad de los cónyuges que quieren deberse fidelidad.

3.- La supresión de la separación personal

El actual texto del Código Civil, dedica los artículos 201-212 al régimen de la separación personal, la cual no disuelve el vínculo matrimonial.

El proyecto de reforma elimina estos artículos, y la institución entera. Así, frente a cualquier desavenencia conyugal, la única opción será el divorcio (“*express*”), sin permitir a los cónyuges una posibilidad menos drástica, radical y definitiva. Por otra parte, mientras que en el matrimonio las partes no tienen obligación de convivir, resulta contradictorio que tengan aquí la obligación de divorciarse. El proyecto de 4

Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos.

4.- El divorcio “express”

Art. 437: El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

La sanción del así llamado “divorcio express” consiste en la eliminación de la culpa como causal del divorcio. Se argumenta que esta eliminación disminuye la conflictividad de los juicios. Estamos en condiciones de decir que, por el contrario, aumenta esta conflictividad, ya que asegura que el cónyuge que sufre una infidelidad no va a obtener ningún reconocimiento, reparación, ventaja o resarcimiento. Esto es paralelo a la eliminación del deber de fidelidad, pero causa una gran desazón moral en las relaciones conyugales, minando la confianza mutua ya desde el comienzo de la unión. “Quitar la posibilidad del examen jurisdiccional de la culpa no sólo banaliza el matrimonio sino que además añade sufrimiento sobre sufrimiento, demostrando a la víctima que la injuria que sufrió es irrelevante para el derecho y que su injusticia no merece reparación alguna (...). De modo que, probablemente cerrar la puerta a que el conflicto entre adultos eclosiona en el marco propio del divorcio, probablemente implicará que éste mismo conflicto no sólo no desaparezca, sino que se encauce en los procesos que involucren a los niños”².

No olvidemos que la protección del matrimonio y la familia, a la cual nuestro país se obligó en numerosos tratados internacionales, tiene como objetivo final la protección del interés superior de los niños, principio que no aparece mencionado en esta parte del proyecto.

A su vez, el divorcio que propugna el texto reformado elimina el requisito del tiempo de espera entre los cónyuges, optando directamente por legislar desde el principio a favor de las rupturas matrimoniales, y no por el fomento del vínculo familiar.

5.- Las uniones convivenciales

Los artículos del proyecto que regulan las uniones convivenciales afirman lo siguiente:

ART. 509.- **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

ART. 510.- **Requisitos.** El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado. c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta. d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años.

ART. 511.- **Registración.** La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

ART. 512.- **Prueba de la unión convivencial.** La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

Así, los requisitos para acceder a este tipo de unión son bastante más exigentes que los requeridos para el matrimonio, siendo que estas uniones en la práctica real se llevan a cabo justamente para no tener que asumir exigencias y requisitos propios del matrimonio.

Se requiere para las uniones convivenciales:

- Singularidad
- Permanencia
- Afectividad (¿qué pasaría con la unión convivencial cuando falte el afecto?)
- Que comporten un proyecto de vida **en común** (¿cohabitación?)

A su vez:

- Pueden probarse por cualquier medio
- Tienen efectos presuntivos
- Generan inseguridades jurídicas, al poder probarse por cualquier medio

En síntesis, de sancionarse esta reforma, las uniones convivenciales reunirían mayores requisitos y deberes que los matrimonios.

Las técnicas de Fecundación Artificial

1.- ¿Qué son las técnicas de fecundación artificial?

Las técnicas de fecundación artificial son procedimientos encaminados a la concepción de un ser humano por una vía distinta de la unión sexual entre varón y mujer.

Según el lugar donde se produce la concepción se clasifican en intracorpóreas (la concepción se produce dentro del cuerpo de la mujer) o extracorpóreas (se produce fuera del cuerpo de la mujer).

Según el origen de los gametos, se clasifican en homólogas (los gametos provienen del matrimonio que se somete a las técnicas) o heterólogas (los gametos provienen de terceros).

Finalidades: las técnicas ya no se limitan a situaciones de esterilidad o infertilidad y comprenden finalidades como:

- a) Concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad.
- b) Evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo.
- c) Concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo.
- d) Concebir un hijo por pura “voluntad procreacional”, ya sea para que el hijo posea ciertas características deseadas o en atención a particulares razones de los progenitores
- e) Concebir embriones a los fines de experimentación.

Análisis crítico: El proyecto de Código Civil 2012 regula sólo los efectos filiatorios de la fecundación artificial, ignorando las objeciones de fondo éticas y jurídicas que merecen estas técnicas y que podemos resumir:

- Cosificación del niño por nacer y la introducción de una lógica productiva en la transmisión de la vida humana, disociando la sexualidad y la procreación.
- Afectación del derecho a la vida de los niños concebidos por estas técnicas, ya sea por su eliminación deliberada, como por las altas tasas de mortalidad que presentan las técnicas para lograr un nacimiento vivo.
- Afectación del derecho a vivir de los niños, por la crioconservación de embriones.
- Afectación del derecho a la identidad de los niños, sobre todo por la aplicación de las técnicas heterólogas.
- Violación del derecho a la igualdad, en la selección de los embriones que serán transferidos.

2. Derecho a la vida afectado por las técnicas de fecundación artificial extracorpóreas

La primera gran objeción a la regulación propuesta se refiere a la indefensión jurídica en que quedan los embriones concebidos extracorpóreamente. En contra de lo dispuesto por la Constitución y los Tratados que Argentina ha suscripto, el artículo 19 del proyecto de Código Civil 2012 pretende desconocer a los embriones humanos no implantados el carácter de personas humanas.

Esta distinción introduce una discriminación entre los embriones humanos según el modo como son concebidos: los que son concebidos por "naturaleza" son personas, mientras que los que son concebidos por técnicas de fecundación artificial no lo son hasta su implantación.

Se afirma que se dictará una ley especial de protección de los embriones, pero ello, si bien brinda una pauta hermenéutica, no resulta suficiente frente a las tasas de fracaso que presentan las técnicas y que acarrearán la pérdida de muchos embriones humanos. Un informe del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico ofrece valiosa información sobre el punto. En efecto, allí se consigna que, para obtener un bebé nacido

vivo con técnicas de procreación humana, se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa. El país con mejor “tasa” es Islandia, que necesita 5,6, mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,61.

Igualmente no resulta suficiente la remisión a una ley especial frente a las eventuales presiones para imponer a los embriones un destino de muerte para fines de experimentación o comercialización.

Para la ciencia y para el derecho, el embrión concebido por estas técnicas, ya sea dentro o fuera del seno materno, es persona por nacer. Vale recordar que para la Constitución Argentina, “persona es todo ser humano” (cfr. art. 75 inc. 22, Constitución Nacional y Pacto de San José de Costa Rica, art. 1 inc. 2). La Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, reconoce que comienza la existencia de la persona desde la concepción y por el Código Civil el embrión humano recibe el nombre de “persona por nacer” y está sujeto desde la concepción a la patria potestad (arts. 63, 70 y 264).

3. Tasas reales de efectividad

Un informe del Ministerio de Sanidad de Italia del año 2011, con referencia a datos del 2009, brinda estadísticas oficiales sobre la efectividad de las técnicas extracorpóreas:

- 39.775 parejas comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI
- Hubo 43.257 extracciones, obteniéndose 285.042 óvulos, con un promedio de 6,6 óvulos por extracción.
- Se obtuvieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación
- De estos, fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno.
- Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos. Sólo el 3.5% de los óvulos extraídos y sólo el 10% de los embriones iniciales terminaron implantándose.
- los nacidos vivos fueron 8.043. Es decir, de los embriones totales (99.258) sólo nacieron el 8.1%.
- Con respecto a la cantidad de óvulos extraídos (285.042), si sólo 8043 resultaron en un nacimiento, quiere decir que la tasa de éxito por óvulo extraído es más baja aún: $8043 / 285.042 = 0.028$, aproximadamente un 3%
- Sin considerar todavía que 7.337 embriones fueron crioconservados

Fuente: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1568_allegato.pdf

4. ¿Qué sucede con los embriones crioconservados abandonados en el proyecto de Código Civil?

Un aspecto no menor que no se ha considerado es el relativo a la situación de los embriones crioconservados abandonados. Ya nos hemos referido al problema de su falta de reconocimiento como personas.

¿En qué consiste la crioconservación de embriones?

Con el fin de aumentar las posibilidades del embarazo, quienes aplican estas técnicas aumentaron la cantidad de óvulos que son fertilizados. De esta forma, son concebidos

fuera del cuerpo de la madre numerosos embriones planteándose el siguiente dilema: si todos son sus “transferidos” en una misma oportunidad, se corre el riesgo de un embarazo múltiple, mientras que si se transfieren “algunos” de éstos (seleccionados por el médico), surge el interrogante de qué hacer con los “sobrantes”. Estos embriones son hoy “congelados”, para disponer así de un “lote de reserva” para proceder a nuevos intentos de transferencia si el primero fracasaba.

Nos preguntamos: ¿Por qué debe haber embriones “sobrantes”? ¿Se justifica que en la búsqueda de una “mayor eficacia” se fertilicen tantos óvulos, sabiendo que algunos de los embriones así concebidos deberán ser congelados?.

Dilemas planteados por el proyecto de Código Civil 2012 sobre la situación de los embriones congelados abandonados

Según el artículo 560, "el consentimiento (para las técnicas de reproducción médicamente asistida) es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella". Igualmente el mismo artículo dispone: "Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones".

Pues bien, veamos algunas consecuencias de la regulación propuesta:

a) Madre sola: si la mujer ha dado su consentimiento y el varón lo revoca, el hijo no podrá ser considerado como hijo del varón, pero nada se dice sobre si la mujer puede o no transferir al embrión así concebido. Esta situación genera la particularidad que el niño nacerá con un sólo vínculo filial y por tanto tendrá una desventaja notable en relación a todos los otros hijos por verse privado del vínculo paterno con todas las consecuencias que ello trae (ausencia de obligación alimentaria, ausencia de vocación hereditaria, ausencia de vínculo afectivo, afectación de la identidad).

b) Niño abandonado por la madre: si la mujer lo revoca pero el varón no lo revoca, entonces el proyecto no nos brinda ninguna solución aceptable. El punto es que se trata de un embrión ya concebido y por tanto que cuenta con vínculos genéticos y filiatorios, y que el artículo 19 afirma que tiene que ser protegido.

c) Niño abandonado por ambos padres: si ambos revocan el consentimiento, el embrión queda privado de los vínculos filiatorios, pero el artículo 19 igualmente exige que sea protegido.

En estas últimas dos situaciones, el proyecto de Código Civil no contiene ninguna norma que permita establecer cómo proceder.

Esta laguna jurídica en torno a los embriones crioconservados nos despierta interrogantes: ¿Qué impediría la compraventa de embriones? ¿Quiénes son los dueños: los que aportaron los gametos, los que encargaron el embrión, el médico, el centro de reproducción artificial?

Entendemos que toda esta maraña de problemas jurídicos y filiatorios se resuelve con un pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de los embriones y con la adopción de medidas de prohibición de las técnicas de fecundación artificial, especialmente en sus modalidades extracorpóreas y heteróloga.

5. Aclaración Final sobre Debate del tema en el Proyecto de Código Civil

En el acotado marco del debate del proyecto, proponemos la eliminación del texto del Código Civil y Comercial de las referencias a las técnicas de fecundación artificial, debido a las complejas cuestiones jurídicas involucradas que requieren una consideración parlamentaria separada. Además de las razones ya indicadas a lo largo de este documento, podemos agregar otras:

- El proyecto 2012 sólo se concentra en algunas consecuencias de estas técnicas (la filiación y la exclusión de los embriones humanos de la categoría de personas), pero soslaya cuestiones previas que deben ser consideradas a la luz de la centralidad de la persona humana desde su concepción y el respeto a los valores involucrados en la transmisión de la vida.
- Desde una perspectiva jurídica, diversas ramas del derecho confluyen en esta problemática, como lo demuestra la experiencia internacional: constitucional, civil, administrativo, penal, médico.
- No se pueden ignorar los constantes cambios en las aplicaciones biotecnocientíficas y el creciente giro que estas técnicas han dado desde el problema de la infertilidad o esterilidad hacia sofisticadas formas de eugenesia y utilización industrial o comercial de la vida humana, y a las que hemos hecho referencia en esta ponencia.
- Una objeción que se podría plantear a esta propuesta sería señalar que así como se propone la consideración separada de estas técnicas, debería considerarse también separadamente el estatuto del embrión humano. Al respecto, además de remitirnos a los fundamentos antes señalados, enfatizamos que lo que se está discutiendo es el Código Civil y una de las cuestiones capitales es un claro y explícito reconocimiento de la plena personalidad de todo ser humano desde la concepción. Las consecuencias que se siguen de este reconocimiento son las que van a ser tratadas por el legislador en otra norma jurídica.

Propuesta de reforma al anteproyecto

- Reemplazar el **artículo 19** del proyecto por el siguiente: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”*.
- Reemplazar el **artículo 57** del proyecto por el siguiente: *“ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. También está prohibida la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de investigación”*.
- Eliminar las referencias a las **técnicas de reproducción humana asistida** del proyecto de Código Civil contenidas en los siguientes artículos: 529 (Parentesco. Concepto y terminología); 558 (Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos); 559 (Filiación. Certificado de nacimiento); 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida); 561 (Voluntad procreacional); 564 (Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida); 566 (Presunción de filiación); 567

(Situación especial en la separación de hecho); 569 (Formas de determinación); 570 (Principio general); 575 (Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida); 577 (Inadmisibilidad de la demanda); 582 (Reglas generales); 588 (Impugnación de la maternidad); 589 (Impugnación de la filiación presumida por la ley); 591 (Acción de negación de filiación presumida por la ley); 592 (Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley); 593 (Impugnación del reconocimiento); 2430 (Caso de adopción); 2631 (Jurisdicción); 2634 (Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero).

- Reemplazar el **artículo 562** del proyecto por el siguiente:

“Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo 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. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza”.

- Reemplazar el **artículo 563** por el siguiente: “Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo”.

- Reemplazar el **artículo 2279** por el siguiente: "Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte, incluyendo a las concebidas en ese momento que nazcan con vida; b) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".