

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

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VVAA.

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.

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.

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
06100 Ciudad de México
Telf.: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1169-974-7
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.

En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 2

Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias.

La experiencia del derecho argentino

Marisa Herrera*

* Doctora en Derecho UBA. Investigadora CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho UBA. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación en temas de familia, infancia y adolescencia.

I. Preludio

El presente ensayo busca evidenciar la incidencia del derecho constitucional/convencional en el derecho de las familias —el plural no es casual—; es decir, cómo ello ha impactado en el ordenamiento jurídico argentino que ostenta modificaciones sustanciales en este ámbito del derecho.

Argentina se ha animado a responder un interrogante clave: ¿cómo debería ser una regulación estadual/nacional acorde con los principios y propósitos de derechos humanos que recepta la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su interpretación a cargo del mencionado tribunal regional? Para tal fin, se tomará de base la experiencia legislativa argentina que comenzó a mediados del 2000 mediante la sanción de una gran cantidad de leyes icónicas que se sintetizan por orden cronológico ascendente en el apartado III, siendo la obra legislativa cumbre que sintetiza esos avances legislativos el Código Civil y Comercial

(CCyC) en vigencia desde agosto del 2015. Dado este claro papel de sintetizador de varios avances legales en clave de derechos humanos en el campo jurídico de las relaciones de familia, infancia y adolescente, será el cuerpo normativo central sobre el que versa el presente ensayo.

Sucede que la denominada "constitucionalización del derecho civil", que impacta —con mayor o menor fuerza— en los Estados que han ratificado la aludida Convención, interpela de manera profunda la regulación del derecho de familia, siendo más preciso hablar del derecho de las familias.

¿Cuál es el denominador común de todas las reformas legislativas cuya obra cumbre ha sido el CCyC, que ha producido una verdadera revolución copernicana en el campo de las relaciones de familia, infancia y adolescencia desde la perspectiva civilista? La obligada óptica constitucional/convencional en la que la "Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Corte IDH) ocupa un lugar central.

Esta experiencia legislativa es hábil para indagar y profundizar, a través de un caso testigo, cuáles son los cimientos sobre los que se debería edificar un régimen jurídico que responda a la diversidad de formas de organización familiar que observan las sociedades contemporáneas. Esta ha sido una preocupación clara del legislador argentino al redactar el Código Civil y Comercial, de allí el interés por compartir el modo en que se lo hace; es decir, destacar las principales decisiones de política legislativa para acercar las normas infraconstitucionales a mandas superiores, y mostrar cuáles han sido las modificaciones más sobresalientes, auspiciadas por la doble e inescindible perspectiva constitucional/convencional, a los fines de ser un aporte valioso a un debate pendiente en la región y que se habría complejizado en el contexto político actual en el que vuelven a soplar vientos conservadores.

Más allá de esta disquisición no menor,¹ en esta oportunidad, se invita a compartir algunas de las tantas discusiones —varias de ellas muy acaloradas— desatadas en el derecho argentino a los fines de lograr un modelo legislativo tendiente a acortar la brecha entre Ley-Derechos Humanos y Realidad Social.

II. Base convencional regional

De manera general, es dable destacar que el derecho civil argentino viene observando desde hace varios años una metamorfosis estructural auspiciada por la doctrina internacional de los derechos humanos, es decir, en atención a la clara decisión de colocar a los derechos humanos como centro de la escena jurídica mediante la sólida construcción teórico-práctica edificada sobre ciertos pilares, destacándose de manera harto sintética, las siguientes consideraciones elementales: 1) la superioridad normativa de la Constitución y los instrumentos internacionales/regionales de derechos humanos y su consecuente condicionamiento normativo en los demás niveles normativos inferiores;² 2) vinculado a ello, la consolidación del denominado "bloque de la constitucionalidad federal" que se integra también con las decisiones consultivas y jurisdiccionales de la máxima instancia judicial regional que interpreta la CADH;³ 3) la

¹ En la Argentina el retroceso en término de derechos humanos es elocuente. Como muestra de ello, es dable destacar que se ha presentado un nuevo proyecto de reforma del Código Civil y Comercial (conf. Decreto 182/2018 que crea una "comisión *ad honorem*" integrada por Julio César Rivera, Ramón D. Pizarro y Diego Botana, Agustina Díaz Cordero en el carácter de Secretaria Académica y Marcelo Alejandro Rufino como Secretario *ad hoc*) cuya primera modificación consiste en quitar las palabras derechos humanos de los dos primeros artículos del código vigente. Más adelante se retomará esta cuestión al analizar qué dice o cómo comienza el Código Civil y Comercial vigente desde mediados de agosto del 2015.

² Por mencionar alguna de las doctrinas más actuales: DESCALZI, J. P., "Neoconstitucionalismo, razonabilidad decisoria y multiculturalismo", *LL Cita Online AR/DOC/47/2019*. Disponible en: <http://bit.ly/2lr6dKf>. Asimismo, en el ámbito que nos convoca, una de las primeras obras que se animó a abordar el impacto del proceso de constitucionalización: GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V. y HERRERA, M., *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

³ Para profundizar, a modo de ejemplo, se recomienda compulsar: GIL DOMÍNGUEZ, A., "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *LL Cita Online: AR/*

profundización de las nociones de interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos;⁴ y 4) la interacción ineludible entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ostentando estos últimos el carácter de operativos y no meramente programáticos.⁵

En este contexto, es dable destacar que la Corte IDH desde sus comienzos en 1979, se dedicó a emitir Opiniones Consultivas, iniciando su papel jurisdiccional recién en 1987 en el que se abocó a delitos de lesa humanidad, por lo que la responsabilidad internacional de los Estados Parte se centraba en el derecho penal humanitario, al encontrarse comprometidas fuertes restricciones a la vida, la libertad y la dignidad. Como lo ha expresado quien fuera presidente en el período 2010-2014, el peruano García Sayán: "la democratización de las conciencias en América Latina hace que se haya generalizado y extendido la percepción de los derechos, llegando a la Corte algunas materias que hace algunos años hubiese sido impensado que llegaran: derechos a la orientación sexual, métodos científicos de fertilización, asuntos de acceso a la información y otros, lo que da cuenta de que cada vez hay más gente que sabe que si sus derechos no fueron satisfechos en el fuero interno, existe una instancia internacional."⁶

DOC/856/2017; y Ernesto P. F. Sebastián, "El control de convencionalidad y el efecto útil de los tratados sobre derechos humanos", *SJA Cita Online*: AR/DOC/4371/2017.

⁴ Entre otros tantos, véase: PINTO, M., "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CABA, CELS, 2004, pp. 163-173; y VÁZQUEZ, L. D. y SERRANO, S., "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", IJ-UNAM, s.f., s.l. Disponible en: <http://bit.ly/2mYi2bf>.

⁵ Sólo por nombrar algunos de los tantos trabajos en la temática: BAZÁN, V., "Hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", *LL Cita Online*: AR/DOC/13/2015; y FERNÁNDEZ, Silvia E., "Acceso a derechos sociales. Legitimaciones colectivas", RDF 82, 5 *Cita Online*: AR/DOC/4079/2017.

⁶ *Cfr.*, CHAPARRO, A. "Diego Garcia-Sayán habla sobre la Corte IDH: "La Corte, como los toreros, tiene que torear lo que salga y resolver los temas que vengan", *El Mercurio*, 18 de julio de 2013.

Dentro de esta "ola de conflictos renovados" se debe citar en primer término,⁷ el resonado caso *Atala Riffo vs. Chile*⁸ en el que, por primera vez, la Corte se explica sobre un tema sensible como lo es la orientación sexual de las personas, siendo tildada de "categoría sospechosa" y engrosando, de este modo, las variables que, como la raza y la religión, contienen una fuerte carga de discriminación y violentan el principio de igualdad. Se trata de una cuestión de impacto directo en la noción de familia, tal como queda bien aclarado en el fallo al afirmarse 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. Al respecto, el Tribunal reitera 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" (párr. 142).

A nuestro entender, con esta sentencia se inaugura un largo e interesante camino de ampliación de derechos a la luz de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH que se sintetiza en el siguiente cuadro:

⁷ Nos saltamos de manera consciente el caso más resonado en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes como lo es *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, más conocido como el caso de los "Niños de la calle" en el que se reconoció —entre otras tantas cuestiones— que "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana", y de allí la importancia de las interpretaciones a las cuáles se arriban en el marco de este entrecruzamiento ineludible entre el art. 19 de la CADH y la Convención sobre los Derechos del Niño en lo relativo a la "protección especial" (Corte IDH, caso 'Niños de la Calle' (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre 1999, párr. 194. Disponible en: <http://bit.ly/2lkNgbU>). Sucede que este caso no entraría en los aires renovados que aquí se pretenden analizar, sino a los primeros pasos de la Corte IDH en la ocupación y preocupación por los derechos de niños, niñas y adolescentes. Para profundizar sobre este importantísimo precedente regional se recomienda compulsar: BELOFF, M., "Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia *Villagrán Morales y otros* (Caso de los "Niños de la calle")". Disponible en: <http://bit.ly/2m2rSIM>

⁸ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24/02/2012.⁹ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 26/11/2013¹⁰ y 10/02/2017.¹¹

Fornerón e hija y otro vs. Argentina, 27/04/2012.¹² Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28/11/2018.¹³

Furlan y familiares vs. Argentina, 31/08/2012.¹⁴ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28/11/2018.¹⁵

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28/11/2012.¹⁶ Supervisión de cumplimiento de la sentencia, 26/02/2016.¹⁷

Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B., 29/05/2013¹⁸ y 19/08/2013.¹⁹

Gonzales Lluy y otro vs. Ecuador, 01/09/2015.²⁰ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 05/02/2018.²¹

Duque vs. Colombia, 26/02/2016.²² Supervisión de cumplimiento de sentencia, 22/11/2018.²³

I.V. vs. Bolivia, 30/11/2016.²⁴ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 14/11/2017²⁵ y 21/11/2018.²⁶

⁹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

¹⁰ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 26 de noviembre 2013.

¹¹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 10 de febrero de 2017.

¹² Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012.

¹³ Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28 de noviembre de 2018

¹⁴ Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

¹⁵ Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28 de noviembre de 2018.

¹⁶ Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012.

¹⁷ Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Supervisión de cumplimiento de sentencia", 26 de febrero de 2016.

¹⁸ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B." 29/05/2013,

¹⁹ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B." 19/08/2013

²⁰ Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otro vs. Ecuador*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015.

²¹ Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otro vs. Ecuador*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. 05 de febrero de 2018.

²² Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

²³ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 22 de noviembre de 2018.

²⁴ Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. 30 de noviembre de 2016.

²⁵ Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Supervisión de cumplimiento de sentencia". 14 de noviembre de 2017.

²⁶ Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 21 de noviembre de 2018.

V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 08/03/2018.²⁷

Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 09/03/2018.²⁸

Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, 23/08/2018.²⁹

López Soto y otros vs. Venezuela" 26/09/2018.³⁰

Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, 28/11/2018.³¹

Panorama que debe completarse con la faceta consultiva que también compromete a la máxima instancia judicial regional en derechos humanos. Básicamente y por la temática en estudio, nos interesa rescatar las siguientes tres Opiniones Consultivas: 1) la No. 17 sobre la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño";³² 2) la No. 21 sobre "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional"³³ en la que se asevera, directamente vinculado al art. 17 de la CADH, sobre protección de la familia que "(...) la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales" (párr. 272); y 3) la No. 24 sobre "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo",³⁴ en la que se abordan dos grandes dimensiones relevantes para el derecho de las familias contemporáneo, mostrando y reafirmando la pertinencia de su noción en plural. En lo relativo a la identidad

²⁷ Corte IDH, Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Sentencia de 08 de marzo de 2018.

²⁸ Corte IDH, Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 09 de marzo de 2018.

²⁹ Corte IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 23 de agosto de 2018.

³⁰ Corte IDH, Caso *López Soto y otros vs. Venezuela*". Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

³¹ Corte IDH, Caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

³² Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17/02, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño". 28 de agosto de 2002.

³³ Corte IDH, Opinión Consultiva No. 21/14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional". 19 de agosto de 2014.

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva 27/17, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo". 24 de noviembre de 2017.

de género, se asevera que "[La] Corte entiende que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero" (párr. 98); por lo cual "[E]l Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintitas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas..." (párr. 100). Y en lo que respecta a las parejas del mismo sexo, la Corte entiende que

para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas —casadas o no— que por cualquier motivo carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear. Por otro lado, el significado de la palabra 'matrimonio' al igual que la de 'familia' ha variado conforme al paso de los tiempos..." (párrs. 221 y 222).

En definitiva, esta apretada síntesis es hábil para demostrar cuáles son los vientos que corren en el plano convencional regional, siendo necesario recordar el compromiso jurídico que se deriva de la ratificación de un tratado internacional, conocido bajo el aforismo *pacta sunt servanda*, y la consecuente responsabilidad internacional (conf. artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados) que genera. En este marco, conocer, analizar y profundizar sobre estos vientos no constituye una actitud voluntarista, sino un compromiso y obligación ética y legal.

III. Una experiencia concreta: el derecho argentino y el principio de realidad socio-jurídica

Ingresando al estudio de lo acontecido en la legislación argentina en torno a cómo alcanzar una regulación respetuosa y coherente con el desarrollo de la doctrina internacional y regional de los derechos humanos, sobresale un principio que ha sido central para motorizar los cambios legales producidos en los últimos tiempos. Nos referimos al principio de realidad.

Sintéticamente, se advierten cambios sociológicos significativos en el comportamiento de la población argentina, en la misma tónica que acontece a nivel mundial de conformidad con un interesante estudio realizado por ONU Mujer en el 2019, titulado *Familias en un mundo cambiante*.³⁵

Qué acontece en Argentina; a modo de ejemplo, según el último censo nacional realizado en año 2010,³⁶ casi 4 de cada 10 parejas son no casadas (el 38.80% conviven sin contraer matrimonio);³⁷ el reconocimiento jurídico de parejas del mismo sexo; el aumento de familias ensambladas en atención a la ruptura de las parejas y la mayor perspectiva de vida de la población, observándose nuevas conformaciones familiares a partir de la extinción de núcleos anteriores; segundas o terceras uniones conyugales en las que los adultos ya vienen con una estructura patrimonial por lo cual prefieren elegir un régimen de bienes en el que no haya "ganancialidad"; ex parejas que comparten el cuidado de los hijos tras la

³⁵ ONU Mujeres, "El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020: Familias en un mundo cambiante", 2019. Disponible en: <http://bit.ly/2nKNsIA>

³⁶ En la Argentina, el censo poblacional se realiza cada diez años por lo tanto, se está próximo a la realización de uno nuevo que permitirá confirmar los cambios que aquí se destacan y otra información adicional que se pueda obtener si se actualizan las variables o categorías que se compulsan.

³⁷ Fuente INDEC. Cálculos obtenidos de la información del Cuadro P25. "Total del país. Población de 14 años y más por estado civil legal y convivencia en pareja, según sexo y grupo de edad. Año 2010", véase, http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp

separación de manera pacífica; personas que tras la ruptura matrimonial o convivencial quedan en una situación patrimonial desventajosa y deben ser compensadas por ese desequilibrio producido debido al retiro del mercado laboral y dedicación al hogar; padres adolescentes que llevan adelante la crianza de sus hijos quienes no deben ser sustituidos por sus propios padres; hijos que tienen el derecho a portar el apellido de ambos padres colocando en jaque una imposición legal absolutamente patriarcal por la cual debía portarse el apellido del hombre; personas con capacidades restringidas o padecimientos mentales que pueden contraer matrimonio a pesar de su discapacidad; niños que nacen por decisión de una mujer sola apelando a técnicas de reproducción asistida ampliando así el abanico de familias monoparentales originarias (como la adopción por persona sola); práctica médica que, además, permite disociar lo genético de lo biológico al posibilitar que parejas de igual o diverso sexo puedan tener hijos sin el material genético de quienes quieren ser padres; y, más complejo aún, niños que nacen de una mujer que gesta para un proyecto parental de otros.

Estos cambios sociales han tenido su lugar en la legislación argentina contemporánea. Las razones son varias y de distinto tenor, pero la más relevante: la decisión política de colocar a los derechos humanos y la consecuente ampliación de derechos como columna vertebral de la agenda pública. Esto se puede observar en el dictado de una gran cantidad de normas entre las que merecen ser destacadas, por orden ascendente: 1) Ley 26.061 del 2005 sobre Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 2) Ley 26.485 del 2009 de Protección contra la violencia de género; 3) Ley 26.657 del 2010 de Salud mental; 4) Ley 26.618 del 2010 conocida como "ley de matrimonio igualitario" de vanguardia en la región al ser el primer país³⁸ en extender una institución tradicional como el matrimonio a parejas del mismo sexo; 5) Ley 26.742 del 2012

³⁸ Si bien el primer país que extendió la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo fue México, esto sólo aconteció en el entonces Distrito Federal, el 21 de diciembre de 2009, por eso a nivel país la primera experiencia fue de la Argentina.

denominada de "muerte digna"; 6) Ley 26.743 del 2012 de identidad de género, la más amplia y más liberal del globo por la cual no es necesario recurrir de manera previa a ninguna operación quirúrgica o tratamiento hormonal sino que se basa en la "identidad autopercibida"; y 7) Ley 26.862 del 2013 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida que se centra en la cobertura médica de estos tratamientos a toda persona mayor de edad, es decir, tanto a mujeres solas como a parejas casadas o no de igual o diverso sexo.

Estas normas especiales colocaron en crisis la legislación básica que regula la vida cotidiana y familiar de las personas, es decir, el Código Civil, presionando la sanción de un nuevo cuerpo normativo para estar en consonancia con todo este desarrollo y avance legislativo en clave de derechos humanos. Así, con fecha de 1 de agosto de 2015, entró en vigencia el Código Civil y Comercial.

¿Cuáles son las principales modificaciones que se introducen en el campo de las relaciones de familia? ¿Cómo ha logrado penetrar la perspectiva constitucional/convencional en esta columna vertebral normativa? ¿Cuáles son los debates pendientes?, siguiendo siempre la lógica de los derechos humanos. Estos constituyen algunos de los interrogantes que se responderán sin pretender agotar el debate que genera el entrecruzamiento entre derechos humanos y relaciones de familia, infancia y adolescencia en el que la perspectiva de género se consolida cada vez con mayor fuerza a pesar de las reticencias que aún persisten.

IV. Valores axiológicos del Código Civil y Comercial auspiciados por la constitucionalización/convencionalización del derecho civil

El proceso de sanción de esta importantísima pieza jurídica insumió un tiempo y sufrió ciertas modificaciones tras un procedimiento absolutamente democrático. Comenzó el 27 de marzo de 2012 con la presentación

de un Anteproyecto elaborado por un grupo de más de cien juristas bajo las órdenes de una comisión reformadora integrada por tres juristas de reconocida trayectoria.³⁹ Dicho texto sufrió algunos ajustes por parte del Poder Ejecutivo y continuó su proceso de debate ya presentado al Congreso de la Nación en fecha de 08 de junio de 2012. Allí se creó una comisión bicameral integrada por 15 diputados y 15 senadores de diferentes partidos que abrieron el debate en audiencias públicas celebradas en distintos puntos del país en las que se presentaron 1,152 ponencias. Como resultado de esta apertura se introdujeron otras modificaciones. Finalmente, el proyecto fue sancionado el 28 de diciembre de 2013 por la Cámara de Senadores y, casi un año después, el 1 de octubre de 2014 por la Cámara de Diputados.

En los fundamentos que acompañaron el anteproyecto⁴⁰ —antecedente directo del código finalmente sancionado— se explicitaron las bases o valores axiológicos sobre los cuales se edifica este texto legal central en materia de relaciones de familia, infancia y adolescencia.

Primeramente, se expone uno de los pilares de la mencionada "constitucionalización del derecho privado", afirmándose que

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada

³⁹ Este triunvirato fue creado por el Decreto 191/2011 e integrado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti, estos dos últimos, además, integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁴⁰ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://bit.ly/2nk547B>

por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Esto evidencia un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional del derecho.

Como se sigue advirtiendo en los fundamentos, se trata de un "Código con identidad latinoamericana" advirtiéndose que "Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación"; es por ello que, sin desconocerse los aspectos esenciales de esta tradición que se mantiene, se incorporan "nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región".

También se agrega que es un "Código de la igualdad", en este sentido se explica que

Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables"; y a la par, un "Código basado en un paradigma no discriminatorio" siendo que "En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza.

Como último valor axiológico de repercusión directa en el derecho de las familias que merece ser destacado, se señala que es un "Código para una sociedad multicultural", reconociéndose en esta línea que

En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina [...] De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

Estos cimientos responden, en definitiva, a la reiterada perspectiva constitucional/convencional expresándose que "Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. (...) además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema".

En este marco, fácil se comprende la razón y el valor estructural de los dos primeros articulados en el que se reflejan, de manera clara y elocuente, todos estos pilares axiológicos. En el art. 1o. dedicado a las "Fuentes y aplicación", se dispone que "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legal-

mente, siempre que no sean contrarios a derecho". El segundo artículo centrado en la "Interpretación" entiende que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."⁴¹

Reconocer un diálogo constante de fuentes entre el derecho civil y los derechos humanos constituía una gran deuda legislativa pendiente, la cual ha venido a ser saldada en un nuevo texto jurídico integral que logra acompañar el tránsito o transformación del derecho de familia en singular al derecho de las familias en plural, para lo cual ciertas legislaciones especiales jugaron un rol sustancial como así también, a la par, el valioso aporte proveniente de la Corte IDH.

V. Teoría y práctica: algunas de las principales modificaciones en las relaciones de familia, infancia y adolescencia

1. El lenguaje no es neutro, es político⁴²

Si se trata de empezar por el principio, es dable destacar el lugar que tiene el lenguaje dado su valor simbólico y cultural, de allí que las

⁴¹ Tanta es la bibliografía generada en torno a estas dos disposiciones, como síntesis de ello véase: GIL DOMÍNGUEZ, A., *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código civil y Comercial*, CABA, Ediar, 2015; y LORENZETTI, R. L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", *LL Cita Online*: AR/DOC/3561/2014.

⁴² Se deja de lado en esta oportunidad un interesante y contemporáneo debate en torno al lenguaje escrito y el uso de la "x", la "e" o la @ para señalar cómo la disputa por los géneros —una vez más, se utiliza el plural— coloca en crisis el modo de redactar. Sólo a modo de un primer y básico acercamiento, es dable destacar lo que señala Faur quien entiende que "El lenguaje es una convención: se construye, se actualiza, se modifica. El feminismo fue contundente al sostener que el uso del masculino como genérico oculta la mención de lo femenino y, al hacerlo, confirma jerarquías en favor de los hombres. El debate no acaba allí (...) el lenguaje no contempla identidades ambiguas o mixturadas y descarta la intersexualidad de nacimiento de algunos. Actualmente, hay propuestas que abogan por el uso de la arroba, la equis, el asterisco o la e (...) Si bien cualquier de

modificaciones terminológicas no han estado ajenas al Código Civil y Comercial. Así, y siempre dentro del ámbito de las relaciones de familia, se alude a los "niños" y "adolescentes" en vez del harto criticado —con acierto, desde la obligada perspectiva de derechos humanos— término "menor/es" a secas; siendo que nadie es menor a nadie, sino que se trata de personas menores de edad que se encuentran en una especial etapa de la vida signada por la vulnerabilidad y dependencia cuando se trata de las personas más pequeñas. En esta línea, se recepta la noción de "responsabilidad parental" en reemplazo de la perimida "patria potestad", vinculada a la idea del hombre— varón a cargo de la mujer —quien era considerada una "incapaz de hecho relativa"— y de los hijos como principal y único proveedor económico del hogar considerando que ello era el elemento central para tener la "potestad" sobre la familia; es decir, focalizada en el poder económico. Otro giro lingüístico compromete las relaciones de pareja que conviven, pero no formalizan la unión, a las cuáles se los denominaba de manera negativa de "concubinato" como si fueran vínculos de segunda categoría y no elecciones que llevan adelante las personas fundadas en la libertad, y por ello, la legislación civil vigente recepta la figura de la unión convivencial y las personas que la integran convivientes. Por presión innegable del reconocimiento del matrimonio igualitario, se receptan conceptos neutros fundados en el principio de igualdad y no discriminación como el de "cónyuges" y "progenitores" en vez de "esposo" y "esposa" o "madre" y "padre". En esta tónica, se introducen modificaciones terminológicas que responden a consideraciones más complejas como lo es omitir de manera consciente la alusión a la "mujer", cuando se hace referencia a la determinación de la filiación,

estas variantes puede resultar árida, nuestra decisión se inclinó por reflejar la diversa actualidad en cuanto a modos de nombrar los géneros (...) Por el momento, nos encontramos ante experimentaciones que podrán lograr (o no) un consenso efectivo y un reconocimiento por parte de la Real Academia. Entretanto, creemos que la posible incomodidad que esto produzca en algún lector o lectora no será menor a la experimentación por quienes nos dedicamos a los estudios feministas debida a la histórica omisión de las mujeres y de otras identidades en las convenciones lingüísticas y a la rigidez de sus cambios, que lo muestran como un campo de disputas y controversias." (FAUR, E., *Mujeres y Varones en la Argentina de Hoy. Géneros en movimiento*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2017, pp. 13 y 14).

y decir "la persona que da a luz" en consonancia con la mencionada ley de identidad de género que se basa en la "identidad autopercebida" (conf. art. 2, Ley 26.743), no siendo necesaria ninguna intervención quirúrgica y, por lo tanto, la posibilidad de que un hombre trans pueda quedar embarazado y así colocar en crisis uno de los bastiones hasta no hace poco del derecho filial argentino, y que sigue siendo una máxima en la mayoría de los países de la región, sintetizado en el adagio *mater semper certa est*, por lo que el niño al nacer tendría por determinación legal fundada en el hecho del parto, un progenitor varón y no jurídicamente una "madre".⁴³

Como puede observarse, repensar las relaciones de familia, infancia y adolescencia en clave de derechos humanos toca raíces profundas y estructurales, por lo cual es imperativo introducir cambios en el lenguaje. Así como la ley en su clara función performativa no es neutral, los términos que la acompañan tampoco, dada la innegable interacción entre lenguaje, comunicación y derecho.⁴⁴

2. La relación entre adultos

2.1. La influencia del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual

Son tantas las aristas que comprometen las relaciones de familia, infancia y adolescencia que, a los fines de lograr un primer acercamiento hábil

⁴³ Al respecto, cabe traer a colación un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Y. Y. vs. Turkey*, del 10 de marzo de 2015, en el que se entendió que Turquía violó el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos al obligar a una persona a operarse para que recién allí pudiera obtener el reconocimiento jurídico de su identidad de género. ¿Qué legislación podría cumplir con esta manda convencional? Sólo leyes como la Ley 26.743 que se estructuran sobre la aludida noción de "identidad autopercebida" y no sobre la necesidad de intervenir el cuerpo.

⁴⁴ Como síntesis de esta interesante construcción teórica crítica, se recomienda compulsar una obra ya tradicional de MARI, E., *El Banquete de Platón: El eros, el vino, los discursos*, Buenos Aires, Biblos, 2001.

para mostrar un panorama general de la complejidad que significa su revisión crítica desde los derechos humanos, se decidió estructurar el análisis en dos grandes subgrupos. Situaciones, instituciones y problemas sociojurídicos que comprometen a los adultos, los cuales se abordan en el presente apartado y, posteriormente, algunos de los que involucran a personas menores de edad, es decir, a los derechos de niños, niñas y adolescentes en su vinculación directa con las familias.

Dentro de esta primera clasificación y recordando la profusa Opinión Consultiva No. 24 de la Corte IDH ya mencionada y sintetizada al extremo, merece ostentar un lugar de relevancia la extensión de una figura clásica del derecho de familia en singular como lo es el matrimonio, a las parejas del mismo sexo⁴⁵ como acto jurídico bisagra, que marcó la génesis del derecho de las familias, en plural.

Como era de presumir, la ley de matrimonio igualitario introdujo ciertos desajustes al entonces Código Civil, hoy ya derogado. ¿Cuáles fueron los principales desfasajes que trajo consigo una normativa igualitaria en un contexto heteronormativo y que una nueva normativa civil debía afrontar y resolver?

⁴⁵ Previo a la sanción de la ley de matrimonio igualitario en nuestro país, había sido aprobado solo en nueve países: Bélgica, Canadá, España, Islandia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, Suecia. Desde la sanción de la Ley 26.618 se han dictado las siguientes leyes en el derecho comparado en orden temporal ascendente: Dinamarca año 2012, Brasil (resolución dictada a través del Consejo Nacional de Justicia), Francia, Uruguay, Nueva Zelanda y cuatro entidades federativas de México 2013, varios estados de Estados Unidos, en tres países constituyentes del Reino Unido (Escocia, Gales e Inglaterra) permiten casarse a las parejas del mismo sexo en 2014, además de Luxemburgo; y Eslovenia en 2015. En mayo de 2015 se agrega Irlanda, país que por referéndum (62% contra un 37,9%) autoriza el matrimonio homosexual. Posteriormente, Groenlandia aprobó por unanimidad en su Parlamento su ley de matrimonio igualitario en fecha 1 de abril de 2016; como así también por decisión de la Corte Constitucional colombiana del 7 de abril de 2016. En 2017, se suman a este listado Finlandia, Alemania, Malta y Australia; así como también, Austria luego de una decisión del Tribunal Constitucional del 4 de diciembre de 2017, siendo legal desde 1 de enero de 2019 ante la inactividad del parlamento. Por sentencia del 8 de agosto de 2018, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, insta a la Asamblea Legislativa a adecuar, en un plazo de 18 meses, la legislación para regular las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. En el 2019, Taiwán legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo; y de manera más reciente, el Tribunal Constitucional de Ecuador en fecha 12 de junio de 2019 se pronuncia a favor del derecho a casarse de las personas del mismo sexo.

A modo de ejemplo, cabe traer a colación lo acontecido con el apellido de los hijos. Veamos, la Ley 26.618 de matrimonio igualitario permitía a las parejas del mismo sexo elegir el orden del apellido de los hijos, norma que se insertaba en un régimen jurídico en el que las parejas de diverso sexo carecían de esa posibilidad ya que operaba el principio clásico de que los hijos portaban el apellido del padre y en todo caso, si los padres querían estaban habilitados para adicionar el materno. Esta discriminación inversa, es decir, en contra de las parejas heterosexuales, fue solucionada por el CCyC al facultar a todas las parejas —sean casadas o no, de igual o de diverso sexo— a elegir el apellido de los hijos, puede ser el de uno de ellos o el de ambos en el orden que quisieran (conf. art. 64). ¿Y para el supuesto excepcional que no se pusieran de acuerdo? La variable no sexista e igualitaria que se recepta es el sortero en el mismo registro civil, es decir, la contienda se resuelve en el ámbito administrativo y no judicial.

El principio de igualdad también está presente en la regulación sobre el apellido de los cónyuges, siendo que en el ordenamiento vigente ambos cónyuges —sean de igual o diverso sexo— pueden adicionarse el apellido del otro anteponiendo la preposición "de" o sin ella (conf. art 67).

Otra modificación que continúa la misma línea se refiere a la derogación de la "preferencia materna" en el cuidado de los hijos menores de cinco años de edad. Esta preferencia fue dejada de lado, como era de suponer, por la ley de matrimonio igualitario, ya que a partir de esta normativa un niño podía tener dos madres o dos padres. ¿A quién se prefería en estos casos? La Ley 26.618 decía que la preferencia se decidía de conformidad con el interés superior del hijo; pero seguía subsistente para las parejas de diverso sexo, lo cual implicaba una abierta violación al principio de igualdad de los hijos nacidos en el marco de una pareja hetero u homosexual. El CCyC modifica de manera radical todo el sistema referido al ejercicio y cuidado de los hijos tras la ruptura de la convivencia o el matrimonio, al receptar un régimen cuyo eje gira en torno a la noción de "coparentalidad" de conformidad con lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. 18 en su primer apartado expresa: "Los

Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". De este modo, la idea reside en reconocer que ambos progenitores son importantes para la vida del hijo, no habiendo *a priori* y en abstracto un progenitor principal (el que tiene la mal llamada "tenencia", concepto que es más propicio para los objetos que para los sujetos) y el otro, relegado a una función secundaria o periférica.

Por último, una modificación sustancial y obligada gira en torno al derecho filial. De este modo, se modifica el sistema de presunción de paternidad del marido de la madre por una regla más amplia y que abarque también a los niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres.⁴⁶ En este sentido, se cambia por la presunción de filiación matrimonial disponiendo el art. 566, referido a la "Presunción de filiación", que "Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título". A la par, cabe destacar que el CCyC recepta como una de las grandes novedades en el campo de las relaciones de familia, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) como tercera causa fuente filial con sus propias reglas. Dada la importancia de esta

⁴⁶ En el caso de los dos hombres se debería apelar a una figura de la "gestación por sustitución", la cual fue quitada durante el debate del proyecto que dio lugar a la sanción del Código Civil y Comercial.

incorporación legislativa, se analiza la cuestión de manera harto sintética en un apartado propio.

2.2. Matrimonio y divorcio⁴⁷

El CCyC introduce modificaciones sustanciales en el régimen del matrimonio y divorcio, en atención a los grandes avances jurisprudenciales y doctrinarios acontecidos en la materia auspiciados por el principio de libertad y autonomía personal que, a su vez, desde la necesaria perspectiva integral e interdisciplinaria, se revalorizaron los acuerdos y consensos; no sólo en beneficio de los propios integrantes de la pareja sino en especial, de los hijos y todo el grupo familiar. ¿Acaso un divorcio contencioso y destructivo no repercute también en el vínculo entre abuelos y nietos? Se trata de indagar acerca de cómo evitar que dolores no jurídicos, como los que producen las rupturas matrimoniales, sean resueltos de otro modo, fundados en las nociones de reparación y prevención, sabiendo que, muchas veces, la justicia colabora en repotenciar odios. La respuesta legal contemporánea gira en torno al divorcio incausado o sin expresión de causa.

¿Es beneficioso tener que alegar y acreditar causas subjetivas u objetivas para lograr la ruptura jurídica de un matrimonio, ya sea de manera uni-

⁴⁷ Para profundizar sobre este tema véase, entre tantos otros: KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M. y CULACIATI, M., "La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños", *LL Cita Online*: AR/DOC/1033/2017; KEMELMAJER de Carlucci, A., y HERRERA, M., "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", LA LEY 2015-C, 1280; HERRERA, M., "El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Suplemento Especial de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2014, p. 53; HERRERA, M., "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado", en GRAHAM, M. y HERRERA, M. (dirs.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, p. 275; KEMELMAJER de Carlucci, A., y HERRERA, M., "Convenio regulador en el divorcio respuestas a preguntas equivocadas", La Ley 2015-B, 1134; TAVIP, G. E. y MIGNON, M.B., "El adiós judicial al divorcio causado. Cuando las resistencias se hacen visibles o se está en clave de una interpretación sistémica del novel derecho civil", RDF 2018-VI, 131 *Cita Online*: AR/DOC/3627/2018; y ESQUIVEL, É.P. y PIZARRO, V. N., "Justicia terapéutica: una nueva mirada en la aplicación de la justicia en el derecho de familia", RDF 2018-VI, 313 *Cita Online*: AR/DOC/3628/2018.

lateral o bilateral? ¿Acaso, no es entendible que personas con una mayor perspectiva de vida —he aquí nuevamente el dato sociológico— puedan formar diferentes parejas a lo largo de su existencia sin que ello sea visto por la sociedad como algo negativo sino, por el contrario, como decisiones lógicas que las propias personas van transitando durante vidas más extensas y dinámicas? En este contexto, resultaba incoherente mantener un sistema legal en el que los cónyuges debían expresar en una entrevista las "razones que hacen moralmente imposible la vida en común", y facultar al juez a que intente "reconciliarnos" como lo hacía el código derogado. A la luz del principio constitucional convencional aludido, el régimen legal derogado era considerado —con acierto— una intervención estatal ilegítima en la vida íntima y familiar.

Receptar un único sistema de divorcio incausado obligó a revisar los derechos y deberes jurídicos derivados del matrimonio. En este sentido, desaparece la fidelidad y la cohabitación como deberes jurídicos y pasan a engrosar el lisado de las acciones de los hombres que quedan "sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"; es decir, se transforman en deberes morales. En otras palabras, si desaparece el divorcio culpable tales deberes, necesariamente, dejan de tener entidad jurídica porque carecen de sanción ante su incumplimiento. Por otra parte, y una vez más apelando al principio de realidad, la convivencia no puede ser un deber jurídico sin violentar el reiterado principio de libertad. ¿Qué acontece con las segundas o terceras nupcias con hijos adolescentes de parejas anteriores que deciden contraer matrimonio, pero mantienen cada uno su vivienda con sus respectivos hijos?⁴⁸ ¿Al sistema jurídico le interesa sancionar a estos matrimonios y exigirles, obligarlos a convivir? O situaciones cada vez más frecuentes de matrimonios en los que uno de los miembros trabaja en otro país y mantienen comunicación cotidiana en atención al mayor movimiento migratorio, la facilidad en la movilidad y las redes sociales.

⁴⁸ Se las conoce como parejas LAT, siglas que corresponde a la denominación en inglés "*Living Apart Together*", es decir, "viviendo juntos, pero separados".

En lo relativo al deber de fidelidad, en el código derogado, quien lo incumplía era pasible de ser considerado cónyuge culpable del divorcio y por ende, se le aplicaban determinadas sanciones derivadas de esta conducta "antijurídica" o contraria a la ley.

El CCyC deroga este sistema de "culpas" ya que en la práctica se han observado varias vicisitudes, entre las que merecen destacarse las siguientes: 1) las relaciones de pareja son harto complejas y en general, no suele haber un solo "culpable" del deterioro del vínculo, sino que se trata de una relación sistémica en el que cada uno aporta o colabora para que ello acontezca; 2) a veces, quien terminaba con el rótulo de "inocente" solía ser quien se había defendido mejor en un proceso judicial largo y desgastante, o el que pudo acceder a presentar mejores pruebas; 3) el "sacar los trapitos al sol" ante un tercero que no conoce a la pareja (el juez) recrudece los odios, los "pase de factura" y las heridas —que no son jurídicas, claro está— las que gracias a esta intervención judicial tardan más en cicatrizar; y 4) el fundamento de peso dado por el interés superior del niño como eje rector cuando están comprometidos derechos de niños y adolescentes: el impacto altamente negativo y destructivo para los hijos y en definitiva, para todo el grupo familiar.

Sucede que el matrimonio se celebra y se sostiene de a dos, por ende, si uno ya no quiere seguir en ese proyecto de vida en común, el divorcio queda habilitado para que sea petitionado por ambos o por uno solo. ¿Hay que esperar un tiempo? Ninguno. La norma no obliga a las personas a seguir juntas por un determinado tiempo en contra de su propia voluntad "en nombre de la ley". Ello no sólo viola el reiterado principio de libertad y autonomía, sino que era hábil para agravar la conflictiva conyugal hasta alcanzar situaciones de violencia familiar, con la consecuente conculcación del derecho a la integridad física y psíquica de alguno de sus miembros.

De este modo, el CCyC se atreve a enfrentar una tensión que hasta ese momento estaba signada una dupla peligrosa en clave de derechos hu-

manos: la desconfianza a la libertad y la hiper o sobre-valoración de la ley para influir en las relaciones sociales. ¿Acaso se es fiel porque la ley lo dice, o se lo es o no por razones más profundas y que no son de tinte jurídicas y ajenas a la justicia? ¿El paso del tiempo une en contra de lo que los propios miembros de la pareja quieren, o la ley debe imponer un plazo mínimo de matrimonio para "reflexionar" sobre las implicancias de la ruptura?

Por último, y desde una necesaria perspectiva sistémica, es dable tener en cuenta la fuerte interacción entre el sistema de divorcio y su incidencia en el régimen de las relaciones entre progenitores-hijos. ¿Cómo se puede pretender alcanzar una excelente relación entre todos los miembros del grupo familiar, si se mantuviera el sistema culpable en el que se le dan "armas" a los adultos para que se destruyan en la justicia tras un largo y doloroso proceso de divorcio en el que se dirimen reproches y odios no jurídicos? Esta realidad social familiar no le es ajena al CCyC.

2.3. Diferentes modelos de familia: las uniones convivenciales

Otras de las novedades que incorpora el CCyC es el reconocimiento expreso de otras formas de organización familiar como lo son las parejas que no se casan, es decir, quienes no prestan su consentimiento expreso y libre ante el registro civil para formalizar el vínculo, pero que también están signadas por el afecto y el proyecto de vida en común.⁴⁹ Al respecto, cabe destacar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina no regula qué se entiende por familia, sino que se refiere a ella de manera bien amplia aludiendo a la "protección integral de la familia". Esta apuesta constitucional ha sido de gran relevancia y ello ha sido muy valorado al

⁴⁹ Para tener un panorama general sobre la regulación de las uniones convivenciales recomendamos compulsar: HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S. (colab.), *Manual de Derecho de las Familias. Segunda edición actualizada y ampliada*, capítulo VI, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2019, pp. 373-437.

debatirse varias de las leyes que se destacan en el presente ensayo, incluyendo el CCyC. Sucede que definir en el texto constitucional el concepto de familia veda o dificulta cualquier propuesta infraconstitucional que pretenda ampliar dichos márgenes; máxime cuando la familia es una noción sociológica y, por lo tanto, eminentemente dinámica y versátil.

Precisamente, en atención a esta postura constitucional, en varias oportunidades las parejas no casadas lograron el reconocimiento jurisprudencial de determinados derechos⁵⁰ fundado en su admisión como familia y su consecuente protección. Ahora bien, admitir que las parejas que no se casan constituyen otra modalidad de organización familiar, no es óbice para advertir la dificultad en su regulación.

¿Qué derechos deben reconocerse a las parejas, estén o no casadas y, por el contrario, cuál es la diferencia entre quienes están casados y los que conforman una unión convivencial como las denomina el CCyC? La respuesta no es sencilla. Para responder este interrogante, el CCyC coloca el eje —como debe ser— en los derechos humanos. De este modo, los derechos o efectos jurídicos comunes o similares se trate de un matrimonio o de una unión convivencial son: *a*) el deber de contribución de ambos convivientes;⁵¹ *b*) la responsabilidad solidaria frente a terceros acreedores;⁵² *c*) la protección de la vivienda familiar en varios sentidos (la necesidad de contar con el asentimiento del otro conviviente para actos de disposición del hogar familiar, la posibilidad de solicitar la atribución tras la ruptura de la unión a favor del conviviente vulnerable por un

⁵⁰ Tal como ha sostenido nuestra Corte Federal hace tiempo: "Dentro del marco del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura del constitucionalismo social, sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio" (CSJN; "Missart, Miguel A." JA 1990 II 379, entre tantos otros).

⁵¹ Art. 520: "Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455".

⁵² Art. 521: "Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461."

lapso máximo de dos años, o permanecer en la vivienda ante el fallecimiento del conviviente por el mismo lapso máximo siendo que el conviviente no es heredero forzoso),⁵³ y *d*) solicitar compensación económica aquél conviviente que tras la ruptura de la unión ha sufrido un desequilibrio económico a causa de la relación de pareja.⁵⁴

Por fuera de este piso mínimo, los convivientes ejercen la más amplia autonomía de la voluntad para pactar el funcionamiento de su proyecto de vida en común. Pactos que no pueden ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, o afectar los derechos fundamentales de cualesquiera de los integrantes de la unión convivencial y tampoco contradecir el piso mínimo de derechos reconocidos de base humanitaria (arts. 519 a 522). En este contexto, las cuestiones de tintes patrimoniales o económicas, al no estar vinculadas o no comprometer derechos humanos de manera directa, quedan dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad de los convivientes. Máxime cuando por razones constitucionales/convencionales deben existir diferencias entre el matrimonio y las uniones convivenciales, en coherencia con el mencionado pluralismo, es decir, la mayor diversidad en las formas de organización familiar, y a la par, la imposibilidad de aplicar o extender el mismo régimen del matrimonio a parejas que no han prestado su voluntad para ingresar a esta figura.

⁵³ Art. 522: "Si la unión convivencial ha sido inscrita, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro."

⁵⁴ Esta figura de gran recepción en el derecho comparado intenta atender el perjuicio que sufren por lo general, las mujeres que se dedican al hogar y el cuidado de los hijos y que tras el cese de la unión quedan en una situación de desprotección en el plano económico (arts. 441 y 442 para el matrimonio y 524 y 525 para las uniones convivenciales).

3. Las relaciones filiales

3.1. Las técnicas de reproducción asistida (TRHA)⁵⁵ como tercera causa fuente de filiación

Sin duda, una de las grandes novedades del CCyC y que mayor debate social y doctrinario ha generado, es la incorporación de las TRHA como una tercera causa fuente de filiación, compartiendo cartel con la filiación por naturaleza y la adoptiva (art. 558).

Nuevamente a la luz del principio de realidad, una gran cantidad de niños nacen gracias al avance de la ciencia médica, es decir, al uso de las TRHA; sea en el marco de un proyecto parental conformado por una pareja de igual o de diverso sexo o incluso, como por decisión de una mujer sola de tener un hijo. Es claro que, en los dos últimos casos, los niños portan material genético de un tercero (donante), pero también una cantidad de niños que nacen en el marco de parejas de diverso sexo también deben apelar a la donación de material genético femenino, masculino o de ambos. Esto es lo que se conoce como filiación heteróloga, por contraposición a la homóloga que es con material genético de la propia pareja heterosexual cuyos integrantes quieren ser progenitores. La posibilidad de utilizar material genético de un tercero (donante) abre un panorama psico-socio-jurídico que parte de la base de diferenciar la noción y la función de progenitor de la de donante; existiendo con el primero un vínculo filial, y en cambio, con el segundo, un derecho a la información sobre los orígenes genéticos. En otras palabras, el donante no puede ser

⁵⁵ Para un pantallazo actual sobre la regulación vigente y aún los silencios legislativos existentes en el ordenamiento jurídico argentino véase: HERRERA, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018; y HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 379-705. Asimismo, véase: HERRERA, M. y LAMM, E., "Técnicas de reproducción humana asistida, capítulo VIII", en A.A.V.V., *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2015, p. 295-453.

demandado a los fines de su emplazamiento filial; la relación entre la persona nacida con material genético de un tercero y el donante se circunscribe al conocimiento sobre los orígenes. Dos planos bien distintos que ameritaban una regulación diferente de conformidad y en respeto del derecho a la identidad en sus diferentes facetas: identidad genética,⁵⁶ identidad biológica⁵⁷ e identidad voluntaria.⁵⁸

El régimen filial tradicional tenía por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio. ¿Cuáles son estas particularidades?

Sintéticamente, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, genético y volitivo, cobrando este último primacía. Por ejemplo, una mujer casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear y deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada "voluntad procreacional", es decir, quien quiere ser padre y así lo explicitó en un consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Esta declaración de voluntad involucra dos cuestiones: 1) la revocabilidad como elemento propio o ínsito dentro de la noción general de consentimiento informado (conf. art. 59 del CCyC, sumado a la Ley 26.529 y su Decreto 1089/2012); y 2) la imposibilidad jurídica de impugnar la filiación fundado en la falta de correlato genético, por aplicación de la teoría de los actos propios (art. 577). Esto en lo que respecta a la determinación filial.

⁵⁶ El caso del donante con quien se tiene identidad genética.

⁵⁷ El caso de la persona que lleva adelante el embarazo.

⁵⁸ El caso del marido o pareja de la madre que no aporta el material genético, pero tiene voluntad procreacional porque quiere ser padre o co-madre, si se trata de un proyecto parental conjunto conformado por una pareja de mujeres.

Con relación al donante, se reconoce el derecho a la información de los niños nacidos por TRHA heteróloga que involucra cuatro aspectos: 1) saber que se ha nacido de TRHA con material genético de un tercero; 2) el resguardo de la información y la obligación última del Estado como garante de los derechos humanos de las personas; 3) el acceso a la información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante); y 4) el acceso a la información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). El CCyC regula los últimos dos aspectos. Al respecto, se recepta un sistema intermedio y, por ende, equilibrado de conformidad con los derechos en pugna, mediando necesidad de entablar un proceso judicial únicamente, a los fines de conocer la información identificatoria del donante. A la luz de la experiencia comparada, si la donación fuera no anónima, habría una fuerte disminución de donantes y la consecuente dificultad de la fertilización heteróloga, impidiéndose a las parejas del mismo sexo y a las mujeres solas acceder a este tipo de procedimiento para ejercer el derecho a formar una familia.⁵⁹

En lo atinente a los dos primeros aspectos, cabe destacar que si bien se pretende que toda persona sepa que ha nacido con material genético de un tercero, el acceso a este conocimiento queda, lamentablemente, sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya tenido el centro de salud para que los adultos comprendan que es un derecho del hijo saber el modo en que fue gestado. Sucede que el control estatal sobre este conocimiento que hace a la identidad de la persona nacida por TRHA heteróloga es más endeble de lo que acontece en el campo de la adopción; ya que en el primer caso queda a cargo de los padres al firmar el correspondiente consentimiento informado, en cambio la adopción es un proceso judicial y el compromiso queda establecido en una sentencia judicial que tendría al menos un poder disuasivo mayor. Con

⁵⁹ Para profundizar sobre esta cuestión se recomienda compulsar: KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M. y LAMM, E., "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", La Ley 2014-F, 1075, *cita online*: AR/DOC/4369/2014.

referencia al resguardo de la información sobre el o los donantes, ello se vería resuelto si se creara un registro de donantes por parte del Ministerio de Salud como autoridad de aplicación en la temática de conformidad con lo dispuesto en la Ley 26.862. Más allá de esta obligación estatal en resguardo del derecho a la identidad de las personas nacidas por TRHA heteróloga, lo cierto es que aún se carece de una normativa al respecto. ¿Qué sucedería si por alguna razón —desperfecto del sistema informático, incendio u otro suceso extremo que acontezca en un centro de salud especializado— desaparecen los datos genéticos e identificatorios del donante? El Estado debería responder en su carácter de garante último de los derechos humanos de los ciudadanos, como bien se lo afirmó en un precedente de la Sala V de la Cámara Contenciosa Administrativa Federal en fecha 29 de abril del 2014.⁶⁰

Por otra parte, es dable destacar que el uso de las TRHA permite conservar embriones o material genético de las parejas por tiempos prolongados, lo que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y su fin por diferentes razones: divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, o incluso fallecimiento de uno de ellos. Por esta razón, el CCyC exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético. En este contexto, es claro que las TRHA encierran conflictos jurídicos muy diferentes a los otros dos tipos filiales: la filiación por naturaleza y la adoptiva.

Asimismo, es imperativo colocar sobre el escenario una cuestión que ha generado un fuerte y sensible debate social. Nos referimos al comienzo de la existencia de la persona en los casos de TRHA, es decir, a la naturaleza o estatus jurídico del embrión no implantado, siendo de gran

⁶⁰ Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Federal, Sala V, 29/04/2014, "C.,E. M. y Otros c/ E.N. - Ministerio de Salud s/ Amparo ley 16.986", Infojus Id SAIJ: FA14100001; reafirmado en Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Federal, Sala V, 02/07/2019, "C.,E. M. y Otros c/ E.N.-Ministerio de Salud s/ Amparo Ley 16.986", inédito.

relevancia lo resuelto por la Corte IDH en el mencionado caso *Artavia Murillo c. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012, reafirmado en el fallo del 26 de febrero de 2016 en el proceso de seguimiento de sentencia. Precisamente, al no otorgársele carácter de persona a los embriones no implantados, la Ley 26.862 de acceso integral a las TRHA permite: a) la criopreservación de embriones; b) la donación de embriones; y c) al igual que el CCyC, la revocación a la implantación/transferencia de embriones. Si la ley admite estas tres consideraciones ello significa, de base, que el embrión no es persona, de lo contrario, no sería factible criopreservar, donar ni revocar personas.

Finalmente, cabe puntualizar que el texto sancionado suprimió dos figuras que receptaba el Anteproyecto y que proponía regularlas por el reiterado principio de realidad, es decir, porque se plantearon en el derecho argentino conflictos que encierran supuestos de: a) fertilización *post mortem*⁶¹ y b) gestación por sustitución.⁶² ¿Acaso no es posible que una persona fallezca durante el proceso de TRHA? ¿La mujer podría seguir adelante con el procedimiento ante la muerte de su pareja? La legislación civil pretendía responder este interrogante, pero no pudo hacerlo por presión de un actor social que suele estar muy presente, y ser contrario a todo tipo de avance y ampliación de derechos en el campo de las relaciones de familia: la Iglesia católica.

⁶¹ BESCO VERA, I. y PERÉZ, A., "La fertilización *post mortem*: ¿una forma novedosa de familia? Sobre su regulación y experiencias", en HERRERA, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, op. cit., t. II, pp. 143-266; CAUBET, M. S. y PELLEGRINI, M. V., "El muerto que habla", DFyP 2019 (abril) cita online: AR/DOC/2425/2018; y HERRERA, M., "Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida *post mortem* desde la perspectiva comparada", *IUS*, Vol. 11, No. 39, 2017. HERRERA, M., "Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas", *InDret*, 2017, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1280.pdf>.

⁶² CURTI, P. J. y NOTRICA, F., "Gestación por sustitución", en HERRERA, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, op. cit., t. II, pp. 9-143; LAMM, E., "La gestación por sustitución como deconstrucción de la 'maternidad' que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos", RDF 89, 139, cita online: AR/DOC/1271/2019; KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S., "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso 'Paradiso y Campanelli c. Italia'", ll cita online: AR/DOC/610/2017; y MAFFÍA, D. y GÓMEZ, P. L., "Apuntes feministas acerca de la gestación subrogada", RDF 89, 167 cita online: AR/DOC/1286/2019.

La quita de la segunda figura —la gestación por sustitución— no sólo respondió al rechazo de dicho actor social, sino también a ciertas voces provenientes del feminismo fundado, básicamente, en el uso de la mujer como objeto o prestadora de útero y su correspondiente mercantilización. Se trata de un debate hartamente complejo cuyo análisis también amerita un estudio propio y pormenorizado;⁶³ lo cierto es que al momento en

⁶³ Respecto de la fertilización *post mortem*, véase, Tribunal de Familia de Morón Nro. 3, "G., A.P. s/ autorización", AP/JUR/289/2011 (21 de noviembre de 2011); Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 3, 3/11/2014, "K. J.V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", AR/JUR/53958/2014; Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, "K.J.V. vs. I.D.E.G. y F y otros s/ amparo", AP/DOC/715/2015 (17 de abril de 2015); Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, "S., M.C. s/ medida autosatisfactiva", RC J 6303/14 (7 de agosto de 2014); Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería No. 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015, "A., C.V. vs. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE s/ amparo", inédito, confirmado por: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 3, Santa Rosa, La Pampa, 26/10/2016, "A., C.V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE s/ amparo", inédito, y Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A, 31/10/2017, "A., C. D. V. contra INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE sobre AMPARO", disponible en: <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/077/479/000077479.pdf>; Juzgado Nacional Civil No. 87, 05/05/2016, "N. O. C. P. s/Autorización", elDial AA9766; Casilda Santa Fe Juzgado de Distrito de Familia, "25/11/2016, "C., M. S. s. Autorización judicial", RC J 7087/16; y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 03/04/2018, "D., M. H. y otros s/ autorización", LL Cita Online: AR/JUR/20162/2018. Respecto a la técnica de gestación por sustitución, compulsar: Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, "N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento", Infojus online, Id Infojus: FA13020016; Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, "B. M. A. c/ F. C. C. R. |ordinario", Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567 (Antecedente: C. Civ. Com. y Lab. Gualeguaychú, 14/04/2010, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario", LL cita online: AR/JUR/75333/2010. Revoca la sentencia de primera instancia que rechaza la acción por falta de legitimación activa); Tribunal Colegiado Rosario No. 7, 02/12/2014, "XXX", LL cita online AR/JUR/90178/2014; Juzgado Nacional en lo Civil No. 102, 18/05/2015, "C., F. A y otro c/ R. S., M. L.", Cita Online: AR/JUR/12/11/2015; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, 25/06/2015, "N., N. O", La Ley, Cita online: AR/JUR/24326/2015; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, 29/7/2015, "A. V. O. A. C. G. Y J. J. F2. Tribunal Superior de Justicia C.A.B.A., "M., C. K. s/información sumaria", 04/11/2015, inédito; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Cita Online: AR/JUR/58729/2015; Juzgado Familia No. 9 de Bariloche, DATO RESERVADO, Expte. Nro. 10178-14", 29/12/2015, inédito; Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, "H., M. y otro/a", 30/12/2015, cita online <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-trib-flia-no-3-lomas-de-zamora-prov-bs-as-gestacion-por-sustitucion-2015/>; Tribunal Colegiado Familia Rosario Nro. 5, 27/05/2016, "S. G. G. y otros s/ filiación, LL Cita Online: AR/JUR/37971/2016; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 7, 15/06/2016, "A. R., C. y otros c. C., M. J. s/ impugnación de filiación", <http://absta.info/poder-judicial-de-la-nacin-juzgado-civil-7-buenos-aires-15-de.html>; Juzgado Nacional Civil Nro. 4, 30/06/2016, "S. T., A. y otro s/ inscripción de nacimiento", <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/03/21-bis.-Revocacion-Sala-H-CNCIV.docx>, revocada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 24/10/2016, "S. T., A. y otro s/ inscripción de nacimiento", Microjuris cita: MJ-JU-M-110359-AR | MJJ110359 (no firme); Juzg. Familia Moreno Nro. 2, 04/07/2016, "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/materia a categorizar", LL Cita Online: AR/JUR/42506/2016; Juzgado de Familia San Martín Nro. 3, 22/08/2016, "M., I. M. y otro/a s/

que se redacta el presente ensayo, se han dictado un total de 44 sentencias, correspondientes a 39 casos, que encierran supuestos de gestación por sustitución. Todas ellas a favor de esta figura, excepto en tres casos que se encuentran a la espera de resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que comprometen a parejas del mismo sexo (hombres), es decir, el reconocimiento de co-paternidades. ¿Cómo juega el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual en la

autorización judicial", LL Cita Online: AR/JUR/108097/2016; Juzgado Nacional Civil Nro. 8, 20/09/2016, "B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación", LL Cita Online: AR/JUR/70743/2016; Juzgado de Familia Lomas de Zamora Nro. 12, 03/10/2016, "G. N. C. y otro c. W. B. A. V. s/ rectificación de partidas", inédito; Juzgado Familia Lomas de Zamora No. 7, 30/11/2016, "B. J. D. y otros s/ materia a categorizar", LL Cita Online: AR/JUR/85614/2016; Juzgado Nacional Civil No. 81, 14/06/2017, "S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación", LL Cita Online: AR/JUR/37036/2017, Revocado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 30/10/2018, "S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación", inédito (no firme); Juzgado de Familia de Viedma Nro. 7, 06/07/2017, dato reservado, LL Cita Online: AR/JUR/39473/2017; Juzgado de Familia Mendoza Nro. 2, 06/09/2017, "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas", LL Cita Online: AR/JUR/60950/2017; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 4, 20/10/2017, "S. T. V. s/ inscripción de nacimiento", inédito. Confirmado por Cámara Nacional de Apelaciones en Civil, sala H, 15/03/2018, S. T. V. s/ inscripción de nacimiento", Microjuris cita: MJ-JU-M-110359-AR | MJ110359 (no firme); Juzgado de Familia Córdoba Nro. 3, 22/11/2017, "R., L. S. y otros s/ homologación", Id SAIJ: FA17160015; Tribunal Colegiado de Familia Rosario Nro. 7, 05/12/2017, "H. M. E. y otros s/ venias y dispensas", Microjuris cita: MJ-JU-M-108324-AR | MJ108324 | MJ108324; Juzgado de Familia de Mendoza Nro. 2, 15/02/2018, "S. M. S.; T. C. J.; B. P. s/ medidas Autosatisfactivas", inédito; Juzgado de Familia de San Isidro Nro. 6, 02/03/2018, "S. M. J. y otro s/ autorización previa", LL Cita Online: AR/JUR/1438/2018; Juzgado de Familia y Menores de San Luis Nro. 2, Segunda Circunscripción , 05/03/2018, "V. L. J. y otros s/ autorización previa", inédito; Juzgado de Familia Maipú, 04/04/2018, "A. G., O. C. E. y A. M. D. p/ autorización", disponible en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6030261699; Juzgado de Familia Córdoba, Cuarta Nominación, 21/05/2018, "A., P. A. y otro - medidas urgentes", https://www.juschubut.gov.ar/images/centro-juris/iurisletter/word/RESOLUCION_MATERNIDAD_SUBROGADA.DOC; Juzgado Civil, Comercial y Familia Villa María, Segunda Nominación, 08/06/2018, "R., R. A. y otros - Autorizaciones", disponible en: www.diariojudicial.com/nota/81086; Juzgado Familia de Córdoba, Primera Nominación, 06/08/2018, "A., M. T. y otro s/ solicita homologación", LL Cita Online: AR/JUR/39379/2018; Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I de San Miguel de Tucumán, 26/09/2018, "P. A. M. y otro s/ autorización judicial", elDial.com-AAAD50; Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia Neuquén Nro. 1, Primera Circunscripción Judicial, 27/11/2018 "C. T. E. y otros s/ medida autosatisfactiva", disponible en: <http://200.70.33.133/cmoeext.nsf/1f69a95ddfc04904032579df0055f4b6/f033e5f3df0cfb0f03258415005760ed?OpenDocument>; Juzgado Civil Bell Ville, Tercera Nominación, 06/12/2018, "D., R. d. V. y otros s/ homologación", eldial.com — AAAF41; Tribunal Colegiado de Familia No. 2 de Santa Fe, 08/02/2019, inédito; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 87, 03/04/2019, "O.F.G.A. y otro s/autorización" inédito; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, 12/04/2019, "M.R.J. y otro s/medidas precautorias", inédito; Juzgado de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22/04/2019, "C.C.A. y otros s/materia a categorizar", inédito; Juzgado de Familia No. 5 de Córdoba, 25/04/2018, "V.A.B. y otros s/solicita homologación", eldial.com — AAB321; y Juzgado en lo Civil en Familia VII del Centro Judicial de la Capital de Tucumán, 27/05/2019, "M.I.M.D.L.P. y G.F.J. s/autorización judicial", inédito.

gestación por sustitución? Uno de los tantos interrogantes abiertos que involucra el derecho de las familias.

3.2. La noción de "coparentalidad"⁶⁴

Dentro de este campo que nuclea los derechos y deberes que nacen del vínculo entre progenitores e hijos, las modificaciones de fondo son varias, aquí por razones de espacio se destaca una de gran importancia práctica: lo que acontece con los hijos tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres. El código derogado priorizaba a uno de ellos otorgándosele la "tenencia" del hijo, restándole al otro progenitor un lugar periférico, al concedérsele un derecho de comunicación y supervisión. Este sistema observa tantísimas y variadas críticas. En primer lugar, la noción de "tenencia" —que el Código Civil y Comercial cambia por el de cuidado personal— respondía a la idea de los hijos como un objeto ("un trofeo"); en cambio, la de cuidado personal está más a tono con el obligado reconocimiento de los hijos como verdaderos sujetos de derechos de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otro lado, cabe recordar, que el régimen derogado —aún después de la sanción de la ley de matrimonio igualitario— mantenía la preferencia materna en la "tenencia" de los hijos menores de cinco años cuando se trataba de una pareja de diverso sexo, prioridad que cedía cuando se trataba de parejas de igual sexo en el que sólo se debía observarse el mejor interés del hijo. ¿Acaso las mujeres somos, *a priori* y en abstracto —fundado en la supuesta "naturaleza"— las mejores cuidadoras de nuestros hijos? Este régimen unilateral en la atribución del cuidado de los hijos, no sólo

⁶⁴ Para profundizar sobre esta figura, véase entre otros: DAURIA, P. y KENIS, S., "La perspectiva de género en el Código Civil y Comercial: tensiones entre el derecho a la coparentalidad, autonomía personal e interés superior del niño/a frente al cambio de radicación de la cuidadora principal", RDF 87, 165. AR/DOC/3545/2018; GONZÁLEZ de Vicel, M.A., "Reversión del sistema de cuidado: conflictos entre adultos que impactan en el principio de coparentalidad y lo desplazan", RDF 2019-IV, 173. AR/DOC/1962/2019; y LLOVERAS, N., BRUNEL, T. F. y SCOCOZZA, R. D., "El ejercicio de la responsabilidad parental: un análisis desde la perspectiva de género", RDF 87, 187. AR/DOC/3433/2018.

perjudicaba a quienes se debía beneficiar en primer término, los niños, sino también a los hombres y a las mujeres, a quienes se les sigue asignando el papel —la carga y la consecuente culpa— de ser las principales cuidadoras de los hijos.

¿Cuál es el sistema legal que cumple con el derecho humano de todo niño a tener vínculo con ambos padres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna (conf. art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño ya citado)? Sin lugar a duda, el régimen de "coparentalidad". Si mientras los adultos convivían bajo el mismo techo llevaban adelante de manera indistinta diversos actos de la vida cotidiana de los hijos, comprometiéndose y responsabilizándose por igual en su crianza, ello debería continuar aunque los padres pasen a vivir en dos hogares diferentes.

De esta forma, se beneficia a todo el grupo familiar. A los hijos, porque mantienen intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. A los padres, porque siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad hacia sus hijos, evitando conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas "visitas", cuyo padre se empieza a alejar del hijo y al tiempo deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, cual "efecto dominó" que después es muy complejo revertir. En este contexto, el régimen de "coparentalidad" no sólo es el que responde al principio del "mejor interés del niño", sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia. Además, la ley coloca, de este modo, su máximo esplendor en su papel pedagógico y preventivo.

3.3. La familia ensamblada

"Los tuyos, los míos y los nuestros" constituyen otra realidad familiar que no podía quedar invisibilizada. Además del aludido aumento en la perspectiva de vida, la mayor aceptación social y consecuente baja en

la estigmatización del divorcio —entre otras causas— han dado paso a la configuración de diversas formas de familia como ser las "familias ensambladas". Se trata de nuevos núcleos familiares que se generan a partir de la formación de nuevas parejas (matrimonial o convivencial), en las que uno o ambos integrantes vienen, a su vez, de una relación de pareja anterior (matrimonial o convivencial) de la cual ha habido hijos, pudiendo también haber hijos de esta nueva unión.

Sólo en los cuentos infantiles quedan esas imágenes de "madrastas" y "padrastrós" desaprensivos y dedicados a alejar a los hijos de sus padres-parejas. En la realidad, estas personas son referentes afectivos de importancia en la vida de los niños que han tenido un reconocimiento general en el art. 7 del decreto 415/2006 que reglamenta la mencionada Ley 26.061 al referirse a los "referentes afectivos".

¿Si por alguna razón el progenitor no llega a ir a buscar a la escuela a su hijo, quien quiere ir a jugar a la casa de un compañero, no podría ir la persona con quien convive el niño y autorizarlo a esa salida recreativa beneficiosa para el niño? No se trata de restar funciones a los principales responsables de la crianza de los hijos sino, por el contrario, facilitarles el papel de aquéllos al reconocerles a sus parejas convivientes la posibilidad de realizar actos de la vida cotidiana de los hijos. Así, el CCyC habilita ciertos derechos y deberes a cargo de los llamados "progenitores afines" como ser: *a*) la posibilidad de colaborar en la crianza y educación de los hijos de su pareja; *b*) en determinadas circunstancias, poder hacerse cargo del cuidado de estos niños cuando, por diversas razones y de manera transitoria, el progenitor no puede o ejercer conjuntamente con este progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental; y *c*) en situaciones excepcionales, contribuir a la manutención alimentaria del niño/a o adolescente de manera o con carácter subsidiario (arts. 672 a 676).

VI. ¿El CCyC ha caducado, poniendo en crisis el principio binario y el reconocimiento de triple filiación?

Apartado propio merecen las situaciones planteadas y reconocidas en el plano jurídico de niños con tres vínculos filiales.⁶⁵ Los dos casos que se han resuelto en el registro civil involucran situaciones fácticas afectivas similares. Se trata de una pareja conformada por dos mujeres que se someten a las llamadas "prácticas caseras" de reproducción asistida y se inseminan con material genético de un amigo que desea también ser padre, es decir, criar, educar y tener una presencia activa en la vida del niño. En ambos casos los niños tenían vínculo jurídico con ambas mujeres casadas por aplicación de la determinación de la presunción legal de filiación (en este caso maternidad, no paternidad) derivada del matrimonio. Ante esta clara aplicación de la máxima de dos vínculos filiales o binarismo que rige en el campo del derecho filial, los hombres fueron al registro civil a reconocer a los niños fundado en dos elementos del derecho a la identidad: estática (elemento genético) y dinámica (el vínculo afectivo), haciéndose lugar en ambas oportunidades al reconocimiento sin desplazamiento previo alguno, de allí que ambos niños cuentan con triple vínculo filial.

Otro planteo está en pleno debate en la justicia. La plataforma fáctica-afectiva es la siguiente.

⁶⁵ Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, Disposición 2062 (D.P.R. Personas), 22 de abril de 2015, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, No. VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 217; Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, Disposición Administrativa, 13 de julio de 2015. Para ampliar, véase DE LA TORRE, N. y SILVA, S. A., "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología", RDF 2017-VI, 310 Cita Online: AR/DOC/4218/2017; De Lorenzi, Mariana A., "Nuevos caminos entre viejos campos. Pluriparentalidades en tránsito", RDF 2019-II, 268 Cita Online: AR/DOC/1136/2019; HERRERA, M., "Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales", RDF 85, 149, cita online: AR/DOC/3141/2018; y HERRERA, M. y FERNÁNDEZ, Silvia E., "Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad", RDF 83, 14, cita online: AR/DOC/2892/2018.

Una mujer mantuvo una relación con un hombre durante cinco años. Tras la ruptura, él formó pareja con otro hombre, quedando una excelente amistad entre los ex miembros de la pareja heterosexual. Al tiempo, la mujer que no formó pareja quiere ser madre pero no se anima a someterse a reproducción asistida sola, es decir, para conformar una familia monoparental, y decide con su mejor amigo y ex pareja tener entre los tres un hijo cuyo material genético masculino es aportado por la nueva pareja de su ex. Entre los tres se someten a una TRHA firmando cada uno de ellos el correspondiente consentimiento informado que exterioriza la voluntad procreacional de cada uno. En mayo del 2016 nace una niña y se presentan en el registro civil los tres consentimientos informados debidamente protocolizados como lo disponen los arts. 560 y 561 del CCyC. Se rechaza la inscripción a favor de los tres fundado en la última parte del art. 558 que establece que nadie puede tener más de dos vínculos filiales. ¿Cómo o sobre la base de qué fundamentos el registro civil elige dos de los tres protagonistas en la vida de la niña cuando, justamente, a la luz de la regulación actual de la filiación derivada de las TRHA la determinación filial se establece a favor de quien o quienes prestan el correspondiente consentimiento informado sin importar el dato genético? Ante esta negativa, se solicitó al registro civil que al menos inscriban a la niña a favor de la mujer de conformidad con la determinación filial a favor de quien da a luz como lo dispone el art. 562 del CCyC, y además, prestó el correspondiente consentimiento informado ¿Y con respecto a los dos hombres? Se procedió a judicializar la cuestión mediante el planteo de una acción innominada de reclamación de co-paternidad para lograr el emplazamiento de los dos hombres como padres de la niña sin desplazar a la madre, es decir, que se reconozca la triple filiación como excepción al principio binario fundado en varios derechos humanos comprometidos como ser el derecho a la identidad y el derecho a la protección familiar.⁶⁶

⁶⁶ Juzgado de Familia No. 2, Mar del Plata, 24/11/2017, "C. M. F y otros s/ materia a categorizar", RDF 2018-III. cita online: AR/JUR/103023/2017, revocado por Cámara de Apelaciones Civil y

De manera más reciente, la justicia rechazó un reclamo de triple filiación en relación a un niño nacido a través del método conocido como "inseminación casera", cuyo vínculo filial se encuentra determinado a favor de la mujer que da a luz y del hombre que aporta el material genético con voluntad procreacional; siendo la pareja masculina de este último el abyecto a la relación jurídica, y quien reclama el reconocimiento como co-padre sin afectar el vínculo filial de origen.⁶⁷ Más allá de los conflictos filiales que genera este tipo de práctica informal mediante el uso de una jeringa, lo cierto es que, en este caso, el hombre no tenía vinculación afectiva con la niña por desavenencias entre los adultos que llevó a la interrupción de la comunicación con el reclamante. La jueza consideró que, en este contexto, no respondía al interés superior del niño reconocer el vínculo filial peticionado.

¿Los casos de triple filiación y la consecuente puesta en crisis del binarismo filial sólo se lo observa en el campo de la filiación derivada de TRHA? La respuesta negativa se impone.

Sintéticamente, veamos dos planteos que comprometen la filiación adoptiva.

El primero, compromete un caso resuelto por el Juzgado de Familia No. 6 de Lomas de Zamora el 20 de octubre de 2015.⁶⁸ La plataforma fáctica era la siguiente. Una mujer que ya ostentaba la guarda de un niño por generar un vínculo afectivo al visitarlo asiduamente al hogar en el que se encontraba transitoriamente, solicita la adopción unipersonal. Al principio, ella y su marido eran los que concurrían al hogar para visitar al niño y lo retiraban los fines de semana con fines recreativos. Luego de un

Comercial, Mar del Plata, Sala Primera, 20/12/2018, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", inédito (no firme).

⁶⁷ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 77, 16/07/2019, "A., N.R. y Otros y Otro c/ Gcba y Otros S/Amparo", inédito.

⁶⁸ Juzgado de Familia No. 6 de Lomas de Zamora, 20 de octubre de 2015, "S., A. J. s/Adopción. Acciones vinculadas", inédito.

tiempo, el marido fallece y ella decide seguir sola el camino de la adopción. El 18 de septiembre de 2013 se resuelve declarar el estado de abandono y adoptabilidad del niño S.A.J., y se otorga la guarda con fines adoptivos a la señora M.S.V. El 20 de octubre de 2015 se resuelve la adopción plena del niño a favor de su guardadora.

¿Cuál es la particularidad del caso? La guardadora devenida madre adoptiva desde hace años, lleva adelante la crianza del niño con su vecino, mejor amigo y su pareja del mismo sexo, generándose un fuerte lazo afectivo y de crianza conjunta entre los tres. En este caso, no obstante haberse otorgado la adopción plena unipersonal en favor de la mujer, de la lectura de la sentencia surge y se explicita esa realidad familiar pluri-parental. Al respecto se dice: "El niño S.A.J. convive con la Sra. M.S.V. teniendo también un vínculo —ubicado en el rol paterno— con los sres. M. y M." Agregándose que "De la entrevista al niño surge que se encuentra integrado en dos espacios familiares, uno con la sra. M.S.V y otro con M. y M. (padrinos del niño) a quienes S.A.J. los ubica en un rol paterno. Que el niño conoce su filiación biológica y su historia. Que se pudo apreciar el vínculo afectivo que tiene con su guardadora y el resto del grupo familiar quienes lo han cuidado y han cubierto sus necesidades afectivas y su bienestar general".

El segundo, es el planteamiento resuelto por el Juzgado de Familia No. 4, de La Plata, en una resolución que tendría dos partes, la sentencia del 20 de febrero de 2017 y la interlocutoria del 6 de marzo de 2017. La plataforma fáctica, de manera harto sintética, era la siguiente. Una pareja tiene una hija, la niña V. nacida el 26 de septiembre de 2006; en 2008 se produce la ruptura, y en 2009 la mujer vuelve a formar pareja con otro señor, con quien contrae matrimonio y posteriormente, nace un niño. De este modo, V. vive con su madre, su progenitor afín y su hermano unilateral. Cuando V. cuenta con 10 años, el progenitor afín peticiona la adopción de integración simple;⁶⁹ solicitando expresamente su intención

⁶⁹ Es dable destacar que en el derecho argentino ambos tipos de adopción se mantienen: la simple y la plena. Básicamente, la diferencia sustancial entre ellas consiste en que la primera no extingue el

de conservar "ambos vínculos filiatorios de origen, esto es, sin extinguirse el vínculo de la niña con su progenitor de origen". Por su parte, el padre no conviviente se presenta al proceso y manifiesta su consentimiento al planteo de marras, siempre que sus derechos y deberes sobre V. no se vean restringidos o modificados como efecto de la adopción que se solicita. Además, y de conformidad con el art. 595, inc. f) del CCyC que requiere el consentimiento a la adopción de los niños de 10 años o más, el 14 de noviembre de 2016, V. presta la correspondiente manifestación de voluntad.

En este marco, tanto la fiscalía como la asesoría de menores prestaron conformidad sin advertir que el especial pedido encerraba, en definitiva, un caso de triple filiación. La jueza tampoco lo advierte y por ende, dicta sentencia de adopción de integración de tipo simple "con todos los efectos previstos por la ley respecto de dicha adopción", es decir, desoyéndose lo que todos los integrantes de la familia estaban solicitando.

Ante este panorama, tanto el progenitor afín y pretense adoptante como el progenitor no conviviente, presentan escritos solicitando se aclaren los términos o efectos de la adopción; y es ahí cuando la jueza como la asesora de menores advierten el pedido de reconocimiento de triple filiación. Ante esta circunstancia, la asesora de menores apela —en abierta contradicción a la conformidad que había prestado anteriormente—, y por pedido de la fiscal de que tenga una audiencia con la niña y conozca en

vínculo con la familia de origen y sólo crea vínculo de adopción entre adoptado y adoptante o adoptantes y la segunda, sí extingue todo vínculo jurídico con la familia de origen y el niño pasa a integrar la familia adoptiva generando lazos jurídicos con toda la familia adoptiva. Este binarismo es flexibilizado en el CCyC al habilitar la denominada "flexibilización" de los tipos adoptivos según lo previsto en el art. 621. ¿Qué significa esta facultad judicial que otorga la ley? Que según el caso planteado, el juez puede disponer la adopción plena y que pase a integrar la familia adoptiva pero que a la par, se mantenga el vínculo con determinado pariente de la familia de origen. Este tipo de situaciones suelen darse en los supuestos de adopción de grupos de hermanos en los que no es posible que se integren todos a un mismo grupo familiar y, por ende, se debe decidir la adopción en diferentes familias adoptivas en forma plena, pero manteniendo entre los hermanos este vínculo jurídico. Una explicación más actual de esta normativa se puede encontrar en NOTRICA, F. P., "Comentario al Art. 621", en LORENZETTI, R. L. (dir. gral.) y HERRERA, M. (dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Derecho de Familia*, t. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019, p. 116 y ss.

profundidad su situación afectiva-familiar, modifica su opinión y desiste del recurso de apelación. En este contexto, la jueza, en el mencionado auto ampliatorio, dispone: "En virtud de lo peticionado, líbrese oficio al Registro Civil para que proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña... y se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los recaudos... debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación."

Como se puede apreciar, una vez más, la obligada mirada de derechos humanos causa un cimbronazo en las estructuras tradicionales del abordaje jurídico de las relaciones familia. En esta oportunidad, fundado en el fortalecimiento y desarrollo del concepto de socioafectividad y de identidad dinámica que cada vez juega un papel más importante en el derecho de las familias en Argentina.⁷⁰

¿Se puede aseverar que CCyC nació viejo o, que la realidad social cada vez más dinámica lo coloca siempre unos pasos atrás? Este interrogante se responde fácil y de modo elocuente, si se tiene en cuenta que el derecho argentino recepta un sistema de control de constitucionalidad/convencionalidad difuso, es decir, cada juez en cada planteo debe confrontar que la legislación aplicable responda, respete y esté en consonancia con los derechos humanos. Máxime en el marco de una legislación civil que se autoimpone dicha compulsión a la luz de lo previsto en sus dos primeros artículos ya transcritos.

VII. Brevisimas reflexiones de cierre

El CCyC argentino —como todas las leyes— es el resultado de una época. Momentos de fuertes revisiones críticas a modelos familiares rígidos,

⁷⁰ HERRERA, M., "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Derecho de Familia, No. 66, septiembre 2014, pp. 75 y ss. Y de manera más actual aún, LAMM, E. y RODRÍGUEZ I., M. y KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, Noía, *Tratado de Derecho de Familia. Actualización Doctrinal y Jurisprudencial*, t. V-A, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Ap. 6 del capítulo VIII, p. 808 y ss; y DE LA TORRE, M., y FERNÁNDEZ, S. E., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, op. cit.

a vínculos centrados en nociones y estructuras clásicas como ser la heterosexualidad, el matrimonio, el parentesco, dejándose afuera otras tantas realidades afectivas.

Precisamente, la profundidad y complejidad que propone la doctrina internacional de los Derechos Humanos ha colocado en el banquillo —en buena hora— a la legislación civil. Sin lugar a duda, era imperativo llevar adelante una verdadera revolución copernicana en la regulación de las relaciones de familia, infancia y adolescencia porque la realidad social la estaba interpelando de tal modo que era imposible mantener su estructura original y a la par, pretender respetar compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

El CCyC ha estado vigente desde hace cuatro años; es un tiempo prudencial para realizar un balance provisorio sobre la deconstrucción-reconstrucción de la regulación civil en las relaciones de familia, infancia y adolescencia en clave de derechos humanos. En especial, si ha cumplido uno de sus principales objetivos: incluir diversas formas de familias, de extender sus bases y visiones. Se trata de aceptar y comprender que la realidad contemporánea es más compleja, porosa e incisiva; de interpelar a los operadores en general —tanto a los jurídicos como aquellos que pertenecen a otras profesiones directamente vinculadas con el ámbito en estudio— de manera constante para estar a la altura de la diversidad y actualidad de los conflictos que se presentan.

Para motorizar este gran desafío, pendiente en la mayor parte de la región y en etapa de consolidación —con varias resistencias— en el derecho argentino, es ineludible colocar a la formación en derechos humanos como centro de la escena y a la par, no tener una visión romántica de las leyes. Si bien es cierto que las normas constituyen una herramienta de suma relevancia y básicas para llevar adelante profundas transformaciones socioculturales; lo cierto es que, quiénes y cómo las interpretan siguen siendo el nudo central a desentrañar. Este es, lejos, el desafío más fuerte en estos momentos de tensión en donde lo nuevo y lo viejo siguen

coexistiendo, en el que la mirada de derechos humanos en toda su dimensión aún no ha terminado de anclar y el miedo a retroceder en conquistas socio-legales es genuino.

En definitiva, la lucha por la protección y satisfacción de los derechos humanos de las familias, niños y adolescentes sigue siendo una de las grandes deudas pendientes de la democracia en una región convulsionada, contradictoria y fuertemente desigual. En este contexto, más que nunca se debe recordar la célebre frase del político y escritor cubano José Martí: "*Los derechos se toman, no se piden; se arrancan, no se mendigan*". Aún quedan muchos derechos por conquistar.