

Derecho y familia

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic  
Ana María Ibarra Olguín  
*Editores*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos  
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# CAPÍTULO 1

## **La constitucionalización del derecho familiar**

---

Nicolás Espejo Yaksic\*

\* LCJS (Diego Portales); M.St. (Oxford) y Ph.D. (Warwick); Investigador Asociado del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Visiting Fellow* del Exeter College (Universidad de Oxford) e Investigador Asociado del Centro de Estudios Justicia y Sociedad, de la Universidad Católica de Chile.

## I. Introducción

En años recientes, la doctrina latinoamericana ha comenzado a prestar atención a las formas en que los sistemas jurídicos definen y regulan la vida familiar y su relación con el derecho constitucional.<sup>1</sup> Inspirados en la *Constitucionalización del Derecho*, especialistas del derecho de familia y derecho de la infancia han comenzado a incorporar un análisis dogmático que se relaciona directamente con principios, reglas y precedentes.<sup>2</sup> Algunos autores han comenzado a desafiar los fundamentos dogmáticos

---

<sup>1</sup> BIDART CAMPOS, G. J., *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998, Vol. 5, 1998 (Ponencias profesores invitados), pp. 16-22; CHÁVEZ ASENCIO, M., *Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 7a. ed., México, Porrúa, 1998 y; GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho constitucional de familia*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 2006.

<sup>2</sup> SOTO KLOSS, E., "La familia en la Constitución política", *Revista Chilena de Derecho*, No. 21, 1994, pp. 217-225; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. J., *Los Derechos Humanos en las relaciones familiares*, en LLOVERAS N. y HERRERA, M. (dirs.); BENAVIDES SANTOS, D. y PICADO A. M. (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010 y; Cfr., ÁLVAREZ PERTUZ, A., "Constitucionalización del Derecho de Familia", *Revista Jurídicas CUC*, No. 7, 2011, pp. 27-51.

que justificaron la regulación de la vida familiar en los términos de una concepción orgánica de la familia y un reconocimiento desigual de los derechos individuales de todos sus miembros (particularmente, mujeres y niños). Así, es posible distinguir trabajos que destacan el impacto de las reformas constitucionales en la regulación de las familias en el derecho civil y de familia,<sup>3</sup> así como aquellos que se centran en el impacto primario del derecho internacional de los derechos humanos (ampliamente incorporados en las constituciones latinoamericanas) sobre el derecho de familia.<sup>4</sup> Asimismo, algunos autores ahondan en la transformación de la base biológica de la paternidad, asunto particularmente importante para la determinación de la responsabilidad parental.

Las inquietudes académicas sobre las transformaciones en la asignación de los derechos de los padres en la región han sido estimuladas, en gran medida, por las uniones o matrimonios de personas del mismo sexo y por las técnicas de reproducción asistida.<sup>5</sup> Basada en la aparición de nuevas configuraciones de familia reconocidas por la ley, así como por el incremento en el uso de tales tecnologías, parte de la doctrina ha sustentado el abandono de la mera paternidad biológica.<sup>6</sup> Al adoptar un rumbo similar al de las configuraciones actuales de paternidad en Inglaterra,

<sup>3</sup> ZANNONI, E. A. *Derecho de Familia*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 22 y ss.; PARRA BENÍTEZ, J., "El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, No. 97, 1996, pp. 47-52; CALVO CARVALLO, M. L., "Familia y Estado: Una perspectiva constitucional", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, No. 15, 2000, pp. 163-65 y; DE LA FUENTE LINARES, J. C. F. J., "La protección constitucional de la familia en América Latina", *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2012, pp. 6-29.

<sup>4</sup> BELOFF, M., "Quince años de la vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño en Argentina", *Justicia y Derechos del Niño*, No. 10, 2008, pp. 11-44; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. J., "Los derechos humanos en las relaciones familiares del S. XXI: Los caminos de la jurisprudencia argentina", en LLOVERAS N. y HERRERA, M. (dirs.); BENAVIDES SANTOS, D. y PICADO A. M. (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, pp. 73-115.

<sup>5</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-617/14, de agosto de 2014. En la que rechaza la decisión de denegar la adopción de un niño basada en la homosexualidad de la peticionaria —pareja de la madre del niño—. En Argentina, estos debates se generaron a partir de la promulgación de la Ley No. 26.618 (2010) que considera el derecho de cada persona para contraer matrimonio, independiente de su sexo (art. 2o.).

<sup>6</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M. y LAMM, E., "Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis", en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ED.) y LEPIN MOLINA, C. (COORD.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Una mirada transdisciplinaria*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013, pp. 127-63 y; JARUFE CONTRERAS, D., "Las filiaciones 'no biológicas' derivadas

Gales<sup>7</sup> y el sistema europeo de derechos humanos,<sup>8</sup> estos autores han recomendado un cambio de la concepción tradicional de paternidad natural/biológica/adoptiva. En el caso de las técnicas de reproducción asistida, dicha situación parece sugerir el reconocimiento de un tipo de paternidad derivada de la voluntad procreacional.<sup>9</sup>

Paralelamente, la doctrina ha contribuido a comprender, de mejor manera, las transformaciones dogmáticas desarrolladas a propósito de la autonomía de los niños, el ejercicio de sus derechos y la incorporación de su interés superior como la consideración primordial en todos los asuntos que los pudiesen afectar. Estos trabajos van desde un análisis de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la legislación nacional<sup>10</sup> y a nivel constitucional<sup>11</sup> —pasando por una crítica de las interpretaciones constitucionales prevalecientes sobre la autonomía moral y política de los niños<sup>12</sup>— hasta quienes han intentado depurar el significado y el uso interpretativo del mejor interés del niño.<sup>13</sup> Sin perjuicio de ciertas diferencias, estos autores han defendido la posición

---

de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)", en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ED.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *op. cit.*, pp. 67-104.

<sup>7</sup> HOUSE OF LORDS, *Re G (Children)* [2006] UKHL 43. En particular, el famoso reconocimiento de la Baronesa Hale de tres formas de paternidad natural: genética, gestacional y psicológica. Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060726/child-1.htm> [consulta: 15 de diciembre 2018].

<sup>8</sup> TEDH, caso *Lebbink vs. The Netherlands*, Ap. No. 45582/99 (2005) 40 EHRR 18, párr. 37 y; TEDH, caso *Görgülü vs. Germany*, Ap. No. 74969/01 (2004).

<sup>9</sup> KEMELMAJER, A., DE CARLUCCI, A., HERRERA M. y LAMM, E., "Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis", en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ED.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *op. cit.*, p. 130. Para una opinión contraria, CORRAL, H., "Maternidad subrogada: Sobre la pretensión de formalizar la filiación mediante la adopción o recepción de su práctica en el extranjero", *Ibidem*, pp. 165-88.

<sup>10</sup> Véase GARCÍA-MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Prefacio de L. Ferrajoli, t. I., 2a. ed., Bogotá, Temis, 1999.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ CONTRÓ, M., "La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes", en *Cuestiones Constitucionales*, No. 20, enero-junio 2009, pp. 229-253.

<sup>12</sup> LOVERA, D. y CODDOU, A., "Niño, adolescentes y derechos constitucionales: De la protección a la autonomía", *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF No. 11, 2009, pp. 11-54.

<sup>13</sup> CILLERO, M., "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño", *Justicia y Derechos del Niño*, Universidad Diego Portales, No. 1, 1999, pp. 46-63; COUSO, J., "El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", *Revista de Derechos del Niño*, No. 3, 2006, pp. 145-166; LOVERA, D., "Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas", *Justicia y*

legal y moral que considera a los niños como titulares de derechos y que estos derechos establecen límites a la autoridad estatal y parental; que los niños tienen una autonomía progresiva o dinámica, y que sus voces deben ser escuchadas y consideradas.

Finalmente, en el ámbito de los derechos y deberes parentales, la nueva doctrina del derecho de familia ha proporcionado un apoyo sustancial en las transformaciones tanto legales como jurisprudenciales, entregando una distribución más igualitaria de la crianza de los hijos. En algunos casos, se ha enfocado en las justificaciones históricas a favor de la familia orgánica, destacando las relaciones de poder ejercidas por los hombres sobre mujeres y niños.<sup>14</sup> En otros casos, la nueva doctrina se ha concentrado en la necesidad de reconocer instituciones legales que podrían fortalecer la corresponsabilidad entre los padres (como la custodia compartida),<sup>15</sup> así como en los efectos del divorcio y de la separación en los cónyuges y en los niños.<sup>16</sup>

El desarrollo de esta creciente doctrina relacionada con las interacciones entre las normas constitucionales —particularmente, los derechos fundamentales— y el derecho internacional de los derechos humanos, ha ido acompañado de una serie de desarrollos específicos en el ámbito de la dogmática y la interpretación constitucional en las relaciones familiares —así como en las reformas legales— que dan forma a aquello que puede ser definido como la constitucionalización del derecho de familia. En lo que sigue, intentaré precisar el sentido y alcance de este proceso,

---

*Derechos del niño*, No. 10, 2008, pp. 45-62 y GARRIDO, R., "El interés superior del niño y el razonamiento jurídico", *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2013, pp. 115-147.

<sup>14</sup> JARAMILLO, I. C., "FAMILIA", en MOTTA, C. y SÁEZ, M. (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, t. I, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, pp. 267-361. Para un análisis histórico de tal concepto, debates legales y reforma a la familia en Colombia, véase: JARAMILLO, I. C., *Derecho y familia en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad de Los Andes, 2013.

<sup>15</sup> Véase LATHROP, F., *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, 2008; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La guarda compartida. Una visión comparativa", *Revista de Derecho Privado*, 2012, pp. 181-186.

<sup>16</sup> ESPEJO, N. y LATHROP, F., "Dissolution of Marriage in Latin America: Trends and Challenges", en EEKELAAR, J. y GEORGE R. (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Nueva York, Routledge, 2014, pp. 133-137.



prestando especial atención a cuatro cuestiones que se relacionan con él: a) La definición y características centrales de la constitucionalización del derecho familiar; b) la identificación de algunos procesos sociales que pueden explicar su emergencia y progresiva aceptación por parte de los sistemas jurídicos; c) la interpretación de las nociones implícitas sobre familia en la jurisprudencia constitucional y de los órganos de tratados de derechos humanos (y que se derivan de tales procesos) y; d) la revisión de algunos precedentes constitucionales en Argentina, Colombia, México y Brasil que son indiciarios de un incipiente proceso de constitucionalización del derecho familiar en América Latina.

## **II. La constitucionalización del derecho familiar.**

### **Concepto y características**

La constitucionalización del derecho puede ser entendida como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente "impregnado" de normas constitucionales.<sup>17</sup> Como señala Domínguez, este proceso implica dos cosas. De un lado, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. De otro lado, importaría la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares.<sup>18</sup> En esta luz, la interpretación del texto constitucional presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque inclinado por una lectura extensiva de la

<sup>17</sup> GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano". Traducción de José María Lujambio; en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2009, p. 49.

<sup>18</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., "La constitucionalización del Derecho", en NAVARRO Beltrán, E. (ed.), *20 años de la Constitución Chilena*, Santiago de Chile, ConoSur, 2001, p. 37. Véase, más generalmente, FAVOREAU, L., *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Traducido por M. Correa Henao. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia, 2000; y FERRAJOLI, L., "El paradigma normativo de la democracia constitucional", en MARCILLA CÓRDOBA, G., *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Constitución y que hace posible extraer de ella "innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política".<sup>19</sup>

La constitucionalización del derecho puede ser entendida, también, como la extensión de una forma específica de interpretación constitucional. En esta concepción —como la de Dworkin—, la interpretación constitucional garantiza los derechos requeridos por la mejor concepción de los ideales políticos establecidos en la Constitución, incluso cuando ello lleve a reconocer y aplicar derechos que no están formal o expresamente reconocidos por ella.<sup>20</sup> El papel de los tribunales en la búsqueda de derechos no expresamente consagrados en las constituciones ha sido un tema importante en la discusión académica en los países de tradición continental, bajo la denominación de "neoconstitucionalismo". En el paradigma neoconstitucional los jueces son de suma importancia, ya que el sistema legal debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Así como la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución "invasiva" o "entrometida", la tarea judicial debe desarrollarse también en aspectos de la vida social (como las relaciones familiares). En este sentido, el neoconstitucionalismo genera una explosión de actividad judicial y supone o requiere algún grado de activismo judicial, en gran medida superior a lo observado anteriormente.<sup>21</sup>

En el ámbito del derecho privado, el proceso de constitucionalización se manifiesta en tres dimensiones específicas: a) la primacía constitucional, toda vez que sustituye el principio de superpotencia de la ley propio de los códigos decimonónicos; b) el ámbito de aplicación de los derechos

---

<sup>19</sup> GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 54.

<sup>20</sup> DWORKIN R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 72-81.

<sup>21</sup> Véase CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, y; COMANDUCCI, P., "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 16, 2002, pp. 90-112.

fundamentales sea por estar llamados a regir con eficacia horizontal como por su marcada y extendida internacionalización y; c) las vías procesales para su tutela. Con ello, como sugiere Lathrop, queda en evidencia la importancia de la justicia constitucional en el proceso de constitucionalización del derecho, a tal punto de ser considerada como una de las condiciones de su verificación.<sup>22</sup> A su vez, y llevado al ámbito del derecho de familia —particularmente en el ámbito latinoamericano—, se ha sostenido que el proceso de constitucionalización se sustenta en tres elementos comunes:

- i. Una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar;
- ii. la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; y
- iii. el desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto).<sup>23</sup>

Si bien esta descripción del proceso de constitucionalización del derecho de familia parece útil para una comprensión inicial y simple en la materia, es importante evitar una excesiva simplificación de un fenómeno que parece algo más complejo. En una lectura rápida, el proceso de constitucionalización del derecho familiar puede ser visto como la mera coincidencia entre el derecho constitucional y el derecho familiar, cada vez que el primero dicta (limita, precisa) nuevas direcciones para la regula-

<sup>22</sup> Véase LATHROP, F, "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno", *Estudios Constitucionales*, año 15, No. 1, 2017, pp. 329-372 y; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Codificación y constitucionalización del Derecho Civil", en MARTINIC, M. D.; RÍOS, S. y TAPIA, M., *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1193-1213.

<sup>23</sup> Cfr. ESBORRAZ, D., "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*. No. 29, diciembre de 2015, pp. 15-55.

ción familiar. Como ha sugerido NeJaime,<sup>24</sup> esta narrativa no logra capturar la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional. Con ello, se deja de apreciar cómo el derecho de familia y el derecho constitucional a menudo ocupan el mismo espacio, contribuyen a comprender los mismos problemas e interactúan de maneras mutuamente constitutivas. En especial, una lectura demasiado vertical de la relación entre derecho constitucional y derecho familiar oscurece las maneras en las que el derecho de familia ejerce una influencia sobre el derecho constitucional: el derecho de familia configura el terreno en el que ocurre la adjudicación constitucional, estructura el conflicto constitucional y puede, en ocasiones, reorientar el razonamiento constitucional.

### **III. Transformaciones sociales y familia. Un contexto para la comprensión de los debates jurídicos en torno a la constitucionalización del derecho familiar**

Son múltiples las transformaciones sociales cuya comprensión puede resultar útil para un mejor entendimiento de los debates jurídicos específicos que tienen lugar en el seno del proceso de constitucionalización del derecho familiar. Sin perjuicio de ello, me interesa destacar cuatro fenómenos que, en mi opinión, resultan especialmente relevantes para comprender la irrupción de la constitucionalización del derecho familiar, a saber: *a)* los procesos de individualización y la agencia individual; *b)* el nuevo estatus legal de la mujer y, en general, de las identidades de género; *c)* el reconocimiento de la subjetividad legal de la infancia (sus derechos) y; el desacoplamiento entre parentalidad y reproducción natural, dados los avances tecnológicos.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> NEJAIME, D., "The Family's Constitution", *Faculty Scholarship Series*, 5226, Yale Law School, 2017, pp. 415-416. [La traducción al español, "La Constitución de la Familia", se encuentra en el capítulo 4 de esta obra].

<sup>25</sup> No se trata, por cierto, de una lista exhaustiva de las transformaciones sociales que explican la constitucionalización del derecho familiar. En especial no toco en este trabajo —no porque no sean importantes— aspectos específicos sobre la vida familiar en el marco de la interculturalidad y que

## 1. Individualización y fragilidad de la esfera íntima

Hasta mediados del siglo XX, la familia moderna estaba fuertemente regulada con base en roles asignados en función del género. Sin embargo, a medida que los procesos de individualización (profundización de las ideas de agencia individual y elección personal) se fueron consolidando, las fronteras entre lo femenino y los masculino, así como nuestra comprensión de la maternidad, la paternidad y la infancia, han sido redefinidas.<sup>26</sup> Transformadas por la *democratización de las relaciones humanas*, en general, las relaciones personales se ven, en esta óptica, orientadas menos por deberes o roles tradicionales que por la elección activa y la negociación entre los propios individuos.<sup>27</sup> La intimidad, entonces, se ve transformada desde un conjunto de obligaciones sociales y convenciones hacia una suerte de "democracia negociada entre las parejas".

Con todo, la progresiva individualización del espacio íntimo genera, como contracara, su propia fragilidad. En la medida en que las relaciones generadas por asociación son "puras" (desde que la relación es desarrollada y escogida por la pareja por su propio mérito), serán siempre condicionales y dinámicas (o como indica Giddens: "hasta nuevo aviso").<sup>28</sup> Así, la belleza de esa libertad en el amor (y en el desamor) coincide

---

son esenciales, por ejemplo, para un abordaje pertinente respecto a los pueblos indígenas o las familias en el contexto de la movilidad humana (migrantes, desplazados, solicitantes de asilo, etc.). Estimo que estas cuatro categorías pueden explicar parte importante de los debates que surgen en la actualidad en el cruce entre derecho constitucional y derecho familiar.

<sup>26</sup> Véase GIDDENS, A., *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Cambridge, Polity Press, 1992.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 58. La teoría de la individualización (o "destradicionalización") ha sido criticada por diversas razones, entre las que destacan, su obsesiva fijación en el individualismo, en perjuicio del valor y significación de los compromisos diarios y las relaciones de cuidado que se mantienen en las familias de sociedades liberales; su falta de sensibilidad respecto de la vigente asimetría en la asignación de funciones intrafamiliares entre hombres y mujeres y; el etnocentrismo de su construcción sociológica, basada en un modelo de familia blanca y de clase media como punto de referencia de las transformaciones sociales. Cfr.; GROSS, N., "The Detraditionalization of Intimacy Reconsidered", en *Sociological Theory* 23, 2005, pp. 286-311 y; GILLIES, V., "Raising The Meritocracy: Parenting and The Individualization of Social Class", *Sociology*, vol. 39, 2005, pp. 836-837.

<sup>28</sup> GIDDENS, A., *Modernity and Self-Identity*, Cambridge, Polity Press, 1991, pp. 88-90.

también, al menos en una parte importante, con el estilo de vida de los habitantes de *Eutropia*: esa ciudad invisible de Calvino en la que sus habitantes, en cuanto se sienten presa del hastío y ya no pueden soportar su trabajo ni a sus parientes ni su casa ni su vida, se mudan a la ciudad siguiente, donde cada uno de ellos conseguirá un nuevo empleo y una esposa distinta, verán otro paisaje al abrir la venta y dedicarán el tiempo a pasatiempos, amigos y cotilleos diferentes.<sup>29</sup> Y es que, cuando se trata de seres humanos, es difícil evitar hablar de los compromisos y las dependencias, aunque no figuren, como indica Bauman, por escrito ni hayan sido refrendados formalmente. Los actos de consumo tienen un final bien definido; sólo duran ese período y ni un momento más. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de las interacciones humanas.<sup>30</sup> Imagine-mos, como propone Sennett, a un amante que declara: "No te preocupes por mí. Sé cuidar de mí mismo. No necesito nada de ti'. A ese amante, lo pondríamos de patitas en la calle". Pues nunca alguien que no necesita nada tomará en serio nuestras necesidades. "En la vida privada, la dependencia une a los individuos".<sup>31</sup>

Como consecuencia de lo anterior, la consolidación de la esfera emocional en el ámbito de la intimidad es experimentada, a su vez, como una acelerada desinstitucionalización del núcleo familiar. O, en palabras de Axel Honneth, como una tensión entre el ámbito de los derechos, por un lado, y de los afectos, por el otro.<sup>32</sup> Si para las parejas los sentimientos de mutua atracción quedan fuera de su control intencional, afectando la proyección o certeza de la relación, las demás relaciones familiares también se ven expuestas a modificaciones importantes. En el caso de

<sup>29</sup> CALVINO, I., *Las ciudades invisibles*, Madrid, Siruela, Biblioteca Calvino, 2015.

<sup>30</sup> BAUMAN, Z., *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Traducción de Mirta Rosenberg y Jaime Arrambide, Buenos Aires, FCE, 2005.

<sup>31</sup> SENNETT, R., *El Respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Barcelona, Anagrama, 2003, p. 109.

<sup>32</sup> HONNETH, A., "Between Justice and Affection: The Family as a Field of Moral Disputes", en *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*, Cambridge, Malden, Polity Press, 2007, p. 148. En un sentido similar, BECK U. y BECK-GERNSHEIM, E., *The Normal Chaos of Love*, Cambridge, Polity Press, 1995.

las relaciones entre padres e hijos, estas parecen cada vez menos determinadas por las expectativas de roles convencionales y más por sentimientos personales en contextos de quiebre familiar. Lo anterior genera una situación paradójica: relaciones entre adultos progresivamente frágiles, inestables o inviábiles, por un lado, y relaciones entre padres e hijos que después de la separación entre los adultos, pretenden no verse afectadas e incluso, fortalecidas.<sup>33</sup>

Tomadas en conjunto, la individualización y la fragilidad de la esfera íntima han llevado a una resignificación fundamental de algunos de los presupuestos fundamentales de la institución familiar, tales como la relativización o banalización del divorcio (vista ahora como una experiencia subjetiva, personal y no como una cuestión de "estatus social"),<sup>34</sup> la noción de parentalidad (inspirada ahora por criterios de dependencia y relación, más que por una atribución genética o biológica de la responsabilidad moral),<sup>35</sup> entre otras.

## 2. El nuevo estatus de la mujer y la identidad de género en sentido amplio

Tan pronto como la familia moderna consolidó su marco de referencia en el ámbito de la esfera emocional, sólo faltó la progresiva inclusión de la mujer al mundo del trabajo formal para disolver, definitivamente, la legitimidad de los roles intrafamiliares asociados al trabajo doméstico y la crianza. Desprovista ya de su "marco legitimante", en función del otrora

<sup>33</sup> En este sentido, comentando datos de Inglaterra y Gales, MACLEAN, M., "Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation", en MACLEAN, M. (ed.), *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 1-7.

<sup>34</sup> DEWAR, J., *Law and the Family*, Londres, Butterworths, 1992, pp. 52-53 y; THERY, I., *Le démariage. Justice et vie privée*, París, Odile Jacob, 1993, pp. 128-139.

<sup>35</sup> BARTON, C. y DOUGLAS, G., *Law and Parenthood*, Londres, Butterworths, 1995; EEKELAAR, J., "Rethinking Parental Responsibility", *Family Law*, vol. 31 2001, pp. 426-443; SMART, C., *Personal Life: New Directions in Sociological Thinking*, Cambridge, Polity, 2007; y GILOMORE, S., HERRING, J. y PROBERT, R., "Parental Responsibility: Law, Issues and Themes", en *Responsible Parents and Responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 1-20.

poder patriarcal otorgado por la dependencia económica de la mujer, la distribución de roles al interior de la familia experimentó una constante y acelerada transformación.<sup>36</sup>

A tales cambios derivados de la inclusión de la mujer a la fuerza laboral formal se han sumado otros procesos paralelos de significancia equivalente. Sea en su vertiente liberal, cultural, socialista o radical, el feminismo ha revelado y cuestionado la manera en que el derecho ha contribuido a producir y reproducir a la familia como orden natural.<sup>37</sup> A su vez, el movimiento jurídico-político en pro de la igualdad de derechos o derechos diferenciados o reforzados a favor de la mujer ha transformado radicalmente algunas las categorías conceptuales clásicas de la familia moderna. Entre otras materias, la reformulación del concepto de discriminación basado en criterios objetivos,<sup>38</sup> los derechos sexuales y reproductivos,<sup>39</sup> y una nueva caracterización de la violencia en el espacio íntimo,<sup>40</sup> han abierto un proceso de redefinición de las expectativas, roles y poderes en las relaciones de pareja en general y de las relaciones conyugales, en particular.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> FLAQUER, L., *El destino de la familia*, Barcelona, Ariel, 1998; JELIN, E., *Pan y afectos. La transformación de las familias*, Buenos Aires, FCE, 1998, pp. 85 y ss.

<sup>37</sup> Véase FRIEDAN, B. *The Feminine Mystique*, Nueva York, Dell Publishing and Co., 1963; GILLIGAN, C., *In a Different Voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; JAGGAR, A. M., *Feminist Politics and Human Nature*, Oxford, Rowman and Littlefield Publishers Inc., 1983; MACKINNON, C., *Sex Equality*, 2a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2007. Para una presentación global del feminismo en la teoría y práctica jurisprudencial en América Latina, *cfr.* MOTTA, C. y SAEZ, M. (eds.), *La Mirada de los Jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, t. 1, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

<sup>38</sup> *Cfr.*, Art. 1o., Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

<sup>39</sup> COOK, R., "International Human Rights and Women's Reproductive Health", *Studies in Family Planning*. No. 24, 1993, pp. 73-86; CORREA, S. y PETCHESKY, R., "Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective", en SEN, G., GERMAIN, A. y CHEN, L.C. (eds.), *Population Policies Reconsidered: Health, Empowerment and Rights*, Nueva York, Harvard Center for Population and Development Studies, 1994, pp. 107-126.

<sup>40</sup> *Cfr.*, en particular, TEDH, Caso *Opuz vs. Turquía*. Ap. No. 33401/02, ECHR 2009; y, recientemente, TEDH, Caso *Eremia y Otros vs. República de Moldova*. Appl. No. 3564/11, ECHR 2013.

<sup>41</sup> *Cfr.*, SMART, C. *The Ties that Bind: Law, Marriage, and the Reproduction of Patriarchal Relations*, Londres, Routledge, 1984.



En otras palabras, sitiado por un nuevo estatus de la mujer (en cuanto portadora de derechos de autonomía) y la presión por una redefinición de los roles intrafamiliares, el espacio íntimo familiar ha experimentado, desde mitad del siglo XX, una vertiginosa transformación. Desde el punto de vista de las relaciones íntimas entre los adultos, la consolidación del paradigma de igualdad y no-discriminación ha llevado a una permanente reformulación de los principios y reglas que ordenan los conflictos patrimoniales y personales.<sup>42</sup> A su vez, la consolidación del principio del daño al interior de la esfera íntima ha significado una clara reformulación de los límites de la intervención del Estado en materias tradicionalmente excluidas del escrutinio y regulación públicos. De este modo, mientras ha mantenido su posición de privilegio y protección, la esfera íntima ha dejado de ser una licencia de irresponsabilidad u opresión.<sup>43</sup>

Finalmente, desde el punto de vista de las relaciones filiales entre adultos y los niños, el reconocimiento de la emancipación sexual y reproductiva de la mujer ha generado, a su vez, mayor conciencia sobre la dimensión opresiva del rol reproductivo de la mujer,<sup>44</sup> o bien, respecto de la opresión derivada del control masculino sobre dichas funciones reproductivas.<sup>45</sup> En ambos casos, las consecuencias sobre el modelo familiar moderno clásico son evidentes, generando las respectivas tensiones y redefiniciones propias del acoplamiento entre autonomía individual, cuidado, igualdad, reproducción y crianza.<sup>46</sup>

Al igual que en el caso de las transformaciones impulsadas por el nuevo estatus de la mujer, nuevos patrones de intimidad han sido creados por familias LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales), generando una

---

<sup>42</sup> GLENNON, L., "The Limitations of Equality Discourses on the Contours of Intimate Obligations", en WALBANK, J., CHOUDRY, S. y HERRING, J., *Rights, Gender and Family Law*, Londres/Nueva York, Routledge, 2010, pp. 169-198.

<sup>43</sup> ECKELAAR, J., *Family Law and Personal Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 85.

<sup>44</sup> Véase FIRESTONE, S., *The Dialectic of Sex*, Nueva York, Bantam, 1970.

<sup>45</sup> RICH, A., *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution*, Nueva York, WW Norton, 1981; y O'BRIEN, M., *The Politics of Reproduction*, Boston, Routledge-Kegan Paul, 1976.

<sup>46</sup> HERRING, J., "Relational Autonomy and Family Law", en WALBANK, J., CHOUDRY, S. y HERRING, J., *op. cit.*, pp. 257-275.

presión constante sobre el reconocimiento de derechos relacionales en el derecho de familia.<sup>47</sup> Impulsados por la irrupción de la política de la identidad,<sup>48</sup> padres y madres LGBT han combatido aquellos prejuicios asociados a la construcción exclusivamente heterosexual de la parentalidad, así como a los enclaves jurídicos que los sostienen.<sup>49</sup> Como consecuencia de lo anterior, la esfera de intimidad, tradicionalmente protegida por los supuestos de heterosexualidad, ha dado paso a nuevas formas de prácticas familiares que poseen el potencial de fracturar y desestabilizar los presupuestos heteronormativos del derecho de familia moderno.<sup>50</sup> Junto con ello, las luchas jurídicas en torno al reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género han permitido precisar, de mejor forma, la relación entre autoridad o responsabilidad parental y el ejercicio progresivo de la autonomía de los niños, niñas y adolescentes. El caso del reconocimiento al nombre social y la identidad y expresión de género de los niños transexuales, de forma compatible con las autoridades y restricciones al ejercicio de la responsabilidad parental, constituye un claro ejemplo de ello.<sup>51</sup>

### 3. Los derechos de la infancia y la responsabilidad parental

Un tercer factor fundamental para comprender las transformaciones de la intimidad radica en la evolución en la construcción social de la

<sup>47</sup> BALL, C. A., *The Rights to be Parents: LGBT Families and the Transformation of Parenthood*, Londres/ Nueva York, New York University Press, 2012; y SMART, C., "Same Sex Couples and Marriage: Negotiating Relational Landscapes with Families and Friends", *The Sociological Review*, vol. 4, No. 55 2007, pp. 687-702.

<sup>48</sup> GUTMANN, A., *Identity in Democracy*, Princeton/Oxford, Princeton University, 2003, p. 13.

<sup>49</sup> BENITEZ PIRAINO, D., *Filiación y Mujeres Lesbianas*, Santiago de Chile, Rubicón Editores, 2018; y RIVERS, D., "In The Best Interests of the Child: Lesbian and Gay Parenting Custody Cases, 1967-1985", *Journal of Social History*, 2010, pp. 917-943.

<sup>50</sup> BUTTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, 2a. ed., Nueva York, Routledge, 1999, p. 86; y FOLGERO, T., "Queer nuclear families? Reproducing and transgressing heteronormativity", *Journal of Homosexuality*, No. 54, 2008, pp. 124-149.

<sup>51</sup> GAUCHÉ MARCHETTI, X. A. y LOVERA PARMO, D., "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 25, No. 2, pp. 359-402; y ESPEJO YAKSIC, N. y LATHROP GÓMEZ, F., "Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género", *Revista de Derecho UCN* (Coquimbo), Vol. 22, No. 2, 2015, pp. 393-418.

infancia.<sup>52</sup> A pesar de encontrarse generalmente superadas como categorías conceptuales básicas en el contexto de la familia moderna, dos ideas centrales han ejercido un poder central en la definición de infancia: la primera idea es que los niños son *propiedad* de sus padres (o si no, son cosas sobre las cuales se ejerce dominio pleno, a lo menos, una extensión de los padres).<sup>53</sup> La segunda idea es que los niños son adultos *incompletos*, esto es, seres que aún no poseen las competencias y capacidades que caracterizan a los seres humanos, en propiedad.<sup>54</sup>

En contra de dichas ideas, se ha ido imponiendo la de que los niños son agentes sociales, que dan forma a sus propias circunstancias, a la vez que son influenciados por instituciones como la familia y la escuela,<sup>55</sup> así como portadores de derechos fundamentales.<sup>56</sup> A su vez, y desde la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, una serie de modificaciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales han ido consolidando una nueva concepción del estatus de la infancia: un estatus en el que los niños son considerados, a la vez, como portadores de derechos y sujetos de protección integral.<sup>57</sup> Así, en su

<sup>52</sup> Véase JAMES, A. y PROUT, A. (eds.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, Londres, Falmer Press, 1997.

<sup>53</sup> Para una justificación contemporánea de esta idea, *cfr.*, NARVESON, J., *The Libertarian Idea*, Temple University Press, Philadelphia, 1998, pp. 272-274 y; NOZICK, R., *The Examined Life: Philosophical Meditations*, Nueva York, Simon & Schuster, New York, 1989, p. 28.

<sup>54</sup> LOCKE, J., "Some Thoughts Concerning Education", en AXTELL, J. L. (ed.), *The Educational Writings of John Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963, párt. 41 y; STEINER, H., *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994, p. 248. Para una revisión crítica de la tesis de John Locke sobre la infancia, *cfr.*, ARCHARD, D., *Children Rights and Childhood*, 2a. ed., Londres/Nueva York, Routledge, 1993, pp. 1-15.

<sup>55</sup> QVORTUP, J., BARDY, M., SGRITTA, G. y WINTERSBERGER, H. (eds.), *Childhood Matters: Social Theory, Practice and Politics*, Avebury, Aldershot, 1994; y CORSARO, W. A., *The Sociology of Childhood*, California, Pine Forge Press, 1997.

<sup>56</sup> FARSON, R., *Birthrights*, Londres, Collier Macmillan, 1974; HOLT, J. C., *Escape from Childhood: The Need for Rights of Children*, Harmondsworth, Penguin, 1975; y; EEKELAAR, J., "The Emergence of Children's Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 6, 1986, pp. 161-182. Una presentación general de esta transformación en la filosofía política y moral en, ARCHARD, D. y MACLEOD, C. M., *The Moral and Political Status of Children*, Oxford University Press, 2002.

<sup>57</sup> EEKELAAR, J., "The Importance of Thinking that Children Have Rights", en ALSTON, P., PARKER, S. y SEYMOUR, J. (eds.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, 1992, pp. 221-235; CILLERO, M., "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Prefacio de

formulación más acabada, y en la actualidad, el *interés superior del niño* (ISN) se ha llegado a concebir como la priorización de los derechos (intereses) de los niños, por sobre otras consideraciones (inclusive, otros derechos). En otras palabras, el ISN no busca determinar qué es lo que la *justicia* determina en cada caso sino, en cambio, qué es lo que demandan específicamente *los derechos* de los niños en cada situación concreta.<sup>58</sup> En otras palabras, del ISN se deriva un derecho sustantivo, esto es, a los niños les asiste un poder, derivado de una posición jurídica privilegiada, para buscar la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de terceros, respecto del respeto de los propios intereses de los primeros. Tales restricciones, a su vez, se manifiestan concretamente en la obligación jurídica de maximizar los intereses de los niños (y no de los adultos, incluidos sus padres) como una consideración primordial en toda decisión que se adopte al respecto.<sup>59</sup>

Como es de esperar, esta posición dual de la infancia —en cuanto sujetos portadores de derechos y sujetos de protección especial— genera tensiones tanto al interior del espacio familiar como en relación al mundo exterior. Los derechos de los niños refuerzan, a la vez que limitan, la esfera íntima, reconociendo la existencia de un espacio privilegiado para la protección ejercida a través de la responsabilidad parental, al tiempo que dotan a los niños de garantías para ejercer sus derechos básicos al desarrollo, y progresivamente, sus derechos de autonomía.<sup>60</sup> De este

---

Luigi Ferrajoli, 2a ed., t. 1, Bogotá/Buenos Aires, Editorial Temis/Ediciones Depalma, 1999, pp. 69-85; FORTIN, J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009; DAVIS, S. M., *Children's Rights Under the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001 y; MACDONALD, A., *The Rights of the Child*, Bristol, Family Law, 2011.

<sup>58</sup> S (BD) v S (DJ) (Infants: Care and Consent) [1977] 1 A11 ER 656 y; Re K (Minors) (Wardship: Care and Control) [1977] 1 A11 ER 647.

<sup>59</sup> ARCHARD, D., *Children: Rights and Childhood*, 2a. ed., Nueva York, Routledge, 2004, p. 62. Véase, más generalmente, ONU, Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 62o. periodo de sesiones, U.N. Doc CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013).

<sup>60</sup> EEKELAAR, J., "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", *International Journal of Law and the Family*, No. 8, 1994, pp. 42-61; y ESPEJO, N., "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en ESPEJO, N. y LATHROP, F. (coords.), *Responsabilidad Parental*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017, pp. 33-52.

modo, el espacio íntimo se ve enfrentado, ahora, al desafío de ponderar o balancear los derechos (intereses) de todos los integrantes del núcleo familiar, incluidos los niños, a la vez que busca evitar una excesiva *juridificación* de las relaciones de cuidado y amor que están en su base.<sup>61</sup>

#### 4. Familia y reproducción médicamente asistida (RMA).

La reproducción médicamente asistida (RMA) consiste en la utilización de distintas técnicas médicas destinadas a lograr la reproducción humana a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.<sup>62</sup> Como es fácil de advertir, la RMA agrega nuevas complejidades a las relaciones humanas al opacar la frontera entre las bases biológicas y sociales de la familia.<sup>63</sup> Junto con la donación de espermios, los recientes avances en las ciencias biomédicas —como la fertilización *in vitro* y la investigación de embriones, entre otras— generan dilemas morales y prácticos relacionados con los derechos humanos en general y los derechos vinculados a la vida familiar, en particular. Así, por ejemplo, aspectos esenciales asociados a los derechos fundamentales —como la determinación de quién y desde cuándo es titular del derecho a la vida— surgen como discusiones jurídicas derivadas de la aplicación de las TRA.<sup>64</sup> Del mismo modo, el desarrollo de la RMA ha permitido distinguir entre las dimensiones biológicas y sociales de la parentalidad, o si se quiere, entre el parentesco (*parentage*) y la

<sup>61</sup> HONNETH, A., "Love and Morality: On the Moral Content of Emotional Ties", en HONNETH, A., *op. cit.*, nota 33, pp. 163-180.

<sup>62</sup> OMS, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, s. l., Organización Mundial de la Salud, 2010. Disponible en: [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf)

<sup>63</sup> TAYLOR, B., "Whose Baby Is It? The Impact of Reproductive Technologies on Kinship", *Human Fertility*, No. 8, 2005, pp. 189-195.

<sup>64</sup> *Cfr.*, Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 186-187.

parentalidad (*parenthood*). Así, la RMA tiene el poder de redefinir las ideas de "maternidad" y "paternidad" como procesos biológicamente integrados, puesto que, a la luz de la evolución del derecho comparado contemporáneo, un solo hijo podría llegar a tener, al mismo tiempo, un padre genético, una madre genética, una madre gestacional y un padre social o psicológico.<sup>65</sup>

En otras palabras, el desarrollo de la RMA está generando no sólo dilemas de tipo biomédico.<sup>66</sup> La dinámica evolución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparada e internacional, la regulación legal de los límites, posibilidades y consecuencias normativas de las relaciones afectadas especialmente por las TRA, dan cuenta del débil andamiaje conceptual del derecho de familia actual, y la necesidad de anclar estos debates a una base conceptual más compleja.<sup>67</sup>

#### **IV. Familia y complejidad. Nociones implícitas en el sistema constitucional.**

Precisar un concepto único de familia no es tarea fácil. Ello es consecuencia de los distintos enfoques utilizados para lograr una definición más o menos precisa de ella. En un *enfoque formalista*, la familia se define en términos de algunos rasgos observables de sus miembros (como el matrimonio o la existencia de niños). En un *enfoque funcional*, la familia se determinará sobre la base de la verificación del cumplimiento de ciertas funciones específicas, realizadas materialmente por un grupo de personas (como el cuidado, o la manutención económica). Por último, la familia puede ser definida con base en criterios de *autoidentificación*, caso en el

<sup>65</sup> HOUSE OF LORDS. *Re G (Children)*, 26 de julio de 2006. UKHL 43., párrafos 34-35 y 43; TEDH. Caso *Lebbink vs. The Netherlands*, 30 de septiembre de 2003. Appl. No. 45582/99 40, párr. 37 y; TEDH. Caso *Görgülü vs. Germany*, 26 de mayo de 2004. Ap. No. 74969/01.

<sup>66</sup> Una crítica al enfoque exclusivo en lo biomédico, THOMPSON, C., *Making Parents: The Ontological Choreography of Reproductive Technologies*. Cambridge, MA, The MIT Press, 2005.

<sup>67</sup> SPENCER, J. y DU BOIS-PEDAIN, A. (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

cual, cada grupo o unidad social podrá proveer de una definición de aquello que la constituye (como la amistad, la comunidad u otra forma de relación social estrecha).<sup>68</sup>

Junto con los enfoques anteriores, la idea de familia también puede describir varios "estados" o "posiciones sociales objetivas" asociadas a ella. Cada una de las cuales tendrá efectos para su reconocimiento legal posterior. Así, es posible hablar, por ejemplo, de *familia nuclear* (padres e hijos dependientes); *parentesco* (un grupo mayor de personas relacionadas por sangre o matrimonio) o; simplemente *hogares* (un alojamiento compartido en grupo).<sup>69</sup> Finalmente, la noción de familia también puede ser utilizada para designar "prácticas socioculturales más amplias" (prácticas familiares), basadas en el reconocimiento de una divergencia entre la noción ideológica de la familia nuclear y la multiplicidad de formas en que las personas desarrollan sus vidas (sus usos y costumbres).<sup>70</sup> Entre esas costumbres y prácticas podemos identificar un conjunto de relaciones, tales como las denominadas *familias globales*<sup>71</sup> o relaciones en que se vive *separados y juntos*<sup>72</sup> (donde las parejas tienen una relación sexual monógama, pero viven en lugares separados). Del mismo modo se advierte la emergencia de *familias de elección*, en las que las personas forman un círculo de afinidad que puede o no involucrar a niños, con un fuerte significado simbólico para sus miembros.<sup>73</sup>

La opacidad respecto al concepto de familia ha llevado a preferir una noción compleja en torno a ella. Así como resulta absurdo argumentar que una sociedad se caracteriza por un solo tipo de "individuo", también

---

<sup>68</sup> HERRING, J., *Family Law*, 6a. ed., Harlow, Pearson, 2013, pp. 2-5.

<sup>69</sup> HERRING, J., PROBERT, R. y GILMORE, S., *Great Debates in Family Law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, p. 1.

<sup>70</sup> MORGAN D., *Rethinking Family Practices*, Londres, Palgrave Macmillan, 2011.

<sup>71</sup> Cfr., BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E., *Distant Love*, Cambridge/Malden (Massachusetts), Polity Press, 2014.

<sup>72</sup> HASKEY J. y LEWIS J. "Living-Apart-Together in Britain: Context and Meaning", *International Journal of Law in Context*, Vol. 2, No. 1, 2006, pp. 37-48.

<sup>73</sup> Cfr., ELLICKSON, R., *The Household: Informal Order Around the Heart*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

resulta un sinsentido sostener que existe un solo tipo de familia. Las familias no sólo son complejas, sino también infinitamente variables y en un constante estado de fluidez a medida que las personas que las componen envejecen, mueren, se casan, reproducen o viajan.<sup>74</sup> Una vez que surgen nuevas configuraciones familiares, no es posible continuar con el tratamiento de familias como si ellas fueran a encajar en un modelo idealizado u orgánico.<sup>75</sup> En su lugar, es mejor hablar de *familias complejas*: configuraciones familiares que surgen de acuerdos formales (como el matrimonio o los acuerdos civiles) o informales (como las uniones consensuales); familias monoparentales; familias extensas y; nuevos arreglos familiares que se crean después del divorcio, nulidad, viudez o socios de distribución.<sup>76</sup>

## 1. La familia en las constituciones latinoamericanas. Hacia una definición

En un nivel más bien formal, la regulación de la familia a nivel constitucional en la región permite distinguir tres concepciones constitucionales de la familia que, siguiendo a Herrera,<sup>77</sup> pueden ser descritas de la siguiente manera: *a*) un modelo *restrictivo* (de familias "naturales", en el que sólo hombres y mujeres son reconocidos entre sí como aptos para contraer matrimonio o entrar en relaciones civiles *de facto*);<sup>78</sup> *b*) un modelo *intermedio* (donde la constitución entrega protección a todas las formas de familia, pero sólo reconoce el matrimonio entre un hombre y una mujer);<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Cfr., GITTENS, D., *The Family in Question: Changing Households and Familiar Ideologies*, Basingstoke, Macmillan, 1993.

<sup>75</sup> Un modelo orgánico pone énfasis en el bien de la unidad familiar a costa de la individualidad de sus miembros; y, frecuentemente, está asociado un orden jerárquico tradicional. Así: DEWITT J., NASH SWISHER P. y FRETWELL WILSON R., *Understanding Family Law*, 4a. ed., Nueva Jersey, New Providence, Lexis Nexis, 2013, p. 7.

<sup>76</sup> ARRIAGADA I., "Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas", *Revista de la CEPAL*, No. 77, 2002, pp. 143-161.

<sup>77</sup> Cfr., HERRERA, M., "La Familia en la Constitución 2020, ¿Qué Familia?", en GARGARELLA, R. (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 85-94.

<sup>78</sup> Constitución de Honduras, Art. 112.

<sup>79</sup> Constitución de Brasil, Art. 226 y Constitución de Ecuador, Art. 67.



y *c*) un modelo *amplio* (donde la Constitución establece un mandato amplio de protección integral de la familia, manteniendo espacio para todos los tipos de familia, matrimonio o relaciones civiles).<sup>80</sup>

Junto a esta posible caracterización constitucional general, los textos constitucionales de América Latina consagran una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones familiares. Por ejemplo, el reconocimiento a principios como la protección integral de la familia,<sup>81</sup> los derechos y deberes de los padres para con los niños,<sup>82</sup> y la igualdad entre hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio.<sup>83</sup> Algunas constituciones han reconocido, además, los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos,<sup>84</sup> así como la inviolabilidad del hogar y la intimidad de la vida familiar.<sup>85</sup> Finalmente, otros textos constitucionales han consagrado, adicionalmente, el derecho de los niños a vivir libres de abuso y violencia.<sup>86</sup>

A tales normas constitucionales ha de sumarse la consideración por una serie de disposiciones establecidas en tratados de derechos humanos, los cuales suelen ser considerados como integrantes del bloque de constitucionalidad de los países de la Región.<sup>87</sup> Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer

<sup>80</sup> Constitución Federal Argentina, Art. 14 bis.

<sup>81</sup> Constitución Federal de Argentina, Art. 14 bis; Constitución de Colombia, Art. 42.

<sup>82</sup> Constitución Federal de Brasil, Art. 229; Constitución de Costa Rica, Art. 53; Constitución de Paraguay, Art. 53; Constitución de Colombia, Art. 42 (inc. 4).

<sup>83</sup> Constitución de Perú, Art. 6; Constitución de Uruguay, Art. 42; Constitución de Costa Rica, Art. 53; Constitución de Colombia, Art. 42.

<sup>84</sup> Constitución de Chile, Art. 19, No. 10; Constitución de Perú, Art. 13.

<sup>85</sup> Constitución de Chile, Art. 19, No. 5; Constitución de Ecuador, Art. 23.8; Constitución de Colombia, Art. 42.

<sup>86</sup> Constitución Federal de Brasil, Art. 227; Constitución de Colombia, Art. 44; Constitución de Uruguay, Art. 41.

<sup>87</sup> Para un completo y lúcido análisis de la forma en que diversos instrumentos internacionales, incluida la Convención Americana de Derechos Humanos, conforman el bloque de constitucionalidad y su relevancia para el derecho familiar ver, en especial, el trabajo de Marisa Herrera, "Constitucionalización/convenionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino", publicado en este libro en el segundo capítulo; y GIL DOMÍNGUEZ, A., "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Año LXXXI, No. 63, 3 de abril de 2017.

(CEDAW), de 1979 (arts. 5.b y 16), y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 (arts. 3o., 5o., 7o., 9o., 10o., 18, 20 y 21), que disponen, junto a una serie de derechos específicos, dos obligaciones generales de particular relevancia: *a*) la obligación de garantizar la igualdad *real* o *material* entre los cónyuges, eliminando la figura de la *potestad marital* y toda otra forma de discriminación contra la mujer en el ámbito de las relaciones familiares; y *b*) la referencia al *interés superior del niño* (ISN), como parámetro primordial a tener en cuenta en todas las medidas concernientes a las niñas y niños y que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos.

Sin embargo, y a pesar de la existencia de estas normas constitucionales expresas, lo cierto es que la familia no ha sido conceptualizada claramente en ninguna de las constituciones de América Latina, tanto históricas como vigentes. Se trata, en consecuencia, de nociones implícitas que se derivan tanto de las normas constitucionales directas, como del bloque de constitucionalidad más amplio de cada sistema jurídico.<sup>88</sup> Así, las cortes constitucionales de la región han ido desarrollando una progresiva jurisprudencia respecto a las nociones implícitas de la familia que se derivan del texto constitucional. En este sentido, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) ha apelado a la diversidad o pluralidad de posibles formas familiares actuales, evitando reducir la interpretación sobre la protección constitucional de la familia a un modelo funcional: aquella familia constituida por padre, madre e hijos, y normalmente asociada a la existencia previa de un matrimonio. Como ha indicado la SCJN:

si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a *la familia*, entonces, dentro de un

---

<sup>88</sup> ESBORRAZ, D., *op. cit.*, *supra* nota 23, pp. 17-18.

Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.<sup>89</sup>

Conociendo de amparo por actos discriminatorios de parte del Centro Naval de Perú en contra la hijastra de un socio (a la que se le denegó carné familiar en calidad de "hija" y se le concedió solo uno de "invitada especial"), el Tribunal Constitucional de Perú se pronunció de un modo similar, indicando que:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.<sup>90</sup>

En una línea similar, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado una serie de precedentes que cuestionan los supuestos heteronormativos de la familia, para abrirse a concepciones mucho más amplias.<sup>91</sup> Tales

<sup>89</sup> SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 235.

<sup>90</sup> Tribunal Constitucional De Peru, Exp. N° 09332-2006-PA/TC (30/11/2007), párr. 7.

<sup>91</sup> Véase, en especial, el capítulo de Mónica Arango sobre la constitucionalización del derecho de familia en Colombia, capítulo 8 de este libro.

concepciones incluyen la protección constitucional de la vida familiar a parejas del mismo sexo,<sup>92</sup> el matrimonio igualitario<sup>93</sup> y su expansión a relaciones familiares construidas más allá de la consanguinidad o afinidad, tales como la familia de crianza o la familia monoparental,<sup>94</sup> entre otras. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que:

No obstante estar sometida a un proceso de constante evolución primeramente verificado en la realidad de la que hace parte, la Corte ha definido la familia 'en un sentido amplio', como 'aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos'.<sup>95</sup>

Estas sentencias permiten advertir que el concepto de familia no se restringe solamente a la protección constitucional de aquellas personas que han contraído matrimonio o que se encuentran unidas por consanguinidad. Más bien, los aspectos característicos de la vida familiar se relacionan con la existencia de "algún grado de interdependencia mutua, de vidas compartidas, de cuidado y amor, o de compromiso y apoyo", a diferencia de aquellas "relaciones superficiales y transitorias".<sup>96</sup> En cuanto derecho humano fundamental, la esencia de la vida familiar, como derecho fundamental, se constituye por "el amor, la confianza, la dependencia mutua y la interacción social sin restricciones".<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>93</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>94</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>95</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>96</sup> House of Lords, Caso *Fitzpatrick vs. Sterling Housing Association Ltd* [2000] 1 FCR 21, UKHL, p. 32 y 35.

<sup>97</sup> House of Lords, Caso *Secretary of State for Work and Pensions vs. M* [2006], UKHL, párr. 5.

## 2. La familia en el derecho internacional de los derechos humanos

El Sistema Universal de Derechos Humanos ha tenido una posición en línea con las definiciones interamericana y europea sobre la familia. En el caso *Hendriks vs. Netherlands*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dejó en claro que la familia sobrevive la separación y el divorcio, a los propósitos del artículo 23 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>98</sup> Esta progresiva separación entre familia y matrimonio es reforzada por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas al referirse al tipo de relaciones de cuidado que la ley puede conceder a un adulto, en el marco de relaciones familiares cubiertas por el artículo 5o. de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.<sup>99</sup> En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha sostenido:

En circunstancias normales, los padres de un niño pequeño desempeñan una función esencial en la realización de sus derechos, junto con otros miembros de la familia, la familia ampliada o la comunidad, incluidos los tutores legales, según sea el caso. Ello se reconoce plenamente en la Convención (especialmente en el artículo 5) junto con la obligación de los Estados Partes de ofrecer asistencia, en particular servicios de atención infantil de calidad (especialmente el artículo 18). El preámbulo de la Convención se

---

<sup>98</sup> "In examining the communication, the Committee considers it important to stress that article 23, paragraphs 1 and 4, of the Covenant sets out three rules of equal importance, namely, that the family should be protected, that steps should be taken to ensure equality of rights of spouses upon the dissolution of the marriage and that provision should be made for the necessary protection of any children. The words "the family" in article 23, paragraph 1, do not refer solely to the family home as it exists during the marriage. The idea of the family must necessarily embrace the relations between parents and child. Although divorce legally ends a marriage, it cannot dissolve the bond uniting father - or mother —and child— this bond does not depend on the continuation of the parents' marriage. It would seem that the priority given to the child's interests is compatible with this rule". En HRC, Caso *Hendriks vs. the Netherlands*. No. 201/1985, 27 de julio de 1988, párr. 10.3.

<sup>99</sup> CDN. Art. 5. "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

refiere a la familia como 'el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños'. El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño.<sup>100</sup>

A nivel interamericano, la Corte IDH, siguiendo a su par europea, ha sostenido que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. A su vez, el Tribunal ha reiterado que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio, a la vez que rechaza una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención, al no existir un modelo específico de familia (la "familia tradicional").<sup>101</sup> En un sentido similar, la Corte IDH ha indicado:

El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. 40o. periodo de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006, párr. 15.

<sup>101</sup> Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 239, párrs. 142 y 145.

<sup>102</sup> *Ibidem*, párr. 120. Véase, también, Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 98. En un sentido similar, CIDH. *Derecho del Niño y de la*

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la evolución dogmática y jurisprudencial ha supuesto el abandono de un concepto tradicional de familia, construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la unión conyugal, en pos de incluir otras relaciones "familiares" fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio. Así, un niño nacido de ese tipo de relaciones es *ipso iure* parte de esa unidad "familiar" desde el mismo momento y por el sólo hecho de su nacimiento.<sup>103</sup> Aunque, como norma, la cohabitación puede ser un requisito para tal relación, otros factores pueden servir también como excepciones para demostrar que una relación es lo suficientemente constante como para crear *de facto* "vínculos familiares".<sup>104</sup> La existencia o inexistencia de la "vida familiar" es, en esencia, una cuestión de hecho, que depende de la presencia real, en la práctica, de *vínculos personales y estrechos*.<sup>105</sup>

Como es posible advertir, los aportes más contemporáneos del derecho a la precisión de un concepto de familia son extremadamente relevantes, en especial en lo referido a una apertura progresiva a nuevas formas de constituir vida familiar. A pesar de ello, es importante no concluir que, a la hora de contar con un concepto jurídico de familia o vida familiar, el derecho sólo utilice una concepción funcional de ella. Como se ha visto, puede haber familia allí donde no hay matrimonio o parentesco (consanguinidad) y en la medida en que se den los demás requisitos de intimidad, cuidado y estabilidad. Con todo, lo cierto es que los sistemas jurídicos siguen reconociendo un espacio importante al enfoque formal. Así, por ejemplo, una pareja casada será considerada familia, aun cuando

---

*Niña a la Familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. OEA/Ser.LV/II. Doc. 54/13. 17 de octubre de 2013. Original: Español.

<sup>103</sup> TEDH, Caso *Keegan vs. Ireland*, Sentencia de 26 de mayo de 1994. Ap. No. 16969/90, párr. 44; TEDH, Caso *Elsholz vs. Germany* [Gran Cámara], Sentencia de 13 de julio de 2000. Ap. No. 25735/94, párr. 43; TEDH, Caso *Yousef vs. the Netherlands*. Sentencia de 5 de noviembre de 2002 [Final 5 de febrero de 2003]. Ap. No. 33711/96, párr. 51.

<sup>104</sup> TEDH, Caso *Kroon and Others vs. the Netherlands*. Sentencia de 27 de octubre de 1994. Ap. No. 18535/91, párr. 30.

<sup>105</sup> TEDH, Caso *K and T. vs. Finland*, Sentencia de 27 de abril de 2000. No. 25702/94, párr. 150; TEDH, Caso *Lebbink vs. The Netherlands*. Sentencia de 1 de junio de 2004. Appl. No. 45582/99, párr. 36.

dicha relación no sea cariñosa, estable o comprometida. Ello sugiere que, a la hora definir a la familia, el derecho contemporáneo parece emplear, concurrentemente, los enfoques funcionales y formales, prefiriendo una suerte de jerarquía en la que las parejas casadas o en acuerdos civiles siguen ejerciendo un rol de privilegio.

## **V. Algunas tendencias jurisprudenciales en América Latina**

La emergente constitucionalización de las relaciones de familia en América Latina se puede observar en una serie de precedentes constitucionales,<sup>106</sup> sobre tres cuestiones con impacto directo en el derecho de familia: orientación sexual, identidad de género y filiación. A continuación se destacan algunos ejemplos —no exhaustivos— derivados de la jurisprudencia constitucional de Argentina, Brasil, Colombia y México, y que pueden ser indiciarios de la progresiva constitucionalización del derecho familiar en América Latina.<sup>107</sup>

Como observación general previa, se advierte que Argentina parece liderar los principales debates doctrinarios en derecho de familia (con una Constitución promulgada en 1995). De hecho, este país cuenta con la legislación civil más moderna de la región, gracias a un nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigor en 2015. Por su parte, la Constitución de Colombia, de 1991, funciona en concierto con un Código Civil de 1873. Esto se complementa con algunos de los precedentes constitucionales más abundantes y ricos del continente. A su vez, México, como Brasil, es una nación federal y, por lo tanto, presenta una diversidad especial de

---

<sup>106</sup> En los sistemas legales de Latinoamérica, los precedentes judiciales no tienen el mismo valor normativo que en la tradición del derecho común. El valor normativo de las decisiones judiciales depende de muchos factores, incluyendo la jurisdicción en la cual fue dictada (por ejemplo, si fue dictada en jurisdicción civil o constitucional). La principal prevención aquí señalada es que las decisiones judiciales, tal vez con excepción de las que emanan de los tribunales constitucionales, a menudo carecen del poder vinculante de las regulaciones legislativas.

<sup>107</sup> Esta sección de basa en un trabajo reciente elaborado junto a Fabiola Lathrop. *Cfr.*, ESPEJO, N. y LATHROP, F., "Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America", en CHOUDRY, S. y HERRING, J. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2019, pp. 128-157.



leyes civiles. Aunque el Código Civil Federal mexicano se remonta a 1928 (y la Constitución a 1917), unos veinte códigos civiles locales coexisten con esa legislación. En este contexto, los precedentes que emanan de la SCJN resultan particularmente útiles en la unificación de criterios. Por último, aunque la Constitución de Brasil de 1988 es algo más antigua que el Código Civil brasileño (de 2003), esa nación ha desarrollado un sólido precedente judicial sobre igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual y en asuntos matrimoniales y parentales.

## 1. Orientación sexual y matrimonio

En Colombia, una sentencia de 26 de julio de 2007<sup>108</sup> de la Corte Constitucional declaró inconstitucional la expresión "un hombre y una mujer" del artículo 113 del Código Civil, disposición que define el matrimonio,<sup>109</sup> destacando la ausencia de una figura contractual que permita la formalización de la unión entre parejas del mismo sexo. La Corte declaró que: "los integrantes de la pareja homosexual deben disponer de la posibilidad de optar que actualmente no tienen, pues *falta una institución de índole contractual* que, en su caso, concrete el vínculo jurídico que dé lugar a la constitución formal y solemne de su familia." A mayor abundamiento, la Corte sostuvo que "la consideración de los derechos de las personas homosexuales *no contradice el reconocimiento constitucional* del matrimonio heterosexual y de la familia originada en su celebración ni su expresa protección, por la sencilla razón de que ese reconocimiento y esa protección no sufren mengua por el simple hecho de que se establezca una institución que permita formalizar, como vínculo jurídico, la relación entre dos personas del mismo sexo".<sup>110</sup> Adicionalmente, la Corte afirmó

---

<sup>108</sup> Corte Constitucional de Colombia, Rol C-577/11, 26 de julio de 2007.

<sup>109</sup> Corte Corte Constitucional de Colombia, Art. 113: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente."

<sup>110</sup> Corte Constitucional de Colombia, Rol C-577/11, párr. 4.5.3.2. Esta Corte ha fallado previamente que el sistema de protección en curso para parejas heterosexuales debe ser aplicado para las parejas

que "la Constitución *no es un orden cerrado y estático* y menos puede serlo en una materia que [...] está sometida a una constante evolución",<sup>111</sup> instando al Congreso del país a emitir, antes del 20 de junio de 2013, una ley que, de forma sistemática y organizada, regulara una institución contractual como alternativa a la unión de facto.

Finalmente, la Corte extendió los efectos de esta última sentencia a las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, se encontraran en alguna de las cuatro situaciones siguientes: primero, que hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual. Segundo, que hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil. Tercero, que hayan celebrado un matrimonio civil, pero que el registro civil se haya negado a inscribirlo; y, cuarto, a todas aquellas que formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil en el futuro. Esta sentencia declara inconstitucionales las regulaciones civiles sobre el matrimonio, a pesar de lo dispuesto en la propia constitución nacional, que podría impedir que personas del mismo sexo contraigan dicho vínculo.<sup>112</sup>

En Argentina, antes de la promulgación de la Ley 26.618, de 21 de julio de 2010, que establece el llamado "matrimonio igualitario", hubo varias sentencias emitidas tanto por los tribunales de primera instancia como por los tribunales superiores que fallaron sobre la constitucionalidad de las regulaciones que restringen el matrimonio a parejas de distinto sexo. Si bien algunos pronunciamientos rechazaron la legalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo, otros declararon inconstitucionales las

---

del mismo sexo de igual forma, resolviendo que la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, era inconstitucional. *Cfr.* Sentencias C-098/96, 7 de marzo de 1996 y C-075/07, 7 de febrero de 2007.

<sup>111</sup> *Ibidem.*

<sup>112</sup> Corte Constitucional de Colombia, Art. 42.1: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla."

regulaciones civiles sobre la exclusividad del matrimonio heterosexual. Entre estos últimos, destacan los siguientes.

El 10 de noviembre de 2009<sup>113</sup> se acogió una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Dicha sentencia declaró inconstitucionales los artículos del Código Civil que limitan el matrimonio a parejas de distinto sexo. La decisión señaló que, negar el matrimonio de dos personas del mismo sexo no constituía *per se* una ilegalidad. Sin embargo, agregó que la presunción de legalidad de los actos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no implicaba que tales actos fuesen legítimos. En este sentido, al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal manifestó que la decisión eliminaría "un obstáculo ilegítimo que limitaba la igualdad y la libertad, impedía el pleno desarrollo de las personas y su participación efectiva en la política, la vida cultural, económica y social de la comunidad, y que alienta la perpetuación del comportamiento homofóbico".<sup>114</sup> Todo lo cual estaba en clara oposición al régimen constitucional argentino.

Del mismo modo, el 19 de marzo de 2010, un Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas que limitan el matrimonio a parejas de distinto sexo y ordenó que se autorizara el matrimonio de dos personas del mismo sexo que habían solicitado una cita para una ceremonia de matrimonio: "Como se señaló en las cláusulas precedentes, ya sea desde la perspectiva del derecho a la protección de la autonomía personal o del derecho a la igualdad basado en el derecho a la no discriminación, las normas sobre el derecho a contraer matrimonio [...] *no cumplen los requisitos constitucionales* en la medida en que extinguen ese derecho para los peticionarios en ausencia de circunstancias que puedan hacer que dicha prohibición sea legalmente tolerable".<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Juzgado No. 15, Contencioso, Administrativo y Tributario. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Partes: FA. c. GCBA, Publicada en: LA LEY 30/11/2009.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párr. XVIII.

<sup>115</sup> Juzgado No. 13 Contencioso, Administrativo y Tributario. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Partes: C., M. y otro c. GCBA, Párr. 10, Publicada en: DFyP 2010 (mayo).

En el caso de México, el 3 de junio de 2015, la Suprema Corte abordó la orientación sexual de las personas que deseaban casarse, haciendo alusión a las reglamentaciones sobre procreación. La SCJN dictaminó que la ley de cualquier entidad federal que considere que el propósito del matrimonio es la procreación o que lo defina como una relación entre un hombre y una mujer, es inconstitucional. Afirmó que "pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es *discriminatorio*, pues *excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales* que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacerla distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso."<sup>116</sup> Esta sentencia consolidó un precedente previo sobre el tema y proporcionó una base sólida para el reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo en todo México.<sup>117</sup>

En Brasil, las uniones de personas del mismo sexo se reconocen como un núcleo familiar y el matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido. Esta situación comenzó a consolidarse después del 5 de mayo de 2011, cuando el Supremo Tribunal de Justicia aceptó dos acciones declarativas de inconstitucionalidad y reconoció a las uniones homoafectivas como entidades familiares con los mismos derechos y deberes que las uniones heterosexuales estables.<sup>118</sup> El Tribunal aplicó el párrafo 2 del artículo

---

<sup>116</sup> SCJN, Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 43/2015 (10a.), párr. 157. Reg. digital: 2009407.

<sup>117</sup> Anteriormente, esta Corte dictaminó que ciertas disposiciones, que en la práctica discriminan a las parejas del mismo sexo, son inconstitucionales. El 29 de enero de 2014 concluyó que la exclusión implícita de las parejas del mismo sexo del seguro de salud y maternidad en el contexto de las normas de seguridad social era inconstitucional. *Cfr.*, SCJN, Segunda Sala. Amparo en Revisión 485/2013, de 29 de enero de 2014.

<sup>118</sup> STF, ADI 4.277 y ADPF 132, REL. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011. Los efectos de este fallo fueron vinculantes y *erga omnes*. La decisión sirvió para reafirmar fallos previos relacionados con la materia, como una decisión de 2001 que reconocía a las uniones del mismo sexo como familia por primera vez en el contexto de los derechos de herencia (Rio Grande do Sul, TJRS, AC 70001388982, 7o. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001). Anteriormente, el Supremo Tribunal había reconocido la existencia de una asociación *de facto* para las personas vinculadas en una unión del mismo sexo (STJ, Resp 148.897/MG, 4o. T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998).

50. de la Constitución Federal que establece: "Los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros que surgen del régimen y de los *principios* por ella adoptados, o de los *tratados internacionales* de los cuales forma parte la República de Brasil". En cuanto a la posibilidad de interpretar el artículo 1.723 del Código Civil de manera discriminatoria, el Tribunal consideró necesario recurrir a la técnica de "*interpretación conforme a la Constitución*". Desde entonces, los precedentes han permitido la transformación de uniones estables en matrimonio;<sup>119</sup> posteriormente, el 25 de octubre de 2011,<sup>120</sup> el Supremo Tribunal de Justicia otorgó la autorización irrestricta para contraer matrimonio.

## 2. Identidad de género

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional dictó tres importantes fallos en los últimos años. Esta jurisprudencia es particularmente relevante ya que incorpora el enfoque de los derechos del niño y pide al Ejecutivo que tome medidas especiales para proteger su interés superior.

En sentencia de 16 de julio de 2013,<sup>121</sup> la Corte examinó un caso en el que no se había registrado el estado intersexual de un bebé recién nacido en el certificado de nacimiento (el espacio para "nacimiento, sexo" se dejó en blanco). Esta falla impidió que el niño se registrara en la oficina de registro civil y, en consecuencia, que pudiera recibir beneficios del sistema subsidiado de seguridad social. La Corte declaró que la: "exigencia de señalar el sexo masculino o femenino del recién nacido en la parte genérica del certificado de nacimiento, es *legítima y necesaria*"; pero que "*La indeterminación del sexo no puede ser obstáculo* para el ejercicio del derecho a

---

Además, en 2010, ese tribunal permitió que una pareja del mismo sexo adoptara dos hijos (STJ, REsp 889.852/RS, 4o. T., Rel. Luis Felipe Salomao, j. 27/04/2010).

<sup>119</sup> TJRS, AC 70048452643, 8o. C. Cív, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.

<sup>120</sup> STJ, REsp 1.183.378-RS, 4o. T., Rel. Min. Luis Felie Salomao, j. 25/10/2011.

<sup>121</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-450A/13. Bogotá, 16 de julio de 2013.

la personalidad jurídica"; no existiendo "*ninguna razón constitucional que justifique que bebés y niños cuyo sexo no pueda ser identificado al nacer, no sean registrados y permanezcan ocultos frente al Estado y la sociedad*". Agregando que: "*La tensión entre el interés del Estado de identificar y registrar a los ciudadanos para efectos de ubicarlos en la sociedad y la familia, y garantizarles todos sus derechos y, de otro lado, el derecho a la identidad, y a la identidad sexual de las personas intersexuales o con ambigüedad genital que no se clasifican en el momento de su nacimiento como hombres o mujeres, debe resolverlo el legislador sin perder de vista el interés superior del menor*".<sup>122</sup> En resumen, la Corte dictaminó que la denegación de atención médica o la demora injustificada por parte del sistema para satisfacer las necesidades de los niños, especialmente los jóvenes intersexuales, es reprochable, ignora sus derechos fundamentales y es inconstitucional cuando se basa en la ausencia de registros de nacimiento.

En segundo lugar, el 28 de agosto de 2014, la Corte emitió un fallo<sup>123</sup> sobre la situación de un recién nacido que, de acuerdo con el diagnóstico médico, presentó una "ambigüedad sexual". El bebé se registró inicialmente como mujer. A la edad de cinco años, sus padres cambiaron su nombre por uno masculino y a los seis años de edad lo sometieron a un proceso para cambiarle el sexo a varón, buscando intervención quirúrgica, con lo que, supuestamente, el niño estuvo de acuerdo. Se pidió a la Corte que interviniera a la luz de la demora de las autoridades de salud pública para autorizar esa operación. La Corte concluyó que el niño gozaba de autonomía y que sus preferencias debían tenerse en cuenta, por lo cual no era procedente el consentimiento sustituto de los progenitores para ser operado. No obstante, la Corte dictaminó que el consentimiento del menor de edad por sí solo no era razón suficiente sobre la cual el Tribunal podría ordenar a un centro de atención médica que realizara la cirugía de adecuación o asignación de sexo. Sostuvo que para que se emitiera una orden de este tipo debía existir un diagnóstico correcto, ausente en el presente

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, párrs. 4.5.3, 4.6.1. y 4.6.2. (Cursivas propias).

<sup>123</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622/14. Bogotá, 28 de agosto de 2014.

caso. Por tanto, afirmó que el sistema de salud había violado el derecho del niño a una identidad sexual, a la atención médica —el derecho a un diagnóstico— y a una vida digna, fallando contra tal centro por "no adelantar *prioritariamente* la evaluación de su caso y no tomar oportunamente las *medidas necesarias* para que el proceso de reasignación de sexo que desea el menor cumpla con un consentimiento informado, cualificado y persistente".<sup>124</sup>

Por último, el 13 de febrero de 2015,<sup>125</sup> la Corte abordó la naturaleza de los procedimientos necesarios para corregir la identidad de género de una persona. En este caso, una persona que se había sometido a una cirugía de cambio de sexo solicitó un cambio de nombre y sexo en los registros de nacimiento existentes y otros documentos de identidad. Se pidió a la Corte que interviniera en la medida en que dicha petición había sido presentada ante las autoridades administrativas en lugar de las judiciales. La Corte sostuvo que las autoridades administrativas habían instituido una práctica en la que una persona transgénero sólo podía solicitar un cambio de sexo a través de un proceso judicial (jurisdicción voluntaria). En especial, la Corte señaló que esto "puede erigirse en un *obstáculo adicional* a los que ya enfrentan las personas transgénero para lograr ser reconocidas y aceptadas como tales por el resto de la sociedad." El proceso judicial requiere que una persona actúe por medio de un abogado, lo que se transforma en una barrera de acceso: "representa un *trato discriminatorio* respecto de las personas cisgénero que formulan la misma pretensión, y a quienes se les permite efectuar tal corrección mediante escritura pública".<sup>126</sup> Así, la Corte concluyó que, si bien, la medida adoptada podría haber tenido un propósito constitucional legítimo, es decir, proporcionar seguridad y certeza a los cambios realizados por la oficina de registro civil, tales requisitos eran innecesarios considerando otros medios que no crean dificultad o discriminación, incluidos los cambios introducidos mediante escritura pública firmada ante un notario.

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, párr. 2.6.4.1. (Cursivas propias).

<sup>125</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-063/15. Bogotá, 13 de febrero de 2015.

<sup>126</sup> *Ibidem*, párrs. 7.2.3 y 7.2.4. (Cursivas propias).

En el caso de México, la sentencia de 6 de enero de 2009<sup>127</sup> se refiere a una solicitud de modificación del nombre y género. El individuo había sido criado, educado y legalmente registrado como hombre, aunque al nacer presentaba ambiguos órganos sexuales externos. Sin embargo, a lo largo de los años, sus características sexuales secundarias se habían desarrollado y presentado como las de una mujer. El tribunal de primera instancia ordenó al registro civil enmendar el registro de nacimiento por medio de una anotación en el margen, así como anotar un nuevo nombre femenino y el género. Sin embargo, el juez no consideró necesario modificar los registros originales ni ordenó la publicación o certificación del estado del solicitante. El peticionario interpuso un recurso de amparo directo, alegando la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal que establece el procedimiento de corrección de los registros de nacimiento mediante anotaciones en el margen.

La SCJN notó que, aunque algunos de los derechos personalísimos involucrados, como la identidad sexual y la intimidad, no estaban explícitamente establecidos en la Constitución mexicana, ellos "se desprenden de manera implícita de los tratados internacionales suscritos por México, y por ende, deben concebirse como derechos derivados del reconocimiento al *derecho a la dignidad humana*, pues sólo a través de su pleno respeto podremos hablar de un ser humano en toda su dignidad".<sup>128</sup> Consecuentemente, la SCJN declaró inconstitucional la disposición. Observó que aunque la disposición proporcionaba un medio para enmendar el certificado de nacimiento en términos de nombre y sexo, el hecho era que, al limitar tales correcciones a una anotación en el margen —dada la naturaleza pública de dicho cambio— la ley constituía "una *injerencia en su intimidad y vida privada*, ya que, se insiste, tendrá que exteriorizar, en muchas de sus actividades, su condición anterior, lo que, a su vez, genera eventuales *actos discriminatorios* hacia su persona en aspectos laborales o en sus relaciones sociales".<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo directo civil 6/2008. Relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS. 6 de enero de 2009.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 90. (Cursivas propias).

<sup>129</sup> *Ibidem*, pp. 98-99. (Cursivas propias).



Finalmente, el 5 de febrero de 2015 se emitió un decreto que modificó y adicionó diversas disposiciones al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal con el propósito de reconocer legalmente la identidad de género. Esta ley requiere que el cambio esté documentado en el registro de nacimiento original y que se emita un nuevo certificado de nacimiento que refleje únicamente la información modificada. El registro original se mantiene bajo sello y no puede ser publicado o emitido a menos que así lo ordene un tribunal de justicia o un ministerio del gobierno.

### **3. Derechos de los niños y relaciones familiares**

Por último, se presentan algunas sentencias referidas a los derechos de los niños que involucran la constitucionalidad de disposiciones sobre filiación por nacimiento (México, Colombia y Argentina), adopción (Colombia), y multiparentalidad (Brasil). Estas resoluciones reflejan las tensiones entre el derecho civil y la realidad de la composición familiar en América Latina.

#### **3.1. Filiación por naturaleza**

En México y Colombia, las legislaciones mantienen en su letra una fuerte protección del vínculo biológico. En el momento de la promulgación de sus constituciones se priorizó la "verdad biológica", que permitía la investigación sin restricciones de la paternidad y la maternidad. La realidad material ha reemplazado esta dependencia de los vínculos biológicos y/o genéticos, poniendo el acento en los vínculos afectivos y sociales cuya preservación es más relevante que la verdad biológica revelada en una prueba de ADN.

En el caso de México, la tendencia parece ser hacia una mayor cercanía entre el derecho a preservar la identidad y el derecho a saber quiénes son los

padres biológicos. Así, en sentencia de 18 de octubre de 2005,<sup>130</sup> la SCJN conoció de una contradicción de tesis jurisprudencial. Por un lado, un tribunal inferior había dictaminado que en una demanda por investigación de paternidad la muestra genética requerida no podía tomarse de forma coercitiva; por otro lado, un tribunal distinto determinó que el derecho del menor a poder establecer su identidad prevalecía sobre el derecho de sus padres a negarse a proporcionar voluntariamente una muestra de sangre. La SCJN falló a favor del uso de la fuerza sobre la base del interés superior del niño y del derecho del niño a la información sobre el origen biológico y la identidad de sus padres. Declaró: "La importancia de ese derecho fundamental a la identidad *no sólo radica en la posibilidad de conocer el nombre y el origen biológico* (ascendencia), sino que, a partir de ese conocimiento, puede derivarse en primer lugar, el derecho del menor a tener una *nacionalidad* y, por otra parte, el derecho del menor, constitucionalmente establecido (artículo 4o), de que sus ascendientes *satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral*".<sup>131</sup>

El 28 de mayo de 2014,<sup>132</sup> la SCJN confirmó su posición al escuchar argumentos sobre una nueva contradicción de la ley. El tribunal querrelante afirmó que la existencia de un registro que contenía una filiación no representaba ningún obstáculo para la admisión de pruebas genéticas. El tribunal demandado, sin embargo, argumentó que tal evidencia no era admisible en la medida en que la paternidad había sido previamente reconocida. Si la evidencia fuera admitida —argumentó el tribunal—, la paternidad existente debería considerarse nula e inválida para garantizar que los derechos del demandado no se vean perjudicados irreparablemente. En resumen, el caso versó sobre la contraposición entre dos derechos: el derecho del niño a una identidad y el derecho del padre a la

---

<sup>130</sup> SCJN, Primera Sala. Contradicción de tesis 154/2005-PS. Marzo de 2007, Reg. digital: 20018.

<sup>131</sup> *Ibidem*, Considerando 5. (Cursivas propias).

<sup>132</sup> SCJN, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Contradicción de tesis 430/2013. 28 de mayo de 2014. Reg. digital: 2007454.

intimidad. La SCJN dictaminó que: "Dentro de un vínculo familiar es imprescindible que la persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres, a fin de ejercer su *derecho a la identidad biológica*"; agregando que: "Lo anterior significa que cuando *la realidad de un vínculo biológico no se encuentra reflejada en el plano jurídico*, debe reconocerse el derecho de la persona (sea mayor o menor de edad) a lograr el estado de familia que corresponde con su *relación de sangre*".<sup>133</sup>

Este fallo fue categórico en cuanto a la imposibilidad de tener dos paternidades: "En los casos en los que la pretensión del actor es establecer una nueva filiación jurídica, debe decirse que mientras que el propio ordenamiento no permita o reconozca la escisión y distinción de este cúmulo de relaciones jurídicas, la seguridad jurídica y el propio interés superior del menor exigen que *sea uno solo el vínculo paterno-filial que les da origen*. Es decir, *no podría darse el caso de que hubiera dos paternidades legales simultáneas*".<sup>134</sup> Esta posición es contraria al enfoque de algunos fallos brasileños que se examinan más adelante (multiparentalidad).

En sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 10 de noviembre de 2010,<sup>135</sup> se puede observar la prevalencia de criterios "sustantivos" frente a criterios "adjetivos" (o de procedimiento) para facilitar la tramitación de una solicitud de filiación al redefinir el concepto del "interés actual" del peticionario. La Corte dictaminó que el derecho a la personalidad jurídica: "confiere a su titular la *potestad de exigir que la verdadera filiación prevalezca sobre la puramente formal o ficticia*".<sup>136</sup> En este caso, al peticionario se le dijo en el contexto de un juicio que cuestionaba la paternidad, que su acción estaba condenada al fracaso debido a que carecía

<sup>133</sup> *Ibidem*, párrs. 75-76. (Cursivas propias).

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 84. Esta cuestión fue confirmada en una sentencia de 8 de agosto de 2011 (Contra-dicción de tesis 355/2011, Tribunales de Circuito del Décimo Periodo), que se refiere al caso de un padre que, después de haber reconocido voluntariamente a su hijo y desempeñado sus funciones como tal durante 11 años, afirmó que el niño no era su hijo y presentó una demanda contra la madre para impugnar la paternidad. Esta solicitud fue denegada por el Tribunal de primera instancia, pero se otorgó en apelación, lo que llevó a la madre a recurrir de amparo ante la SCJN.

<sup>135</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-888/10. Bogotá, 10 de noviembre de 2010.

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 14. (Cursivas propias).

del interés actual de demandar, a pesar de haber presentado la petición dentro del plazo de 20 días después de obtener los resultados de una prueba de ADN que sugería que era muy poco probable que la niña que había reconocido fuera suya.

La Corte indicó que, si bien el caso podría resolverse mediante una interpretación legalmente admisible, podrían producirse violaciones de los derechos fundamentales si la disposición se interpretaba como "*conferirle una eficacia inferior a la óptima* a los derechos a la libertad para decidir el número de hijos, a la personalidad jurídica, a la filiación y acceder a la administración de justicia".<sup>137</sup> La Corte indicó que la interpretación razonable de la voz "interés actual" para impugnar la paternidad comenzaba a contabilizarse cuando emerge la primera duda sobre la existencia de tal vínculo filial, una vez que la persona había sido reconocida como hijo.

La Corte Constitucional se ha referido a la caducidad de impugnaciones a la filiación —aunque en sentidos diversos— en función de la proporcionalidad de la interpretación de la disposición legal. En sentencia de 15 de febrero de 2012,<sup>138</sup> señaló que la interpretación constitucionalmente válida de una norma "es aquella en la que *el término de caducidad de la impugnación de la paternidad se empieza a contar a partir de la fecha en la cual se tuvo conocimiento cierto* a través de la prueba de ADN de que no se era el padre biológico".<sup>139</sup> En sentido opuesto, el 28 de junio de 2013,<sup>140</sup> sostuvo que "en el caso concreto, si bien existe una prueba de que el actor no es el progenitor del menor Juan Diego, la inactividad de éste durante 8 años, implica que aceptó su rol como padre del citado menor"; y que "frente a la posible configuración de un defecto sustantivo por desconocer el mandato constitucional que señala que se le debe dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas (...) *en este caso efectivamente la declaratoria de la caducidad de la acción no es desproporcionada* (...) ya que

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, párr. 24.

<sup>138</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-071/12. Bogotá, 15 de febrero de 2012.

<sup>139</sup> *Ibidem*, párr. 9.2.2.1. (Cursivas propias).

<sup>140</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-381/13. Bogotá, 28 de junio de 2013.

‘La aplicación de dicha norma tiene como fin *proteger la seguridad jurídica y preservar la estabilidad de las relaciones filiales*’.<sup>141</sup>

En Argentina, una sentencia de 16 de abril de 2008<sup>142</sup> declaró inconstitucional el artículo 259, párrafo 2, del Código Civil vigente en el momento, ya que limitaba el plazo en que un marido podía impugnar la paternidad a un año a partir del nacimiento, a menos que no estuviese al tanto de dicho nacimiento. En este último caso, la acción prescribía en el plazo de un año desde que se da cuenta de la existencia del niño. En este fallo, se admitió la impugnación de la paternidad dentro del matrimonio, afirmando que no existía un vínculo biológico de parentesco entre padre e hija. La sentencia estableció que "las restricciones impuestas a los derechos individuales, en el caso del derecho a establecer la verdadera filiación, tienen un límite sustancial que se deriva de los principios de razonabilidad y proporcionalidad",<sup>143</sup> y que dicho artículo contenía una limitación irrazonable que violaba el derecho a conocer la verdad biológica, que es un componente del derecho a la identidad personal, junto con el derecho a establecer vínculos legales de filiación entre personas relacionadas biológicamente, y el derecho a probar el verdadero estado familiar.

### 3.2. Filiación por adopción

En Colombia, el 19 de febrero de 2016,<sup>144</sup> la Corte Constitucional resolvió el caso de una mujer identificada como Y que nació como resultado de una relación extramatrimonial entre YSA y GCZ. AAL y su cónyuge, ACZ, la habían mantenido, dado que, en el momento de su nacimiento, su madre biológica (YSA) era menor de edad. El padre biológico de Y, GCZ, era el hermano de su "padre adoptivo" (ACZ) y su tío biológico, pero nunca había asumido su rol de padre. Después de alcanzar la mayoría de

<sup>141</sup> *Ibidem*, párr. 7.3. (Cursivas propias).

<sup>142</sup> Cámara De Familia 2 (Córdoba), Partes: G., D.E. v. FN.O. y otra. Publicada en: Lexis No. 70053706.

<sup>143</sup> *Ibidem*, Sección II. 1. (Cursivas propias).

<sup>144</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-071/16. Bogotá, 19 de febrero de 2016.

edad, Y y ACZ decidieron legalizar su parentesco a través de la adopción.<sup>145</sup> Si bien esa solicitud fue inicialmente rechazada por el tribunal de familia, posteriormente fue aceptada por otro tribunal. El problema surgió cuando el último fallo proponía que el apellido de Y cambiara al de su "padre social" y al mismo tiempo ordenaba el nombre de la madre biológica en el registro de nacimiento, eliminando así el vínculo filial y familiar con su madre. En respuesta, Y apeló, y solicitó que se revocara la supresión del nombre de su madre biológica con la que había "llevado a cabo relaciones normales como madre e hija". Sin embargo, el tribunal de apelación reafirmó la decisión, dictaminando que uno de los efectos de la adopción total es la extinción de todas las relaciones de sangre anteriores.

La Corte declaró que las resoluciones precedentes que impidieron la adopción deberían haber interpretado las normas existentes sobre la adopción de una persona mayor de edad de manera más sistemática y armoniosa, sobre todo porque nunca fue intención de las partes extinguir los vínculos parentales entre la hija y la madre biológica. Señaló: "la adopción pretendía reconocer un *vínculo real* que se había formado durante años entre adoptado y adoptante" que permitiría retribuir "el *amor, cariño y apoyo* que le había brindado su padre adoptante durante su crecimiento y proceso de formación mediante las obligaciones que surgen de la filiación".<sup>146</sup>

Además de abrirse a la idea del parentesco social y subrayar la validez de las relaciones afectivas como fuente de efectos civiles, esta decisión también requiere una revisión de los impactos clásicos de una de las instituciones con los fundamentos más sólidos del derecho de familia: la adopción.

---

<sup>145</sup> El artículo 69 del Código de la Infancia y de la Adolescencia colombiano (de 2006) permite la adopción de los mayores de edad, siempre que el adoptante haya tenido bajo su cuidado personal al adoptado y que, tanto el adoptante como el adoptado hayan convivido por lo menos dos años antes de que el adoptado cumpla 18 años.

<sup>146</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-071/16. Bogotá, 19 de febrero de 2016, párr. 66. (Cursivas propias).

La Corte estableció que no puede afectar desproporcionadamente el derecho a la identidad y el derecho a la vida familiar, borrando vínculos anteriores. Este elemento podría abrir el camino para la reincorporación de algunos tipos de adopción derogada en varios sistemas jurídicos latinoamericanos, bajo los cuales persisten los lazos legales entre un niño y sus padres biológicos (adopción simple).

### 3.3. Multiparentalidad

Algunos fallos en Brasil y Argentina están allanando el camino a la "pluricrianza" o "multiparentalidad". No se refieren directamente a la constitucionalidad de una disposición, pero abren dimensiones previamente desconocidas: admitir que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales.

En Brasil, esta situación se ha planteado en el ámbito judicial. El fallo de la Octava Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande reconoció, en 2015, la "multiparentalidad" a raíz de una solicitud de un matrimonio conformado por dos mujeres, y un hombre, quienes habían celebrado un "pacto de filiación". Los tres peticionarios se habían comprometido recíprocamente al ejercicio del poder familiar, la herencia, la custodia, las visitas y las obligaciones de sustento. La Cámara revocó la decisión del tribunal inferior que rechazó la solicitud y declaró procedente "el pedido de reconocimiento de la multiparentalidad en relación a la hija, debiendo rectificarse el registro civil, a fin de que *conste también como progenitora la esposa de la madre, con inclusión de los respectivos abuelos maternos*".<sup>147</sup>

En Argentina, este problema ha surgido en el ámbito administrativo. En 2015, se presentaron dos casos ante el registro civil sobre niños nacidos

<sup>147</sup> Cámara Civil Octava de Justicia (Río Grande Do Sul), L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad, 12/02/2015. Pág. 12. JPOE No. 70062692876 (No. CNJ: 0461850-92.2014.8.21.7000) 2014/CÍVEL. (Cursivas propias).

mediante técnicas de reproducción humana asistida en el marco de un matrimonio compuesto por dos mujeres. La persona que proporcionó el material genético era amigo de la pareja que también desempeñaba el papel de padre; los niños fueron criados por los tres adultos. En ambos casos, el registro civil correspondiente aceptó el reconocimiento ofrecido por el hombre y emitió un nuevo certificado de nacimiento, lo que refleja el triple vínculo de filiación.<sup>148</sup>

## VI. Conclusiones

Este trabajo ha intentado proporcionar una visión general respecto a la constitucionalización del derecho de familia, en su dimensión dogmática y jurisprudencial. Al hacerlo, se ha buscado explicar cómo el derecho de familia moderno se ve continuamente desafiado por contextos sociales dinámicos, complejos y en profunda transformación individual y social. La familia "estática" que la mayoría de los Códigos Civiles de América Latina contemplaron en el siglo XIX, es reemplazada por una que cambia constantemente, se adapta a los planes individuales de sus miembros y se inserta en el imaginario de ellos como un propósito legítimo, pero no termina por abarcar ni satisfacer en su totalidad sus proyectos individuales.

Estos desafíos requieren que los sistemas legales se ajusten periódicamente, para reformular sus reglas y disposiciones sobre la base de nuevos principios fundacionales. En este proceso, la tarea del intérprete es fundamental y, especialmente, la de los tribunales llamados a declarar la conformidad de estas disposiciones a la Constitución Política. En este contexto, la constitucionalización del derecho de familia parece estar jugando un papel primordial en la protección de los derechos humanos dentro de

---

<sup>148</sup> *Cfr.*, PERALTA, M. L., "Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, No. 68, 2014, pp. 53-70; y HERRERA, M., DUPRAT, C. y PELLEGRINI, M. V., "Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Código Civil y Comercial*, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2015, pp. 93-110.



las relaciones familiares; un proceso que puede contribuir, entre otros aspectos, a la incorporación progresiva de las normas internacionales de derechos humanos a la legislación nacional.

No obstante, el análisis de este embrionario proceso de constitucionalización no debe aceptarse indiscriminadamente. Los principios constitucionales y los derechos fundamentales son difíciles de precisar y, en muchas ocasiones, la comprensión y aplicación de aquello que las normas constitucionales establecen puede resultar un proceso espinoso. Los tribunales y las cortes con jurisdicción constitucional no se encuentran blindadas, tampoco, a las presiones políticas y a unas condiciones inadecuadas de acceso a la justicia para grandes proporciones de la población. En especial, las minorías insulares. Ello podría generar una falsa sensación de primacía constitucional o de justicia constitucional en el ámbito familiar.

Del mismo modo, si bien el derecho de familia parece estar cada vez más *anclado* en el derecho constitucional, el derecho de familia deberá proporcionar un conjunto mucho más sólido y preciso de principios y normas jurídicas específicas y especiales que justifiquen su propio dogma. El derecho penal y el derecho civil constituyen buenos ejemplos de campos jurídicos en los que se ha avanzado en la aplicación de principios y derechos constitucionales fundamentales, al tiempo que de un sólido desarrollo doctrinal y normativo. El siguiente paso para la consolidación de la constitucionalización del derecho familiar, en consecuencia, puede estar en el fortalecimiento de dos procesos concurrentes. De un lado, la consolidación de líneas jurisprudenciales sólidas y coherentes en materia de familia, basadas en los principios y reglas esenciales del Estado constitucional y democrático de derecho. Del otro lado, el desarrollo de una doctrina y legislación altamente especializadas en el campo familiar, que puedan también informar la interpretación constitucional y llenar —de acuerdo con la Constitución— los vacíos pendientes, para una justa y adecuada regulación de la vida familiar.