

Artículos centrales

Cuando los Derechos Humanos interpelan las relaciones de familia: La legislación civil al banquillo¹

Marisa Herrera*

Fecha de recepción: 25 de abril de 2016
Fecha de aceptación: 19 de mayo de 2016
Correspondencia a: Marisa Herrera
Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com

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

Resumen:

En el presente ensayo se analiza el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el 01/08/2016, en el campo del derecho civil que mayor reforma y debate público ha generado, tanto en el ámbito académico como en el más coloquial representado por los medios de comunicación: el atinente a las relaciones de familia. ¿Cuáles son los principales cambios? ¿Cuáles los argumentos que los sostienen? ¿Qué implicancias han tenido aportes legislativos anteriores como la conceptualización jurídica de los niños y adolescentes como sujetos de derecho, la extensión de la figura tradicional del matrimonio a las parejas del mismo sexo o el reconocimiento de la identidad de género? El pasaje

1. Las ideas esgrimidas en este trabajo han sido parcialmente expresadas con mayor o menor profundidad en otras oportunidades: Herrera Marisa, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, p. 39 y ss. Cita Online: AR/DOC/3846/2014; "El derecho constitucional-convencional de familia en acto. La experiencia argentina en el Código Civil y Comercial", en Pérez Gallardo, Leonardo-Villabella Armengol, Carlos Manuel y Molina Carrillo, Germán, Derecho Familiar Constitucional, Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, ps. 293- 325 (978-607-97105-2-1). y "La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar", Revista Derecho Privado, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, número 6, Buenos Aires, 2013, p. 109 a 145.

del derecho de familia en singular al derecho de las familias en plural desde la obligada perspectiva constitucional- convencional que coloca a los Derechos Humanos en el centro de la escena ha sido una pieza central a modo de columna vertebral. En este marco, el principio de libertad o autonomía delimitado por el de solidaridad familiar -entendida como familias- y responsabilidad transversalizados por la noción de "vulnerabilidad", ha sido el entramado jurídico supralegal sobre el cual se edificó la nueva normativa que regula la vida cotidiana de las personas en uno de los ámbitos más íntimos y a la vez, más complejos y sensibles como lo es el de las relaciones de familia. Parejas que no se casan, familias ensambladas, niños que nacen de técnicas de reproducción humana asistida como modo de acceso a maternidades/paternidades fuera de los cánones "normales" (mujer sin pareja que decide sola tener un hijo, o una pareja de mujeres o de hombres que apelan a la gestación por sustitución) son realidades familiares que el derecho no podía seguir invisibilizando. ¿Por qué la regulación del Código Civil y Comercial ha despertado tanta resistencia en el campo jurídico? Revisar el lugar del Estado a través de sus diferentes funciones, en este caso, en la elaboración de leyes, constituye una labor hábil para desentrañar ciertos intereses y juegos que por lo general, suelen estar ocultos. Máxime, cuando involucra una de las normativas estructurales de un Estado como lo es el código civil en un contexto político de base, harto complejo.

Palabras clave: Reforma legislativa civil - Derecho de Familia - Derechos Humanos.

Abstract

This essay analyzes the new Civil and Commercial Code in force since 08.01.2016, in the field of civil law reform and greater public debate has generated both in academic as is in the colloquial represented by the media communication: that pertaining to family relations. What are the main changes? What the arguments that support them? What implications have had previous legislative contributions as the legal conceptualization of children and adolescents as subjects of law; the extension of the traditional figure of marriage to same-sex couples or recognition of gender identity? The passage of family law in the right singular plural families forced from the conventional perspective that places constitutional human rights at the center of the scene has been a centerpiece as a backbone. In this context, the principle of freedom or autonomy defined by family solidarity and responsibility understood as families- mainstreamed by the notion of "vulnerability" has been the supralegal framework on which the new rules governing life was built everyday people in one of the more complex and sensitive as is the family relations and most intimate areas simultaneously. Couples who are not married, stepfamilies, children born of assisted human reproduction as a means of access to maternity/paternity uncanonically "normal" (single woman who decides alone have a child, or a couple of women o men who appeal to pregnancy by substitution) are familiar realities that the right could not continue invisibilizing. Why the regulations of the Civil and Commercial Code has aroused much resistance in the legal field? Check the place of the State through its various functions, in this case, in the drafting of laws, it is a business to unravel certain interests and games that usually work are often hidden. Especially when it involves one of the structural regulations of a State such as the civil code in a political context of base, extremely complex.

Key words: Civil law reform - Family law - Human Rights.

“Un buen día, echando la vista atrás, se dará usted cuenta de que estos años de lucha han sido los más hermosos de su vida”.
Sigmund Freud

Un lenguaje común en un determinado tiempo: los Derechos Humanos

El derecho civil argentino viene observando una metamorfosis estructural y profunda auspiciada por la obligada perspectiva constitucional-convenicional que se respira en la región hace varios años, en especial, si se está bien atento de los avances que muestra el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en los últimos tiempos.²

Como bien lo señala un constitucionalista argentino, Walter Carnota, esta primera etapa o *“densa trama”* que *“desplazó en la preocupación de su agenda otros temas, en especial los de derecho privado”* fue sorteada debido *“el tiempo transcurrido desde que Latinoamérica ya goza de gobiernos democráticamente elegidos”*³. De este modo, la CIDH comenzó -y en buena hora- a inmiscuirse en el campo del derecho de familia brindando pautas de interpretación en variados y relevantes conflictos que observa este complejo ámbito del Derecho. Esto ha sido reconocido por el presidente de este órgano judicial en el período 2010-2014, el peruano Diego García Sayán, quien en un reportaje destacó que *“la democratización de las conciencias en América Latina hace que se haya generalizado y extendido la percepción 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”. Y reitera y agrega: *“Hoy el Tribunal está conociendo temas que hace 10 años eran impensados, y probablemente se agregarán otros en el futuro como matrimonio homosexual y aborto, pero si están en el ámbito de su competencia, la Corte no puede más que resolver (...)”*⁴.

Conocer los estándares emitidos por la máxima instancia judicial regional en estos temas es hábil para interpelar y a la vez, compulsar cuán compatibles, actualizadas y adaptadas se encuentran las legislaciones estatales a todo este desarrollo supralegal cuya columna vertebral son los Derechos Humanos focalizado en la persona humana como tal y a la par, en tanto integrante de una familia. ¿Pero qué familia es la que debería visibilizarse, reconocerse y regularse en consecuencia? Sucede que este desarrollo normativo regional no puede ser ajeno a los ordenamientos jurídicos nacionales de América Latina, siendo importante destacar que la ratificación de un instrumento internacional como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos -o en materia de infancia y adolescencia, la Convención sobre los Derechos del Niño por citar otra herramienta legal internacional clave en las relaciones de familia-, son de aplicación obligatoria para los Estados que lo ratifican, so pena de incurrirse en responsabilidad al incumplir compromisos asumidos en el plano internacional de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¿Qué lugar han ocupado los Derechos Humanos en la agenda social en los últimos años? El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) es un claro ejemplo sobre la centralidad que ha te-

2. Ver las siguientes sentencias: Corte IDH, 29/11/2011, “Atala Riffo y Niñas c. Chile”, LL AR/JUR/13845/2012; Corte IDH, “Fornerón, e hija v. Argentina”, 27/4/2012, cita online: AR/JUR/27523/2012; Corte IDH, “L.M. c. Paraguay”, 27/04/2012, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/21-medidas-provisionales>, compulsada en 26/10/2015; Corte I.D.H., Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2013 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf; Corte IDH, “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) c. Costa Rica”, 28/11/2012, LA LEY 2013-A, 160; Corte IDH, “Asunto B. Medidas provisionales respecto de El Salvador”, 29/05/2013, LA LEY 2013-D, 469, con nota de MONTERISI, RICARDO D., “Medidas cautelares, provisionales y tutela urgente interamericana”, LA LEY 2013-D, 468; Corte IDH, “Caso Gonzales Lluy y otros respecto de Ecuador”, 02/09/2015, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/21-medidas-provisionales> y de manera más reciente, nuevamente en el caso “Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) c. Costa Rica pero en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia del 26/02/2016, Revista La Ley, 28/03/2016, Thomson Reuters, Buenos Aires, p. 8 y ss.

3. Carnota Walter, “La Corte interamericana de Derechos Humanos y el Derecho de Familia”, Revista Derecho de Familia y de las Personas, año V, número 9, octubre 2013, Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 33.

4. Disponible en <http://www.cdhu.uchile.cl/noticias/detalle.tpl?id=20130722154614> compulsado el 26/10/2015.

nido la agencia de los derechos humanos como principal motor de los tantos y relevantes reconocimientos legales acontecidos desde el 2003 a la fecha.⁵

En otras palabras, este desarrollo legislativo de diferente tenor pero siempre anclado o transversalizado en y por los Derechos Humanos, nos ha conminado a preguntarnos: ¿qué significa resignificar la regulación de las relaciones de familia a la luz de la noción de pluralismo? ¿Cuáles son las mandas provenientes de la doctrina internacional de los derechos humanos que permiten, a modo de termómetro, medir el grado de avance y consonancia con esta doctrina como perspectiva obligada? ¿En qué consiste la ampliación de derechos cuando nos referimos al derecho de las familias? ¿Qué incidencia han tenido hitos normativos como los mencionados en la fisonomía que observa el CCyC?

Para entender cuáles son las principales modificaciones que introduce la nueva legislación civil y comercial en uno de los ámbitos más dinámicos y sensibles del derecho en general y del derecho civil en particular, como lo es el derecho de las familias hay que saber de dónde venimos, pero primordialmente, el contexto en el cual se edifica esta herramienta legal central en la vida de las personas. Como punto de partida ineludible, cabría preguntarse en qué reside la razón de la "sensibilidad" aludida. Sucede que desde los orígenes del Código Civil allá por 1871, diferentes actores e intereses sociales han querido moldear, digitar y controlar las elecciones de los individuos sobre la vida familiar, como así también, sobre nuestros cuerpos, existiendo una profunda inte-

racción entre ambos, unidas por las nociones de intimidad, libertad, autodeterminación e identidad. En este sentido, es dable destacar que la Iglesia Católica⁶ ha sido, una vez más, un actor social de peso en este juego democrático de re- armar y edificar un código civil coherente y sistémico con todas las conquistas legales y jurisprudenciales acontecidas, básicamente, en los últimos años. También es dable destacar la férrea oposición de ciertas instituciones tradicionales en el campo jurídico como la Academia Nacional de Derecho⁷ o algunos colegios de abogados⁸. ¿A qué responde esta fuerte resistencia? Mover cimientos tan anquilosados es decir, el statu quo, siempre ha generado tensión en los sectores más conservadores que, precisamente por ello, se los denominan así.

Una pincelada de realidad social y legal en la Argentina

Con sólo observar la realidad social, fácil se concluye que el Código Civil derogado elaborado por Velez Sarsfield con sus debidos parches, no lograba cumplir los objetivos básicos y esenciales de una ley. A modo de ejemplo, según el último censo nacional realizado en el año 2010, casi 4 del total de 10 parejas son no casadas (el 38.80% del total de las personas del país conviven sin contraer matrimonio)⁹; cada vez es mayor la existencia de las llamadas familias ensambladas también conocida por la frase coloquial "los tuyos, los míos y los nuestros" en atención a la mayor ruptura de las parejas conjuntamente con la mayor perspectiva de vida de la población, por lo cual la existencia de nuevas conformaciones familiares a partir de núcleos familiares anterior-

5. Este pasaje es sintetizado en el Capítulo I de Herrera, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, en colaboración con Natalia de la Torre y Silvia Fernández, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, pp. 1-54.

6. Conferencia Episcopal Argentina. "Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil", disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/29699_CEA_Reflexiones-Codigo-Civil.pdf, compulsado el 18/04/2016. Ver: http://www.clarin.com/sociedad/Cambios-llegan_0_775122596.html.

7. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, "Declaración ante el apresuramiento del Ejecutivo para elaborar su proyecto de código civil y comercial", (26/07/2012), disponible en: <http://www.academiadederecho.org.ar/pdfs/25.pdf>; "Declaración ante la falta de difusión de modificaciones al Proyecto de Código Civil y Comercial", (21/11/2013), disponible en: <http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.php>; "Dictamen de la Academia sobre el proceso a través del cual el Congreso aprobó el nuevo Código Civil y Comercial", (19/12/2014). Todos compulsados el 18/04/2016.

8. <http://www.lanacion.com.ar/1731551-nuevo-codigo-civil-y-comercial-colegio-de-abogados> y <http://www.noticiasurbanas.com.ar/noticias/para-abogados-portenos-la-reforma-del-codigo-civil-es-una-involucion/compulsadas> el 18/04/2016.

9. Así, de un total de 16.703.000 personas casadas y en pareja de más de 14 años de edad a nivel total país, 10.222.5666 (61, 20%) están casadas y 6.480.434 (38, 80%) conviven fuera del matrimonio. Fuente INDEC. Cálculos obtenidos en base a la información del Cuadro 25. 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" [en línea], http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp.

res se lo observa con mayor presencia; la cantidad de niños que nacen por decisión de una mujer sola apelando a las técnicas de reproducción asistida ampliándose el abanico de familias monoparentales originarias como lo era hasta hace un tiempo la adopción por persona sola¹⁰; segundas o terceras uniones en el que los adultos ya vienen con una estructura económica o patrimonial por lo cual quisieran elegir un régimen de bienes en el cual no quieren compartir o generar bienes “gananciales”; personas con capacidades restringidas o padecimientos mentales que pueden contraer matrimonio a pesar de su discapacidad siendo hasta terapéutico y beneficioso para su mejoría el compartir la vida con alguien; padres adolescentes que llevan adelante la crianza de sus hijos y que tienen que tener un reconocimiento en el plano jurídico no debiendo ser reemplazados o sustituidos por sus propios padres o abuelos de los niños; ex parejas que se llevan bien y comparten el cuidado de los hijos tras la separación, saliéndose de dinámicas rígidas en las que se establecen días y horas para poder estar con los hijos; personas cuya ruptura matrimonial o convivencial quedan en una situación patrimonial desventajosa que deben verse compensadas por ese desequilibrio producido por su dedicación exclusiva al hogar familiar y para ello haberse retirado del mercado laboral; hijos que tienen el derecho a portar el apellido de ambos padres colocándose en jaque una imposición legal machista por el cual debía llevarse siempre el

apellido del hombre, cuestión que es doblemente relegada al reconocerse de manera expresa la existencia y realidad de parejas del mismo sexo que además, tienen hijos gracias al desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, práctica médica cada vez más sofisticada que permite disociar la filiación del acto sexual; o de manera más compleja aun, niños que nacen de una mujer que gesta para un proyecto parental de otros¹¹; sin dejarse de lado debates aún en estado embrionario como el trasplante de útero¹²; o la donación de mitocondrias por lo cual un niño posee material genético perteneciente a tres personas¹³; o los escasos planteos que se han esgrimido en sede administrativa ante el registro civil de permitir el reconocimiento de un niño que ya contaba con doble filiación materna por lo cual, ostenta una triple filiación¹⁴.

Más allá de las opiniones personales que se tenga en torno a cada uno de estos hechos sociales, lo cierto es que demuestran un amplio abanico de relaciones y conflictos familiares que una nueva normativa civil no podía silenciar. Así, la ley constituye una herramienta muy hábil para visibilizar, acompañar, contener y también proponer o generar transformaciones sociales y culturales que se dan en la sociedad a pasos acelerados y que no se van a detener.

En la Argentina varios de esos cambios sociales han sido acompañados de profundas reformas

10. Herrera Marisa y Spaventa Verónica, “La filiación adoptiva como causa-fuente de monoparentalidad-desmonoparentalidad”, en Grosman Cecilia P. (directora) y Herrera Marisa (compiladora), *Familia monoparental*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 237.
11. Nos referimos a la “gestación por sustitución” como se lo denominaba en el Anteproyecto de reforma y que fue quitado del texto sancionado.
12. Al respecto y por tratarse de un tema novedoso o al menos de interés reciente, se recomienda compulsar como primer acercamiento Herrera Marisa, “Cuando los avances científicos interpelan al Derecho: ¿el trasplante de útero es una realidad?”, columna DPI Cuántico, *Derecho para innovar*, Suplemento DPI Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 8, (29/03/2016), disponible en: http://dpicuatico.com/area_diario/columna-de-opinion-i-suplemento-dpi-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-8-29-03-2016/, compulsado el 18/04/2016.
13. Ver: <http://www.lanacion.com.ar/1726010-alana-la-joven-con-tres-padres-biologicos>; http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140901_ciencia_alana_tres_padres_biologicos_np, compulsado el 18/04/2016.
14. Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, DISPOSICION 2062 (D.P.R. Personas), 22/04/2015, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, nro. VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 217; Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, Disposición Administrativa, 13/07/2015, <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/un-nino-podra-tener-los-apeellidos-de-sus-mamas-y-su-papa-en-la-ciudad-9126.html>, compulsada en 23/01/2015. Para ampliar compulsar: De la Torre, Natalia, “Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?”, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, nro. VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 217; Ferrari, Gustavo y Manso, Mariana, “La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado”, LA LEY 31/07/2015, 1, cita online: AR/DOC/2108/2015; Massenzio, Flavia, “El derecho al reconocimiento de toda conformación familiar. Triple filiación e identidad”, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 68, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 43. Ver también las ponencias presentadas en el marco de la Comisión N° 6 de Derecho de Familia: Amaya, Sebastián, “No hay dos sin tres” y Brunel, Tamara F., Huais, María Valentina, Tissera Costamagna, Romina y Vilela Bonomi, María Victoria, “Pluriparentalidad”, filiación e identidad en el CCyC”, disponibles en <http://ndcbahablanca2015.com/?cat=30&comision=1833>, compulsada el 22/01/2016. Se han manifestado asimismo voces en contra de las resoluciones mencionadas: Sambrizzi, Eduardo, “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”, LA LEY 2015-C, 881, cita online: AR/DOC/1566/2015; Solari, Néstor E., “Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo”, DFyP 2015 (octubre), La Ley, Buenos Aires, p.3.

legislativas. Por citar las más elocuentes que inciden de manera directa en el campo de las relaciones de familia, cabe destacar en primer lugar la denominada "ley de matrimonio igualitario" (ley 26.618 de 2010) de vanguardia en la región al ser el primer país¹⁵ en extender una institución tradicional como lo es el matrimonio a parejas del mismo sexo; la ley de identidad de género más liberal del globo (ley 26.743 en el 2012) en el que no es necesario recurrir de manera previa a ninguna operación quirúrgica, sino que se sólo se funda en la voluntad de la persona es decir, en su "identidad autopercibida"; la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida que se centra en la cobertura médica de los tratamientos de reproducción asistida, tanto de baja como de alta complejidad habilitada a toda persona mayor de edad, es decir, a mujeres solas como a parejas casadas o no de igual o diverso sexo; recordándose también que algunos años antes, en el 2005, se sancionó una herramienta central como lo es la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que profundizó el reconocimiento de las personas menores de edad como verdaderos sujetos de derecho con las innegables consecuencias jurídicas que se deriva de ello, a tal punto de regularse la figura del "abogado del niño" (art. 27); es decir, la actuación directa y autónoma de la persona menor de edad con su correspondiente asistencia letrada cuando existen intereses contrapuestos con los de sus representantes legales. Sin lugar a dudas, estas normativas especiales colocaron en crisis el Código Civil presionando cada vez con mayor elocuencia, un necesario "dar de nuevo" en el campo del derecho civil siendo, precisamente, en lo relativo a las relaciones de familia y derechos personalísimos las que más modificaciones han observado no sólo desde el aspecto cuantitativo sino también cualitativo.

Quando los Derechos Humanos delimitan texto y contexto

El Decreto 191/2011 del 23/02/2011, la entonces presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, creó una comisión integrada por tres juristas de reconocida trayectoria en el campo del derecho civil para reformar el Código Civil vigente desde 1871 y unificarlo con el Código de Comercio. Si bien este texto tenía varias reformas parciales (la más relevante aconteció en 1968 al sancionarse la ley 17.711 llevada adelante por Guillermo Borda quien fuera Ministro del Interior durante el Gobierno de facto de Onganía), lo cierto es que carecía de una estructura orgánica y principalmente, acorde y en total consonancia con la obligada perspectiva de Derechos Humanos. Justamente, en el mencionado decreto se explicita en los "Considerandos": *"Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos"*. De aquí se deriva la obligada revisión de "sentido" de la legislación civil por imperativo supralegal.

El proceso de sanción de esta importantísima pieza jurídica llevó su tiempo y sufrió algunas modificaciones¹⁶, algunas acertadas al pretender corregir errores involuntarios incurridos en la elaboración del Anteproyecto, y otros tantos por presiones de distinta índole, siendo los provenientes de la Iglesia Católica los más fuertes operados en el ámbito en estudio.

Más allá de las modificaciones, lo cierto es que ellas no lograron revertir ni afectar su esencia que

15. Cabe aclarar que si bien el primer país que ha extendido la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo ha sido México, esta modificación legislativa sólo aconteció en el Distrito Federal en fecha 21/12/2009, por eso que a nivel país, la primera experiencia se la debe reconocer a la Argentina.

16. Comenzó el 27/03/2012 con la presentación del Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial al Poder Ejecutivo; continuó el 08/06/2012 con su ingreso al Congreso de la Nación con algunos ajustes que realizó el Poder Ejecutivo, 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 y en la cual se presentaron un total de 1152 ponencias y así se pudieron escuchar diferentes voces, colegios profesionales, universidades, organizaciones de la sociedad civil, entre tantas otras. Como resultado de esta apertura, se introdujeron algunas modificaciones y en fecha 28/12/2013 fue sancionada por la Cámara de Senadores y casi un año después, el 01/10/2014 por la Cámara de Diputados. En diciembre de 2014, se sancionó la ley 27.044 que adelantó la vigencia del Código al 01/08/2015 en vez del 01/01/2016 para alejarla de los embates políticos derivados del cambio de gobierno siendo que el 10/12/2015 asume un titular en cabeza del Poder Ejecutivo.

responde, tal como se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto, a ciertos valores axiológicos¹⁷ que son los que se mantuvieron intactos. ¿Cuáles son? Aquí cabe resaltar los siguientes:

- La llamada “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 receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (...) Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”*. Se trata, nada más ni nada menos, que de un modo diferente de razonar fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el Derecho.
- Ser un “Código con identidad latinoamericana” advirtiéndose al respecto 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. Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región”*.
- Ser 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 ver-*

dadera 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”*.

- Ser un “Código para una sociedad multicultural”, aceptándose 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. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. 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”*. En definitiva, esta idea de multiculturalidad se vincula con dos nociones básicas que están ínsitas y muy presentes en el Libro Segundo del CCyC dedicado a las “Relaciones de Familia”: pluralismo y realidad.

Para cerrar este apartado dedicado a destacar los cimientos sobre los cuales se construyó el CCyC, no se puede perder de vista el artículo con el que se inaugura el texto civil y comercial. Así, el art. 1 expresa: *“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”*; y el siguiente: *“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”*. De este modo, reconocer un

17. Lorenzetti Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 2012-C, 581.

diálogo constante y dinámico entre el derecho civil y los Derechos Humanos constituye un giro legislativo copernicano en un ámbito del derecho que tenía una profunda cuenta pendiente con los debates y las conquistas más profundas introducidas en los últimos años en el ámbito jurídico por presión de la obligada perspectiva constitucionalizada-convencionalizada, haciéndose sentir con gran fuerza rupturista -en buena hora- en el campo de las relaciones de familia.

El tenor de las modificaciones, la entidad de los cambios

El lenguaje no es nuestro, es político

Reconocer la influencia del lenguaje y el valor simbólico y cultural de introducir modificaciones terminológicas no ha estado ajeno al CCyC. Así, y siempre dentro del ámbito de las relaciones de familia, se alude a los "niños" y "adolescentes" en vez al término "menor/es" a secas, siendo que nadie es menor a nadie sino que se trata de personas menores de edad en una especial etapa de la vida; se refiere a la "responsabilidad parental" en vez de la perimida "patria potestad" como aquella connotación del hombre que estaba a cargo de la mujer -quien era considerada una "incapaz de hecho relativa"-, de los hijos y de lo económico; entender que una persona que convive con otra y cumplen determinados requisitos son convivientes y no concubinos con la carga negativa y peyorativa que ostentaba ese término; o que la utilización de conceptos neutros auspiciados por el principio de igualdad como el de "cónyuges" y "progenitores" en vez de "esposo" y "esposa" o "madre" y "padre". Así también, se introducen cambios en el lenguaje que responden a conside-

raciones más complejas como lo es omitir de manera consciente la alusión a la "mujer" cuando se hace referencia a la determinación de la filiación sino decir "la persona que da a luz" en consonancia con la mencionada ley de identidad de género que se basa en la "identidad autopercibida" (conf. art. 2, Ley 26.743), no siendo necesario apelar a la operación quirúrgica y por lo tanto, la posibilidad de que un hombre trans pueda quedar embarazado y por lo tanto, colocar en crisis uno de los bastiones del derecho filial como lo es "mater semper certa est", siendo que el niño al nacer tendría por determinación legal fundado en el hecho del parto un progenitor varón y no jurídicamente una "madre"¹⁸. Se reconoce así que el lenguaje no es neutral y los términos jurídicos tienen que ir de la mano de los cambios que la sociedad registra respecto de los roles familiares como una herramienta más de transformación y cambio.

La relación entre adultos

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

A paso lento pero sostenido, cada vez con mayor adhesión legislativa y/o jurisdiccional, se extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo¹⁹. En este sentido, no se debe perder de vista la resonada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos del 26/06/2015 que reconoció el derecho a contraer matrimonio a todas las personas, con total independencia de su orientación sexual en todo el país, dejando atrás una disputa entre estados liberales y conservadores en el acceso a un derecho humano como lo es contraer matrimonio bajo el manto del principio de igualdad y no discriminación.²⁰

18. Al respecto, cabe traer a colación un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10/03/2015 en el caso "Y. Y. v Turkey", 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 autopercibida" y no sobre la necesidad de intervenir el cuerpo.

19. 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. Finlandia ha aprobado una ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, prevista para entrar en vigor en marzo de 2017. En mayo de 2015 se agrega Irlanda, quien por referéndum (62 % contra un 37,9%) autoriza el matrimonio homosexual. Más recientemente, Groenlandia aprobó por unanimidad en su Parlamento su ley de matrimonio igualitario en fecha 01/04/2016; como así también por decisión de la Corte Constitucional colombiana del 07/04/2016.

20. Herrera Marisa, "Cuando el principio de igualdad y no discriminación se expande: el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Estados Unidos", *Microjuris online MJ-DOC-7286-AR/MJD7286*; Von Opiela Carolina, "El matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América", LA LEY 2015-D, 535; Monzón José M., "¿Redefiniendo la noción de matrimonio? Comentario al fallo «Obergefell v. Hodges» de la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre el matrimonio de personas de igual sexo", *Microjuris online MJ-DOC-7307-AR | MJ-D7307*.

La mencionada ley de matrimonio igualitario introdujo ciertos desajustes al Código Civil derogado. En este sentido, el CCyC contribuyó -entre otras cosas- a colocar cierto orden en la lógica interna que implicaba extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Un claro ejemplo aconteció con el apellido de los hijos. La ley 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. El CCyC faculta 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 sigue la misma línea se refiere a la derogación de la “preferencia materna” en el cuidado de los hijos menores de 5 años de edad. Esta preferencia fue dejada de lado, como era de suponer, por la ley de matrimonio igualitario ya que un niño a partir de esta normativa 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 heterosexual 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 receptor 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 de los objetos no de 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 mujeres²¹. 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

21. En el caso de los dos hombres se debe apelar a una figura que fue quitada durante el debate del proyecto que dio lugar a la sanción del Código Civil y Comercial como lo es la “gestación por sustitución”.

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

b. Matrimonio y divorcio²²

El CCyC introduce modificaciones sustanciales en el régimen del matrimonio y divorcio en atención a los grandes avances que se han observado en la materia, en particular, a la luz del principio de libertad y autonomía personal coadyuvada por la necesaria perspectiva interdisciplinaria que revalorizó 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? Cómo evitar que dolores no jurídicos como producen las rupturas matrimoniales sean resueltos de otro modo en el que, muchas veces, la justicia colabora para repotenciar odios. Receptándose un régimen de divorcio incausado o sin expresión de causa. ¿Por qué a una persona con quien nunca he tenido vínculo como son los jueces se le debe decir y a la par convencer de las "razones que hacen moralmente la vida en común" o pretender "reconciliarlos" como pretendía el código derogado? ¿Esto no podría ser tildado de una intervención estatal ilegítima en la vida íntima y familiar -de pareja-?

El divorcio incausado obliga 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*". En este contexto cabe preguntarse cuál es el lugar de los deberes de fidelidad y convivencia en el marco de un sistema en el que desaparece el divorcio culpable, es decir, cuál sería la sanción por el incumplimiento de

tales deberes. Ninguna. Estos derechos-deberes matrimoniales pasan a ser morales y no jurídicos.

En el código derogado, quien incumplía el deber de fidelidad era pasible de ser considerado cónyuge culpable del divorcio y por ende, se le aplicaban determinadas obligaciones derivadas de esta conducta "antijurídica" o contraria a la ley; lo mismo acontecía a quien incumplía el deber de convivencia si la separación de hecho no se producía de mutuo acuerdo. El CCyC, por el contrario, deroga este sistema de "culpas" ya que en la práctica se han observado varias vicisitudes: 1) en el matrimonio 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 termina con el rótulo de "inocente" suele ser el que se defendió mejor, o el que pudo acceder a presentar mejores pruebas, pero no un total "inocente"; 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 adolescente: 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 peticionado 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 principio de libertad y autonomía, sino que podría agravar la conflictiva

22. Para profundizar sobre este tema ver entre tantos otros: Kemelmajer de Carlucci Aída, y Herrera Marisa, "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", LA LEY 2015-C, 1280; Herrera Marisa, "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 (primera parte), diciembre, La Ley- Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 53; Herrera Marisa, "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado" en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Graham Marisa y Herrera Marisa (directoras), Infojus- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, p. 275; Chechile Ana María, "El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", «Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia», N° 57, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 167; Veloso, Sandra F., "Reflexiones sobre el proceso de divorcio", RCCyC 2016 (abril), 99, cita online: AR/DOC/937/2016; Kemelmajer de Carlucci Aída y Herrera Marisa, "Convenio regulador en el divorcio respuestas a preguntas equivocadas", LA LEY 2015-B, 1134.

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 ahora era compleja signada por la desconfianza a la libertad y la hiper o sobrevaloración 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.

c. Diferentes modelos de familia: las uniones convivenciales

Otras de las novedades que trae el CCyC es el reconocimiento expreso de otras formas de organización familiar como lo son las parejas que no se casan, es decir, que 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 común²³. Cabe destacar que el art 14 bis de la Constitución Nacional se refiere a la “protección

integral de la familia” sin conceptualizar o enumerar cuáles son los núcleos familiares que deben ser protegidos.

En este sentido, se sostuvo en una gran cantidad de oportunidades jurisprudenciales²⁴ que las parejas que no se casan también integran la noción de familia, y de allí que debía tener un espacio en la nueva regulación compartiendo el escenario legal con el matrimonio.

¿Qué derechos deben reconocerse a las parejas, estén o no casadas y por el contrario, cuál es la diferencia entre estar casada o conformar una unión convivencial? La respuesta no es tarea sencilla. Para tal fin, 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; b) la responsabilidad solidaria frente a terceros acreedores; 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 lapso máximo de 2 años, o permanecer en la vivienda ante el fallecimiento del conviviente por el mismo lapso máximo siendo que el conviviente no es heredero forzoso) 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.²⁵

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, ni afectar los derechos fun-

23. Para tener un panorama general sobre la regulación de las uniones convivenciales recomendamos compulsar: Herrera, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Capítulo VI, en colaboración con Natalia de la Torre y Silvia Fernández, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, pp. 291-335.

24. 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 inícuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio” (CSJN; “Missart, Miguel A.” JA 1990 II 379, entre tantos otros).

25. 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.

damentales de cualquiera 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 tinte patrimoniales o económicas al no estar directamente vinculadas a Derechos Humanos, quedan dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad de los convivientes; máxime, cuando 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, respetando la existencia de diferencias constitucional-convencionalmente válidas dado que no es lo mismo casarse que no casarse.

Las relaciones filiales

a. Las técnicas de reproducción asistida (TRHA)²⁶ como nueva causa fuente filial

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

A la luz del principio de realidad -uno de los tantos pilares sobre los cuales se edifica el CCyC- muestra la gran cantidad de niños que 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 (donantes), 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 que quieren ser padres.

La posibilidad de utilizar material genético de un tercero (donante) abre todo un panorama psico-socio-jurídico que parte de la base de diferenciar la noción y 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 nunca puede ser demandado a los fines de pretender tener con él vínculo 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.

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 éste 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 y 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.

26. Para un pantallazo actual sobre la regulación vigente y aún los silencios legislativos existentes en el ordenamiento jurídico argentino ver Herrera Marisa y Lamm Eleonora, "Técnicas de reproducción humana asistida, capítulo VIII", en AAW, Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, p. 295-453.

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 siempre no anónima, la consecuencia es la fuerte disminución de donantes y la consecuente dificultad de la fertilización heteróloga impidiéndose a las parejas del mismo sexo y a las mujeres solas a acceder a este tipo de procedimiento para ejercer el derecho a formar una familia.²⁷

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 referencia al res-

guardo 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 un proyecto de ley integral de TRHA que ha sido sancionado en la Cámara de Diputados en fecha 12/11/2014 y que aún resta ser debatido en la Cámara restante²⁸ precisamente, dispone la creación de dicho recurso central en resguardo de un derecho humano como lo es la identidad. ¿Qué sucedería si por alguna razón -desperfecto del sistema informático, incendio u otro suceso extremo del centro de salud especializado- se pierden 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 29/04/2014²⁹.

Por otra parte, es dable destacar que el uso de las TRHA permiten conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los 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

27. Para profundizar sobre esta cuestión se recomienda compulsar: Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", LA LEY 2014-F, 1075, cita online: AR/DOC/4369/2014.

28. Proyecto de Ley Nº 581 y 4058 D-14.

29. Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Federal, CABA, "C.,E.M. y Otros c/ E.N. - Ministerio de Salud s/ Amparo ley 16.986", 29/04/2014, Infojus Id SAJ: FA14100001.

TRHA, es decir, a la naturaleza o status jurídico del embrión no implantado. Si bien esta cuestión es compleja y amerita un espacio propio, lo cierto es que debe exponerse que la CIDH ya se ha expedido al respecto en el mencionado caso "Artavia Murillo c. Costa Rica" del 28/11/2012. Aquí se concluyó que el embrión in vitro no es persona en los términos del derecho a la vida desde la "concepción" que regula el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo que ello recién acontece cuando el embrión es implantado en la mujer. Asimismo, basta llevar adelante una rápida mirada sistémica del ordenamiento jurídico argentino, para concluir que se sigue la misma línea³⁰. En este sentido, es dable destacar que 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/transferencias de embriones. Si la ley admite estas tres consideraciones ello significa, de base, que se entiende 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 Ante-

proyecto: a) la fertilización post mortem³¹ y b) la gestación por sustitución³². ¿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? Este interrogante era el que pretendía responder la legislación civil, pero no lo pudo hacer por presiones de la Iglesia Católica. La segunda figura fue por presión de dicho actor social, pero también por negativa de otros sectores 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 pormenorizado³³.

b. La noción de "coparentalidad"³⁴

Dentro de este campo que nuclea todos los derechos y deberes que nacen del vínculo entre progenitores e hijos, las modificaciones de fondo son varias pero 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

30. Para ampliar este tema compulsar: Herrera Marisa, Kemelmajer de Carlucci Aída y Lamm Eleonora, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", Revista La Ley, 28/12/2012, 1 y ss., LA LEY 2013-A, 907; Lamm, Eleonora, "El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos", en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, p. 43 y documento elaborado por CATRHA (Comisión asesora de técnicas de reproducción humana asistida), Argumentos jurídicos a favor de la postura de que el embrión in vitro o no implantado NO es persona humana", disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/10/Argumentos-jur%C3%ADdicos-a-favor-de-la-postura-embri%C3%B3n-in-vitro-NO-es-persona-humana.pdf>, compulsado el 14/04/2016.
31. Yurman, Pablo, "Dilemas éticos y jurídicos en torno a la fecundación post mortem", 10/02/2014, MJ-DOC-6579-AR | MJID6579; Perez, Agustina, "Fertilización post mortem: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país", SJA 2014/03/19-36; JA 2014-1; Sarmiento García, Jorge H., "El respeto de los embriones humanos y las intervenciones sobre la procreación humana", ED 262-929, 2015; Famá María V., "La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida", SJA 2014/02/05-3; JA 2014-1; Zabaleta, Daniela, "Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida", MJ-DOC-6285-AR | MJID6285.
32. Notrica Federico y Vigo Fiorella, "Gestación por sustitución: nuevos fundamentos para una realidad insoslayable", nota a fallo DPI Cuántico, Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 9 - 12/04/2016, disponible en: http://dpcuantico.com/area_diario/nota-a-fallo-diario-dpi-suplemento-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-9-12-04-2016/, compulsado el 18/04/2016; González, Andrea - Melón, Pablo - Notrica, Federico, "La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada", 04/02/2016, MJ-DOC-7570-AR | MJID7570; Gil Domínguez, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237; Gil Domínguez, Andrés, "Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología", Revista de Derecho de Familia nro. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 133; Lamm, Eleonora, "Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad", Revista de Derecho de Familia nro. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 137.
33. Ver respecto de la fertilización post mortem: Tribunal de Familia de Morón Nro. 3, 21/11/2011, "G. A.P. s/ autorización", AP/JUR/289/2011; Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil Nro. 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, 17/4/2015, "K.,J.V. v. I.D.E.G.y.F. y otros s/ amparo", AP/DOC/715/2015; Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, 7/8/2014, "S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva", RC J 6303/14; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015, "A.,C.V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE s/ amparo", inédito. Respecto a la técnica de gestación por sustitución, compulsar: Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, "N.N. o D.G.M.B s/ inscripción de nacimiento", Infojus online, Id Infojus: FA13020016; Juzgado de Familia de Gualleguay, 19/11/2013, "B. M. A. c/ F. C. C. R. l ordinario", Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567; Tribunal Colegiado Rosario Nro. 7, "XXX", 02/12/2014, La Ley, Cita online AR/JUR/90178/2014; LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, "C., F. A y otro c/ R. S., M. L.", 18/05/2015, Cita Online: AR/JUR/12/11/2015; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, "N., N. O.", 25/06/2015, La Ley, Cita online: AR/JUR/24326/2015; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F.", 29/7/2015, Cita online: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA-PCIAL-PRIMER-JUZ-FLIA-MENDOZA-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>, compulsada el 19/03/2016, 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 nro. 9 de Bariloche, DATO RESERVADO, Expte. Nro. 10178-14", 29/12/2015, inédito; Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, "Herrera, Mónica 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/>, compulsada el 10/03/2016.
34. Para profundizar sobre esta figura se recomienda compulsar entre otros: Mizrahi Luis M., "Responsabilidad parental", Astrea, Buenos Aires, 2015; Cataldi Myriam M., "El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 127, LA LEY 20/05/2015; Fernández Silvia E., "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 181, LA LEY 20/05/2015; Grosman Cecilia, "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro.66, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 227.

“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 el 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 5 años cuando se trata 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 perjudica a quienes se debe beneficiar en primer término, los niños, sino también a los hombres y a las mujeres, a quienes se nos sigue asignando el rol -y la carga y culpa- de principales cuidadoras de nuestros 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 todo el grupo familiar. A los hijos, porque mantienen intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. A los padres, porque ambos 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.

c. 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 rol de aquéllos al reco-

nocerles 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).

Brevísimas reflexiones de cierre

El CCyC -como todas las leyes- es el resultado de una época. Momentos de fuertes revisiones críticas a modelos familiares rígidos, a vínculos centrados sólo en la noción de parentesco y dejar de lado algo tan básico como el lugar del afecto y la socioafectividad³⁵, en revalorizar la identidad en su faz estática -lo genéticos y biológico- sin tenerse en cuenta la identidad dinámica o cultural, entre otras. Precisamente, la profundidad y aci-

dez que propone la doctrina internacional de los Derechos Humanos ha colocado en el banquillo a la legislación civil. Era hora de llevar adelante tan compleja y enriquecedora tarea signada por un fuerte compromiso social.

El CCyC ya está en vigencia, ya está entre nosotros y el tiempo nos dirá si la deconstrucción-reconstrucción de la regulación civil en las relaciones de familia en clave de Derechos Humanos cumple sus objetivos. Pero para ello, no se debe tener una visión romántica de las leyes, todo lo contrario, reafirmar que quién las lee, cómo las lee, sobre la base de qué formación se las lee, siguen siendo interrogantes centrales. Este es, lejos, el desafío más fuerte en estos momentos de tensión en el que lo nuevo y lo viejo siguen coexistiendo, en el que la mirada de Derechos Humanos en toda su expresión no ha terminado de anclar y el miedo a retroceder en conquistas sociales es genuino.

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".

35. Herrera Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 66, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p.75 y ss.