



Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Norte Boulogne

Carrera Abogacía

Año 2021

**“Derecho al vínculo filial pluriparental, inconstitucionalidad y
anticonvencionalidad del Art. 558 del Código Civil y Comercial de la
Nación Argentina”**

Tutor: Germán Nicolás Ibáñez.

Alumna: Estrella Josefina Santillan.

Teléfono: (011) 15-6942-3123.

Correo Electrónico: estre_s@live.com

Título al que aspira: Abogada.

Localización: Sede Norte.

Fecha de presentación: 13 de octubre de 2021.

Formulario de aceptación de tutoría.

Formulario de aceptación de tutoría.

Boulogne, 12 de octubre de 2021.-

Autoridades de la Carrera de Abogacía

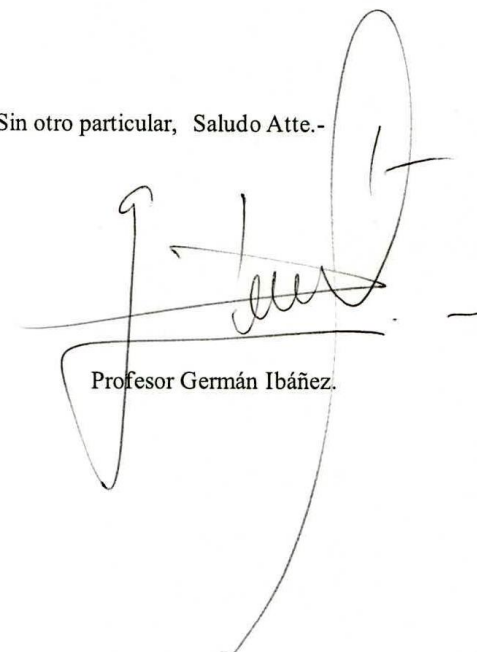
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Abierta Interamericana

S _____ / _____ D

Por medio de la presente acepto ser el tutor del trabajo final titulado "Derecho al vínculo filial pluriparental, inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del Art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina" por medio del cual, la alumna Estrella Josefina Santillan, pretende obtener el Título de Abogada.-

Sin otro particular, Saludo Atte.-



Profesor Germán Ibáñez.

Reserva del tema de tesis.

De: [Miceli, Marilina](#)

Enviado: jueves, 13 de mayo de 2021 8:23 a. m.

Para: [Estrella Santillan](#); [Cespedes, Viviana Elisabet](#)

CC: [Bertizzolo, Maria Eugenia Leila](#)

Asunto: Re: Solicitud de Reserva de tema te Tesis y Aceptación de Tutor

Tema registrado. Atte

Get [Outlook para Android](#)

De: Estrella Santillan <estre_s@live.com>

Enviado: miércoles, 12 de mayo de 2021 5:47 PM

Para: Miceli, Marilina; Cespedes, Viviana Elisabet

Cc: Bertizzolo, Maria Eugenia Leila

Asunto: Re: Solicitud de Reserva de tema te Tesis y Aceptación de Tutor

ATENCIÓN: Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envía y sepa que el contenido es seguro.

Marilina ¿me podrías confirmar por favor la reserva del tema?

Saludos.

Estrella Josefina Santillan.

Enviado desde mi Samsung Mobile de Claro

Get [Outlook for Android](#)

From: Estrella Santillan <estre_s@live.com>

Sent: Wednesday, May 12, 2021 5:07:47 PM

To: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>; Cespedes, Viviana Elisabet <Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar>

Cc: Bertizzolo, Maria Eugenia Leila <MariaEugeniaLeila.Bertizzolo@UAI.edu.ar>

Subject: RE: Solicitud de Reserva de tema te Tesis y Aceptación de Tutor

Hola Marilina! ¿Cómo estás?

Mi tutor será Germán Ibáñez.

Saludos,

De: [Miceli, Marilina](#)

Enviado: miércoles, 12 de mayo de 2021 5:05 p. m.

Asunto: RE: Solicitud de Reserva de tema te Tesis y Aceptación de Tutor

Hola cómo te va? Podrás indicarme quién será tu tutor? Atte

De: Estrella Santillan <ESTRE_S@live.com>

Enviado el: miércoles, 12 de mayo de 2021 5:00 p. m.

Para: Cespedes, Viviana Elisabet <Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar>

CC: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>; Bertizzolo, Maria Eugenia Leila <MariaEugeniaLeila.Bertizzolo@UAI.edu.ar>

Asunto: Solicitud de Reserva de tema te Tesis y Aceptación de Tutor

Importancia: Alta

ATENCIÓN: Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envía y sepa que el contenido es seguro.

Buenas tardes Viviana,

Les informo que el profesor Germán Ibáñez ha aceptado ser mi tutor de tesis, el tema que abordaré será dentro del derecho de familia titulado **“Derecho al vínculo filial pluriparental e inconstitucionalidad del Art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”**, por lo que solicito se me reserve el tema de tesis.

Quedo a la espera de la confirmación de la reserva.

Muchas gracias,
Saludos.

Estrella Josefina Santillán.

Agradecimientos y dedicatorias.

Quiero agradecer principalmente a mis padres quienes me apoyaron en esto que significó mi proyecto personal y profesional, por confiar en mí y por cuidar de mi hijo Fabricio mientras cursaba y estudiaba.

Agradecer especialmente a quién me enseñó y por compartir toda su sabiduría sobre el derecho de familia, el profesor Germán Ibáñez, darle las gracias por acompañarme en este último tramo y aceptar ser el tutor de mi tesis.

Las siguientes palabras son dedicatorias para mis padres, Josefina y Omar, y para mi hijo Fabricio.

Mamá y Papá:

El estar escribiendo estas palabras me llena de emoción, les agradezco profundamente el haber sido incondicionales conmigo, por haberme ayudado para que me sea posible lograr el objetivo que me propuse en aquel entonces, de ser Abogada y sobre todo por haber cuidado de Fabricio, su nieto, mientras trabajaba y estudiaba. Son padres y abuelos ejemplares.

Los amo.

Su hija, Estrella.

Querido hijo:

¿Te acordás que hace un tiempo te conté que estaba escribiendo algo muy importante, que era el último trabajo de la facultad y que con esto me recibía? Bueno, te cuento que ya lo terminé. Quiero decirte que este trabajo es un logro de los dos, porque vos desde muy chiquito me apoyaste cuando necesitaba estudiar. Siempre me cautivaste con tus preguntas al indagar sobre que es el Derecho, como es el trabajo de un abogado y querer saber sobre lo que estaba escribiendo en esta investigación. También quiero contarte que cuando comencé la carrera, vos empezaste el jardín, tenías cinco añitos y prometí que a tus diez años me recibiría. Hace poco cumpliste los diez y ya estamos a un paso de lograrlo. Es un logro tanto mío como tuyo.

Te amo, mamá.

ÍNDICE

Formulario de aceptación de tutoría.....	1
Reserva del tema de tesis.....	2
Agradecimientos y dedicatorias.....	4
RESUMEN.	9
PALABRAS CLAVES.....	10
JUSTIFICACIÓN.....	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	12
OBJETIVO GENERAL.	13
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	13
HIPÓTESIS.....	13
MARCO NORMATIVO.	14
MARCO TEÓRICO.	14
METODOLOGÍA.....	15
CAPITULO I.....	16
DERECHO DE FAMILIA.....	16
Concepto de derecho de familia.....	16
Caracteres del derecho de familia.	18
Noción de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.	21
Fundamentos.	21
Fundamentos y constitucionalización del derecho privado en el derecho de familia.	22
Noción de familia según la Constitución Nacional Argentina.....	23
Concepto de familia según la Convención Americana sobre Derechos humanos.	25
CAPITULO II.	27
INSTITUTO DE FILIACIÓN.	27
Estado de familia.....	27
Noción doctrinaria de estado de familia.	27
Acciones de estado de familia.....	28
Fundamentos del derecho filiatorio en el CCyCN.	29
Tipos de filiación.	32
Introducción.	32
Filiación por naturaleza.....	32

Filiación por adopción.	33
Filiación mediante TRHA.	35
CAPITULO III.	38
DERECHO AL VÍNCULO FILIAL PLURIPARENTAL.	38
Regla del doble vínculo filial según el art. 558 CCyCN.	38
Fundamentos del CCyCN.	38
<i>Numerus clausus</i> del vínculo filial en el CCyCN.	38
Crítica doctrinaria a la regla del doble vínculo filial.	40
Concepto de Derecho al Vínculo Filial Pluriparental.	41
Noción de familia pluriparental.	42
Crisis del vínculo filial binario.	44
Primeros antecedentes de familias pluriparentales y filiación pluriparental en Argentina.	46
Antecedentes en sede administrativa.	46
Antecedentes en sede judicial.	48
CAPITULO IV.	52
VÍNCULO JURÍDICO SOCIOAFECTIVO.	52
Noción de Socioafectividad.	52
Socioafectividad y contexto actual.	52
Origen de la noción de socioafectividad.	53
Categoría jurídica del criterio socioafectivo.	54
Socioafectividad y Voluntariedad.	55
Surgimiento de la filiación socioafectiva.	56
Recepción de la noción de socioafectividad en el Derecho de las Familias.	57
El principio socioafectivo y su impacto en los supuestos de filiación por TRHA y adopción.	60
CAPITULO V.	63
DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.	63
Concepto doctrinario de Derecho a la Identidad Personal.	63
Postura doctrinaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	65
El Derecho a la Identidad Personal en los instrumentos internacionales.	66
El Derecho a la Identidad Personal en el Derecho Argentino.	70
El Derecho a la Identidad Personal y los tipos de filiación según el CCyCN.	71
Análisis en los supuestos de filiación por naturaleza y adopción.	71
Análisis en los supuestos de filiación por TRHA.	74
CAPITULO VI.	78

DERECHO A VIVIR EN FAMILIA, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	78
Postura según la Declaración Universal de Derechos Humanos.	78
Postura según la Declaración de los Derechos del Niño.....	79
El Derecho a Vivir en Familia es un derecho fundamental.	81
Principios rectores del Derecho a Vivir en Familia.	82
Introducción.	82
Interés superior del niño.....	83
El Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente y su influencia en el Derecho a la Vivir en Familia.....	86
El derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	88
CAPITULO VII.	92
DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE FAMILIA.	92
Derecho Constitucional de Familia.....	92
Base constitucional argentina.....	92
El control de constitucionalidad argentino.....	95
Derecho Constitucional / Convencional de Familia.....	98
El impacto en el Derecho de las Familias en Argentina.	98
Base convencional regional.	98
El control de convencionalidad argentino.....	100
Impacto del Derecho Constitucional / Convencional de Familia en el CCyCN.	102
CAPITULO VIII.	105
INCONSTITUCIONALIDAD Y ANTICONVENCIONALIDAD DEL ART. 558 DEL CCYCN.....	105
Introducción.	105
Argumentación y derechos involucrados.	105
El problema jurídico y la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN.....	110
Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN.....	112
“B.A.J.M. S/ ADOPCIÓN. ACCIONES VINCULADAS”.....	112
“C. M. F. Y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR”	113
“L.F.F. C/ S.C.O. S/ FILIACIÓN. EXPTE. N° 659/17”	113
“F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. S/ ADOPCIÓN”	115
“PAEZ, IGNACIO C/ DIAZ, SEBASTIÁN - IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN. EXPTE. N° 16725/20”.....	116
CAPITULO IX.	119

CONFERENCIA DE MAESTROS DEL DERECHO. “LA IDENTIDAD Y LA IDENTIFICACIÓN”	119
CAPITULO X.	122
CONCLUSIÓN FINAL Y PROPUESTA.	122
Conclusión final.	122
Propuesta.....	125
BIBLIOGRAFÍA.	126
Manifestación de supervisión	154

RESUMEN.

La sociedad caracterizada por su dinamismo ha producido cambios e impactos transversales en el mundo del derecho. Tanto que dio origen a una nueva noción, el de la pluralidad, trasladada al derecho de familia, la pluriparentalidad se trata de una familia integrada por más de dos progenitores y sus hijos. Es consecuencia de la permeabilidad de las relaciones socioafectivas en el derecho, por lo tanto exigen su reconocimiento en la norma.

En la actualidad la familia es consagrada por la Constitución Nacional en un sentido integral y socialmente, la familia en su amplitud fue aceptada. En este sentido fáctico las familias pluriparentales han logrado atravesar barreas y desenvolver sus roles como familia constituida, donde cada uno cumple su rol, identificado, autopercebidos, consensuados y vivido. Pero en el derecho interno aún hay aristas que no logran receptar los derechos correspondidos a los fines de poder ejercerlos.

Esto presenta un real problema jurídico a la familia como tal, como a cada uno de los integrantes. Principalmente la persona afectada es el titular del derecho a contar con un vínculo filial pluriparental, es decir a filiarse como hijo de los que considera como padres. La afectación se debe a que en la norma interna no se reconoce tal derecho, el CCyCN en el art. 558 prescribe que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, evidenciando una formula binaria que considera como inaceptable a la filiación pluriparental.

El problema jurídico puede presentarse en cualquier momento de la vida de una persona, cuando sea menor de edad, donde por circunstancias de la dinámica familiar la persona reconstruyó vínculos que forman parte de su propia historia personal y familiar, y consecuentemente manifieste el deseo de agregar un tercer vinculo filial por considerarlo parte de su identidad; cuando la persona sea mayor de edad; o cuando sea la familia del menor, quien desee como familia pluriparental inscribir a su hijo o hija con los apellidos de cada uno de los padres o madres.

Estos supuestos se plantean en la vida de la persona y de la familia pluriparental, como un problema jurídico debido a que el derecho filiatorio no se reconoce el derecho al vínculo filial pluriparental, produciendo un detrimento a la identidad personal, por no poder filiarse y conformar el propio apellido por la determinación de quienes considera

sus padres. Puntualmente el art. 558 del CCyCN no recepta tal derecho fundamental, ocasionando un menoscabo a una serie de derechos humanos caracterizados por ser correlacionados, tales como, la identidad personal, el nombre, la integridad, libertad de pensamiento y de expresión, la vida familiar, igualdad, la no discriminación, la personalidad jurídica, afectando a un derecho transversal en todos ellos, la dignidad personal.

El estudio del planteamiento resulta relevante por el alcance de los derechos inmiscuidos, sobre todo teniendo en cuenta la visión constitucional-convencional que se ha adoptado a partir de la Reforma Constitucional de 1994 en donde se incorporó a los tratados internacionales de derechos humanos al art. 75, inc. 22.

PALABRAS CLAVES.

Familias – filiación – vinculo filial – vínculo afectivo – identidad – faz dinámica – parentalidad – realidad – voluntad – construcción familiar – pluralidad – lazos – pluriparental – dignidad – faz dinámica – socioafectividad – nombre – apellidos – democratización – autoproyecto – reconocimiento – correlacionados – constitucionalización – bloque constitucional constitución – convención – inconstitucional – anticonvencional.

JUSTIFICACIÓN.

El presente trabajo se erige como una investigación, proyecto y aporte hacia el avance del derecho de las familias dentro del proceso de la constitucionalización del derecho civil. La sociedad postmoderna ha evidenciado reclamos de derechos que forman parte de la dignidad inherente del ser humano, por lo tanto considero que el tratamiento y estudio de la problemática planteada, es tanto un deber que me corresponde como persona integrante de la sociedad y como persona de derecho, que por la formación académica adquirida no me permite pasar por alto. Así la identificación del problema y por la relevancia de los derechos implicados, son los que justifican mi interés en profundizar los contenidos doctrinarios y jurisprudencia en relación al tema, para brindar una posible solución.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El planteamiento del problema jurídico surge en torno al derecho al vínculo filial pluriparental como derecho fundamental a la identidad y al nombre. El derecho filial pluriparental, es el derecho de una persona de poder tener más de dos vínculos filiales, es decir el reconocimiento de una persona por más de dos progenitores en su acta de nacimiento.

Cuando se piensa en vínculos filiales se suele relacionar a una persona y sus dos progenitores, forma binaria que es receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, bajo el Título V, en el Capítulo 1 de las Disposiciones generales, en el art. 558 que dice “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, este artículo solo considera y limita el derecho de las personas a contar solo con dos vínculos filiales, vulnerando el derecho de aquellas que quieran acceder a tener más de dos vínculos, es decir el vínculo filial pluriparental, tornando al art. 558 inconstitucional y anticonvencional por no contemplar aquel derecho fundamental de identidad del nombre, por ser restrictiva y limitativa.

El problema jurídico puede presentarse cuando la persona sea menor de edad y manifieste el deseo de agregar un tercer vínculo filial y donde llegado el momento de querer concretar su anhelo no lo pueda llevar a cabo por no estar contemplado tal derecho en la norma.

Es por todo lo expuesto que nos formulamos la siguiente pregunta investigativa: ¿resulta constitucional y convencional la falta de reconocimiento del derecho al vínculo filial pluriparental en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación?

OBJETIVO GENERAL.

Examinar la constitucionalidad y convencionalidad de la falta de reconocimiento del derecho al vínculo filial pluriparental en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- 1- Determinar qué tipo de vínculo filial contempla el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- 2- Relacionar el derecho del vínculo filial pluriparental, con el derecho a la identidad y al nombre.
- 3- Determinar la relevancia del derecho a poder tener un vínculo filial pluriparental en pos del derecho superior del niño.
- 4- Determinar la concepción del vínculo filial pluriparental según la doctrina.
- 5- Elaborar una solución aceptable para que el derecho de poder contar un vínculo filial pluriparental sea receptado en la legislación argentina.

HIPÓTESIS.

Al no reconocerse el derecho al vínculo filial pluriparental en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación se provoca un supuesto de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad.

MARCO NORMATIVO.

Mi presente investigación se desarrollará dentro de lo normado por la Constitución Nacional Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, la Convención sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño.

MARCO TEÓRICO.

El presente trabajo de investigación situado en torno a la necesidad de abordar y regular jurídicamente nuevas realidades dinámicas socio jurídicas que se colocan frente al derecho al vínculo filial binario, será abordado a través del empleo del método hermenéutico que permitirá observar el objeto de estudio de la presente, es decir el derecho a la identidad, y como se encuentra inmerso en un sistema jurídico de entramado complejo.

Es necesario entonces mencionar los conceptos de forma general que se harán ejes centrales dentro del desarrollo del mismo. El derecho a la identidad es el conjunto de características y atributos que permiten individualizar a la persona dentro de la sociedad, donde comprende además otros derechos según el sujeto de derecho y las particularidades del caso; en cuanto a los niños y niñas su derecho a la identidad implica el derecho al nombre, a la nacionalidad y a los vínculos familiares¹.

Profundizando en tal concepto según la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* el derecho a la identidad comprende derechos correlacionados², como el derecho a un nombre propio y a saber sobre la propia historia filial, que a su vez se deriva de la dignidad inherente al ser humano por lo que es perteneciente a todas las personas. También será relevante el concepto de vínculo filial binario establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación como *numerus clausus*³ de dos en cuanto a los vínculos filiatorios.

¹Cfr. Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 122, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021).

² Cfr. Definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos civiles y políticos, Legitimación de los hijos y Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al nombre*, (2003), puede consultárselo en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 3-V-2021).

³ Cfr. El registro del *Diccionario de la Real Academia Española*, donde *numerus clausus* significa número cerrado o limitación del número de plazas establecido por un organismo o una institución. Puede consultárselo en <https://dle.rae.es/numerus%20clausus%20?m=form>, (fecha de consulta 3-V-2021).

METODOLOGÍA.

A través de un análisis histórico-cronológico y sistemático de las normas que regulan el derecho al vínculo filial se realizará una valoración retrospectiva del objeto de estudio, en donde se observara que ante a las nuevas realidades dinámicas se devela el surgimiento de un nuevo derecho, el de poder contar con un vínculo filial pluriparental.

Dicho estudio se hará con la finalidad de revelar su génesis y la consecuente necesidad de la evolución de los institutos que norman aquel derecho. Lo que nos lleva a la incorporación de un tercer concepto transversal, el derecho al vínculo filial pluriparental entendido como aquel que renace de las familias pluriparentales en donde la persona interesada ostenta más de dos vínculos filiales⁴.

⁴ Cfr. HERRERA, Marisa, “Familia monoparental y pluriparental”, en *Manual de Derecho de las Familias*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Perrot, 2015, p. 24.

CAPITULO I.

DERECHO DE FAMILIA.

Concepto de derecho de familia.

El derecho de familia no es igual a otras ramas del derecho, aun cuando puede ser definida jurídicamente, lo más relevante es la dimensión humana de las relaciones dentro de ella, difícil de ceñir en una definición jurídica inmutable. El derecho de familia es aquel conjunto de normas jurídicas encargadas de regular todas las variantes de las relaciones familiares en sí mismas sean personales o patrimoniales⁵. Tomando como relaciones de familias básicas al matrimonio, como el modelo histórico por ser el más extendido en su práctica de constituir una familia, llegando a significar un modelo legal contrapuesto a otros patrones familiares.

El derecho rige dentro del matrimonio tanto cuestiones patrimoniales como extra patrimoniales, como así también regula a las uniones convivenciales introducidas en el CCyCN; a las relaciones paterno filiales derivadas de la filiación por naturaleza ya sea por técnicas de reproducción humana asistida o adopción, en donde se ven inmiscuidas las relaciones personales y las patrimoniales que se deriven de la propia filiación; las que surjan de la tutela así como de las instituciones de guarda de menores o incapaces abarcando también las cuestiones personales y patrimoniales; y las relaciones de parentesco frente a la adopción abarcando su determinación y sus efectos, sean alimentarios, deberes y derechos de la familia.

Según la definición tradicional del derecho de familia es el conjunto de normas que regulan a la constitución, organización y disolución de la familia entendida como grupo, teniendo en cuenta los factores personales y de naturaleza patrimonial⁶. A partir de esta concepción donde se entendía que las normas que las regulaban eran de orden público, la autonomía de la voluntad quedaba en un extremo alejado sin significancia. Considerando al derecho de familia como parte del derecho civil no se lo tiene como perteneciente al derecho público, las relaciones de familia no resultan vinculantes a los miembros de aquella con el Estado como sujeto de derecho público, ya que se trata de

⁵ Cfr. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. (2009). “Los vínculos jurídicos de familia”, en *Manual de Derecho de Familia*, (2ª ed.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 20.

⁶ Cfr. HERRERA, Marisa. (2015). “Derecho de Familia. Concepto y ubicación”, en *Manual de Derecho de las Familias*, (1ª ed., 1ª reimpr.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 51.

relaciones derivadas del vínculo de entre sus propios miembros⁷. De esta forma surgió el debate doctrinario en torno al derecho de familia y cuál es su ubicación, si pertenece al derecho público o privado. Se puede decir que se ha identificado al derecho de familia en el derecho privado con su fuente origen en el derecho romano y en el Código Civil Francés en la Edad Contemporánea⁸, que estableció como base del matrimonio al consentimiento y al divorcio vincular como la facultad de las partes cuando terminaba el *affectio maritalis*⁹. El Código Civil Francés consideró que el origen y disolución del instituto de familia surgía de la libertad de poder conformarla y disolverla.

Así el orden público aparece en el derecho privado con el objeto de ser el límite de la autonomía privada y de la opción de que los individuos creen sus propias normas en las relaciones de familias, es por esto que el orden público es el resultado de normas legales con carácter imperativo y no simplemente supletorias, sin embargo el hecho de estar regidas por normas de carácter imperativo, no significa que las relaciones jurídicas familiares no pertenezcan al derecho privado. El orden público se encuentra predominante en el derecho de familia regulando sus relaciones y otorgando el reconocimiento de que no se trata de un simple interés individual perteneciente a cada integrante de aquella, sino más bien de que se basa en intereses en función de fines familiares. Es por esta razón que el interés familiar es limitativo de las facultades individuales, lo que requiere para tal fin que las normas reconocedoras de las mencionadas facultades sean de orden público con la finalidad de evitar que los fines familiares a las que protegen sean desnaturalizadas.

La postura elaborada por el jurista italiano *Cicu* sostiene la teoría sobre la personalidad jurídica de la familia donde se puede identificar las relaciones jurídicas de los miembros con una dependencia hacia un interés superior¹⁰. Considera al derecho de familia como una tercera rama autónoma e independiente distinta a la división bipartita

⁷ Cfr. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2005). "Familia y Derecho de Familia" en *Manual de derecho de familia*, (6ª ed. actualizada, 1ª reimpr.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, p. 10.

⁸ Cfr. MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016). "Derecho de Familia" en *Manual de Derecho de Familia*, (1ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 13.

⁹ La palabra *affectio* ligada a la idea de matrimonio conforma una creación romana, como relación o vinculación de dos realidades, de este modo la *affectio maritalis* es la relación o vínculo sostén de la unión matrimonial. En la edad media, aparece la idea del matrimonio como un contrato donde el consentimiento era suficiente para el perfeccionamiento del mismo y pasa a una categoría jurídica distinta que reemplaza la *affectio maritalis* por la voluntad como elemento constitutivo del acto jurídico. Cfr. DI PIETRO, Alberto G. (2012), "Ius y matrimonium en el derecho romano" en *Iushistoria*, 5(5), pp. 73-87. disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/233945037.pdf>, (fecha de consulta 15-V-2021).

¹⁰ Cfr. OLIVA GOMEZ, Eduardo. (21 al 24 de abril de 2015). "Teoría de Antonio Cicu" en *La Autonomía e Independencia del Derecho Familiar en México: Mejor organización familiar*, disponible en <https://bit.ly/3cqXDCp>, (fecha de consulta 16-V-2021).

clásica que se hace entre el derecho público y el derecho privado, donde la familia es más relevante que el Estado mismo y considerándola como un resultado natural y necesario en donde los intereses de aquella son superiores a los del Estado. Las relaciones jurídicas entre los miembros de la familia se caracterizaban por una interrelación, dependientes del interés superior entendida como una subordinación de un poder superior como poder e interés familiar.

Esta posición obtuvo cierta recepción dentro de la doctrina argentina donde consideraban a los derechos subjetivos familiares como verdaderos poderes funciones y no simples facultades o intereses familiares. Sin embargo fue el propio *Cicu* quien luego de realizar una autocrítica a su teoría concluyó que no era adecuado sostener que existía un paralelo entre familia y Estado, y que si bien el derecho de familia se caracterizaba por prevalecer relaciones de poder, éstos eran ejercidos por personas individuales y sobre ellas mismas. De este modo se puede establecer la diferencia característica del poder del Estado, por ser ejercido a través de personas indeterminadas siendo un poder ilimitado en el tiempo.

Estas ideas fueron receptadas dentro de una tesis intermedia, que cuestiona la ubicación del derecho de familia dentro de las categorías del derecho público o del derecho privado, por sostener que el primero posee una real autonomía, que se despega inclusive del derecho civil ya que regula relaciones de contenido económico, en tanto las relaciones del derecho familiar poseen un carácter social. En este sentido el rol del Estado no estaría centrado en la protección de los intereses económicos sino como protector de la función social de la familia.

Caracteres del derecho de familia.

La relevancia del derecho de familia hace necesario poner de manifiesto los caracteres peculiares y propios que lo definen. En primer lugar se encuentra con la presencia de variadas normas de orden público, donde la sociedad a través del legislador tiene el objetivo de proteger y tutelar aquellos intereses que traspasan el ámbito de lo individual y que se relacionan con los intereses del grupo familiar¹¹. Normas como en el derecho fiscal, el derecho laboral, el derecho patrimonial y administrativo, se pueden observar a la familia como objeto de protección y atención donde la finalidad no es regularla sino favorecerla y resguardarla. Como lo es el propósito de las normas previsionales de no regular a la familia, sino que a través de las mismas se la protege en

¹¹ Cfr. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2005), op. cit., p.17.

el ámbito de lo previsional donde se presuponen las relaciones familiares. Todas éstas, no son normas propiamente del derecho de familia sino que se conforman a partir de ella, siendo a su vez parte de las políticas públicas sobre aquella.

Su contenido ético se advierte presente más que en otras ramas del derecho privado. Ante un conflicto familiar el rol del abogado tradicional que representa a las partes, necesita de un cambio y cede para dar a lugar a un abogado negociador. Que debe reforzar y hacer comprender a las partes del conflicto familiar, dependiendo del caso y tipo del conflicto, sobre la eficacia y conveniencia de un acuerdo entre las partes, a que lo que el juez pueda llegar a imponer a ellas. Frecuentemente se requiere del auxilio de otras disciplinas, como la intervención de asistentes sociales y psicólogos, evidenciando lo necesario de otros aspectos que se apartan de lo jurídico. Las normas imperativas son preponderantes, se lo puede observar en las relaciones como en el matrimonio, donde se hace presente y lleva a cabo a través de la autonomía de la voluntad y libre decisión, pero no en su totalidad ya que luego la ley regula la mayor parte de sus aspectos.

La conformación de la familia y la decisión de hacerlo sobre el matrimonio ya sea dentro o fuera de él es la principal expresión de la autonomía, pues existe la libertad positiva de casarse y la libertad negativa como elección de constituir una familia fuera de la base del matrimonio¹², por lo que la decisión de contraer matrimonio no es un deber y obligación. Tal es así que la libertad matrimonial tiene como requerimiento la exigencia de que toda persona que asuma el estado civil de casado con todas las consecuencias jurídicas, como patrimoniales y personales, lo haga no como un deber y sobre todo que no sea contrario a su voluntad.

De modo que el ordenamiento no puede exigir así como tampoco prohibir a los individuos el acto del matrimonio. En este sentido y desde una mirada amplia hacia el significado de la autonomía es evidente como se encuentra íntimamente relacionada con la libertad. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que el concepto de libertad así como la facultad que posee todo ser humano de auto determinarse, de elegir las circunstancias y opciones de modo libre de tal manera que le

¹² Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (2014). “La autonomía. El derecho a casarse y no casarse.”, Directoras GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa, en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia - Una mirada crítica y contemporánea*, (1ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 17.

den sentido a su existir, en conformidad a sus propias convicciones y opciones¹³, la libertad como capacidad de hacer y no hacer todo lo que este lícitamente permitido; integran los derechos de las personas de poder organizar conforme a la ley su vida social e individual, integrados como un derecho humano básico, como atributos propios de la persona y que se encuentran proyectados en toda Convención Americana¹⁴.

La contractualización del derecho de familia presenta una mayor tendencia e incremento de la autonomía de la voluntad tanto en las relaciones patrimoniales como en las extra patrimoniales. Donde si bien la mayor parte de las normas son imperativas es notorio que hoy en día en razón de la propia a la dinámica social, sus cambios y evoluciones, la tendencia a la autonomía de la voluntad es predominante, dejando margen cada vez mayor a la libertad. El término contractualización es el resultado y nace por la orientación significativa hacia la autonomía negocial, en donde el contrato se lo tiene en un sentido amplio, dejando de lado lo estricto, para pasar a ser sinónimo de la convención, el pacto y acuerdo de las voluntades de las partes susceptibles de efectos jurídicos¹⁵. Este sentido de autonomía negocial como convención de las partes es esencial ya que el otorgamiento de efectos a la voluntad es un complemento necesario para el ejercicio y desarrollo de los derechos individuales de los sujetos.

La contractualización es relevante al momento de dar reconocimiento a los acuerdos de voluntades que se lleven a cabo en la organización de las relaciones familiares. La libertad en el ejercicio de los derechos se puede ver reflejada en el reconocimiento del ordenamiento jurídico de los matrimonios entre las personas de igual sexo y de la aceptación de la filiación por voluntad procreacional.

El derecho de familia se distingue por su énfasis en preservar y dar prioridad al interés familiar sobre el individual. Puede verse reflejado en el CCyCN en cuanto a la homologación del convenio regulador en su art. 438¹⁶, en la atribución de la vivienda familiar en el art. 443¹⁷, del impedimento de la división del condominio entre los

¹³ Cfr. Corte I.D.H., *Artavia Murillo y otros*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 142, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 18-V-2021).

¹⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 52, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

¹⁵ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (2014), op. cit., pp.4-5.

¹⁶ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 438.- Requisitos y procedimientos del divorcio. 7 de octubre de 2014. (Argentina),

¹⁷ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 443.- Atribución del uso de la vivienda. Pautas. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

cónyuges en el art. 471¹⁸ y la autorización a disponer de la vivienda familiar sin la necesidad del asentimiento del conviviente en el art. 522¹⁹.

El resguardo de la familia se completa con aquellas disposiciones que tienen como objeto la protección de sus miembros más débiles, los hijos. Es por esto que el otorgamiento de derechos deberes tiene como finalidad el cumplimiento de una función, como ser en el supuesto de la responsabilidad parental en donde la finalidad de conferir a los padres derechos y deberes tiene como objetivo lograr el desarrollo integral de los hijos. De esta forma la norma cumple un doble rol, donde se orienta a la legislación positiva interna al cumplimiento efectivo de sus fines y estableciendo obstáculos para toda aquella norma o actividad que sea contraria a lo que en ella se consagra²⁰.

Noción de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Fundamentos.

El CCyCN en cuanto a la familia parte desde una noción básica, aquella puede originarse desde lo biológico pero desde lo jurídico sus vínculos son determinados y están sujetos según cada tipo de sociedad. El concepto jurídico de familia no está sujeto a la naturaleza sino que varía según el tipo de población del que se trate, sus creencias religiosas, sus costumbres y las políticas. El concepto de familia es el resultado de lo cultural, si bien han existido en todos los tipos de poblaciones y épocas, sus cambios constantes demuestran ser resultado de su cultura y no de lo natural o esencial²¹. Por lo que se deduce que no existe un modelo o estereotipo inmutable o universal de familia, sino que en realidad hay una gran diversidad de tipos.

El Código de Vélez Sarsfield tuvo variadas adaptaciones en materia de derecho de familia, la más significativa en ese entonces fue la modificación que se incluyó a través de la Ley N° 17.711 de 1968²², que en materia de filiación extramatrimonial suprimió las discriminaciones entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y la

¹⁸ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 471.- Bienes adquiridos conjuntamente. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

¹⁹ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 522.- Protección de la vivienda familiar. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

²⁰ Cfr. ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (2021). “Artículo 17. Protección a la familia” en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, *La Ley*, p. 284, disponible en <https://bit.ly/3vXcxbg>, (fecha de consulta 31-V-2021).

²¹ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. (2014). “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *La Ley*, E 1267, 1-17, AR/DOC/3592/2014, (fecha de consulta 31-V-2021).

²² Ley N° 17.711 de 1968. Código Civil, Modificaciones. B.O. N° 21424. 26 de abril de 1968. Entrada en vigor a partir de 1 de julio de 1968. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3lrSI9y>.

incorporación de la adopción. Sin embargo estas modificaciones no fueron suficientes y solo significaron parches ya que no se logró llevar a cabo una reforma integral en torno a los cambios y avances de la sociedad. En el anteproyecto del CCyCN se vislumbró la necesidad de que se debía estar en consonancia con las tendencias y forma de ser de la sociedad a la que se destina a regular, para guiar las relaciones jurídicas entre sus integrantes.

Es por esta razón que el anteproyecto se presentó como un Código con identidad cultural latinoamericana, para una sociedad multicultural, que dispone un marco regulatorio para conductas sociales que no pueden desatenderse, basado en un paradigma no discriminatorio, en donde la palabra hombre se tiene en términos de igualdad sin distinciones en lo referido en el sexo, religión, origen o su riqueza²³. En el mismo sentido en los fundamentos del CCyCN se menciona que en miras de regular a la sociedad multicultural se ha adoptado importantes decisiones que incorporaron las normas, como ser las relativas a la filiación que toman en cuenta a la fecundación in vitro, así como también al régimen legal de las personas menores de edad, en cuanto al matrimonio que regula efectos del sistema igualitario receptado por el legislador y las opciones de poder elegir un régimen patrimonial, y las uniones convivenciales como un fenómeno social cada vez más presente²⁴.

Fundamentos y constitucionalización del derecho privado en el derecho de familia.

En los aspectos valorativos se evidencia la asertiva reconstrucción coherente del sistema de derechos humanos con el derecho privado, de modo que se refiere a la constitucionalización del derecho privado, observando que la mayoría de los códigos que existen realizan una separación rotunda entre el derecho público y privado, con la postura renovadora de partir desde los tratados en general y en particular los de derechos humanos y de aquellos que son reconocidos en el bloque de constitucionalidad²⁵. Esta postura como punto de partida es realmente significativa e innovadora porque no solo se reconstruye sino que al receptar la constitucionalización del derecho privado logra internalizar y establecer un conjunto de principios conformado por la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado.

²³ Cfr. PONTORIERO, María P. (2012). "Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N°884/2012 y Proyecto de ley de aprobación", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, C.A.B.A., Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p.3.

²⁴ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos, Aspectos Valorativos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

²⁵ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos, Aspectos Valorativos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

De este modo el anteproyecto que unifica los Códigos Civil y de Comercio presenta como método un título preliminar y seis libros, en donde el libro segundo es titulado “Relaciones de familia”, representa el logro de realizar el seguimiento de la evolución y surgimiento de nuevos principios, especialmente el de la democratización de la familia, que a partir del derecho de familia se ha evolucionado hacia el derecho de las familias, en plural, visión que se sostiene en la amplitud de la protección integral de la familia al que se refiere el art. 14 bis de la Constitución Nacional²⁶.

Motivo por el cual despegamos de la familia tradicional matrimonializada, pero sin anularla, biologizada es decir con la finalidad de tener hijos, patrimonializada y paternalizada referida a la dependencia hacia el padre como ser la dependencia económica, para así dar paso a regir otras alternativas de organización de vínculos familiares. Que en realidad ya existían pero que no fueron contempladas hasta el momento, como así también otras formas de convivencia, sexualidades y opciones alternativas de procreación. Es por esto que en sus aspectos valorativos se mantiene al instituto de familia con base en el matrimonio heterosexual clásico con la observación de que debe dialogar con otras formas de familias que también son núcleos sociales.

Noción de familia según la Constitución Nacional Argentina²⁷.

Los bloques de constitucionalidad tradicionales fueron amplificados de manera notoria a partir de la consagración de nuevos derechos y garantías propios de la tercera y cuarta generación, de igual forma la constitucionalización de las garantías se ha expandido a raíz de profundas reformas constitucionales que Latinoamérica ha dado como surgimiento nuevas cartas, como ser la Constitución Federal de Brasil en 1988 y sus enmiendas, la Constitución Política de Colombia en 1991, nuestra Constitución Nacional Argentina en 1994 y la de Venezuela en 1999²⁸.

²⁶ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro Segundo de las relaciones de familia. 7 de octubre de 2014. (Argentina),

²⁷ Bajo este título me limitare a tratar el impacto de la noción del instituto de familia y como fue receptado en la Constitución Nacional Argentina, dejando lo referido al proceso de constitucionalización, su metodología de interpretación y aplicación del derecho en la regulación de las relaciones familiares, al capítulo VIII, debido a su importancia central en el presente trabajo.

²⁸ Constitución de la República Federativa del Brasil. [CRFB]. 5 de octubre de 1988. (Brasil). Puede consultarse la CRFB y sus enmiendas en <https://bit.ly/3C8kY7i>; Constitución Política de Colombia. [CPC]. 4 de julio de 1991. (Colombia); Constitución de la Nación Argentina. [CN]. 22 de agosto de 1994. (Argentina) y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [CRBV]. 20 de diciembre de 1999. (Venezuela).

Esta evolución significó un fuerte impacto en el derecho de familia al imponerse una relectura de sus disposiciones a la luz de los textos constitucionales y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por tratarse de una sociedad democrática que se descubre caracterizada por el pluralismo, el espíritu de apertura y tolerancia, reconocedora de las familias pluralistas y democráticas. La constitucionalización de garantías en su amplitud ha incorporado los derechos referidos a la familia como reflejo de los derechos que emanan de las convenciones y tratados internacionales.

El reconocimiento en la carta magna descubre a las garantías no como meros enunciados y disposiciones procesales, sino que se dispone como el camino más adecuado para lograr concretar el correcto proceso legal. La Constitución Nacional Argentina adoptó una noción constitucional de familia desde una mirada amplia que responde a tipos flexibles de familia, sensibles y que logra adaptarse de forma rápida a los constantes cambios sociales. En su art. 14 bis la Constitución al referirse de manera general a la protección integral de la familia, enuncia respecto de ella, una clasificación satisfactoria acorde a las realidades dinámicas apartándose de una definición de la calidad pétrea por comprender que se trata de un término sociológico y por lo tanto dinámico, de esta forma la norma funciona como el piso mínimo y brinda un amparo abarcativo que eleva a la familia a la jerarquía de sociedad primaria y de núcleo fundamental²⁹.

Por lo que es correcta la afirmación de que todas las Constituciones latinoamericanas vigentes reafirman de forma expresa o implícitamente el rol de la familia como la base, núcleo o como el elemento fundamental de la sociedad, en donde alguna de ellas inclusive llegan a considerarla directamente como sujeto de derecho, como lo hace la Constitución de México de 1917 en su Capítulo I De las garantías individuales que en su artículo 4 reza: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”³⁰.

²⁹ Cfr. MELE GARCIA, Santiago J. (2013). “La Constitución Nacional y la familia”, Dir. REGUEIRA ALONSO, Enrique M., en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, La Ley*, p.286, disponible en <https://bit.ly/2TtOzpI>, (fecha de consulta 22-V-2021).

³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [CPEUM]. 5 de febrero de 1917. Art. 4.- De las garantías individuales. (México).

Como así también la Constitución de Nicaragua que en su Capítulo IV titulado Derechos de la Familia en su artículo 70 de Protección a la familia reza: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de esta y del Estado”,³¹.

El resultado es evidente y valioso partiendo desde la perspectiva acentuada en la dignidad, autonomía, igualdad y no discriminación de las personas que están representadas por la evolución del modelo de familia totalizante que priorizaba el interés general de la familia, dando paso y como fruto a la institución de familia democrática que se sostiene en la solidaridad y renovada al tomar en cuenta también los interés particulares de sus miembros, principalmente de los niños y la mujer.

Concepto de familia según la Convención Americana sobre Derechos humanos.

El art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³² en virtud de la familia señala que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, con un concepto amplio, sin indicar a que tipo o tipos de familia se refiere. Aplicando el principio jurídico de que no puede diferenciarse donde la ley no hace distinción alguna. Al adoptar un concepto amplio, establece una protección general para todos los tipos de familias, sin interferir en la composición de ellas, por lo que corresponde a la legislación nacional disponer de las regulaciones particulares, sin perjudicar el derecho a la constitución y a la protección de la familia que se establece, que se constituye como un derecho esencial garantizado por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos³³.

De este modo la normativa interamericana garantiza la protección de todas las familias y la legislación nacional no puede disponer exclusiones, distinciones o cualquier tipo de restricción a este derecho, ya que de ser así se estaría en presencia de discriminaciones nocivas a los preceptos establecidos por la normativa. Al respecto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas haciendo referencia al mencionado artículo ha manifestado que el mismo es la aplicación concreta del

³¹ Constitución Política de la República de Nicaragua. [CPN]. 22 de noviembre de 1824. Art. 70. (República de Nicaragua).

³² Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, Art. 17.- Protección a la Familia, 7 al 22 de noviembre de 1969.

³³ Cfr. BADILLA, Ana E. (1996). “Concepto de familia suyaente en la normativa del Sistema Interamericano” en *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>, (fecha de consulta 24-V-2021)

principio general de igualdad, protección y no discriminación en el matrimonio³⁴ según el artículo 24³⁵ de la Convención que reza: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Señalando además la importancia de aceptar el concepto de las diversas formas de familias, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos, como así de las familias monoparentales y sus hijos, y velar por la igualdad de trato de la mujer en aquellos contextos. Tiene especial atención a la familia monoparental que suele estar constituida por una mujer soltera a cargo de uno o más hijos en donde los Estados Partes deberán disponer las medidas de apoyo para que pueda cumplir con sus funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que esté en contexto similar³⁶.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias³⁷ es el resultado del trabajo que se ha formulado en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar realizado en octubre del 2012 en la ciudad de Mar del Plata, el mismo en sus fundamentos declara la aceptación desde la vigencia del principio humanitario de multiculturalidad entendiendo a la familia como una estructura natural y cultural que evoluciona de modo tal que no existe un único tipo de familia sino múltiples modelos, según las creencias particulares, legislaciones y reconocimientos sociales diversos.

Desde un enfoque multidisciplinario hace mención a las corrientes académicas y científicas actuales como reconocedoras de familia o grupo familiar o grupo pluriparental, además de los progenitores y sus hijas, hijos y adolescentes; a aquellas personas que estén vinculadas entre sí a través de líneas de parentesco por consanguinidad, ya sea por adopción o afinidad. Y demás integrantes de la familia ampliada, donde también toma en consideración a otros miembros de la comunidad que representan para los integrantes del grupo familiar, vínculos significativos y afectivos, en la historia personal, desarrollo asistencia y protección. De modo consciente declara el principio del derecho humanitario sobre la igualdad real de oportunidades de los seres humanos y las familias para su pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

³⁴ Cfr. Comisión I.D.H., *Caso María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Informe N° 4/01, del 19 de enero de 2011, O.E.A., párr.40, disponible en <https://bit.ly/3wnxoVB>, (fecha de consulta 25-V-2021).

³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, Art. 24.- Igualdad ante la ley, 7 al 22 de noviembre de 1969.

³⁶ Cfr. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación general N° 28, “La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, (artículo 3),1, del 29 de marzo de 2000, publicado en *Compilación de tratados y observaciones generales del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>, (fecha de consulta 25-V-2021).

³⁷ Cfr. SOLANAS, Fernando E. (2014), “Fundamentos” en *Proyecto de Comunicación, Senado de la Nación*, S-1575/14, disponible en <https://bit.ly/3A6vBFw>, (fecha de consulta 10-V-2021).

CAPITULO II.

INSTITUTO DE FILIACIÓN.

Estado de familia.

Noción doctrinaria de estado de familia.

El lugar o posición que una persona ocupa respecto de la familia a la que pertenece es el estado de familia³⁸, sus derechos y obligaciones se determinaran según el lugar que aquella persona tenga en relación a sus vínculos familiares. El título de estado de familia es el instrumento o conjunto de estos que demuestran jurídicamente el emplazamiento familiar del individuo, permitiendo a sus integrantes ejercer las acciones que se deriven de aquel estado. En este sentido *Bossert* ha mencionado a modo de ejemplo que en el emplazamiento en el estado de familia obtenido a través de una acción judicial, la sentencia de declaración de filiación que en su momento no fue reconocida constituye un título de estado en el sentido formal, en cuanto a su naturaleza jurídica el estado de familia es un atributo de la personalidad, propio respecto de las personas de existencia visible³⁹.

El emplazamiento familiar consanguíneo es recíproco en relación a las personas de las que se tiene un ascendiente en común o de las que se descende, como también de las que establece por medio de la filiación adoptiva, por aquellos vínculos que se derivan del matrimonio entre cónyuges estableciéndose además el emplazamiento entre ellos y los parientes del otro, como así por técnicas de fecundación asistida. Desde el punto de vista conyugal puede darse que el integrante de la familia en cuanto a su estado civil este casado, divorciado, viudo, sea conviviente o soltero.

El estado de familia se puede establecer según corresponda, al matrimonio en donde las opciones del estado civil es ser soltero, casado, viudo, divorciado o separado de hecho. En cuanto a las relaciones parentales pueden determinarse por el parentesco consanguíneo en donde el vínculo de sangre une a las personas, por el parentesco establecido por técnicas de fecundación asistida el cual une a las personas que comparten vínculos manifestados por la voluntad creacional, por el parentesco adoptivo

³⁸ Cfr. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. (2009), op. cit., p. 22- 23.

³⁹ Cfr. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2016). “Relaciones jurídicas familiares y estado de familia”, en *Manual de derecho de familia*, (7ª ed. actualizada y ampliada), Buenos Aires, Astrea, p. 25.

a partir de sentencia judicial, o parentesco por afinidad cuando la relación es con los parientes consanguíneos del cónyuge.

Como señalan *Medina y Roveda* los estados de familia son relevantes por producir efectos sobre ellos⁴⁰. Los derechos y obligaciones de cada uno al respecto de los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio no son los mismos a los de los convivientes. Así los derechos y obligaciones que nacen del parentesco no se relacionan con respecto a personas ajenas. También inciden en la capacidad de las personas y su nombre, como también la determinación de incapacidad según se trate. De modo que se puede afirmar que de estos efectos, nace un derecho subjetivo como resguardo del propio estado de familia de la persona que se puede defender mediante las acciones de estado.

Acciones de estado de familia.

La acción de estado tendrá como finalidad obtener la declaración de los presupuestos del estado de familia que le corresponda a una persona cuando efectivamente no se encuentre emplazado como tal⁴¹. Así a través de la acción de estado constitutivo de estado de familia, el hijo no reconocido mediante un juicio puede sostener que existe el vínculo biológico, a fines de obtener la sentencia donde a través de ésta se lo emplace en aquel estado; o puede ser que una acción apunte a la extinción del emplazamiento que puede ser iniciado a través de una acción de impugnación de la filiación, nulidad del matrimonio o divorcio según se trate.

Por otro lado las acciones de estado de familia se distinguen de las acciones de ejercicio. Las primeras tienen como propósito obtener un pronunciamiento ya sea que se trate sobre la constitución, extinción o modificación de dicho estado, en cambio cuando la acción se trata sobre el ejercicio el objeto es el propio ejercicio de los derechos o el efectivo cumplimiento de los deberes del estado familiar en el cual se encuentra emplazado⁴².

Un claro ejemplo de la acciones de ejercicio del estado de familia es la acción de alimentos, que pretende el cumplimiento del derecho subjetivo familiar que surge del emplazamiento en el estado de familia. Así las rectificaciones en actas del Registro Civil relacionadas al estado de familia por algún tipo de error tampoco son acciones de

⁴⁰ Cfr. MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p. 94.

⁴¹ Cfr. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2016), op. cit., 27.

⁴² Cfr. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. (2009), op. cit., p. 24.

estado, ya que no se pone en duda el emplazamiento de un estado de familia sino que solo se corrige esos errores a través de información sumaria, inclusive suele realizarse por la vía administrativa.

El título de estado de familia tiene un concepto material y formal el primero supone la existencia de un vínculo biológico o jurídico que causan el emplazamiento en el estado de familia y conforman el título sea material o sustancial⁴³. Así el estado de padre e hijo se justifica por el hecho biológico de la procreación, las que continúen entre los mismos padres producen el estado de hermanos; desde lo jurídico los estados tienen causa en un acto jurídico como el matrimonio que genera el estado de casado y parentesco por afinidad. El concepto formal se refiere a los documentos públicos en donde los mencionados hechos biológicos o jurídicos deben constar, estos documentos públicos son las partidas es decir el título formal de dicho estado, por lo tanto el estado material de hijo se da por el hecho jurídico del nacimiento y su título formal se constituye por la partida donde se constata el mismo.

El título formal puede estar determinado por una sentencia judicial en donde recaiga en una acción de estado donde por ejemplo se constituye el estado de familia por el reconocimiento de la filiación de un matrimonio, así la sentencia será título suficiente en términos del estado de familia, la posterior inscripción en el Registro Civil cumple su función de publicidad formal. También puede clasificarse en cuanto a los efectos que producen las sentencias en estos procesos⁴⁴, siendo declarativas cuando se dicta la existencia o inexistencia del vínculo jurídico familiar de modo que estas acciones tendrán como objetivo exponer o manifestar un estado de familia preexistente como lo es la acción de reclamación de estado. Serán constitutivas las que tengan como finalidad la constitución, modificación o extinción de un estado determinado y con estas acciones aquel estado será transformado o se dará por concluido.

Fundamentos del derecho filiatorio en el CCyCN.

La comisión encargada de la redacción del Anteproyecto tuvo una mirada amplia al receptar los cambios en la sociedad entendiendo los impactos en las relaciones de familia, introduciendo relevantes modificaciones. En sus fundamentos se guía por principios constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, máxime el

⁴³ Cfr. MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p. 99.

⁴⁴ Cfr. FALÓTICO, Yael y LOPES, Cecilia. (2015). Dir^a CHECHILE, Ana M., “El derecho de la y las familias”, en *Derecho de Familia – Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, (1ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 16.

principio del interés superior del niño consagrado en el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño⁴⁵, los art. 3 y 11 de la Ley 26.061⁴⁶ sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; el principio de igualdad de todos los hijos ya sean matrimoniales o extramatrimoniales; celeridad y facilidad en cuestiones de determinación legal de la filiación; identidad e inmediata inscripción; la importancia de la prueba genética y su acceso como vía de alcance hacia la verdad biológica; reglas referidas a la reparación del daño injusto ocasionado al derecho a la identidad del hijo; los avances científicos y su aplicación del derecho de poder gozarlos, así como también el derecho a formar una familia y no ser discriminado y poder acceder a ella. Todos estos principios y tratados internacionales de derechos humanos incorporados produjeron grandes avances que impactaron en el derecho de familia sobre todo en el derecho filial⁴⁷.

En este sentido el anteproyecto que sigue de cerca los avances y nuevas formas de familias, incorpora reglas relativas a la filiación que contemplan a la fecundación in vitro conforme al desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, receptada en el título de filiación cuando se deba o sea producto de ella. Donde visualizando las particularidades de las mismas y por su complejidad, contempló la necesidad de incorporar una regulación especial al respecto⁴⁸. De modo tal que se conforma como una nueva causa fuente de filiación. Sin lugar a dudas la regulación en materia de filiación requería de una adecuación en consonancia al reconocimiento de los diversos modelos de familia de nuestra sociedad y de los avances biotecnológicos que se aplican a la generación de vida humana.

El avance en la nueva conceptualización del matrimonio que ha incorporado a personas de mismo sexo trae modificaciones importantes con el objetivo de lograr el mismo sentido en el sistema filial, de este modo se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador con la sanción de la Ley Nacional de

⁴⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3, 2 de septiembre de 1990.

⁴⁶ Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niño y adolescentes. Art. 3.- Interés superior, Art. 11.- Derecho a la identidad. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

⁴⁷ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro Segundo de las relaciones de familia. Título V. - Filiación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

⁴⁸ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 558- Fuentes de filiación. Igualdad de efectos, Art. 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, Art. 561.- Forma y requisitos del consentimiento, Art. 562.-Voluntad procreacional y Art. 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Matrimonio Igualitario⁴⁹, como así también la regulación de uniones convivenciales cada vez más presentes en la sociedad. Al respecto se menciona en los fundamentos que esto no significa fomentar una determinada valoración respecto de ellas sino que el objetivo es lograr la regulación de opciones de vida que son propias de la sociedad, poniendo de manifiesto que se tratan de diferentes visiones que conviven y que el legislador no puede desatender. Es un gran avance, pues es de interés para todas las personas y parejas, hetero y homosexuales. Con este orden de ideas, los fundamentos manifiestan que aplican los principios constitucionales de fundar una familia donde su concepto no es cerrado ni se protege sólo a un modelo tradicional de la misma, reconociendo sus diversas formas de organización así como el principio de igualdad y no discriminación.

En misma línea ya se había pronunciado la Corte IDH en el caso “Atala Riffo y niñas Vs. Chile”⁵⁰. Donde la señora Atala al tiempo de finalizar su matrimonio con el señor López Allende, comenzó a convivir en la misma casa con su compañera sentimental y sus tres hijas. Posteriormente el padre de las niñas interpuso una demanda de tuición⁵¹ por considerar que el desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro bajo el cuidado de la madre a razón de su nueva opción de vida. Ante la negativa en primera y segunda instancia, López presenta ante la Corte Suprema de Justicia de Chile un recurso de queja solicitando el cuidado de las niñas, donde se concedió la tuición definitiva al padre.

El argumento de la Corte Suprema de Justicia de Chile fue que la orientación sexual de la madre y la convivencia producirían un daño y estado de vulnerabilidad para las niñas debido al entorno familiar diferenciado al de sus compañeros. Al respecto la Corte IDH ha mencionado que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por orientación sexual, preconcepciones, atributos, características o conductas por las personas homosexuales o el impacto, agregando que los Estados no pueden utilizar la posibilidad de discriminación social probada o no como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Teniendo en cuenta además constatar sobre los cambios sociales que se dan en las sociedades contemporáneas, el Derecho y Estado

⁴⁹ Ley de Matrimonio Civil N° 26.618 de 2010. Matrimonio igualitario. Art. 2°. 21 de julio de 2010, B. O. 31949. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/37jTE7E>.

⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, Sección B: Desarrollo del caso - 13. Hechos, publicado en <https://bit.ly/3zyQIXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

⁵¹ El *Diccionario de la Real Academia Española* que registra la palabra “tuición” su significado asignado se refiere a la “Acción y efecto de guardar o defender”, disponible en <https://dle.rae.es/tuici%C3%B3n?m=form>, (fecha de consulta 5-VI-2021).

deben ayudar al avance social de lo contrario se corre el riesgo de consolidar formas de discriminación violatorias de los derechos humanos, por lo que la Corte IDH ha concluido que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas⁵².

Tipos de filiación.

Introducción.

El Código de Vélez en las disposiciones generales sobre filiación enunciaba solo dos opciones que podían tener lugar, por naturaleza o por adopción, luego el legislador logra completar el régimen igualitario al regular la reproducción humana asistida como tercer tipo de filiación. Así las cosas el art. 558 del CCyCN recepta o determina tres modos de alcanzar la filiación, por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida⁵³ o adopción. El acceso a las TRHA se admite de forma amplia, con esto se refiere que contempla la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin que sea necesario que este casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. Por lo que las TRHA se presentan e innovan como forma de acceder de manera originaria a una familia monoparental.

Filiación por naturaleza.

En cuanto a la filiación por naturaleza la norma reconoce al nexo biológico con entidad suficiente de existencia de un vínculo jurídico, de modo que la maternidad se establece por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido⁵⁴. Así surge la presunción de que son hijos del o la cónyuge los que nazcan después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de hecho o de la muerte⁵⁵.

De esto se desprende que si el nacimiento se produce dentro del matrimonio la filiación se determinara por una presunción legal, en cambio si el nacimiento ocurre fuera del matrimonio la presunción de dicha filiación extramatrimonial será a través de su reconocimiento o por medio de una sentencia judicial que lo emplace en aquel estado

⁵² Cfr. Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, párrs. 121 y 122, publicado en <https://bit.ly/3zyQlXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

⁵³ En adelante TRHA.

⁵⁴ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 565.- Principio general. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

⁵⁵ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 566.- Presunción de filiación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

de familia⁵⁶. En cuanto a materia de filiación por naturaleza el CCyCN mantiene la presunción legal que admite prueba en contrario, que permite establecer que en relación a la filiación por naturaleza se determina por el entendimiento de que existe una correspondencia entre la presunción y la verdad biológica. Donde la prueba en contrario será la que determine cuál es el verdadero nexo biológico.

Zannoni sostuvo que la filiación por naturaleza presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres, y cuando dicho nexo biológico se considera acreditado aquella paternidad o maternidad son jurídicamente determinadas⁵⁷. De modo que la determinación se traduce como la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta, por lo tanto se puede sostener que en relación a la filiación por naturaleza rige el principio de la verdad biológica.

El vínculo biológico que determina la maternidad resulta del parto, los romanos enunciaron que el parto sigue al vientre y es por esto que la maternidad se considera siempre cierta. Actualmente es necesario acreditar la determinación de la maternidad de manera objetiva, regulado mediante el Régimen de Identificación de los recién nacidos, y el Registro del estado civil y capacidad de las personas donde debe hacerse constar el nacimiento, acreditando el parto de la mujer y la identidad del nacido, quien luego será inscripto como hijo de la mujer que lo dio a luz⁵⁸.

Filiación por adopción.

El CCyCN reconoce tres tipos de adopción, plena, simple y de integración, e incorpora una regulación muy extensa en cuanto a los tres tipos y sus formas de determinación, por lo que solo me detendré en los aspectos que resultan significantes para el presente apartado. Los fundamentos manifiestan los principios generales esenciales que rigen en este tipo de filiación, el interés superior del niño por sobre el de los adultos, el respecto por el derecho a su identidad del que deriva el derecho a conocer sus orígenes, mejorando la noción de identidad con un sentido más amplio en cuanto a la verdad biológica consolidando su autonomía.

⁵⁶ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2014. Art. 569.- Formas de determinación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

⁵⁷ Cfr. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2005), op. cit., p.441.

⁵⁸ Ley N° 24.540 de 1995, de Régimen de Identificación de los recién nacidos. Septiembre de 1995. B.O. 28234. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2U0WhI6> y Ley N° 26.413 de 2008, de Registro del estado civil y capacidad de las personas. Cap. VII. Nacimientos. 1 de octubre de 2008. B.O. 31504. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3vvFxpF>.

Y amplía la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, a la permanencia con su familia de origen o ampliada como un derecho de los niños que solo podrá ser soslayado en busca de satisfacer sus necesidades afectivas y materiales cuando su familia de origen no pueda proporcionárselos. La separación deberá ser por razones fundadas en pos de preservar sus vínculos, su opinión deber ser tenida en cuenta y valorada según su grado de madurez, mediando el consentimiento de la adopción para cuando se trate de niños de diez años o más, en razón del entrecruzamiento del interés superior del niño, su participación en la construcción de su propia identidad y el principio de autonomía progresiva⁵⁹.

Así puede encontrarse reflejado en la decisión del juez y la confirmación por la Cámara de Apelaciones en lo Civil en “O., M. I. s/ art. 250 c.p.c – incidente familia”⁶⁰, de desvincular definitivamente al matrimonio en relación al niño, de toda expectativa de retomar la guarda con fines de adopción debido a que en la oportunidad de ser oído, el niño de diez años de edad que había sufrido violencia, maltrato y abusos por parte de sus padres biológicos, tras varios meses de vinculación con el matrimonio pretenso manifestó en tres veces diferentes no sentirse bien tratado por la mujer solicitando además no volver a esa casa.

El derecho del niño de ser oído fue concluyente, además de haberse garantizado en varias oportunidades y en distintos espacios, por haber significado la garantía de sus derechos de ejercerlos por sí mismo de manera progresiva a medida que desarrolla su autonomía personal. En cuanto a sus efectos la adopción plena es la que se distingue de los otros dos modos de adopción dado que se existen los vínculos jurídicos existentes con la familia de origen reemplazándolos por los que se generan con la familia adoptiva.

En consecuencia el adoptado deja de pertenecer a la familia biológica extinguiendo el parentesco con los integrantes de ella y por lo tanto también se extinguen sus efectos jurídicos, salvo la excepción legal que refiere a la subsistencia de los impedimentos matrimoniales que surgen del vínculo biológico⁶¹.

⁵⁹ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro segundo de las relaciones de familia. Título VI. Adopción. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

⁶⁰ Cfr. CNApel.Civ., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “O., M. I. s/ art. 250 C.P.C. - incidente familia”, (06 de noviembre de 2020), 25256/2017, Id SAJJ: FA20020079.

⁶¹ Cfr. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2016), op, cit., 330.

Filiación mediante TRHA.

Según la concepción doctrinaria las TRHA son conocidas como la revolución reproductiva ya que de forma radical separan la reproducción humana de la sexualidad, lo que ha llevado al planteamiento de cambios en la normativa relativa a la filiación por poner en crisis las tradicionales ideas de la paternidad, maternidad y el parto⁶². Las TRHA son métodos o técnicas médicas donde a través de la unión de gametos, mediante la extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el espermatozoide, se propende a facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales desarrollados durante la procreación humana, la técnica brinda la posibilidad de la procreación sin necesidad previa de unión sexual entre el hombre y la mujer.

El Código de Vélez se refería a la presunción de paternidad, en cambio el CCyCN suprime el término paternidad reemplazándolo por el término filiación. Así en el art. 560⁶³ regula la filiación para los supuestos donde medien las TRHA en donde su determinación se registrará mediante el consentimiento previo, informado y libre. La voluntad procreacional se constituye como el elemento central y fundante para la determinación de la filiación para estos supuestos, independientemente de si el material genético pertenece a las personas que en efecto tienen la voluntad de ser madres o padres o de un tercero ajeno. El vínculo jurídico estará establecido entre la persona nacida y los que hayan prestado su consentimiento al sometimiento de las técnicas, y no así entre la persona nacida y quien haya aportado el dato genético.

Antes de la innovación de las TRHA, la procreación solo era por medios naturales, en consecuencia el que embarazaba a una mujer era el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba el niño lo hacía siempre con sus propios óvulos, de modo que lo biológico siempre comprendía lo genético. Hoy como consecuencia de la aparición de las TRHA el aporte puede ser exclusivamente genético, por lo que se deduce que antes se distinguía entre lo biológico y voluntario; en cambio hoy se generan tres criterios diferenciados, lo genético, lo biológico y lo voluntario⁶⁴.

⁶² Cfr. LAMM, Eleonora (enero de 2012), “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho*, (24), Barcelona, p. 79, disponible en <https://bit.ly/3cOpuMZ>, (fecha de consulta 12/ VI/ 2021).

⁶³ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

⁶⁴ Cfr. MERLO, Leandro y MARTIN, Florencia (junio de 2015), “Los tipos filiatorios en el Código Civil y Comercial y su influencia sobre la identidad del nacido”, en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, N° 4, IJ-LXXIX-508, (fecha de consulta 12/ VI/ 2021).

Este orden de ideas se puede encontrar en la sentencia “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación”⁶⁵, donde el abogado de las partes se presentó incoando acción declarativa de filiación como medida autosatisfactiva a fin de que se reconozca la verdadera filiación materna y paterna de un niño recién nacido mediante una técnica de reproducción asistida con sus padres genéticos. Si bien se mencionó que el camino adecuado para peticionar era la acción declarativa, la realidad es que se trataba de tres personas que de manera conjunta se presentaron ante la justicia para que la misma determine la verdadera filiación del niño nacido, gestado a través de TRHA y habiendo utilizado la subrogación de un vientre.

De los hechos surge que la señora A.V.O. conmovida por el impedimento de la señora A.C.G., de poder gestar un bebé, decide ayudar de forma gratuita a la pareja A.C.G. y J.J.F., suscribiendo un acuerdo a tal fin el 29 de abril de 2014, donde establecieron algunas obligaciones mutuas, como el pago de gastos médicos, ropa, mediación y viáticos. En relación a la subrogación de vientre esta no se encontraba regulada en el Código de Vélez así como tampoco en el CCyCN, motivo por los que los peticionantes recurrieron en busca de una respuesta acorde a su realidad familiar y la del recién nacido. En cuanto a la nulidad del convenio que se articuló el juez resolvió no hacer lugar y ordenó inscribir al niño recién nacido como hijos de A.C.G. y J.J.F, por valorar la fuente que deriva de la voluntad procreacional de la pareja de ser padres del niño y la correspondencia biológica del nacido respecto de los presentantes como surgió del informe de ADN.

La gestación por sustitución es una tendencia, no regularla o prohibirla refuerza la condena biológica, se debe tener en cuenta que la gestación por sustitución ofrece la solución que necesitan las mujeres que no pueden tener hijos propios, técnica que de todos modos se practica en Argentina aunque no esté contemplada en la ley. El anteproyecto presentó la gestación por sustitución, que consistía en un previo proceso judicial y una serie de requisitos, a pesar de que luego fue eliminada la ley no lo prohíbe por lo que quedara a discrecionalidad judicial⁶⁶.

Cuando se trata de TRHA, el elemento genético al carecer de plus respecto de lo biológico, lo volitivo adquiere una relevancia superlativa. Por lo tanto cuando en una

⁶⁵ Juzg. 1ª Inst. de Familia, Mendoza, “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación”, (2015), Id SAJJ: FA15190015.

⁶⁶ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro segundo de las relaciones de familia. Título V. Filiación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

persona no coincidan los tres elementos, el genético, el biológico y el volitivo, se debe dar prioridad a este último, por ende la filiación corresponderá a quien desee ser padre o madre. Si bien las TRHA suelen utilizarse por las personas que no quieren renunciar a tener un hijo propio en términos genéticos esto no es el factor determinante en la filiación sino el volitivo, es decir la voluntad procreacional⁶⁷.

⁶⁷ Cfr. MOLINA DE JUAN, Mariel, (2014), Directoras KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora, “La voluntad procreacional”, en *Tratado de derecho de familia, según el código civil y comercial*, (1ª ed., Tomo II), Rubinzal-Culzoni, p.p. 501-502.

CAPITULO III.

DERECHO AL VÍNCULO FILIAL PLURIPARENTAL.

Regla del doble vínculo filial según el art. 558 CCyCN.

Fundamentos del CCyCN.

Los vínculos filiales determinados por los vínculos paternos y maternos, no tienen un carácter cuantitativo sino cualitativo dentro de cada fuente de filiación, determinados de este modo y su obligatoriedad a estar sujetos a la regla del doble vínculo filial, sostenemos que es incorrecto. Cuando se trata de filiación por naturaleza, los vínculos que se establecen por el acto sexual son necesariamente dos. La filiación por TRHA y sus vínculos filiatorios están determinados por la voluntad procreacional, es decir que alcanzara a los que manifestaron el consentimiento previo. En los supuestos de adopción la filiación y determinación del doble vínculo filial se presentan como una excepción a la propia regla binaria dado que la pluriparentalidad es posible ya que tiene base en el reconocimiento que antecede a la adopción.

El art. 558⁶⁸ del CCyCN que enuncia las tres fuentes de filiación, en su tercero párrafo prescribe la regla de que “Ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Al respecto de la incorporación de la doble regla al CCyCN la fundamentación se apoya en que el Código recepta de forma expresa y precisa que ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales. Contempla uno o dos vínculos, pero no más de dos, por lo tanto si una persona pretende incorporar un vínculo filial con otra persona y ya tiene dos vínculos filiales, deberá realizar de forma previa la impugnación de alguno de los dos vínculos que ya están determinados, para posteriormente realizar el emplazamiento y respetar el tope de los dos vínculos filiales que el Código impone de forma clara, manteniéndose de este modo el sistema binario⁶⁹.

Numerus clausus del vínculo filial en el CCyCN.

La dinámicas internas de las familias caracterizadas por los cambios sociales y las culturas, han logrado a través de la jurisprudencia y doctrina ser reflejadas y

⁶⁸ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 558.- Fuentes de filiación. Igualdad de efectos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

⁶⁹ Cfr. GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020). “La regla del doble vinculo filial puesta en crisis”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 211-225, disponible en <https://bit.ly/2T1djWB>, (fecha de consulta 17/VI/2021).

reguladas en el CCyCN a través de importantes reformas en el derecho de familia. El CCyCN que reconoce las uniones convivenciales es un reflejo de su actualización, así como también la incorporación de la reforma del matrimonio igualitario que no discrimina por orientación sexual ni género. Así tanto las uniones convivenciales como el matrimonio son uniones basadas por dos personas en forma imperativa, observable en el art. 509⁷⁰ del CCyCN cuando define al ámbito de aplicación de las uniones convivenciales, siendo relaciones afectivas de carácter singular, publica, notoria establece y permanente que conviven y comparten un proyecto de vida en común ya sea o no del mismo sexo, pero condicionando al número de dos personas del mismo modo que con el matrimonio.

Al igual que con el instituto de filiación el avance se representa por la incorporación de las TRHA como tercer fuente de filiación elevándolas y colocándolas en el mismo nivel de reconocimiento que las filiaciones por naturaleza o por adopción, otorgando los mismos efectos para los supuestos de filiación por adopción plena, por naturaleza o por TRHA; pero manteniendo un *numerus clausus*⁷¹ es decir un número cerrado y preestablecido de dos, para los tres tipos de filiación. Se deduce que el CCyCN se anticipa para colocar un número determinado que no puede excederse de dos vínculos para cualquiera de los tres tipos de filiación. Se trata de bases ideológicas que aún siguen arraigadas a la construcción legal de familia tipo, que pueden resultar en fuertes oposiciones provenientes de las nuevas formas de familias en el sentido amplio que el Código incorporo en su actualización⁷².

La construcción legal de familia tipo se trata de una postura tradicionalista que continua sosteniéndose como la familia integrada por la unión de dos personas, presuponiendo que la construcción de la misma tenga un sentido biológico. Aunque se considere a los hijos nacidos por TRHA, la formula cerrada del número dos continúa sujeta en el ámbito familiar. Esto es así porque las uniones convivenciales son tenidas en cuenta y reguladas legalmente, al igual que el matrimonio igualitario, dando paso a la construcción familiar de dos personas de igual o distinto sexo con base en lo biológico.

⁷⁰ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 509. Ámbito de aplicación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

⁷¹ El *Diccionario de la Real Academia Española* registra la expresión *numerus clausus* que significa literalmente “numero cerrado” o “limitación del número de plazas establecido por un organismo o una institución”, disponible en <https://www.rae.es/dpd/n%C3%BAmerus%20clausus>, (fecha de consulta 25/VI/2021).

⁷² Cfr. PERALTA, María L. (16 de marzo de 2015). “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, en *Thomson Reuters La Ley*, (53), p. 4, Cita online TR LALEY AR/DOC/4633/2015.

La real actualización de la regulación que puede identificarse en el CCyCN es en relación a las TRHA que incorpora el factor volitivo, donde no solo se tiene en cuenta lo genético y biológico, lo volitivo aparece como un factor fundamental en la voluntad procreacional. Pero dicha actualización no resulta suficiente ya que no alcanza a las nuevas formas de familias cada vez más presentes en la actualidad. Tal es así que coincidimos con la postura doctrinaria que sostiene, que el Código en este sentido en realidad ha nacido desactualizado por mantener su posición en el *número clausus* de dos para el derecho de familia y el derecho filiatorio, porque solamente contempla y regula el acuerdo familiar de familias conformadas por dos personas⁷³. De este modo el Código solo devela la negativa de alterar el *número clausus* y su insistencia que emana del art. 558 cuando anuncia que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Crítica doctrinaria a la regla del doble vínculo filial.

Una de las críticas que se ha realizado es en torno a la regla absoluta de biparentalidad en un supuesto de consagración expresa en la legislación argentina. Teniendo a este supuesto de regla absolutista se observa la imposibilidad de existencia de un vínculo filial pluriparental, advirtiéndose que no resultaría adecuada. Tal crítica hace hincapié en los casos en los que se procede mediante TRHA. *Solari* señala que refiriéndose legislativamente con la incorporación de las TRHA hemos dado paso a una nueva etapa, en donde sus variantes seguramente sean las que presenten situaciones concretas que rompan con el esquema de biparentalidad, concluyendo que para ciertas particularidades la triple parentalidad debió contemplarse o dejar la opción a tales circunstancias⁷⁴.

Por lo que tal puesta de regla absoluta de biparentalidad bajo una mirada crítica de las diversas variantes como consecuencias del ingreso a una nueva etapa gracias a la incorporación de las TRHA, es acertada desde el punto de vista legislativo tanto en el sentido fáctico. Tal análisis logra descifrar que la consagración absoluta del sistema binario contradice a las nuevas realidades que no pueden dejar de tenérselas como una posibilidad.

⁷³ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2014). “Capítulo introductorio”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (Directoras) en *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, (1ª ed.), T. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p.13.

⁷⁴ Cfr. GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

Basset establece un paralelo de previsión entre la regla de dos y la posibilidad de una pluralidad de vínculos filiatorios que pueden tener origen en distintas fuentes, como ser la matrimonial, extramatrimonial, genética, gestacional, biológica, adoptiva y social; donde el legislador establece un privilegio hacia la existencia de solo dos vínculos⁷⁵.

Sin embargo la regla de dos que tiene su fundamento en el patrón por la filiación biológica, se torna incoherente, ya que es el propio legislador que toma la regla con argumento en la biología al utilizarla para contradecir el elemento genético a partir de elaboraciones contractuales o voluntarias, sostiene además que las disposiciones del CCyCN que regulan la fuente filial de las TRHA son un ataque a la identidad completa del gestado.

Concepto de Derecho al Vínculo Filial Pluriparental.

El concepto de derecho al vínculo filial pluriparental se refiere a la posibilidad de que un niño o niña pueda tener más de dos vínculos filiales. Que se determinaran a partir de la voluntad de las personas adultas sean tres o más, de desarrollar tareas y roles de crianza, cuidados y asistencia. Este derecho que significa el reconocimiento de más de dos vínculos filiales, escapa del principio binario sobre el que se fundamenta el derecho filial según el art. 558 del CCyCN. Conforman un entramado de relaciones jurídicas inéditas teniendo como punto de partida el ejercicio de la voluntad procreacional por al menos tres personas, los que se constituirán como los titulares de obligaciones y derechos que se deriven del vínculo materno/paterno – filial⁷⁶.

En términos registrales es el derecho de todas las personas de poder tener tres filiaciones en sus registros, es decir estar inscripto con los apellidos de quienes son o se comportan como padres o madres. El vínculo filial pluriparental es un derecho que se eleva más allá de la edad de la persona, es por esta razón que el elemento de sustentabilidad en la interpretación y aplicación de las normas involucradas en el derecho de filiación, deben lograr sostenerse a lo largo del tiempo en un sentido próspero. Esto significa interpretar las normas jurídicas para garantizar el derecho al vínculo filial pluriparental y dar respuestas válidas, que no solo deben asegurarse durante la niñez sino en cualquier etapa de la vida de la persona⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. BASSET (2015), en GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

⁷⁶ Cfr. VERA BESCÓS, Inés y SILVA, Sabrina. (15 de marzo de 2016). “Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial”, en *Diario DPI, Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (7), 1-4, disponible en <https://bit.ly/3e0OtNC>, (fecha de consulta 26/06/2021).

⁷⁷ Cfr. GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

Reciente jurisprudencia ha identificado el concepto de derecho al vínculo filial pluriparental como el derecho humano de conformar una familia y la libertad familiar, instando que se garantice mencionados derechos, por conformar la posibilidad de cada persona de poder elegir como quiere o puede vivir, en miras de respetar todas y cada una de las distintas formas y proyectos de vida autorreferenciales⁷⁸.

Desde una mirada humanizada no puede dejar de reconocerse la realidad pluriparental de una familia, con el énfasis en la función parental que cada uno de ellos en efecto realicen, si la persona menor de edad nace o crece en una familia pluriparental tiene derecho a que el Estado cumpla su deber de protección familiar y otorgue el reconocimiento jurídico a su filiación real⁷⁹. Así, en el marco de un fallo sobre las causas de una impugnación de filiación se mencionó que el derecho al vínculo filial se traduce en el estado filiatorio consagrado a partir del reconocimiento libremente adoptado y ratificado por la posesión de estado de hijo, y al respecto de la persona menor de edad aún desde antes de su nacimiento, caracterizada por relaciones familiares públicas, constante y de forma fructíferas⁸⁰.

Noción de familia pluriparental.

La sociedad compleja en evolución partiendo sobre la base de la igualdad y no discriminación, libertad y la autonomía de la voluntad, empujó la necesidad del reconocimiento de nuevas formas de familias. Así el derecho de familia presenta grandes avances que pueden observarse desde el reconocimiento obligado de ampliar el abanico de las relaciones, como así también la obligación de contemplar y dar lugar a otras formas de organización familiar además de la conformación familiar heterosexual tradicional; que se fundaba en el matrimonio y la idea de la procreación biológica o través del acto sexual como fuente principal de filiación. En el mismo sentido la incorporación de las uniones convivenciales y las familias ensambladas, así como en la filiación donde se estableció la igualdad de efectos de la filiación matrimonial como extramatrimonial.

⁷⁸ Cfr. Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. X, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

⁷⁹ Cfr. LIS PALACIO, Ana y ZUCCHINI, María A. (2020). “Socioafectividad vs. Binarismo filial/parental. La primacía de la realidad en los derechos de las familias”, Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa en *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de la Pampa*, p. 81, disponible en https://justicia.lapampa.gob.ar/images/PDFs/Cuaderno_de_doctrina_2020_web.pdf, (consultado el 27/VI/2021).

⁸⁰ Cfr. CApel.Civ. y Com. La Plata, Sala III, “F. F. c/ C. J. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación”, 15/07/2020, Id SAIJ: FA20010043, disponible en <https://bit.ly/3dZY07W>.

Mismo modo la incorporación y regulación de las TRHA como una tercera causa fuente de filiación, se traducen en los fenómenos o hechos sociales que fueron receptados en la legislación y que demuestran como los institutos de la familia tanto como el de filiación son influenciados por una sociedad en constante cambio. La necesidad de pensar el derecho de todas las nuevas formas de familias y su organización, en términos de libertad y autonomía requiere replantear toda la estructura, partiendo desde el reconocimiento sincero de la diversidad, la pluralidad y la humanidad. En pos de una sociedad más humana, democrática, libre y plural. Donde cada integrante pueda con libertad llevar a cabo la planificación del tipo de familia y vínculos como los que mejor se identifiquen sus intereses, deseos y preferencias, para así lograr formarla y organizarla, para esto la tolerancia y el respeto son valores imprescindibles.

Las familias pluriparentales son aquellas que se caracterizan por estar conformadas de manera originaria, es decir antes del nacimiento del niño donde tres o más personas pretenden ser tenidas como progenitores⁸¹, o de forma derivada cuando el proyecto de organización familiar en principio era monoparental⁸² o biparental y después pasa a transformarse en triple o múltiple luego del nacimiento del niño. En las familias pluriparentales integradas por tres adultos o más, los roles de maternar y paternar son asignados por acuerdo entre ellos.

Se caracterizan por no contar con especificaciones preestablecidas, como ser la existencia o no de un vínculo sexual entre ellos, del mismo modo en cuanto a la orientación sexual y género de cada uno. No hay establecidas construcciones anteriores, como así no hay presupuestos sobre cuantos y quienes serán los que tengan vínculos biológicos con sus hijos o hijas, ya que son cuestiones que se establecen según la propia dinámica interna de cada una de las familias pluriparentales.

En las familias pluriparentales las personas adultas, deciden ser madres o padres de niños que serán hijos de todos ellos, es una planificación de familia que se presenta como novedosa. Sin embargo desde el punto de vista funcional se puede establecer una

⁸¹ Cfr. PERALTA, María L. (16 de marzo de 2015), op. cit., p. 2.

⁸² La familia monoparental es aquella de carácter originario o derivado, en la primera se encuentran los supuestos de adopción por parte de una sola persona, desde un enfoque aún más contemporáneo cuando una mujer decide sola o sin pareja tener un hijo a través de las TRHA con material de un tercero, y en los casos de fertilización *post mortem* cuando la mujer decide continuar el tratamiento a pesar del fallecimiento de la pareja; y los casos monoparentalidad derivada donde la familia queda encabezada por un solo adulto responsable por la ruptura de la unión convivencial o matrimonial, o por el fallecimiento de uno de los progenitores. Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op.cit., p.23-24.

comparación con las familias ensambladas también muy presentes en la sociedad actual, caracterizadas por parejas que tienen hijos pequeños que después de separarse conforman nueva pareja con quien por lo general también tiene hijos de relaciones anteriores, en donde por lo general se construyen fuertes vínculos afectivos entre las nuevas parejas y los hijos que cada uno trae⁸³.

La doctrina observa que las familias pluriparentales por lo general se presentan como resultado del avance de las TRHA, que se integran por una pareja de dos mujeres que suman a su proyecto de vida a un amigo que aporta su material genético masculino y además tiene la voluntad de llevar adelante funciones parentales. En la planificación familiar hay un acuerdo premeditado de formar parte de la vida de los hijos y su cuidado, así como el ejercicio de los derechos y obligaciones que se deriven de la responsabilidad parental⁸⁴.

Crisis del vínculo filial binario.

Las familias pluriparentales y su acuerdo familiar de formar parte de la vida de sus hijos significan en términos registrales que una persona pueda tener tres filiaciones y no solo dos. Hoy en día es el supuesto más claro y manifiesto que pone en crisis al vínculo filial binario tradicional, en donde las partes deciden por voluntad conformar una familia y participar de la vida de los hijos que tengan. Las TRHA que introducen la desbiologización de la paternidad y maternidad pasando a centrarse en la paternidad o maternidad voluntaria, tenida como un hecho jurídico conformado por elementos volitivos, sociales y afectivos y no de forma exclusiva por caracteres genéticos; han producido mediante su incorporación en el art. 558 del CCyCN, la apertura de una tercer fuente de filiación que a su vez da paso a la necesidad de contemplar a un tercer tipo de vinculación filial que emana de la filiación a través de las TRHA⁸⁵.

En este sentido el vínculo determinado deja el nexo biológico, ya que puede o no existir en relación de la pareja, para pasar a determinarse por el consentimiento previo, informado y libre prestado para someterse a las mencionadas técnicas. Así el sistema filiatorio incorpora un nuevo principio que elimina al binomio natural y eleva a la fuente

⁸³ Cfr. HERRERA, Marisa. (2015), op.cit., p.22.

⁸⁴ Cfr. BRUNEL, Florencia T.; HUAIS, María V.; COSTAMAGNA, Romina T. y VILELA BONOMI, María V. (2015). Comisión N°6, Familia: "Identidad y filiación", en *"Pluriparentalidad", Filiación e identidad en el CCyC"*, p.2, disponible en <https://bit.ly/2TMGsFt>, (fecha de consulta 29/VI/2021).

⁸⁵ Cfr. ROVEDA, Eduardo G. y MASSANO, María A. (febrero de 2015). "Acciones de filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *DFyP 2015*, (29), 372-393, disponible en <https://bit.ly/3yESPSA>, (fecha de consulta 26/VI/2021).

de filiación por TRHA a la misma categoría que las otras dos fuentes de filiación, por naturaleza y adoptiva. En principio en estos supuestos de reproducción asistida no habría conflicto cuando las partes prestaran el consentimiento libre e informado para proceder a la realización de las mencionadas técnicas. Determinado el vínculo paterno-filial o materno-filial a través del consentimiento prestado, luego no podría admitirse el reconocimiento ni el ejercicio de acciones de reclamación de filiación con respecto a los hijos nacidos mediante la utilización de estas técnicas.

Este supuesto también se apoya en la estructura tradicional de la pareja conformada por dos personas, de que se es padre o madre no por el aporte de material genético sino por la elección y decisión, es decir la voluntad procreacional, porque solo toma en cuenta a la planificación familiar conformada por dos personas, o una sola persona en el caso de las familias monoparentales como hemos mencionado, pero en relación a las familias pluriparentales, todos sus integrantes no son contemplados como familia en su totalidad a los fines registrales de sus hijos.

El acuerdo de una familia pluriparental donde cada uno de ellos desea estar presente de forma activa en la vida de sus hijos no tiene lugar en el derecho filiatorio, si es tenida en los términos generales en cuanto a la amplitud de la diversidad familiar, pero no así en cuanto a su planificación y voluntad que cada integrante tiene de ejercer los derechos y obligaciones en relación a sus hijos.

Del análisis hasta el momento puede observarse como es que el vínculo filial binario que establece el art. 558 del CCyCN entra en crisis cuando una familia pluriparental desea que sus hijos tengan vínculo filial pluriparental, es decir con cada uno de ellos. Significa no solo el deseo de ver crecer a sus hijos sino la real intención de estar presentes cada uno de los integrantes adultos siendo madres o padres de sus hijos. En otras palabras es la voluntad y planificación familiar de que sus hijos figuren en los registros civiles con los tres vínculos filiatorios, portando los apellidos todos sus padres.

Medina y Roveda mencionan en relación a la reforma de la Ley N° 26.618 sobre matrimonio igualitario, que no introdujo modificaciones a las normas referidas sobre la determinación de la filiación, señalando que este vacío obligó a dar respuestas a los interrogantes sobre si una persona podía o no tener dos madres o dos padres, así también como la falta de regulación sobre la situación jurídica en la que una persona queda en caso de aportar material genético para que la concepción sea posible en los

matrimonios igualitarios entre mujeres⁸⁶. Por lo tanto la necesidad de dar respuesta a la posibilidad de existencia de una multiparentalidad o si solo es posible el reconocimiento biparental, significa la ruptura y crisis de la regla del doble vínculo filial.

Primeros antecedentes de familias pluriparentales y filiación pluriparental en Argentina.

Antecedentes en sede administrativa.

En Argentina los primeros dos antecedentes de nuevas formas de familias que pusieron en crisis al vínculo filial binario aparecieron en el 2015 previo a la entrada en vigencia del CCyCN y en sede administrativa.

El primer caso de reconocimiento de familia pluriparental y triple filiación fue en el mes de abril de 2015⁸⁷. Se trató de una pareja de mujeres unidas en matrimonio igualitario que tuvieron a su hijo Antonio nacido por TRHA, por lo que la determinación del apellido del niño estaba conformada por los apellidos de sus dos mamás. El aportante del material genético para que se realice la fecundación la realizó un amigo del matrimonio, que luego quiso ser parte del plan familiar, participar de la vida del niño, responder y ser reconocido como padre. El pedido de adición del apellido del padre biológico a los dos ya determinados, con acuerdo de las madres se presentó ante el Registro Civil de la Provincia de Buenos Aires.

La Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires resolvió otorgar el emplazamiento filial al niño, que en ese entonces tenía un año de edad, respecto de sus tres progenitores, cónyuges mujeres y el donante masculino amigo de la pareja, así la familia logro no solo su reconocimiento como familia sino la primera inscripción filial pluriparental en Argentina.

El segundo antecedente en circunstancias similares que logro el reconocimiento como familia y la filiación pluriparental, se trató de una pareja de dos mujeres unidas en matrimonio que tuvieron un hijo mediante el aporte genético del varón, amigo de la pareja⁸⁸. Al momento del nacimiento de su hijo pudieron determinar los dos polos

⁸⁶ Cfr. MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p. 491.

⁸⁷ Cfr. Comisión N°6, Familia: “Identidad y filiación”, (2015), op. cit., p.1; puede consultarse también en <https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primer-bebe-triple-filiacion-la-argentina/>, (fecha de consulta 15/VI/2021).

⁸⁸ Cfr. LITARDO, Emiliano.; NOVILLO FUNES, Sofía; REGUEIRO DE GIACOMI, Iñaki y SPINELLI, Gabriela; (enero de 2019), “Múltiple filiación en Argentina: Ampliando los límites del parentesco”, en *Revista Boliviana de Derecho*, N°27, ISSN: 2070-8157, pp. 372-393, disponible en <https://bit.ly/3ywgGnt>, (fecha de consulta 30/VI/2021).

filiales con argumento en la voluntad procreacional es decir que el nombre del niño se integró por los dos apellidos de sus mamás. La situación familiar descripta hasta acá no presentaba inconvenientes, las mujeres tenían un proyecto de unión que pudieron llevar adelante a medida que el Estado fue reconociendo las uniones de personas de igual sexo, así en el año 2006 celebraron su unión civil⁸⁹ y en el 2010 sancionada la ley de matrimonio igualitario se casaron. Así la madre no gestante logro ser reconocida como cónyuge no gestante y la registración de la comaternidad se realizó en el año 2012.

Los integrantes de la familia pluriparental, tanto las dos madres como el aportante del material genético, decidieron concebir al niño mediante una técnica de inseminación casera⁹⁰ es decir que procedieron sin intervención médica ni institución especializada, una de ellas fue aportante del material genético y gestante del niño y el varón el donante del material biológico, que no lo había realizado como un simple acto altruista sino con la intención de participar en la vida del niño como padre.

En el 2015 a los seis años de edad del niño, la familia se presentó ante el Registro con la finalidad de lograr el reconocimiento del padre, único que hasta el momento no era reconocido legalmente a pesar de que cumplía un rol paternal y de crianza del niño desde el nacimiento, la pretensión no era sustituir ninguno de los dos apellidos de las madres sino que se buscaba que se agregue el apellido del padre al niño como tercer apellido.

La solicitud en principio tuvo la formalidad de un trámite de reconocimiento paterno, pero en realidad se trataba del pedido de reconocimiento como familia autoreconocida y constituida. El escrito fue encabezado y firmado por los progenitores, es decir las dos madres y el padre, y además por el propio niño de puño y letra, quien se identificaba a si mismo con los tres apellidos de sus progenitores.

De este modo se puede observar cómo es que la familia pluriparental que se desarrollaba de forma pacífica en los hechos, no pedía el aval o permiso del Estado sino que exigía el reconocimiento y la mera homologación de la triple filiación. La familia

⁸⁹ En el 2002 fue sancionada la Ley N° 1004 que en su art. 1° definió a la unión civil como la unión conformada de forma libre por dos personas independientemente del sexo u orientación sexual de aquellas. Cfr. Ley N° 1004, Art. 1°.- Unión Civil, 12 de diciembre 2002, (Argentina), <https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ley1004.pdf>.

⁹⁰ En adelante TIC, caracterizada por ser una especie de inseminación artificial, pero no clasificada como tecnología reproductiva más avanzada, por no necesitar asistencia médica para la colocación del gameto masculino en el tracto genital de la mujer. En las TIC la muestra de semen se introduce en la vagina con la ayuda de una jeringa. Para ampliar puede consultarse a DE LA TORRE, Natalia, "Técnicas caseras de inseminación en Argentina: como resolver la filiación", en *RJUAM*, n° 35, 2017-I, pp. 323-344, disponible en <https://bit.ly/3C2towY>, (fecha de consulta 10/V/2021).

realizó la presentación ante el Registro Civil y de la Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que resolvió a favor del reconocimiento paterno y la adición de su apellido ordenando la inscripción en la partida de nacimiento del niño quedando conformada la filiación pluriparental.

Antecedentes en sede judicial.

El primer antecedente después de la entrada en vigencia del CCyCN fue hacia el 2017 en el caso “B.A.J.M. s/ adopción. Acciones vinculadas⁹¹” cuando el Juzgado de Familia N° 4 de La Plata dictó la primera sentencia admitiendo la triple filiación de una niña de 11 años de edad. Se trató de un caso de adopción de integración donde cada uno de los protagonistas de la historia familiar, es decir los progenitores de la niña y el marido de la madre que a su vez es el pretenso adoptante.

La familia solicitó que la adopción de integración no transfiera el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente al pretenso adoptante, manteniéndose intacto el vínculo filial con el progenitor no conviviente, para que de este modo ambos y la madre de forma conjunta puedan ejercer todos los actos que se derivan de la responsabilidad parental. En el escrito de petición de adopción dejaron en claro que no se pretendía extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario, la intención era ampliarlos a través de la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia.

Tanto la fiscalía como la asesoría de menores prestaron conformidad sin dilucidar el real planteo de la petición, de triple filiación, del mismo modo que la jueza hizo lugar a la adopción de integración “...Creando entre estos el vínculo de filiación adoptiva de integración simple, con todos los efectos previstos por la ley respecto de dicha adopción...”, lo que desoyó lo que todos los integrantes de la familia solicitaban. A raíz de esto, el pretenso adoptante y el progenitor no conviviente presentaron escritos solicitando que se aclare los términos o efectos de la adopción; poniendo en situación de advertencia tanto de la jueza como de la asesora de menores que recién en este momento dilucidaron que en realidad se trataba de un pedido de reconocimiento de triple filiación.

⁹¹ Juzg. 1ª Inst. Familia N° 4 La Plata, “B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas”, inéditos. (20/02/2017 y auto ampliatoria 06/03/2017). Comentado en “Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia”, en *Revista Derechos en Acción*, (septiembre 2017), disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37681-4.pdf>.

Es por eso que la asesora de menores apela, contradiciendo a la conformidad que había prestado durante todo el proceso y por el pedido de la fiscal; que le solicita que tenga una entrevista con la niña para tomar conocimiento con profundidad en relación a su realidad afectiva – familiar; lo que la lleva a modificar de su opinión y a desistir de la apelación.

Así las cosas, la jueza dispuso en auto ampliatorio de fecha 6 de marzo de 2017 que en virtud de la petición, se libre oficio al Registro Civil para que se proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña y que se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los recaudos debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación.

Cabe recordar que la adopción en cuestión constituye un supuesto de las denominadas adopciones integrativas o de integración familiar, identificadas como las que tienen por objeto la contemplación de la familia nuclear del adoptado con la incorporación de la figura del padre o de la madre que falta, pero aun así respetando y fortaleciendo el vínculo existente con el progenitor que lo tiene bajo su guarda; también se ha señalado que en la adopción por integración el niño o niña o adolescente, se satisface su derecho a la convivencia familiar con al menos uno de sus progenitores, pretendiéndose integrar a la pareja convivencial o matrimonial del padre o madre biológicos⁹². No se pretende extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario, ampliarlos mediante la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia.

El segundo caso “F., E. F. c/ GCBA y otros s/ AMPARO”⁹³ se trató de una pareja convivencial femenina casada post nacimiento del hijo. El niño nació por TRHA y el aportante del material genético fue un amigo de la pareja. El vínculo filial no determinado fue el de la comadre, no gestante ni aportante de gametos. La comadre interpuso un amparo post fallecimiento de la madre, contra el Registro Civil por la negativa de la solicitud que pretendía el reconocimiento del vínculo filial sin conformidad del padre.

⁹² Juzg. 1ª Inst. Familia, Sala 1, “C., J. E. – ADOPCIÓN”, Expte. N° 444.732/13, párr. IV, disponible en <https://www.justiciasalta.gov.ar/media/images/444732.pdf>.

⁹³ Juzg. CAyT., “F., E. F. c/ GCBA y otros s/ AMPARO” Inédito, 07/07/2017, comentado por SILVA, Sabrina A., (10 de marzo de 2021), “De continuidades y discontinuidades: el binarismo filial en el banquillo”, en *Thomson Reuters*, RDF 98, AR/DOC/47/2021.

Surge del relato que se trata de un hecho controvertido, por no contarse con la conformidad del padre, donde además fue apelado por el Ministerio Público Fiscal, donde se realizaron planteos en torno al juez competente. La situación fáctica planteada es diferente a los relatos mencionados hasta el momento, sin embargo es de destacar que ha sido resuelto a favor de la triple filiación.

Otro antecedente en el marco de una demanda de adopción plena se destaca el fallo “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”⁹⁴, en un inicio se trató de una demanda de adopción plena en relación a la niña N.M.G.O., presentado por los señores F.C.F. y A.F.V. en febrero de 2020. Previo, en junio de 2010 se había otorgado la guarda judicial con fines ulteriores de adopción de la niña al matrimonio que en su momento estaba formalizado por C.A.F. y A.F.V., luego de la presentación de la demanda y de la comparecencia de C.A.F. surge que estaba en total conocimiento del pedido de su ex esposa y de F.C.F., manifestando estar de acuerdo con la pretensión.

Del relato de los hechos se resalta que luego de formalizado el segundo matrimonio, los vínculos afectivos del señor C.A.F. para con la niña se mantuvieron intactos, donde además los tres como adultos responsables mantuvieron armoniosa relación en pos del interés de la niña y que además ella consideraba que tenía una mamá y dos papás conforme su realidad familiar. Esto llevó a que los tres es decir la mamá y los dos papás presentaran la reformulación de la demanda de adopción plena pluriparental en relación a la niña N.M.G.O.

De la reformulación de la demanda de adopción se corrió vista a la Fiscal de la Cámara de Familia y se ofició al Equipo Técnico de Adopción, donde del informe del mismo se concluye que la configuración familiar y sus particularidades son desarrolladas y vivenciadas con total naturalidad por la niña quien reconoce al señor C.A.F. como su padre y al señor F.C.F. identificándolo como figura de referencia afectiva, manifestando que tiene dos papás y a la señora A.F.V. como mamá.

La jueza resolvió hacer lugar a la demanda otorgando la adopción plena pluriparental. Argumentando que nuestro CCyCN es un código de la diversidad y multicultural, con visión constitucional-convencional que respeta los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, autonomía de la voluntad y pluralidad, atendiendo al caso particular y no a conceptos estancos que atenten con el proyecto de vida de los

⁹⁴ Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18-02-2020, SAJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

ciudadanos. En tal sintonía, tanto la noción de familia como la de filiación son creaciones culturales, que se encuentran sujetos a los cambios de las sociedades. El valor que adquiere la socioafectividad para la aceptación de las nuevas realidad y formas de familias no pueden ser pasada por alto.

Resaltando que en el plano fáctico la relación se visualizaba afianzada, donde los roles se desenvolvían con naturalidad y espontaneidad, con un nivel manifiesto de conocimiento recíproco entre los cuatros involucrados, integrantes de esta familia⁹⁵. De esto modo y en consideración al deseo que la propia niña había manifestado de llamarse “M.J.F.F.V.” su nombre quedo conformado por los apellidos de su mamá y sus dos papás.

⁹⁵ Cfr. Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. V, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

CAPITULO IV.

VÍNCULO JURÍDICO SOCIOAFECTIVO.

Noción de Socioafectividad.

Socioafectividad y contexto actual.

La realidad actual evidencia que las nuevas realidades de las múltiples formas de familias que existen, demuestran el nacimiento de familias cada vez más pluralistas, con diversas características que las hacen diferentes entre sí, donde emergen y constituyen determinados lazos afectivos. Estos lazos son afectos tan cercanos y fuertes que representan una obligación de darles un marco jurídico que les permita estar o ser tenidos como una realidad sociojurídica acorde al contexto actual. Esto se debe a que las nuevas formas de familias pluriparentales no alcanzan o no encuadran en los estándares tradicionales binarios que solo contemplan como progenitores de una niña o niño a dos personas.

La socioafectividad tiene gran incidencia en el derecho filial, el mismo relaciona el aspecto individual de una persona con su vida identificada y vivida, y coloca al principio de la regla del doble vínculo filial impuesto por el art. 558 del CCyCN, en crisis. En el derecho argentino la filiación, que siempre estuvo determinada por lo biológico fue puesta en necesidad de revisión por el instituto de la adopción y por las TRHA en donde el elemento determinante del vínculo filial dejó de ser el biológico para pasar a contemplar al volitivo. Donde nuevamente es puesto en foco la necesidad de revisión por el surgimiento de elemento socioafectivo que aparece como rupturista del doble vínculo filial⁹⁶. Así, hoy en día el factor socioafectivo se coloca en igualdad a los criterios jurídicos y biológicos, y pasa a ser un elemento más capaz de determinar los vínculos filiales.

La inserción de la socioafectividad en el derecho de las familias, considera a todas las formas de vivir en familia y busca demostrar todo el abanico de vínculos que reconocen su origen en el parentesco y en el afecto. Los vínculos que son determinados

⁹⁶ Cofr. Herrera, Marisa, "La noción de socio afectividad como elemento 'rupturista' del Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, nro. 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, citada por VERA BESCÓS, Inés y SILVA, Sabrina, (15 de marzo de 2016), "Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial", en *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (7), 1-4, disponible en <https://bit.ly/3e0OtNC>, (fecha de consulta 26/06/2021).

jurídicamente y los lazos de cuidado no siempre coinciden en las mismas personas. Así el art. 558 del CCyCN que fue pensado para evitar la pluriparentalidad y que se opone a la realidad social, la práctica pone en evidencia que la regla del doble vínculo filial es desafiada en sede administrativa y judicial.

Origen de la noción de socioafectividad.

La noción de socioafectividad tiene origen en el derecho brasileiro, que otorga primacía a la dignidad de la persona humana y consagra los principios de igualdad y solidaridad, reconociendo al afecto como una realidad merecedora de tutela, de este modo el afecto elevado a condición de categoría jurídica, ha producido paradigmas nuevos en relación a las entidades familiares y los vínculos de filiación. De este modo el derecho brasileiro después de poner en igual categoría a la filiación biológica y adoptiva, y de que el Código Civil incorpore la posibilidad del parentesco proveniente de origen distinto de la consanguinidad, la filiación tomo mayor importancia debido a la convivencia familiar perdurable⁹⁷.

El soporte factico de que dos personas se comportaran uno como padre y el otro como hijo, adquirió mayor relevancia y pasó a ser suficiente para que sean considerados como tales. Según *Luiz Edson Fachin* la verdadera paternidad no puede ceñirse en la búsqueda de una información puntual biológica, es que en realidad la exigencia se trata de una concreta relación paterno filial, en donde padre e hijo se tratan como tal, es donde brota la verdad socioafectiva⁹⁸ y en donde el padre afectivo desempeña el rol de padre en la vida del hijo.

La noción de socioafectividad en las relaciones socioafectivas es un hecho jurídico que se compone no solo del factor genético sino también de los sociales y afectivos. En el derecho argentino la noción de socioafectividad es trasladada por *Marisa Herrera* como el lineamiento directriz que debe utilizarse al momento de interpretar todas las relaciones interpersonales⁹⁹, motivo por el que coloca a la nueva noción como el elemento rupturista del principio del doble vinculo filial. La directriz se plantea como una ampliación de derechos o reconocimientos de las consecuencias jurídicas a un lazo afectivo determinado, donde la regulación se apoya en la noción de

⁹⁷ Cfr. DIAS, Maria B. (2009), “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales” en Revista Jurídica UCES, 83-90, disponible en <https://bit.ly/3ewD74n>, (fecha de consulta 28/7/2021).

⁹⁸ Cfr. FACHIN, Luiz E., citado por DIAS, María B. (2009), “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales” en Revista Jurídica UCES, 83-90, disponible en <https://bit.ly/3ewD74n>, (fecha de consulta 5/7/2021).

⁹⁹ Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op.cit., p.288.

socioafectividad de la mano del principio de igualdad y no discriminación al referirse a la importancia que tiene el afecto en el derecho de familia contemporáneo. Las relaciones de familia comienzan cada vez más a surgir en contextos de afectividad, aún mucho más que en las que se construyen en base a los lazos biológicos o genéticos.

Categoría jurídica del criterio socioafectivo.

El nuevo criterio de socioafectividad es el factor necesario en las relaciones familiares que se basan en hechos entrelazados con el deseo y la voluntad que tienen aquellas personas, que además se afirman y reafirman con el pasar del tiempo transformándose en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se funda en la afectividad y hoy se coloca en mismo rango que los criterios jurídicos y biológicos, estableciéndose y reclamando ser reconocido como un nuevo factor determinante de la existencia del vínculo parental.

La filiación socioafectiva está caracterizada por la libre voluntad de llevar a cabo funciones parentales por el propio deseo, es decir el deseo libre de asumir roles de cuidado, así el hijo identifica a su favor el vínculo de parentesco respecto de quien considere ser su padre, del que se ocupa y atiende las responsabilidades derivadas de roles familiares. Las familias socioafectivas se caracterizan por el afecto que vincula a sus integrantes y presupone la fuerte existencia de vínculos paternos filiales asumidos y aceptados de forma recíproca tanto por los padres, madres, según se trate, e hijos. La socioafectividad es definida como la nueva forma de vida cotidiana que confluye en una nueva construcción social de familia, que se conforma desde el afecto y erigiéndose como una causa fuente de filiación¹⁰⁰.

La categoría jurídica socioafectiva se traduce en la necesidad de repensar y admitir un instituto jurídico en pos de dar respuesta a las situaciones que a decir verdad ya se encuentran consolidadas en la realidad desde el afecto y que el reclamo es en nombre del reconocimiento de igualdad con los otros tipos de filiación. El marco de regulación jurídica a la identidad filiatoria con base en la filiación vivida por los integrantes de las familias, se presenta como la máxima expresión del desarrollo integral del ser humano¹⁰¹ y desafío que consiste en aceptar la existencia de otras formas de familias y vínculos entrelazados que también tienen derecho a su protección y reconocimiento de su característica pluralista.

¹⁰⁰ Cfr. LIS PALACIO, Ana y ZUCCHINI, María A., (2020), op. cit., p.71.

¹⁰¹ Cfr. LIS PALACIO, Ana y ZUCCHINI, María A., (2020), op. cit., p.72.

La filiación gana nuevas aristas cuando comenzó a manifestarse la parentalidad socioafectiva como hecho jurídico que se conforma por el elemento social y afectivo, y no solo del elemento genético y biológico.

Socioafectividad y Voluntariedad.

El CCyCN al incorporar a la familia en un sentido amplio con una visión acentuada en la pluralidad y el respeto a la diversidad, abrió paso a la incorporación de la socioafectividad. De este modo las relaciones familiares que se sostienen en vínculos arraigados y que no siempre tiene lazos de parentesco, resultaron amparadas. Desde un enfoque tradicional el derecho de familia se ha definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan aquellos hechos subjetivos y los deberes jurídicos que nacen de las relaciones jurídicas familiares¹⁰². Teniendo en cuenta esta definición y las nuevas realidades donde aparecen nuevas categorías en el ámbito social que repercuten fuertemente en lo jurídico, y que claman su contemplación, es necesario poner en manifiesto que la definición tradicional del derecho de familia resulta no ser acorde a la realidad. Esto es así porque pensar en el derecho de familia como reguladora de relaciones jurídicas familiares en donde el contexto social dio surgimiento a la socioafectividad resulta ser muy restrictivo.

Más bien las relaciones que hoy en día son reguladas tienen un carácter socio afectivo, así las relaciones de familias que se insertan en la sociedad dinámica y pluralista de las que emergen nuevas categorías se elevan al ámbito jurídico. Es el resultado de la evolución que los nuevos contextos se hacen presentes en el derecho privado, es observable cuando en los fundamentos del CCyCN se refiere al paso del Derecho de la Familia hacia el Derecho de las Familias, en plural, postura que se sostiene en la amplitud del art. 14 de la Constitución Nacional cuando se refiere a la protección integral de la familia¹⁰³.

Así los pilares del derecho de las familias, socioafectividad y voluntariedad, tienen independencia conceptual y funcional, ambas interactúan y se retroalimentan entre sí, a favor de la desbiologización entendida como una nueva forma de reproducción que trae consigo nuevas realidades que significan una desgenetización de la filiación dado que se puede afirmar que comprende nuevos conceptos como la

¹⁰² Cfr. MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p.p. 12-13; ZANNONI, Eduardo A. (2016), op. cit., p.p. 10 -11.

¹⁰³ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, 7 de octubre de 2014. (Argentina).

parentalidad voluntaria o voluntad procreacional¹⁰⁴. Tal concepto repercutió de manera favorable hacia la conformación de un nuevo entramado de posibilidades mucho más profundo, significativo, complejo y realista; que se caracteriza por el debilitamiento del privilegio que se asignaba al elemento de la naturaleza para colocarla en el mismo nivel de otros elementos propios de las nuevas realidades, tales como el afecto y la voluntad.

El término de socioafectividad está compuesto por dos factores, lo social y lo afectivo, que no se vinculan necesariamente al parentesco. El avance de la socioafectividad se justifica por las diversas formas de vivir en familia que se identifica con los fuertes vínculos de apego importantes para las personas que conviven o no con vínculos parentales. Así por lo general la paternidad se reconoce en la verdad biológica, el parentesco dejó de tener una correspondencia necesaria con el vínculo consanguíneo.

De este modo cuando una persona genera vínculos de lazos afectivos y desempeña funciones paternas, de cuidado y crianza, surge la figura de padre diferente al del progenitor. En estos supuestos es necesaria la contemplación de la parentalidad de forma tal que trascienda la realidad biológica. Se trata de nuevos referenciales, donde en la búsqueda de su identificaciones filiales no resulta correcto buscar en la verdad jurídica o biológica.

Surgimiento de la filiación socioafectiva.

Los vínculos socioafectivos y la voluntariedad, dan paso a la filiación socioafectiva que se caracteriza por la libre voluntad de desempeñar funciones parentales donde el pilar de la coincidencia biológica ha dejado de ser fundamental¹⁰⁵. Elevando la importancia de que la paternidad no significa un mero acto físico, sino lo sustancial de que se trata de una elección que traspasa los aspectos biológicos para entrar en el plano afectivo.

En el mismo sentido el doctrinario brasileiro *Welter Belmiro* sostiene la existencia de distintas especies de filiación socioafectiva¹⁰⁶, como ser el caso del hijo adoptivo con posesión de estado de hijo, la adopción judicial, el reconocimiento voluntario o judicial de maternidad o paternidad y la adopción brasileira, que se caracteriza por ser un proceso donde los solicitantes deben realizar un curso de preparación psicosocial y jurídica.

¹⁰⁴ Cfr. LAMM, Eleonora (enero de 2012), op. cit., p.81.

¹⁰⁵ Cfr. DIAS, Maria B. (2009), op. cit., p. 85.

¹⁰⁶ Cfr. BELMIRO, Pedro W., citado por DIAS, Maria B. (2009), op. cit., p. 84.

Las observaciones pueden ser perfectamente trasladables a nuestra legislación a los fines de la filiación socioafectiva para los supuestos en los que las relaciones no se tratan solo de elementos biológicos y donde el afecto prima. Así el paralelo que se puede plantear entre la filiación socioafectiva y la adopción, devela que no hay distinción ya que ambas son el resultado de querer asumir la paternidad o maternidad. La adopción hace foco en el afecto ya que se trata de un acto exclusivamente voluntario, de igual modo que en los supuestos de filiación socioafectiva. Tal es así que tanto en la figura de la adopción como en el de la filiación socioafectiva se constituyen vínculos paternos y maternos filiales que engloban derechos y garantías que afirman el principio de la protección integral de la familia.

Sostenemos que la filiación socioafectiva no se encuentra regulada como una fuente en sí misma en el CCyCN, esto se desprende del art. 558 del Código que solo contempla como fuentes de filiación por naturaleza, por TRHA y por adopción. La inobservancia del criterio socioafectivo como causa fuente de filiación es evidente. Sin embargo se puede decir que el afecto aparece de manera solapada por el surgimiento de otras figuras o evoluciones sociales que llevaron a que el afecto sea contemplado en la norma. Determinado el contexto donde el elemento socioafectivo se inserta, el análisis siguiente se centrará en cómo es receptado en el derecho de las familias y su impacto producido.

Recepción de la noción de socioafectividad en el Derecho de las Familias.

La incorporación de la noción de socioafectividad en el CCyCN que aparece de manera tímida, permitió con su entrada en vigencia dilucidar la existencia de otras normas que tenían inserto el componente afectivo como un elemento determinante y que fueron otorgando jerarquía jurídica al afecto. Puede destacarse como antecedente el art. 1584 del Código Civil de Brasil donde manifiesta que si el juez verifica que el hijo no debe quedar bajo la guardia del padre o de la madre, deferirá la guardia a la persona que demuestre compatibilidad con la naturaleza de la medida, ya sean considerados, de preferencia, el grado de parentesco, las relaciones de afinidad y afectividad¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. KRASNOW, Adriana. (junio de 2019). “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXII- N°1, pp. 71-94, disponible en DOI: 10.4067/S0718-09502019000100071, (fecha de consulta 08/07/2021).

Así la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, recepta la socioafectividad en su art. 11¹⁰⁸, mencionando que de conformidad con la ley las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua, al conocimiento de quienes son sus padres, así como también a la preservación de sus relaciones familiares. Su decreto reglamentario 415/2006¹⁰⁹ en el art. 7 al definir a la familia sostiene que se podrá asimilar al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representan para la niña, niño o adolescente, mencionando también a los vínculos afectivos significativos y a los afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

En el mismo sentido la Ley N° 26.657 sobre Salud Mental en su art. 7¹¹⁰ expresa que el Estado reconoce en relación a las personas con padecimiento mental los derechos de conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia, así como también su derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento ya sea por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe.

Incluso puede vislumbrarse la incidencia de la noción de socioafectividad en jurisprudencia lejana antes de la entrada en vigencia del CCyCN, en la sentencia de primera instancia de 2013 en “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”¹¹¹ donde la jueza sostuvo que las nuevas formas de concebir la familia requieren sean reconocidos sus derechos, exponiendo con claridad que la existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obliga a admitir la construcción de una parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad. Se trataba del primer antecedente de gestación de una niña concebida bajo la modalidad de maternidad subrogada, donde la jueza resolvió proceder a la inscripción del nacimiento de la niña B.M.D. como hija de J.L.D.G. y M.S.M.

¹⁰⁸ Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 11.- Derecho a la identidad. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

¹⁰⁹ Decreto Reglamentario 415/2006 de Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 7. B.O. 18 de abril de 2006. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3ewBbbU>.

¹¹⁰ Ley N° 26.657 de 2010. Salud Pública. 2 de Diciembre de 2010. Art. 7 inc. b) y e). BO. 32041. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3eyww9t>.

¹¹¹ Juzg. Nac. 1ª Inst. Civil N° 86, “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013, 38316/2012, disponible en <https://bit.ly/2UYrlZt>.

Con la entrada en vigencia del CCyCN se puede notar como el afecto aparece inserto en algunos artículos tales como el art. 59 que en su último párrafo menciona a los allegados para que otorgue el consentimiento para la atención médica en el supuesto de que la persona se encuentre imposibilitada para expresar su voluntad o si no la ha expresado con anterioridad¹¹². También el art. 556 que menciona como a otros beneficiarios a los que justifiquen un interés afectivo legítimo donde acreditado tal interés se tendrá a los beneficiarios como legitimados aplicando las disposiciones del art. 555; tanto para tener a su cargo a las personas unidas por el afecto que invocan como así para realizar oposiciones por posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, debiendo el juez resolver de acuerdo a las circunstancias¹¹³.

En mismo sentido en art. 646 que aborda los derechos y deberes de los progenitores en su inc. e) expresa que aquellos deberán respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con los abuelos, otros parientes, como también con las personas con las que tengan un vínculo afectivo¹¹⁴. El CCyCN también destaca otras formas de vínculos con causa fuente en el afecto, silenciadas en el Código de Vélez, entre ellos el vínculo entre progenitor afín y el hijo afín sin existir entre ellos un parentesco por afinidad por la ausencia de matrimonio y el vínculo entre el hijo adoptado por adopción simple con los progenitores del o los adoptantes¹¹⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado en relación al art. 8 de la Convención del Derecho del Niño que es claro al señalar que uno de los elementos que integran el derecho de identidad del niño, es el derecho de preservar sus relaciones familiares conforme con la ley y sin injerencias ilegítimas, donde la personalidad y la identidad del niño se constituyen y afianzan por medio de una multiplicidad de factores entre los que se destaca la creación de los vínculos afectivos del niño y las personas que sean más cercanas a él, siendo los que le proveen cuidado y afecto en todas sus facetas. En misma línea ha reiterado en diversas oportunidades el carácter excepcional y subsidiario de las medidas que impliquen la institucionalización de los niños por lo que ha establecido que el ingreso de un niño en un centro de

¹¹² Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Art. 59. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud. Inc. g.

¹¹³ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Art. 555.- Legitimados. Oposición., y Art. 556.- Otros beneficiarios.

¹¹⁴ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales. Art. 646, inc. e.

¹¹⁵ Cfr. VITTOLA, Leonardo (16 de octubre de 2018), “La noción de la socioafectividad en el Código Civil y Comercial de la Nación” en *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, N° 42, 1-4, disponible en <https://bit.ly/2UsYZqp>, (fecha de consulta 12/VII/2021).

acogimiento debe ser de modo general como última instancia y cuando no fuere posible llevar adelante otras medidas especiales de protección, la justificación de este orden general se fundamenta en el derecho del niño a crecer, desarrollarse en un entorno familiar favorable que le proporcione todas las condiciones de afecto¹¹⁶.

El principio socioafectivo y su impacto en los supuestos de filiación por TRHA y adopción.

El principio socioafectivo es aquel que se debe tener presente para dirimir en los casos ya sean controvertidos o no, atendiendo a la mirada que el CCyCN proyecta, reconociéndose como un código de la diversidad y multicultural, donde las decisiones deben preponderar con una amplitud de pensamiento que permitan de esta forma contemplar otras realidades permitiendo atender sus particularidades. El principio socioafectivo que emana de la visión constitucional-convencional se erige es pos del respeto del derecho a la libertad, igualdad, no discriminación, autonomía de la voluntad y pluralidad¹¹⁷. Es el valor que debe otorgarse a la socioafectividad que se vislumbra cada vez más en la realidad, se trata de vínculos valorables y protegibles.

Las TRHA que han significado la apertura hacia el afecto han planteado en sede administrativa y judicial peticiones sobre la reconsideración de la filiación pluriparental, por el hecho necesario de rever el contexto familiar a los fines de reconsiderarla y así reconocerla. Los vínculos pluriparentales son sostenidos en un contexto de vínculos socioafectivos que claman su reconocimiento al Estado en tanto ya están autopercebidos cada uno de sus roles afectivos y filiales, maternos, paternos, de hija o hijo, de carácter público y notorio.

La práctica demuestra que en la fuente de filiación por TRHA, la doble regla del vínculo filial es desafiada en búsqueda del resultado de que el hijo gestado por TRHA heteróloga, es decir cuando se emplean gametos masculinos procedentes del donante, sea emplazado respecto de quienes manifestaron la voluntad procreacional y también por quién aportó los gametos.

¹¹⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (17 de octubre de 2013), “El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, en *OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13*, párrafos 61 y 304, disponible en <https://bit.ly/36PpLM8>, (fecha de consulta 12/VII/2021).

¹¹⁷ Según interpretación realizada de la sentencia del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. V, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

En cuanto a la adopción el art. 611 del CCyCN expresa la prohibición de la entrega directa en guarda de niños, niñas o adolescentes, con la precisión de que la guarda de hecho no se debe considerar a los fines de adopción¹¹⁸, es una limitación que se completa con el requisito de la inscripción previa del o de los pretensos adoptantes en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción y teniendo en cuenta además la sanción de nulidad absoluta de la adopción cuando sea otorgada a favor de personas que no se encuentren previamente inscriptas en el registro¹¹⁹. Al respecto es destacable que las mencionadas disposiciones en materia de adopción también fueron atravesadas por el afecto.

Lo mencionado se puede apreciar en el fallo “B. O. I. s/ adopción. acciones vinculadas”¹²⁰, donde el juez otorgó la adopción plena de un adolescente a un matrimonio que no se encontraba inscripto en el Registro, pero que habían actuado como guardadores, haciendo prevalecer la socioafectividad y el interés superior de la menor, siendo la propia adolescente quien los eligió como su familia abrigadora pasando luego a incorporarlos como sus padres. Es evidente como el principio socioafectivo y su impacto en este instituto llevado a la realidad, ha producido la necesaria adecuación de las decisiones en los casos que se han presentado.

Puede verse reflejado también en el fallo “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, mencionado en el capítulo anterior. Donde el juez, a pedido de las partes por la reformulación de la demanda que pasó a transformarse en una demanda de adopción plena pluriparental, resolvió a favor de las partes y sostuvo su argumento guiándose por el principio de socioafectividad. Esto decanta de su apreciación respecto de que hay que otorgar valor a la socioafectividad vislumbrada en el caso, donde se han creado vínculos valorables y protegibles, que para resolver dicha demanda de adopción tiene que reflejar y reconocer la realidad familiar que se le ha presentado sin forzar la desintegración de lazos afectivos consolidados en pos de ceñirse a una prohibición legal que atente con el proyecto de vida de los ciudadanos.

Observó además que los señores F.-V. y F. solicitaban que se defina el vínculo jurídico con la niña, ya que el vínculo afectivo construido se trataba de una relación más

¹¹⁸ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art 611.- Guarda de hecho. Prohibición. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

¹¹⁹ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art 600.- Plazo de residencia en el país e inscripción, inc. b) y Art. 634.- Nulidades absolutas, inc. h). 7 de octubre de 2014. (Argentina).

¹²⁰ Juzg. de Familia de Tandil, Sala I, “B. O. I. s/ adopción. acciones vinculadas”, 06/08/2020, MJ-JU-M-127037-AR | MJJ127037, disponible en <https://bit.ly/3zo0Trm>.

que consolidada y afianzada, en donde además a partir de la intermediación que caracteriza este tipo de proceso, se infirió que la niña ya tenía conformada su identidad junto a los señores F.-V.- y F.¹²¹.

¹²¹ Según interpretación realizada de la Sentencia N° 2 del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. IV, V y del Resuelvo: IV), Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

CAPITULO V.

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.

Concepto doctrinario de Derecho a la Identidad Personal.

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales que debe ser reconocido al ser humano, considerado como prioritario y esencial. Se trata de un derecho humano complejo motivo por el que si no resultara reconocido significaría el menoscabo de otro derecho fundamental que se caracteriza por ser transversal. Nos referimos al derecho a la dignidad, inherente al ser humano y perteneciente a todas las personas por igual. El derecho a la identidad se caracteriza por abarcar derechos correlacionados, algunos de ellos son el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad.

Según *Fernandez Sessarego* es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro¹²². Donde se supone un conjunto de elementos complejos, una multiplicidad de aspectos que están vinculados esencialmente entre sí, algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros lo son de diversa índole, como ser cultural, ideológica, religiosa o política. Los derechos existenciales que se hallan vinculados esencialmente reconocen a la persona humana como su único fundamento. El interés existencial del derecho a la identidad personal y su protección social de la personalidad lo consagra como una nueva y autónoma situación jurídica subjetiva. Por lo que todo interés que le resulte existencial a la persona y que sea digno de tutela, asume la calidad de un derecho de la persona que se deriva de su propia dignidad, aun cuando el derecho objetivo no lo recepte como un derecho subjetivo típico.

Según la jurisprudencia italiana el derecho a la identidad personal ha puesto de relieve tres notas características¹²³. Por un lado su carácter omnicompreensivo de la personalidad del sujeto, donde representa la totalidad de su patrimonio cultural

¹²² Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1992). “Derecho a la identidad personal”, Bs. As., *Astrea*, p.113, citado en la sentencia de la Cám.Civ., Com., Lab. y Minería, Trelew, Sala B, “ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES c/ S., J. D. s/ Acción de impugnación de Filiación extramatrimonial y Acción de reclamación de filiación extramatrimonial”, 8/03/2010, Id SAIJ: FA10150211.

¹²³ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1992), op. cit., pp. 34, 234, 244, 259, 269/271, citado en “Naturaleza y Tutela Jurídica”, en *Derecho a la Identidad Personal*, publicado en <https://bit.ly/2WzxMmO>, (fecha de consulta 15/VII/2021).

cualquier sea su expresión específica y lo que cada uno realmente es y significa en su proyección existencial. El carácter objetivo traducido como la identidad personal que está anclada en la verdad, no se refiere en un sentido absoluto sino como la realidad conocible a través de criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva. Y la exterioridad en cuanto al sujeto en su proyección social y su coexistencialidad.

Según *D'Antonio* el derecho a la identidad es un presupuesto de la persona, considerado como un bien personal tutelado por el derecho objetivo, definiendo al derecho a la identidad como el presupuesto de la persona referida a sus orígenes como ser humano y demás elementos que componen su propio ser¹²⁴. La identidad de la persona es la verdad personal específica, referida a la cognición es decir al conocimiento y comprensión de lo que se es realmente, en cuanto a su origen es lo que la persona anhela conocer, en cuanto a lo social lo que pretende contemplar es en relación a la multiplicidad de los elementos de índole cultural, espiritual y social.

Zannoni al definir la identidad, también comprende tres aspectos¹²⁵. En primer lugar la identidad personal en referencia a la realidad biológica como el derecho a conocer el origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el de ser emplazado en el estado de familia según le corresponda de acuerdo a su realidad biológica, distinguiendo identidad genética e identidad filiatoria. En segundo lugar, la identidad personal en relación a los caracteres físicos de la persona, que abarca los rasgos externos permitiendo identificarla e individualizarla, como ser los atributos de la personalidad y la propia imagen. Y el tercer aspecto, a la realidad existencial de la persona, entendiendo sus proyectos existenciales y su realización, pensamientos, creencias, ideologías y sus costumbres.

Sostenemos que el derecho a la identidad exige la tutela del derecho a la propia historia personal es decir a la propia biografía. Así la personalidad que muestra un aspecto estático, al estar frente a una persona se individualiza de forma primaria a través de su imagen y nombre. Pasando a un aspecto mucho más complejo como lo es la ideología de la persona y su patrimonio cultural, que comprende cuestiones profundas

¹²⁴ Cfr. D'ANTONIO, Daniel Hugo. "El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor", ED. 165-1297, citado por la CNCiv., Sala J, en el fallo "R. L. J. y otro c/ P. H. G. s/información sumaria", Expte. N° 101.159/2005, (26 de abril de 2011), disponible en <https://bit.ly/3ydhXjn>, (fecha de consulta 16/VII/2021).

¹²⁵ Cfr. ZANNONI, Eduardo y CHIERI, Primarosa; *Prueba del ADN*, (2011), Bs. As., Astrea, pp. 183 y ss., citado por KRASNOW, Adriana N., y PITASNY, Tatiana; "Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial", en *Comisión n°6, Familia: "Identidad y filiación*, disponible en <https://bit.ly/3rIXz7F>, (fecha de consulta 16/VII/2021).

del plano subjetivo, se trata de características y atributos que definen la verdad personal. Así la identidad que hace que cada cual sea uno y no otro, se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el momento de la concepción donde se encuentran sus raíces y condiciones que lo hacen particular, pero traspasando el presente y proyectándose a futuro, de este modo puede sostenerse que la identidad es fluida, se crea con el tiempo y es cambiante.

En este sentido se distingue una doble vertiente del derecho a la identidad, estática y dinámica, que asociados deben ser valorados como bienes jurídicos dignos de protección. La dimensión estática engloba todo lo referido a la identificación de la persona, su nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad y su identidad genética. En cuanto a la dimensión dinámica, la identidad del sujeto se ve reflejada constantemente a lo largo del todo el proceso de la vida, es lo que persiste a través de todas las etapas evolutivas de la vida de la persona, son aquellas características y atributos, entre otros los intelectuales, morales, culturales y religiosos. Estas dos dimensiones se han denominado como faz estática y faz dinámica del derecho a la identidad personal¹²⁶.

Postura doctrinaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió al derecho a la identidad como un derecho humano que comprende derechos correlacionados, abarcando al derecho a un nombre propio como un elemento básico e indispensable de cada persona, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Al igual a todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, motivo y razón por la que es perteneciente a todas las personas sin discriminación, el Estado está obligado a garantizarlo a través de la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. Por lo tanto la identidad personal destaca una característica propia de los derechos humanos, su interdependencia, esto quiere decir que el menoscabo de este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, en especial de los derechos políticos¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1997. Comisión I. Conclusiones generales. Punto 7, disponible en <https://bit.ly/3j0KrXw>, (fecha de consulta 19/VII/2021); PETRINA, Romina, Dir. DALONSO REGUEIRA, Enrique M. (2012), en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, op. cit., p. 205, disponible en <https://bit.ly/3BWwHFJ>, (fecha de consulta 19/VII/ 2021).

¹²⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derecho civiles y políticos. Legitimación de los hijos. Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al Nombre*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 22/VII/2021); Corte I.D.H., *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, Sentencia del 31 de Agosto de 2011; párrs.110, 112, 114, 117 y 250

Se debe a que el derecho a la identidad de las personas y su reconocimiento es uno de los medios que permite el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones de familias, entre otros derechos que se encuentran reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana. La ausencia del reconocimiento de la identidad conlleva a que la persona no cuente con la constancia legal de su existencia, produciéndose una dificultad para poder ejercer plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Desde un concepto general la Corte también ha mencionado que el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad, comprendiendo varios de otros derechos según el sujeto de derecho del que se trate y las circunstancias del caso. Estableciendo a la Convención del Derecho del Niño como base a lo dispuesto en el art. 8 para determinar la afectación en el caso concreto del derecho a la identidad, donde menciona que tal derecho comprende entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia¹²⁸.

Desde un enfoque bioético mencionó que el derecho a la identidad se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Es el núcleo o esencia específica de los humanos y todo individuo tiene derecho a ella. Se constituye por el genoma que dialoga con el ambiente, debido a que son los estímulos y hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología provee las estructuras que interactúan con el mundo cultural de forma recíproca. Siendo el que transmite formas de vida y elementos que descifran el mensaje genético a través de instrucciones y aprendizajes¹²⁹.

El Derecho a la Identidad Personal en los instrumentos internacionales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 18 erige el derecho de toda persona a tener un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos, el art. 19 establece la especial protección de los niños que por su condición de menores requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado; y el art. 20

punto 6; puede consultárselo en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf, (Fecha de consulta 16/VII/2021).

¹²⁸ Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 122, 123, 125, 127, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021);

¹²⁹ Cfr. Corte. I.D.H., “Bioética. Documentos de identidad. Genoma humano”, en *Derecho a la identidad personal*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tess/tr1875.htm>, (fecha de consulta 22/VII/2021).

ordena que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado donde nació, con la disposición de que a nadie sea privado arbitrariamente de aquella ni del derecho a cambiarla¹³⁰.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 19 en relación al derecho de nacionalidad, menciona que toda persona tiene derecho a la nacionalidad que le corresponda legalmente y si lo desea de poder cambiarla por la de cualquier otro país dispuesto a otorgársela¹³¹. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 16 expresa como uno de los derechos individuales garantizados el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes¹³².

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 16 expresa como uno de los derechos individuales garantizados el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes¹³³.

La Convención Sobre los Derechos del Niño establece un sistema de protección jurídica y consagra una serie de derechos fundamentales del niño, a través de la revalorización de su personalidad considerándolo como un sujeto de protección. El art. 7 de la mencionada convención, expresa que los niños y niñas tienen derecho a un nombre, apellido y una nacionalidad, ordenando su inscripción de forma inmediata después de su nacimiento¹³⁴. La nacionalidad es el vínculo jurídico entre un individuo y un Estado del que forma parte, así el régimen de nacionalidad como potestad de cada Estado se deriva de su soberanía, es por este motivo que cada país regula la concesión de nacionalidad. La falta o carencia de nacionalidad, que se encuentra íntimamente relacionada con el derecho al nombre, representa un riesgo para las personas, porque quedarían en un supuesto de no ser sujetos de derecho significando la restricción al acceso a varios derechos relacionados, entre ellos la educación, la salud y protección general de un Estado.

¹³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 18. Derecho al Nombre; Art. 19. Derechos del Niño y Art. 20. Derecho a la Nacionalidad.

¹³¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XIX. Derecho a la Nacionalidad, 9 de abril de 1948.

¹³² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, 23 de marzo de 1976.

¹³³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, 23 de marzo de 1976.

¹³⁴ Cfr. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, “Artículo 7”, *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Versión comentada*, pp. 19-20, Guatemala, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28143.pdf>.

Faltando al deber de asegurar el respeto de todos los derechos humanos de sus nacionales, incluyendo los niños y niñas que por algún motivo resultaron apátridas es decir que no tuvieron nacionalidad. La obligación de los Estados de velar por la aplicación de todos estos derechos es evidente, y se consagra mediante la conformidad a su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales. La inscripción de un niño o niña en el Registro Nacional de las Personas es el comienzo del vínculo entre un niño o niña y el Estado, es lo que los ubica como seres humanos y sujetos de derecho en el mundo del derecho, abriéndose paso a un abanico de derechos y deberes.

La mencionada Convención en su art. 8 dispone el compromiso de los Estados Partes de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas¹³⁵. El derecho a la preservación de la identidad está relacionado con los derechos que se enumeran en el art.7, desde el mismo momento en el que nacen los niños y las niñas. Se funda en la necesidad de forjarse una identidad, necesaria para garantizar sus derechos y la inscripción del nacimiento en los registros públicos para contar con un nombre y una nacionalidad. El segundo párrafo del art. 8 de la Convención impone el deber a los Estados Partes¹³⁶, para cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar asistencia y protección adecuada en pos de restablecer rápidamente su identidad.

Por lo tanto el Estado está obligado a garantizar la protección del derecho a la identidad personal mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo. Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "F. S. B. c/ G. G. D. s/ Filiación"¹³⁷ al decir que es la propia sociedad la que ha encargado al Estado tanto nacional como provincial, la adopción de medidas expresas, efectivas y acciones positivas, que tiendan a la determinación de la identidad de origen, filiatoria y familiar de los individuos, especialmente de los niños.

¹³⁵ Cfr. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, op. cit., pp. 20-21; Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 130, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021).

¹³⁶ Cfr. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, "Artículo 8", op. cit., p.20-21.

¹³⁷ S.C.P.B.A., "F.S.B. c/ G.G.D. s/ Filiación", 27/8/2008, punto V, p. 19, disponible en <https://bit.ly/3jn9lRp>.

La obligación de los Estados de velar por la aplicación de todos estos derechos fundamentales también fue puesta de sobresalto por la Corte Interamericana de Derechos de Humanos en el caso “Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”¹³⁸, donde la Corte en su decisión consideró que al haber aplicado a las niñas para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño. Constituyéndose un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean de 10 meses de edad y Violeta Bosico de 12 años. Por lo que esta condición llevo a que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y manteniéndose como apátridas, lo que las puso en una condición de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos.

Una persona apátrida no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico político con ningún Estado, por lo tanto la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica. El derecho al nombre consagrado en el art. 18 de la Convención Americana constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, su falta no permite su reconocimiento por la sociedad ni ser registrada ante el Estado; la Corte también ha señalado que dentro del marco del mismo artículo los Estados tienen la obligación no solo de proteger al nombre, sino también de disponer las medidas necesarias para el registro de la persona inmediatamente después de su nacimiento¹³⁹.

Del mismo modo remarcó que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, para lo cual no debe mediar ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia alguna en la decisión de escoger el nombre. Así la persona una vez registrada debe garantizársele la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. Esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia, con la sociedad y el con el Estado, garantías que no fueron respetadas a las niñas Yean y Bosico por la República Dominicana¹⁴⁰.

¹³⁸ Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 166, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

¹³⁹ Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párrs. 178, 182 y 183, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

¹⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 184, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

El Derecho a la Identidad Personal en el Derecho Argentino.

La Constitución Nacional Argentina de 1853 si bien previó disposiciones relacionadas con la protección del derecho a la identidad, como el principio de reserva del art. 19¹⁴¹ y el art. 33¹⁴² de la cláusula de garantía de los derechos no enumerados pero implícitos; recién con la reforma constitucional de 1994 fue cuando se introdujeron elementos de transcendencia, entre ellos la protección a la identidad. Así el art. 43¹⁴³ de la Constitución Nacional de 1994 expresa que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo si es que no existe otro medio judicial más idóneo, cuando todo acto u omisión de alguna autoridad pública o particular, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados o una ley.

El art. 75 inciso 12¹⁴⁴ que permite a través de leyes generales para toda la Nación la obtención de la naturalización y nacionalidad, consagra la protección del derecho a la identidad. El inciso 17 del mismo, que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos garantizando el respeto a su identidad y derechos esenciales. El inciso 19¹⁴⁵ que en aras de proveer lo conducente al desarrollo humano se debe dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural. El inciso 23 que dicta el deber de legislar y promover medidas de acción positiva con el objeto de garantizar la igualdad real de oportunidades, de trato pleno, goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por todos los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentren vigentes, especialmente en relación a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En el art. 75 en su inciso 22¹⁴⁶ se encuentran los instrumentos internacionales constitucionalizados, entre los que se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada anteriormente, su relevancia reviste importancia por considerar a la identidad de las niñas y los niños como uno de los derechos elementales que merecen protección, donde además en ella se encuadra a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

¹⁴¹ Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 19. 1 de mayo de 1853. (Argentina).

¹⁴² Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 33. 1 de mayo de 1853. (Argentina).

¹⁴³ Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 43. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

¹⁴⁴ Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75 inc. 12. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

¹⁴⁵ Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75 inc. 19. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

¹⁴⁶ Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75 inc. 22. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

El derecho a la identidad personal y su protección se ubica entre los derechos fundamentales consagrados en los artículos 19, 33, 43; 75 incisos 12, 17, 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional. Donde se destacan los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Sin lugar a dudas la introducción de los instrumentos internacionales de los derechos humanos, sociales y culturales amplió la protección del derecho a la identidad. Es un eje fundamental como principio garantista en nuestro sistema legal, su transcendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, tanto como en la doctrina y jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo aplica reiteradamente, por el alcance de lo prescripto en el derecho positivo y en particular por imperio de lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra expresamente.

El Derecho a la Identidad Personal y los tipos de filiación según el CCyCN.

Análisis en los supuestos de filiación por naturaleza y adopción.

Cuando se trata de filiación por naturaleza el derecho a tener vínculo filial y a conocer los orígenes, ambos van de la mano. Los niños desarrollan con los progenitores el derecho a conocer sus orígenes determinándose el vínculo filial. Por otro lado la adopción que no se contempló en el Código de Vélez, recién fue incorporada en el ordenamiento jurídico argentino años después¹⁴⁷. De este modo con la incorporación de la adopción a la legislación como fuente de filiación, fue donde el derecho a conocer los orígenes tuvo transcendencia y desarrollo, ya que los dos derechos que en la filiación por naturaleza iban de la mano pasaron a desmembrarse.

Por un lado el vínculo jurídico que se origina con los adoptantes y por el otro el derecho a conocer los orígenes que lo une a la familia biológica. Según el caso particular teniendo en cuenta la situación fáctica y afectiva, el niño o la niña pudo haber tenido con su familia biológica diferentes características en relación al relato o biografía de vida que el derecho no debe anular, muy por el contrario hay un deber jurídico estatal

¹⁴⁷ Cfr. MÉNDEZ, Romina. (agosto de 2016). “El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en Jurisprudencia Argentina 2016, III, 8, *Perrot*, Id SAIJ: DACF160521. (fecha de consulta 19/VII/2021).

que procura el resguardo de toda la información que conforma la identidad del niño o niña. Es decir que el resguardo de su relato de vida es en pos de la protección de la identidad en sus dos dimensiones, tanto estática como dinámica. Así se desprende del CCyCN cuando en el art. 595¹⁴⁸ se menciona como principios generales que rigen en materia de adopción, el respeto por el derecho a la identidad, el previo agotamiento de alguna posibilidad de que el menor permanezca en la familia de origen o ampliada, así como también a conocer sus orígenes, y el derecho a ser oído. En este mismo sentido el art. 596¹⁴⁹ menciona el derecho del adoptado, con edad y grado de madurez suficiente, a conocer todos los datos relativos a sus orígenes.

Sin embargo las nuevas realidades, han ido presentando nuevos panoramas y aristas en el derecho filiatorio, con la necesidad de rever en casos concretos las disposiciones en aras de resguardar derechos fundamentales. El derecho a la identidad personal es invocado constantemente en las nuevas formas de familias. Si se analiza un supuesto en donde un niño en situación de adoptabilidad plena, donde se han agotado las posibilidades de permanencia en su familia de origen, pasa a insertarse en una realidad familiar que en algún momento muta a familia pluriparental, ostentando el menor la vinculación filial pluriparental, es donde su derecho a la identidad se encuentra vulnerado por nuestra legislación interna¹⁵⁰.

Como critica, observamos que si bien el CCyCN establece el derecho a la identidad como principio general, es en materia filiatoria donde se contradice al derecho fundamental, es que el vínculo filial solo contempla la posibilidad de dos vínculos filiales. Para esta apreciación de las nuevas realidades es necesario recordar una vez más que el derecho a la identidad personal presenta una doble dimensión. En su faz estática significa la concepción restrictiva de identificación, referido a las huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros. La identidad en su faz dinámica interfiere y se involucran las relaciones socioafectivas¹⁵¹ que la persona

¹⁴⁸ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 595. Principios generales. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

¹⁴⁹ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 596. Derecho a conocer los orígenes. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

¹⁵⁰ Conforme a la luz de los hechos en el caso donde se otorgó la adopción plena pluriparental, solicitado por un matrimonio guardador original y el marido actual de la solicitante, en donde la niña identifico a ambos hombres como sus padres, Sentencia N° 2 del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

¹⁵¹ Cfr. FACHIN, Luiz E., citado por DIAS, María B. (2009). “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, en *Revista Jurídica UCES*, 83-90, disponible en <https://bit.ly/3ewD74n>, (fecha de consulta 5/7/2021).

va generando y desarrollando a lo largo de todas las etapas de su vida, de este modo se conforma su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural.

Sostenemos que la amplitud del derecho a la identidad en su faz dinámica y el derecho a la filiación pluriparental, están directamente relacionadas con la verdad socioafectiva. Es que la verdadera paternidad o maternidad, no puede ceñirse en la búsqueda de una información puramente biológica, la exigencia se basa en contemplar la concreta relación paterno filial o materno filial, donde madre, padre e hijo se comporten como tales; aquí es donde brota la verdad socioafectiva. Es el rol del padre o madre afectivos desempeñando el rol de padres en la vida del hijo. Así la noción de socioafectividad como lineamiento directriz, debe utilizarse para interpretar a todas las relaciones interpersonales, se posiciona como rupturista del principio del doble vínculo filial y se proclama como la ampliación de derechos y reconocimientos de las consecuencias jurídicas de los lazos afectivos¹⁵². Por lo tanto entendemos que la verdad socioafectiva es un elemento más que compone a la faz dinámica del derecho a la identidad personal.

En este mismo orden de ideas el Comité Jurídico Interamericano afirma que el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana, y en consecuencia es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional, que en su conjunto no admite derogación alguna ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es un derecho que no puede ser reconocido parcialmente o discriminatoriamente¹⁵³. La Suprema Corte de Justicia de la Plata, expresó respecto a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que las mismas no impiden que la ley privilegie según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que incluso puede ser no coincidente con la verdad biológica, o que por el contrario, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suplan carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica¹⁵⁴. La amplitud del derecho a la identidad personal va más allá de los lazos biológicos, en su faz

¹⁵² Cfr. HERRERA, Marisa. (2015), op.cit., p.288.

¹⁵³ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA), agosto de 2007, “Punto V. Naturaleza del Derecho a la Identidad”, CJI/doc.276/07 rev.1, disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf, (fecha de consulta 19/VII/2021).

¹⁵⁴ S.C.J.B.A. La Plata, “Combes, Luis Emilio y Flores, Silvia Edith c/ Arcucci, Osvaldo Miguel y Re, Mariela s/ Reintegro de hija”, 19/02/2002; Menores, familia adoptiva, guarda del menor, derecho a la identidad; Id SAIJ: FA02011127; disponible en <https://bit.ly/3jppi9J>.

dinámica los lazos afectivos cobran relevancia en la vida y construcción del propio relato de la vida o biografía de una persona.

Análisis en los supuestos de filiación por TRHA.

Partiendo del derecho a la identidad personas, las TRHA por lo general son analizadas en torno a las familias pluriparentales que desean tener un hijo y que recurren a las técnicas de reproducción humana de forma casera. Como tercer fuente de filiación presenta otras particularidades, en la reproducción asistida homóloga es cuando el material genético es aportado por la pareja, cuando lo aporta un tercero es heteróloga. Este último exige en la realidad que se contemple el derecho a la identidad en las dos dimensiones, tanto estática como dinámica.

Parte de la doctrina observa que en relación a esta fuente de filiación la afectación es solo a la identidad estática, es decir quiénes son los padres por estar circunscripta al dato genético, por eso es que se refieren con más precisión al derecho a la información¹⁵⁵. De este modo se distingue a la información no identificatoria que permite conocer simple datos genéticos referidos al donante; y la informaron identificatoria que permite conocer el nombre y el apellido del donante. Aun así esta última identificación no conlleva el derecho al vínculo jurídico de filiación, por lo que la TRHA no genera vínculo jurídico con el donante porque ya hay un vínculo jurídico determinado, el que une al niño con quienes prestaron la voluntad procreacional.

En cuanto a la donación de gametos uno de los requisitos del Código de Ética en Reproducción Asistida del SAMeR es que la donación debe ser altruista y anónima¹⁵⁶. En este punto señalamos que la condición de que la donación de gametos sea anónima, restringe el derecho de las personas que quieran establecer su identidad respecto de los que considera sus padres. Esto se presenta principalmente en las parejas que deciden tener un hijo utilizando las técnicas de reproducción humana asistida de forma casera, también llamadas TIC.

Cada vez son más las familias pluriparentales que conciben hijos a través de este modo de inseminación casera, por no contemplarse en la norma la posibilidad de que el tercero donante también manifieste su voluntad procreacional y así pueda establecerse

¹⁵⁵ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; (9 de octubre de 2012), “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en *La Ley*, pp. 1-7, AR/DOC/5149/2012, disponible en <https://bit.ly/3xizHIS>, (fecha de consulta 15/VII/2021)

¹⁵⁶ Cfr. Código de Ética en Reproducción Asistida, “Donación de Gametos. Punto 6”, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (Samer), disponible en <https://bit.ly/3yjtvmBM>, (fecha de consulta 20/V/2021).

un tercer vínculo jurídico filiatorio respecto del hijo y del tercero donante. La niña o el niño nacen, crecen y se desarrollan dentro de la familia pluriparental, sin posibilidad de que su identidad filial pluriparental sea reconocida de forma inmediata y posterior a su nacimiento. Ocasionalmente respecto del hijo o hija como personas sujetos de derechos encuentren un menoscabo a su derecho a la identidad personal.

Recordemos una vez más que la identidad presenta una doble vertiente, la faz estática referida a los datos como ser su nombre y apellido, fecha y lugar de nacimiento y el nombre de sus progenitores entre otros; y la faz dinámica que implica las relaciones socioafectivas que la persona va desarrollando en todas las etapas de su vida, por lo tanto conforma su propia historia y biografía personal. En este punto enlazamos la verdad socioafectiva como un elemento que compone la faz dinámica, que no puede negarse ni reconocerse parcialmente, mucho menos puede discriminarse, por ser un elemento propio del derecho a la identidad.

Es la concreta relación paterna y materna e hijos, donde todos los integrantes de la familia se comportan como tales, sus roles distribuidos y reconocidos recíprocamente originan la verdad socioafectiva, produciéndose la ruptura de la verdad biológica por pasar a ponderar la verdad del afecto familiar. Así el derecho a la identidad personal del hijo o hija se encuentra vulnerado, por no contar con la posibilidad de que su identidad con lo que todo ello significa sea respetada desde el momento de su nacimiento o desde la expresión de voluntad procreacional de sus padres.

Sostenemos que la amplitud del derecho a la identidad en su faz dinámica y el derecho a la filiación pluriparental, están directamente relacionadas con la verdad socioafectiva. Es que la verdadera paternidad o maternidad, no puede ceñirse en la búsqueda de una información puramente biológica, la exigencia se basa en contemplar la concreta relación paterna filial o materna filial, donde madre, padre e hijo se comporten como tales; que como bien mencionamos aquí es donde brota la verdad socioafectiva¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Cfr. VILLAYERDE, María S. (noviembre de 2020). “Identidad y coexistencia de vínculos filiatorios socioafectivos y biológicos”, en *Socioafectividad: Respuesta para un mundo que fluye*, disponible en <https://bit.ly/3ymEwSY>, (fecha de consulta 23/VI/2021); VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y CHAVES, Marianna, (2010), “Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, en *Actualidad Jurídica*, (200), 57-64, disponible en <https://hdl.handle.net/20.500.12724/3289>, (fecha de consulta 23/VII/2021).

Es el rol del padre o madre afectivos desempeñando el rol de padres en la vida del hijo. La noción de socioafectividad como lineamiento directriz que debe utilizarse para interpretar a todas las relaciones interpersonales, se posiciona como rupturista del principio del doble vinculo filial y se proclama como la ampliación de derechos y reconocimientos de las consecuencias jurídicas de los lazos afectivos¹⁵⁸. Por lo tanto entendemos que la verdad socioafectiva es un elemento más que compone a la faz dinámica del derecho a la identidad personal.

En torno a la realidad compleja analizada, algunos países que cuentan con legislación sobre la regla del anonimato de la donación de gametos, comenzaron a cuestionarla en los últimos años. Poniendo de relieve a valores esenciales reconocidos por los derechos humanos como el derecho fundamental de toda persona a no ser privada, por la institución médica o el Estado, del derecho a acceder a la información que le pertenece y más particularmente las referidas a sus orígenes.

Sosteniendo estos argumentos, el requisito absoluto del anonimato de los donantes fue variando en muchos países pasando de un sistema de anonimato rígido a construir una cultura de la donación conformándose posiciones diversas en el derecho comparado¹⁵⁹, donde algunos mantienen y conservan la figura del anonimato, otros no permiten acceder a la identidad pero si a los datos médicos.

Otra postura es el anonimato relativo con la regla y posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas situaciones; por otro lado algunos eliminaron la figura del anonimato del donante consagrando de forma plena el derecho a conocer el propio origen genético.

La postura más adecuada a la luz de los derechos en pugna según nuestro análisis es la aquella llamada doble ventanilla con opción de que el donante de gametos de ambos sexos pueda elegir hacer una donación anónima o no, y la pareja beneficiaria pueda optar entre gametos anónimos o identificables. Desde el enfoque de una familia esto significaría en nuestra normativa interna la llave para que aquellas familias pluriparentales puedan acceder a las TRHA.

¹⁵⁸ Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op.cit., p.288.

¹⁵⁹ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; (9 de octubre de 2012), op. cit., p. 4.

Pero no descansamos en sostener que una persona como sujeto de derecho encuentra un menoscabo a su derecho fundamental a la identidad personal al no reconocerse la amplitud de la identidad en sus vertientes, tanto estática como dinámica. Por lo tanto se produce un detrimento al derecho a la identidad personal por no contemplar en mismo sentido al afecto, verdad afectiva o socioafectividad como fuente de filiación.

CAPITULO VI.

DERECHO A VIVIR EN FAMILIA, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

Postura según la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La importancia de la familia se encuentra consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Preámbulo reconoce la dignidad del hombre que se deriva de su sentido de pertenencia a la familia humana¹⁶⁰. El Preámbulo como parte expositiva que antecede al documento legal, es la exposición de los motivos o considerandos, no forma parte de la norma y no es obligatorio. Sin embargo es un elemento fundamental para comprender e interpretar las intenciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Contiene un complejo y profundo contenido ético, que expresa una concepción determinada de la dignidad y de los valores que la constituyen, de acuerdo con el contexto histórico, político, social, económico y cultural propio de la post segunda Guerra Mundial. Así los redactores de la Declaración en el primer considerando indican que las raíces son la libertad, justicia y paz, que se basan en la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, es decir que es parte de su esencia.

El art. 16 de la Declaración determina a la familia como elemento de la sociedad, natural y fundamental; la tutela de protección de la familia se centra en que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y de su familia, expresando el derecho de todas las personas a la protección de la ley contra ataques o injerencias. Consagrando el derecho tanto de hombres y mujeres a partir de la edad núbil de fundar una familia, sin restricción alguna ya sea por motivos de raza, nacionalidad o religión¹⁶¹. En general la doctrina coincide en que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, aun inclusive las particularidades se pueden presentar de una región a otra dentro de un mismo Estado. Por lo tanto no es posible brindar una sola definición del concepto, sin embargo cuando un grupo de personas es considerado como una familia tanto en la legislación como en la práctica de un Estado, el mismo debe ser objeto de protección que contempla el mencionado artículo de la Declaración; ya sea que se trate de una familia nuclear o extendida, y toda forma de familia así como las parejas no casadas y sus hijos, o padres solteros y sus hijos. Todas son merecedoras de la protección del Estado.

¹⁶⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, 10 de diciembre de 1948.

¹⁶¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16 párr. 1 y 3, 10 de diciembre de 1948.

En principio el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear y de vivir juntos, así la obligación de los Estados Partes será la de adoptar políticas de planificación familiar que no sean discriminatorias ni obligatorias. En el mismo sentido la posibilidad de vivir juntos concierne la adopción de medidas adecuadas, al interior de un Estado y en el caso de ser necesario en cooperación con otros Estados, con la finalidad de asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando sus miembros se encuentren separados por motivos políticos o económicos. Se trata de un derecho fundamental, que al tener en cuenta que el concepto de familia como así el del matrimonio ha cambiado profundamente, no pueden desatenderse para la necesaria adaptación e interpretación correcta de la Declaración¹⁶².

Hace no mucho tiempo el matrimonio que solo podía celebrarse entre personas de diferente sexo, hoy ha cambiado y permite la celebración entre personas de igual sexo. De igual modo se puede observar el avance de la noción de familia, donde en un principio el modelo a seguir era la familia nuclear, mientras que en la actualidad la familia es considerada con un concepto amplio, abarcando a las monoparentales caracterizadas en general por tener al frente a una madre soltera, así como también los matrimonios que deciden no tener hijos, con la observación de que la institución fue creada para regular la reproducción de la especie desde lo jurídico, el parentesco y la herencia. Así el avance de las sociedades muestran como la familia y el instituto que la regula desde el tradicionalismo han mutado readaptándose en razón de sus propias necesidades.

Postura según la Declaración de los Derechos del Niño.

El planteo de las relaciones familiares y su trascendencia en la vida de todas las personas, nos lleva a la Declaración de los Derechos del Niño que en su Preámbulo expresa la consideración y reafirmación de la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, significando el progreso social y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad¹⁶³. Teniendo en cuenta que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas han proclamado que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciadas en ella, consideraron que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de la protección y de los cuidados especiales, tanto así como la protección

¹⁶² Cfr. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, (COPREDEH), 2011, "Artículo 16, Comentario", en *Declaración Universal, Versión comentada*, p. 28, Guatemala, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>.

¹⁶³ Declaración de los Derechos del Niño, Preámbulo, 1959.

legal, incluso antes como después del nacimiento; manifestando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle. Se trata de una necesaria protección especial al niño que se enunció en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño¹⁶⁴, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en su bienestar.

Así la Declaración de los Derechos del Niño con el objetivo de que todas las niñas y niños puedan tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades, en su propio bien y por lo tanto de toda la sociedad, coloca en cabeza de los padres, hombres y mujeres individualmente, mismo modo de las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales, a que sus derechos y libertades sean reconocidos y a que se luche por su observancia a través de medidas legislativas y de otras índoles. A tal fin la Declaración consagra el principio del disfrute del niño de todos los derechos enunciados en ella, y para asegurar el disfrute y resguardo de aquellos los determina mediante los derechos del propio niño o de su familia.

Los mismos deberán ser reconocidos a todos los niños sin excepciones, de ninguna índole, y sin distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. De esta forma la Declaración logra asegurar el cumplimiento y resguardo de los derechos del propio niño, mediante los principios que determina y a través de los derechos de su familia, que a su vez forman parte e integran sus propios derechos¹⁶⁵. Como ser la responsabilidad de los padres en cuanto a la crianza de los hijos, por ser considerado el medio adecuado para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, por la necesidad de amor y comprensión; y en todo caso cuando no sea posible, el crecimiento del niño deberá ser en un ambiente de afecto y seguridad moral y material. Así la sociedad y las autoridades públicas tienen la obligación del especial cuidado de los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

¹⁶⁴ Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 26 de diciembre de 1924.

¹⁶⁵ Declaración de los Derechos del Niño, Principio 6, 1959.

El Derecho a Vivir en Familia es un derecho fundamental.

El derecho a fundar y constituir una familia aparece tutelado en la Declaración de Derechos Humanos como un derecho de los adultos, sin embargo es necesario manifestar la importancia fundamental para los niños de su derecho a tener una familia y el saber que es esa familia con la que tienen derecho a permanecer y de la que debe recibir los cuidados que necesita. Teniendo en cuenta los efectos sociales y jurídicos, se considera familia del niño, titular del derecho a convivir con él, en primer lugar a las personas que le dieron la vida, así la mujer y el hombre que lo concibieron serán sus padres desde la determinación legal de su filiación siendo los responsables de sus cuidados como así también obligados a velar por ellos, alimentarlos, educarlos, brindarles una formación integral, tenerlos en su compañía, representarlos y administrar sus bienes. En este sentido hay que recordar que el concepto de familia de origen ha evolucionado en los últimos tiempos a razón de la aparición de nuevas formas de familia, por lo que el concepto se ha visto modulado considerándola en un sentido amplio e integral.

La prioridad de los padres para desempeñar el rol a su cargo respecto de sus hijos menores y cuidar de ellos, se encuentra reconocida jurídicamente en el ámbito internacional y en la legislación interna. El derecho de los niños a vivir en familia aparece resguardado en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; que en sus disposiciones generales determina su objeto de la protección integral de los derechos para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. De este modo los derechos son asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño¹⁶⁶.

La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en cualquier tipo de acto, ya sea administrativo, judicial o de otra naturaleza, y considerando a los niños como sujetos de derecho, sus derechos y garantías son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. En este mismo orden de ideas la mencionada ley expresa de manera determinante que el principio del interés superior del niño rige entre otras en materia de

¹⁶⁶ Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Disposiciones generales. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

filiación y patria potestad¹⁶⁷. La responsabilidad de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías es prioritariamente de la familia, debiendo los organismos del Estado asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir su responsabilidad de forma adecuada y en igualdad de condiciones¹⁶⁸.

Así como también el derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar, no pudiendo ser estos derechos objetos de injerencias arbitrarias o ilegales. En el ámbito internacional el Principio N° 6 de la Declaración de Derechos del Niño manifiesta la necesidad de que el niño crezca al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, en definitiva consagra el derecho a vivir en familia.

Principios rectores del Derecho a Vivir en Familia.

Introducción.

Como bien plateamos la familia ya no es una sola, existe una pluralidad de familias, todas ellas convergen en un mismo fin. Es por esta razón que al analizar los elementos constitutivos del derecho a vivir en familia, es necesario comprender que la misma al ser el pilar fundamental de la sociedad también es el apoyo esencial para que todo niño, niña o adolescente se desarrolle con el propósito de ser seres capaces de insertarse en la sociedad. Es necesario mencionar nuevamente que la Convención sobre los Derechos del Niño en su Preámbulo expresa que el niño necesita de la protección y de los cuidados especiales por su falta de madurez física y mental, incluso es necesaria la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

A tal fin la Convención menciona las medidas a que los Estados Partes se comprometen en miras de proteger a los niños, lo que implica asegurar su reguardo y cuidado para su bienestar, debiendo todos los organismos competentes cumplir las normas establecidas para cumplir el objetivo. Y no corresponde solo a las autoridades competentes, sino también al resto de la sociedad, con hincapié en los padres y los integrantes de la familia. También consagra un principio mayor, el interés superior del niño, que lleva necesariamente a analizar el derecho a vivir en familia, el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Se tratan de principios y derechos que orientan la

¹⁶⁷ Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 3. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

¹⁶⁸ Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 7. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

necesidad de ampliar las posibilidades de familia que tanto el Estado como la legislación regulan y amparan.

Interés superior del niño.

El interés superior del niño es un principio dinámico, se caracteriza por abarcar diversos temas que a su vez evolucionan, haciendo necesario la determinación según el caso, así requiere adaptarse a la situación de cada uno. Este principio incluye otras disposiciones con el objeto de salvaguardar y garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los niños, sin importar la religión, raza o nacionalidad. Se trata de disposiciones que hacen referencia a las posibles situaciones en donde puede verse involucrado un menor, tales como el incumplimiento de los padres con sus obligaciones, la separación de los mismos, cuando el menor se vea privado o separado de su núcleo familiar, cuando se encuentren sujetos a la adopción o se vulneren sus garantías procesales.

El interés superior del niño comprende todas las disposiciones que tienen la finalidad de salvaguardar y garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos del niño, sin importar raza, religión o nacionalidad. Es por esto que debe ser entendido con una perspectiva sustantiva, jurídica y procedimental. Cuando se deba tomar una decisión donde el objeto sea proteger los derechos de un menor, el principio del interés superior del niño debe ponderar en la toma de las decisiones que se adopten. Se debe tener en cuenta que éstas pueden vulnerar el ejercicio de los derechos del menor por lo que la interpretación de las disposiciones jurídicas deben ser en beneficio del menor, con la consideración de que todas las medidas tomadas durante el procedimiento tiene efectos en los niños¹⁶⁹.

El interés superior del niño tiene raigambre constitucional y además se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño donde en su art. 3 consagra que, en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño¹⁷⁰. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, debiendo tener en cuenta

¹⁶⁹ *Observación General N°14*, sobre “El Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, disponible en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf, (fecha de consulta 10/03/2021).

¹⁷⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3, 2 de septiembre de 1990.

los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, tomándose todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Además los Estados Partes, deberán asegurar que las instituciones, así como también los servicios y establecimientos encargados del cuidado o protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, con especial atención en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal y supervisión adecuada. Así la Convención dispone que toda la estructura del Estado vinculada con el tema de la niñez se debe guiar por el interés superior del niño por ser el principio rector que guía toda la Convención, al estar identificado con todos los derechos establecidos en la misma y en su conjunto, deben primar sobre cualquier consideración de índole cultural o de beneficio colectivo¹⁷¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos mencionó que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es además imperioso. Reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, y en el mismo sentido señala que para asegurar en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la mencionada Convención establece que los mismos requieren de cuidados especiales y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir medidas especiales de protección¹⁷².

En nuestro derecho interno el art. 3 de la Ley N° 26.061 define al interés superior del niño, niña y adolescente, entendiéndola como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley¹⁷³. Imponiendo el deber de respetar su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; así como

¹⁷¹ Cfr. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, “Artículo 3, Comentario”, en *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Versión comentada*, pp. 19-20, Guatemala, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28143.pdf>.

¹⁷² Cfr. Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, párr. 108, publicado en <https://bit.ly/3zyQlXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

¹⁷³ Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 3 Interés Superior. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

también su centro de vida. El principio del interés superior del niño rige en materia de patria potestad, filiación, restitución del niño, niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia que se vincule a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Señalado además que en caso de existir conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños o adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros.

Tal es así que afirmamos, que el derecho a vivir en familia y el interés superior del niño son guías fundamentales en el desarrollo integral del niño, en cada una de las etapas de su vida. El fundamento se debe a que el derecho a vivir en familia se identifica con el derecho a la identidad personal, en cuanto a la posibilidad de construir la propia historia de vida a través de las relaciones afectivas familiares, pues el interés superior del niño garantiza la concepción del mismo como titular de derechos, con su dignidad y sus necesidades especiales de protección.

En mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que el principio del interés superior del niño opera como una garantía en relación a las decisiones que supongan alguna limitación a los derechos del niño, de tal modo que, para que la limitación sea legítima es necesario que esté fundamentada en el interés superior del niño. Así toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe ser ponderando no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña¹⁷⁴. Por lo tanto se debe tomar en cuenta el interés superior del mismo y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia¹⁷⁵.

Al respecto la Corte reiteró que se trata de un principio regulador de los derechos del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,

¹⁷⁴ Cfr. Corte I.D.H. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 61, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021) y Corte I.D.H., *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 45, publicado en <https://bit.ly/2WACdhw>, (fecha de consulta 20-VI- 2021).

¹⁷⁵ Cfr. Corte I.D.H. en *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 48, publicado en <https://bit.ly/2WACdhw>, (fecha de consulta 20-VI- 2021); *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 126, publicado en <https://bit.ly/3kC3ubq>, (fecha de consulta 10-VI- 2021) y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 65, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹⁷⁶. También ha establecido que el interés superior del niño es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde cuya prevalencia debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención Americana cuando el caso se refiera a menores de edad¹⁷⁷.

El Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente y su influencia en el Derecho a la Vivir en Familia.

De lo analizado surge que el derecho a vivir en familia es un derecho fundamental, para adultos y en especial reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes. El ordenamiento jurídico como regulador de la protección de menores establece como criterio la permanencia de aquellos con su familia siempre que esto sea posible y la limitación a las separaciones de los niños, niñas y adolescentes de su entorno a los casos en que se considere estrictamente necesario. Así se evidencia la conformación de un principio jurídicamente reconocido, de que los hijos únicamente no vivirán con sus padres cuando decante del interés superior del niño como la opción más aconsejable.

El interés superior de niño aparece de forma transversal en materia de filiación y patria potestad, en la vida privada e intimidad de y en la vida familiar, entendiendo que el interés superior de los menores se apoya en el derecho a vivir en familia, en principio bajo la responsabilidad de sus padres, significando el derecho de crecer en un entorno donde sea cuidado, alimentado, educado, procurando su formación integral, siendo la responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto. A partir de esta postura es que la prioridad de la satisfacción de las necesidades del niño y el cuidado parental, teniendo en cuenta el enunciado que reza el art. 6 de la Declaración, nos lleva al claro entendimiento de que los niños vivirán con su familia siempre que sea posible, pero vivan o no con su familia, deben tener garantizado por sobre todo lo demás, el crecimiento integral en un ámbito afectuoso y seguro.

¹⁷⁶ Cfr. Corte I.D.H. en *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 49, publicado en <https://bit.ly/2WACdhw>, (fecha de consulta 20-VI- 2021).

¹⁷⁷ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 134, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf, (fecha de consulta 05-VI- 2021).

De modo que el derecho a vivir en familia, no solo comprende los lazos de la familia biológica, es decir a los padres biológicos, así los instrumentos incorporan de forma asertiva al afecto, por comprender la importancia vital y la seguridad tanto material como moral para los niños en su desarrollo integral y en todas las etapas de su crecimiento. El elemento afectivo que forma parte de las relaciones de familia cada vez más presentes en la actualidad, es trascendental, porque va más allá de los vínculos biológicos e incluso los genéticos. Significa la ruptura de estructuras tradicionales que dan paso a nuevas formas de familias, cabe recordar que las familias pluriparentales donde los roles están reconocidos de forma recíprocas se basan en el afecto y la voluntad, hoy en día cada vez más pugnan por su reconocimiento del derecho de vivir en familia. Donde los adultos desempeñan sus roles de padres y madres, con la voluntad manifiesta exteriorizada a través del ejercicio de funciones siendo padre y madre, de participar de la crianza y afecto de los hijos.

Sostenemos que el derecho a vivir en familia de las niñas, niños y adolescentes, que se basa en la prioridad de la satisfacción de sus necesidades sobre el cuidado parental y en la garantía de que su crecimiento debe ser un ámbito afectuoso y seguro, se enlaza con el derecho a la identidad personal. Para comprender su relación es necesario repasar que el derecho a la identidad presenta dos vertientes, la faz estática y la faz dinámica. La primera comprende entre otros, los datos relativos identificatorios, como ser el nombre, la nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento y el nombre de sus progenitores. La segunda se corresponde a las relaciones socioafectivas que las personas van desarrollando en todas las etapas de su vida, conformando su propia historia y biografía personal. Así la verdad socioafectiva es un elemento que compone a la faz dinámica del derecho a la identidad y por lo tanto no puede negarse ni reconocerse parcialmente, mucho menos discriminarse.

El derecho a vivir en familia es alcanzado por el derecho a la identidad, caracterizado por su complejidad al abarcar derechos correlacionados. Por lo tanto es más que evidente que el primero, es garantizado por el derecho a la identidad, y lo eleva en misma línea de jerarquía junto al derecho a conocer la propia historia filial y al vínculo filial socioafectivo, el desplazamiento de tal derecho produce un menoscabo y ruptura de la identidad de la persona, sus vínculos familiares y su historia personal¹⁷⁸. Nos lleva a plantear que el derecho al vínculo filial pluriparental es tutelado por el

¹⁷⁸ Cfr. Interpretación de la sentencia de la Corte I.D.H. en el *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 146, disponible en <https://bit.ly/3Bm6OOp>, (fecha de consulta 05-VI- 2021).

derecho a vivir en familia en tanto es un derecho correlacionado del derecho a la identidad personal. Los mismos son asegurados por su máxima exigibilidad, para todas las personas en todas las etapas de su vida, con especial tratamiento para los menores por estar sustentado en el principio del interés superior del niño.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación.

El derecho de toda persona a la igualdad y no discriminación es ampliamente reconocido en diversos instrumentos internacionales¹⁷⁹ y posee raigambre constitucional al estar previsto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina. El mandato de igualdad ante la ley y las obligaciones del Estado en materia de no discriminación exigen la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para la eliminación. Así el art. 73 inc. 23 de nuestra Constitución Nacional dispone de forma expresa que el Congreso debe sancionar leyes que establezcan acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos en particular de los niños, las mujeres, las personas ancianas y las personas con discapacidad.

La Convención Americana al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de discriminación. Tal es así que tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el art. 1.1. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha definido la discriminación como, toda distinción, exclusión, restricción, preferencia basados en determinados motivos, ya sea de raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, donde el objeto o resultado sea anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio,

¹⁷⁹ Entre los instrumentos de protección de derechos humanos vigentes en nuestro país podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹⁸⁰.

La Declaración Americana en su art. 2 menciona que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos consagrados en la declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna¹⁸¹. Por su parte la Convención Americana en su art. 1 establece la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, como así también a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna ya sea por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; y el art. 24 consagra la igualdad ante la ley, de todas las personas y en consecuencia tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley¹⁸².

El principio de igualdad y no discriminación es considerado un principio básico y general de la protección de los derechos humanos. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano, considerado inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda aquella situación que por considerar inferior a un grupo determinado, se conduzca a tratarlo de forma hostil o de cualquier manera que lo discrimine del goce de sus derechos. El principio de igualdad es uno de los principios rectores de todo el derecho internacional de los derechos humanos, es el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, a no recibir un trato discriminatorio y a que el Estado promueva todas las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Ocupando un lugar central en todo el corpus iuris internacional dado que se trata de un presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de todos los derechos humanos¹⁸³.

Al respecto se ha mencionado que sobre el principio de igualdad, el deber de igual protección ante la ley y no discriminación, descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, pues se trata de un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. No admitiéndose ningún acto jurídico que entre en

¹⁸⁰ Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, párr. 81, publicado en <https://bit.ly/3zyQlXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

¹⁸¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. II. Derecho de igualdad ante la ley, 9 de abril de 1948.

¹⁸² Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos; Art. 24. Igualdad ante la ley.

¹⁸³ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17, párr. 45, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

conflicto con dicho principio fundamental, tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de raza, género, color, idioma, religión o convicción, opiniones, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Así este principio fundamental de igualdad y no discriminación, forma parte del derecho internacional general y en la actual etapa de la evolución del derecho internacional ha ingresado en el dominio del *ius cogens*¹⁸⁴.

Así la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado reiteradamente respecto del mencionado principio que constituye un eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos, estableciendo que el mismo acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares¹⁸⁵. El principio de igualdad y no discriminación obliga a los Estados a garantizar el derecho a vivir en familia, de esta forma el mismo es resguardado y tutelado por los instrumentos internacionales, debido a que la noción de igualdad decanta de forma directa de la unidad de naturaleza del género humano por ser inseparable de la dignidad esencial de la persona.

La protección del derecho a vivir en familia, lleva a que considerar inaceptable toda situación que conduzca a tratar de forma hostil o discriminatoria a toda persona en el ejercicio y goce de sus derechos de vivir en familia. Presentada una situación de menoscabo a una persona y a su familia quedaría constituida una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, de esto modo la

¹⁸⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N°. 18, párr. 101, publicado en <https://bit.ly/3kRqnI7>, (fecha de consulta 10-VI- 2021). El origen y noción de *ius cogens* estaba ya contenida en el Derecho romano, fue acogida por los preceptos cristianos y el Derecho Canónico, posteriormente trasmutada en el “Derecho de Gentes necesario” de la escuela clásica del Derecho natural: “ Desde que este Derecho no está sujeto a cambios y las obligaciones que impone son necesarias e indispensables, las naciones no pueden alterarlas por convenio individual ni eximirse mutuamente de ellas”, Cfr. PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Origen de las normas de *ius cogens* a nivel internacional”, en *Las normas de *ius cogens* ¿Fenómeno exclusivamente universal también eventualmente regional?*, 2020, p.308, disponible en <https://bit.ly/3joFOaW>, (fecha de consulta 23/08/2021). A su vez la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fue el primer instrumento jurídico que por primera vez aludió a la existencia de las normas imperativas de derecho internacional general, es decir *ius cogens*, cuando en su art. 53 señala: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”, Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

¹⁸⁵ Corte I.D.H., *Karen Atala e hijas Vs. Chile*, Sentencia 17 de septiembre de 2010, párr. 74, publicado en <https://bit.ly/3mN9Abw>, (fecha de consulta 24/VIII/2021).

concepción positiva es la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de serlos¹⁸⁶.

Afirmamos que el derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar, que no puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales; al sufrir una diferencia de trato discriminatoria cuando la misma no tiene justificación objetiva y razonable, es decir cuando no se persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable entre los medios utilizados y el fin perseguido, ocasiona un supuesto de trato desigual ante la ley y una discriminación hacia las personas que en el ejercicio de sus derechos desean vivir en familia. El trato desigual y discriminatorio es inaceptable, cabe recordar que el principio de igualdad y no discriminación, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares, debiendo ser el faro de luz y eje guía en todas las decisiones en los conflictos y reclamos relacionados al derecho de vivir en familia, por tratarse de un principio fundamental considerado en la época actual *ius cogens*.

¹⁸⁶ Corte I.D.H., *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 267, publicado en <https://bit.ly/3kC3ubq>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

CAPITULO VII.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE FAMILIA.

Derecho Constitucional de Familia.

Base constitucional argentina.

La última reforma constitucional de 1994 contiene en el art. 75, inc. 22, significando uno de sus principales aciertos, la jerarquización constitucional de varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos. De este modo se amplió el plexo normativo supremo, extendido a la luz de la construcción teórico-práctico que desde la Teoría Constitucional se hace en torno al llamado, bloque de la constitucionalidad federal y el congruente control judicial de constitucionalidad difuso¹⁸⁷.

Así la norma constitucional de base que fue introducida por la reforma de 1994 quedó establecida por el art. 75, inc. 22 reza, haciendo mención a las competencias del congreso que el mismo deberá:

“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

¹⁸⁷ Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op. cit., p.6.

De este modo el art. 75, inc. 22, sienta como principio general el de la suprallegalidad de los tratados internacionales de toda clase, es decir que los tratados prevalecen sobre las leyes, con la excepción y de conformidad al viejo art. 27 de que los tratados están por debajo de la constitución pero por encima de las leyes y de todo el derecho interno. La suprallegalidad de los tratados internacionales significa el abandono de la jurisprudencia de la Corte Suprema vigente hasta 1992, donde no se reconocía el rango suprallegal de aquellos. Así la excepción para los tratados de derechos humanos se instaure en el art. 75, inc. 22, donde directamente se erige la jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos enumerándolos de forma específica, donde además prevé que otros tratados de derechos humanos también podrán alcanzar la jerarquía constitucional a través de un procedimiento especial. Los tratados no forman parte del texto de la Constitución quedando fuera de él, y en el bloque de constitucionalidad federal, compartiendo la misma supremacía con la Constitución, es decir que no son infraconstitucionales¹⁸⁸.

A partir de la última reforma de nuestra constitución nacional, el bloque de la constitucionalidad federal, al que se encuentran sometidas las leyes infra constitucionales se integra por; la Constitución Nacional; los tratados con jerarquía constitucional tanto originaria como derivada, las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH; donde conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su disposición del art. 27, el incumplimiento de las normativas internacionales provoca la responsabilidad correspondiente en el ámbito internacional¹⁸⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha defendido la superioridad de este bloque en varias oportunidades. En el primer caso donde se asentó doctrina fue en el caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, donde sostuvo que:

”La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo,

¹⁸⁸ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., (2004), “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Compiladores ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, Editores del Puerto, p.p. 77-78, disponible en <https://bit.ly/3DOHYJa>, (fecha de consulta 30/08/2021).

¹⁸⁹ Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op. cit. p. 6.

significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse”¹⁹⁰.

En cuanto a la obligación de un Estado con otro, cuando ratifica un tratado, respecto de la Nación y la obligación de que los órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen, expresó:

“Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”¹⁹¹.

En el segundo caso “Girolidi” la Corte sostuvo que:

“La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75 inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los caso relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.¹⁹²

¹⁹⁰ C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, Consid. 16, (07/07/1992), <https://bit.ly/3l2TCYr>.

¹⁹¹ C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, Considerando 18 y 20, (07/07/1992), <https://bit.ly/3l2TCYr>

¹⁹² C.S.J.N., “Girolidi, Horacio D. y Otro”, Consid. 11, (07/04/1995).

El en tercer caso “Mazzeo”, la Corte fue mucho más eficaz al referirse respecto de la fuerza y peso de la jurisprudencia regional como intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH, importando una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁹³; valoración que se extiende a las Recomendaciones y Opiniones Consultivas que emanan de la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos.

La doctrina ha mencionado que el derecho internacional de los derechos humanos portan características que lo distinguen del derecho internacional común, general, o clásico. Esto se debe a que si bien responden a la tipología de los tratados internacionales, aquellos tienen como finalidad el obligar a los Estados Partes a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas. El deber hacia adentro de los Estados implica compromiso y responsabilidad internacional, donde cada miembro deber respetar en los ámbitos internos los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado Parte. Esto llevó al planteamiento de que la persona humana es un sujeto investido de personalidad internacional, así como también en cuanto a que los derechos humanos ya no son de jurisdicción exclusiva o reservada de los Estados, la misma no es sustraída al Estado, pero pertenece a una jurisdicción concurrente o compartida entre el Estado y la jurisdicción internacional¹⁹⁴.

El control de constitucionalidad argentino.

El control de constitucionalidad tiene como función el realizar una comparación entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, estableciendo que la primera debe prevalecer por sobre las demás. Argentina recepta este régimen de control de constitucionalidad difuso, donde se habilita a los jueces de todas las instancias, tanto provinciales como nacionales, a declarar la inconstitucionalidad de una normativa ante un conflicto particular y con efecto

¹⁹³ C.S.J.N., “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, consid. 20, (13/07/2007), <https://bit.ly/3DTRsTF>.

¹⁹⁴ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., (2004), op. cit., p. 78.

circunscripto en esa contienda, siendo que el mismo sea a pedido de parte o de oficio según el desarrollo jurisprudencial más actual¹⁹⁵.

El primer antecedente del control de constitucionalidad data de un leading case de la Corte Norteamericana del año 1803 caratulado “Marbury V. Madison”¹⁹⁶, donde el juez expresó:

”Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero sí en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”.

Allí la Corte Suprema de EE.UU y la doctrina que desarrolló el juez Marshall reivindicó la facultad de los magistrados judiciales de controlar la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos políticos del gobierno, estableciendo como bases del control difuso de constitucionalidad a la necesidad de legitimación activa y la vía incidental, indirecta o de excepción. De este modo el objeto del juicio no es la declaración de inconstitucionalidad, sino que la misma surge de manera incidental o indirecta como el fin de correr un obstáculo a la pretensión o a la defensa articulada para alguna de las partes.

Todo sistema de control de constitucionalidad tiene como objeto el de cotejar las leyes o actos emanados de los poderes públicos o de particulares con la Constitución, para así proteger su supremacía. El sistema constitucional argentino tuvo como fuente principal el derecho norteamericano y no escatimó en el otorgamiento de la atribución judicial de control la constitucionalidad de las leyes. Este control fue conceptualizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo de 1865¹⁹⁷ al mencionar:

”Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos

¹⁹⁵ Cfr. PITTIER, Lautaro. (2016). “Control de convencionalidad en Argentina”, en *Revista IIDH*, Vol. 64, 162-187, publicado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36279.pdf>, (fecha de consulta 23/08/2021).

¹⁹⁶ “Marbury v. Madison (U.S. (1 Cranch) 137, 1803), citado por GUADAGNOLI, Romina S., en “Análisis del sistema de control constitucional argentino”, disponible en www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DAF130342, (fecha de consulta 20/08/2021).

¹⁹⁷ C.S.J.N., “Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación”, Fallos 3:131, (03/05/1865), Id SAIJ: FA65000009.

que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.

En nuestro país el sistema encargado de la revisión de constitucionalidad a nivel nacional posee diversas características. Es difuso por corresponder a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones, nacional o provinciales, aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ejerce de forma particular como tribunal de garantías constitucionales¹⁹⁸. Es reparador en cuanto a las normas debido a que no hay control de constitucionalidad anterior a la sanción de una ley, pero es mixto siendo reparador o preventivo en relación a los hechos y actos.

Requiere de una causa judicial, es decir que los jueces solo podrán resolver controversias de derechos y no así realizar declaraciones generales sobre la validez constitucional de una norma¹⁹⁹. Puede ser realizado a petición de parte o de oficio. Requiere de un interés legítimo, donde la norma cuestionada debe ser inevitable en la aplicación para resolver el caso y su utilidad debe lesionar en forma directa y real un derecho legítimo del interesado²⁰⁰.

El sistema de control de constitucionalidad también se caracteriza por recaer sobre normas jurídicas generales o particulares, abarcando normas generales o individuales de todo tipo, ya sean leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones ministeriales, constituciones provinciales, normas locales, entre otras. Es decisorio, es decir que las resoluciones judiciales en materia de análisis de constitucionalidad son obligatorias. Por otro lado es dable señalar que lo resuelto se ciñe al caso concreto, la decisión en una causa se aplica solo a ella, sin derogar la norma, en la declaración de inconstitucionalidad parcial de una ley el resto de ella permanece inalterable.

¹⁹⁸ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán. (2003), *Manual de la Constitución reformada*, (4ª reimp.), Bs. As., Ediar, T. 1, p. 359.

¹⁹⁹ Cfr. BADENI, Gregorio. (2006), *Tratado de derecho constitucional*, (2ª ed.), Bs. As., La Ley, p. 297.

²⁰⁰ Cfr. BADENI, Gregorio. (2006), *Tratado de derecho constitucional*, (2ª ed.), Bs. As., La Ley, pp. 303-304.

Derecho Constitucional / Convencional de Familia.

El impacto en el Derecho de las Familias en Argentina.

Los cambios esenciales que ha observado el Derecho de familia por la obligada doctrina internacional de Derechos Humanos han dado lugar al surgimiento del llamado derecho constitucional/convencional de familia, llevando a que los legisladores y jueces, deban ajustarse al sancionar y aplicar las leyes, es decir que no pueden decidir según su discrecional criterio, aunque el mismo represente al pensamiento o deseo absoluto de las mayorías²⁰¹. De este modo y ante cualquier creencia o convicción se instituye el límite insoslayable que representan los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, universales e inalienables, que se dirigen hacia el desarrollo en pos de reflejar la pluralidad de la sociedad abierta tal como lo es en la realidad actual.

Herrera al referirse a la incidencia del derecho constitucional/convencional focaliza su impacto en el derecho de las familias, en plural, con el objeto de poner de resalto como ha sido receptado en el ordenamiento jurídico argentino que ostenta modificaciones sustanciales en este ámbito del derecho. Es por esto que menciona que la constitucionalización del derecho civil, produciendo efectos con mayor o menor fuerza, en los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, interroga profundamente la regulación del derecho de familia, señalando nuevamente que es más preciso hablar del derecho de las familias, en consonancia con la obligada mirada constitucional/convencional en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un lugar central²⁰².

Base convencional regional.

El derecho civil argentino muestra una evolución estructural desde hace varios años, apoyada en la doctrina internacional de los derechos humanos, por la decisión de colocar a los derechos humanos como el centro jurídico a través de la firme construcción teórica- práctica. Este paradigma se sustenta en los pilares fundamentales destacándose a la superioridad normativa de la Constitución y los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, y su consecuente condicionamiento

²⁰¹Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María V.; HERRERA, Marisa. (2006), en *Derecho Constitucional de Familia*, T. II, Ediar, Bs. As., pp. 21 y 22.

²⁰²Cfr. HERRERA, Marisa. (2020), "Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino", en *La Constitucionalización del Derecho de Familia – Perspectivas comparadas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 52, disponible en <https://bit.ly/2WW8eQM>, (fecha de consulta 29/08/2021).

normativo en los demás niveles normativos inferiores²⁰³. La evolución se refleja en la conformación del bloque de la constitucionalidad federal integrada por las decisiones consultivas y jurisdiccionales de la máxima instancia judicial regional que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰⁴. Y en la profundización de las nociones de interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos; la interacción entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Dentro de este contexto se debe subrayar que la Corte IDH desde sus comienzos en 1979 emitió opiniones consultivas, comenzando su papel jurisdiccional en 1987, abocándose a los delitos de lesa humanidad, donde la responsabilidad de los Estados Partes se centraba en el derecho penal humanitario, por estar inmiscuidas restricciones a la vida, la libertad y la dignidad. Así se ha expresado que 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, como ser los 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 internacional²⁰⁵.

En cuanto a la base convencional regional estas opiniones consultivas hacen recordar el compromiso jurídico que se deriva de la ratificación de un tratado internacional, conocido como el principio *pacta sunt servanda* y su responsabilidad internacional según la manda del art. 27 del Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados, así se ha expresado en la Opinión Consultiva N° 26 al mencionar que:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta

²⁰³ Cfr. DESCALZI, José P., (10 de agosto de 2017), “Neoconstitucionalismo, Racionalidad decisoria y Multiculturalismo”, *La Ley*, 1-18, disponible en <http://bit.ly/2lr6dKf>, (fecha de consulta 30/08/2021).

²⁰⁴ Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, (03 de abril de 2017), “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *La Ley*, Tomo 2017-B, N°63, 1-12, Cita Online: AR/DOC/856/2017.

²⁰⁵ Cfr. CHAPARRO, Andrea. (18 de junio de 2013), “Diego García-Sayán, presidente de la Corte IDH: “La Corte, como los toreros, tiene que torear lo que salga y resolver los temas que vengan”, *El Mercurio*, 5, disponible en <https://bit.ly/3h4XtDe>, (fecha de consulta 01/09/2021).

Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena, aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”.²⁰⁶

En relación al tema de interés se destacan la Opinión Consultiva N° 17 sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”²⁰⁷, la N° 18 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”²⁰⁸, la N° 21 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”²⁰⁹ donde se sostiene directamente relacionado al art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre protección de la familia que la definición de familia no debe ser restringida por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, donde también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, mencionando como algunos ejemplo de la posible familia extensa a los tíos, primos y abuelos, siempre que tengan lazos cercanos personales, y la N° 24 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”²¹⁰ donde se plantean cuestiones relevantes para el derecho de las familias contemporáneas, demostrando y reafirmando la noción de familia en el sentido plural.

El control de convencionalidad argentino.

El control de convencionalidad es la concordancia que realizan los jueces, de las normas de derecho interno vigentes de cada país subscriptos a la Convención Americana de Derechos Humanos y el mismo instrumento supranacional. Tiene como objeto establecer si la norma que está siendo puesta en revisión se adecua a lo establecido por la Convención de Derechos Humanos, es decir si la misma resulta convencional o no. Si resultara ser anticonvencional el efecto que la misma trae es su invalidez, determinando su inaplicabilidad, incluso si se tratara de la propia Constitución Nacional.

²⁰⁶ Corte I.D.H., *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC-26/20, de 09 de noviembre de 2020, párrs. 53; 73, cita 106; 152 y 160, disponible en <https://bit.ly/2YymfoP>, (fecha de consulta 31/08/2021).

²⁰⁷ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10- VI- 2021).

²⁰⁸ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N°. 18, publicado en <https://bit.ly/3kRqnI7>, (fecha de consulta 10-VI- 2021)

²⁰⁹ Corte IDH., *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, disponible en <https://bit.ly/3tk0x2Z>, (fecha de consulta 15/VII/2021).

²¹⁰ Corte I.D.H., *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC- 24/17, de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, disponible en <https://bit.ly/2X0dG5F>, (fecha de consulta 15/08/2021).

El control debe realizarse teniendo en cuenta las cláusulas de la Convención Americana de Derechos Humanos y las interpretaciones que de ella ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias y opiniones consultivas. De este modo el control de convencionalidad desempeña un doble rol, por un lado impone la obligación a los jueces de inaplicar las normas internas, incluso las constitucionales que resulten opuestas al Pacto o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre y la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte IDH; y por otra lado obliga a realizar la interpretación del derecho doméstico conforme al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Se trata de la interpretación armonizante o adaptativa del derecho local con el Pacto, y la exégesis dada al Pacto por la Corte. La misma es la guía para desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido instrumento y a su entendimiento de la Corte Interamericana²¹¹.

La Corte Suprema de la Nación y los Tribunales inferiores vienen desarrollando el control de convencionalidad incluso antes de la reforma constitucional, así puede mencionarse brevemente al caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales, al subrayar que la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH²¹².

En 1994 con la reforma constitucional donde se incluyeron a la Constitución Nacional los tratados internacionales de derechos humanos pasaron a tener igual jerarquía que la propia Carta Magna, conformándose el bloque constitucional. En 1998 la Corte Suprema de Justicia de la Nación realiza un retroceso en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de la Corte IDH, cuando sostuvo que la jurisprudencia no podrá afectar la cosa juzgada a nivel local²¹³.

Hacia el año 2004 con la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se inicia una nueva etapa de reconocimiento de la jurisprudencia internacional, marcando el punto de partida con el caso “Esposito” donde la Corte

²¹¹ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Notas esenciales de su “Control de Convencionalidad”, en *El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*, pp. 421- 426, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27778.pdf>, (fecha de consulta 01/09/2021).

²¹² C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, consid. 21, (07/07/1992), <https://bit.ly/3l2TCYr>.

²¹³ C.S.J.N., “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, (28/12/1998), consid. 6, disponible en <https://bit.ly/3jOH9YN>.

sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de todos los deberes y obligaciones que derivan de la CADH²¹⁴.

En el mismo sentido en el caso “Mazzeo” cuando la Corte confirmó que la doctrina que establece el deber del poder judicial de ejercer una especie de control de convencionalidad, para tal fin no solo debe tener en cuenta a la CADH sino también a la interpretación que haya realizado la propia Corte IDH²¹⁵.

Impacto del Derecho Constitucional / Convencional de Familia en el CCyCN.

La visión constitucionalizada del Derecho privado que presenta los Fundamentos del Anteproyecto del CCyCN se plasma en los principios pilares de todo el régimen, como ser el principio de autonomía, libertad, no discriminación e igualdad. El traslado de éstos al derecho de familia se corresponde con la nueva magnitud de esta disciplina desde la Reforma Constitucional de 1994, al avanzar con la regulación de los institutos tomando como punto de partida a la protección de la persona y sus derechos entendiendo que se desenvuelve dentro de un marco dinámico, tanto familiar como social. Así el proceso de constitucionalización del Derecho de familia es el hilo conductor de la reforma del Código, donde el foco de protección se trasladó de la familia como organismo a la persona como titular del derecho a vivir en familia.

En los Aspectos Valorativos del Anteproyecto se describen la base sobre la cual se apoyan los profundos cambios presentados en el CCyCN. Afirmando que se trata de un código latinoamericano y no tanto de raíz europea. Se observa el señalamiento de que la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado, en cambio el Anteproyecto toma en especial consideración los tratados en general, particularmente los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este sentido el texto realiza una profunda innovación al receptar la constitucionalización del derecho privado, y dispone una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la doctrina jurídica argentina.

²¹⁴ C.S.J.N., “Espósito Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, (23/12/2004), consid. 6, 7 y 8, Id SAIJ: FA04000202, 8 fecha de consulta 20/08/2021).

²¹⁵ C.S.J.N., “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, (13/07/2007), <https://bit.ly/3DTRsTF>.

La innovación del Código puede observarse en casi todos los campos, entre otros los referidos a 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 y de los consumidores. Evidencia una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, agregando que para poder entender la relevante importancia de la lógica de las normas que regulan las relaciones de familia, el mismo se presenta como un Código para una sociedad multicultural, con resalto en las grandes transformaciones que se observan en este campo del derecho. Se trata de una afirmación en materia de familia donde se han adoptado decisiones importantes con el objeto de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden desatender.

Quienes han intervenido en el proceso de elaboración del Proyecto manifestaron en relación al Derecho de familia, la propuesta de captar en sus enunciados aquellos cambios que se lograron en forma progresiva y que se afianzaron con solidez desde la reforma de la nuestra carta magna en 1994²¹⁶. Y con la postura de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista en la que dialogan distintas formas y visiones que el legislador no puede pasar por alto. Tal es así, que algunas de sus importantes incorporaciones son de normas relativas a la filiación que tiene en cuenta la fecundación in vitro, como así también la regulación de las uniones convivenciales considerado un fenómeno social cada vez más presente, la valoración de la participación de niñas, niños y adolescentes en todas las cuestiones que los comprenda y la amplitud de los legitimados activos en las acciones de filiación matrimonial.

De este modo se afirma que en el campo de las relaciones de familia el CCyCN se ha presentado y significa una innovación acorde a las nuevas realidades sociales. Se debe a que el Derecho de familia exige tomar una actitud tolerante y receptora de los cambios continuos de esta sociedad postmoderna, anteponiendo la protección de la persona en su unicidad y en su relación con los demás. Es el resultado del desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional de familia, traducido como las grandes tensiones que la doctrina internacional de los Derechos Humanos se ha encargado de abordar, demostrando que ciertos vacíos legislativos o normativas infra constitucionales rígidas y cerradas eran absolutamente contrarias a los principios fundamentales, como ser el de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía

²¹⁶ Cfr. KRASNOW, Adriana N., (2014), “El Derecho de Familia en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2021 en Argentina”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 1, pp. 315- 349, disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n1/art15.pdf>, (fecha de consulta 26/08/2021).

personal, como mención a modo de ejemplo de algunos principios a los que se ha apelado con mayor reiteración para la declaración de inconstitucionalidad de una norma del Derecho de Familia²¹⁷.

²¹⁷ Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op. cit., p. 10.

CAPITULO VIII.

INCONSTITUCIONALIDAD Y ANTICONVENCIONALIDAD DEL ART. 558 DEL CCYCN.

Introducción.

La falta del reconocimiento del derecho al vínculo pluriparental a una persona, lesiona derechos fundamentales que van de la mano. Los derechos comprometidos son varios y de conformidad con la interdependencia de los derechos humanos y a los fines de en robustecer la argumentación en favor de la inconstitucionalidad de la disposición, que impone el binarismo filial, mencionamos que los derechos afectados son: la identidad personal; el nombre; la integridad personal; la libertad de pensamiento y de expresión; a la vida familiar, igualdad y a la no discriminación; la personalidad jurídica y la dignidad.

Argumentación y derechos involucrados.

El planteamiento de la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyCN surge debido a que se produce una afectación a una serie de derechos correlacionados. Las argumentaciones que lo fundamentan son las siguientes:

~ En primer lugar afirmamos que el art. 558 del CCyCN representa la imposibilidad de poder contar con el derecho al vínculo filial pluriparental, y por lo tanto lesiona el derecho a la identidad personal. Todo el planteamiento se sienta sobre los cimientos estudiados ampliamente por la doctrina y a lo largo de la presente, respecto de que la socioafectividad tiene gran incidencia en el derecho filial. El mismo establece una relación inseparable entre una persona y su propia vida identificada y vivida, colocando al principio de la regla del doble vínculo filial del art. 558 del CCyCN en crisis²¹⁸.

En este sentido cabe recordar que la identidad presenta una doble vertiente, por un lado la faz estática, referida a los datos como el nombre, apellido, fecha y lugar de nacimiento y el nombre de sus progenitores, entre otros; y la faz dinámica que implica

²¹⁸ Conf. Herrera, Marisa, "La noción de socio afectividad como elemento 'rupturista' del Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, nro. 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, citada por VERA BESCÓS, Inés y SILVA, Sabrina, (15 de marzo de 2016), "Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial", en *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (7), 1-4, disponible en <https://bit.ly/3e0OtNC>, (fecha de consulta 26/06/2021).

las relaciones socioafectivas que la persona va desarrollando en todas las etapas de su vida, por lo tanto conforma su propia historia y biografía personal. Con estas observaciones es que enlazamos a la verdad socioafectiva como un elemento que compone a la faz dinámica, que no puede negarse ni reconocerse parcialmente, mucho menos puede discriminarse, por ser un elemento propio del derecho a la identidad. La noción de socioafectividad como lineamiento directriz debe utilizarse para interpretar a todas las relaciones interpersonales y el mismo llega para posicionarse como rupturista del principio del doble vínculo filial, proclamándose como la ampliación de derechos y reconocimientos de las consecuencias jurídicas de los lazos afectivos²¹⁹. Por lo tanto la verdad socioafectiva es un elemento más que compone a la faz dinámica del derecho a la identidad personal.

El derecho a la identidad es el conjunto de características y atributos que permiten individualizar a la persona dentro de la sociedad. En cuanto a los niños y niñas, el derecho a la identidad, implica el derecho al nombre, a la nacionalidad y a los vínculos familiares, según la Corte IDH, se trata de un derecho que comprende derechos correlacionados, como el derecho a un nombre propio y a saber sobre la propia historia filial, que a su vez se deriva de la dignidad inherente del ser humano, por lo que es perteneciente a todas las personas por igual²²⁰.

La identidad personal destaca una característica propia de los derechos humanos, su interdependencia, es por esta razón que el menoscabo de este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, en especial de los derechos políticos²²¹. Por lo tanto la ausencia del derecho al vínculo filial pluriparental también lesiona el derecho a la personalidad jurídica, porque el derecho a la identidad de las personas y su reconocimiento es uno de los medios que permite el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil y a las relaciones de familias.

²¹⁹ Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op. cit., p.288.

²²⁰ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 122, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021); Corte I.D.H., “Derechos civiles y políticos, Legitimación de los hijos y Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al nombre*, (2003), puede consultárselo en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 3-V-2021).

²²¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos civiles y políticos. Legitimación de los hijos. Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al Nombre*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 22/VII/2021); Corte I.D.H., *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, Sentencia del 31 de Agosto de 2011; párrs.110, 112, 114, 117 y 250 punto 6; puede consultárselo en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf, (Fecha de consulta 16/VII/2021).

Vale recordar que el derecho a la identidad personal se encuentra consagrado en: los artículos 18, 19 y 20 la Convención Americana sobre Derechos Humanos²²²; en el art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²²³, en el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²²⁴; y en el art. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde consagra el derecho de los niños y niñas a tener a un nombre, apellido y una nacionalidad, ordenando su inscripción inmediata después del nacimiento y el compromiso de los Estados Partes de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas y de prestar asistencia y protección adecuada en pos de restablecer rápidamente su identidad cuando sea necesario²²⁵.

~ En segundo lugar sostenemos que el impedimento del art. 558 del CCyCN, restringe el derecho al vínculo filial pluriparental y por lo tanto también lesiona el derecho al nombre. Esto es así porque una persona que desea filiarse con los apellidos de quienes considera sus padres/madres, al no poder ejercer su derecho, se traduce en la imposibilidad de poder identificarse e individualizarse en la sociedad tal cual se autopercibe. Íntimamente relacionado con la faz estática del derecho a la identidad.

El derecho al nombre se encuentra consagrado en: el art. 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, su falta no permite su reconocimiento por la sociedad ni ser registrada ante el Estado; en el art. 75 incisos 12, 17, 23 de Constitución Nacional Argentina y en el inciso 22 donde se encuentran los instrumentos internacionales constitucionalizados²²⁶, entre los que se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, su relevancia reviste importancia por considerar a la identidad de las niñas y los niños como uno de los derechos elementales que merecen protección, donde además en ella se encuadra a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

~ También surge la observación de que el art 558 CCyCN, que trae aparejada la restricción de que una persona pueda contar con un vínculo filial pluriparental, lesiona

²²² Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 18. Derecho al Nombre; Art. 19. Derechos del Niño y Art. 20. Derecho a la Nacionalidad.

²²³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XIX. Derecho a la Nacionalidad, 9 de abril de 1948.

²²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, 23 de marzo de 1976.

²²⁵ Cfr. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, op. cit., pp. 20-21.

²²⁶ Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75, inc. 12, 17, 22 y 23. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

su integridad personal, libertad de pensamiento y de expresión. Estos derechos son considerados como la estructura vertebral del sistema de Derechos Humanos. Así la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 5 reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción se trata de una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado, donde las secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta; además la Corte IDH sostuvo que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el art. 5 de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal²²⁷.

La libertad de pensamiento y de expresión, se ven en detrimento cuando una persona se encuentra en la situación de tener que elegir sólo a dos padres y no así de poder filiarse con los que considera como tales. Esto significa una restricción a la libertad de pensamiento y de expresión, por tener que elegir solo a dos, y no así tener la opción normativa de filiarse de forma plural con respecto a los que identifica como padres. El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, como garantías mínimas judiciales para los niños merece especial mención. El derecho de las niñas, niños y adolescentes, de participar en un proceso de su interés o donde se encuentren involucrados, de ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, están contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos²²⁸, en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²²⁹, en el art. 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina²³⁰, en el art. 706 del CCyCN²³¹ y el art. 3 de la Ley N° 26.061²³².

~ Por último es necesario señalar que la formula binaria filial del art. 558 CCyCN, restringe el derecho al vínculo filial pluriparental y por lo tanto también lesiona el derecho a la vida familiar, igualdad, a la no discriminación y a la dignidad.

²²⁷ Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, párr. 57, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf (fecha de consulta 06/09/2021); Corte I.D.H., *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, 30 de noviembre de 2012, párr. 191, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf, (fecha de consulta 07/09/2021).

²²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 8. Garantías judiciales, Art. 25 Protección judicial. Derecho al Nombre; Art. 19. Derechos del Niño y Art. 20. Derecho a la Nacionalidad.

²²⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 12, 2 de septiembre de 1990.

²³⁰ Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 18 y 75, inc.22. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

²³¹ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 706.- Requisitos y procedimientos del divorcio. 7 de octubre de 2014. (Argentina),

²³² Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 3 Interés Superior. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Esto es así porque la persona al no poder individualizarse e identificarse en la sociedad, como miembro de la familia con la que se identifica e insertarse como familia pluriparental en la sociedad, se traduce en la vulneración del derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Al respecto, en el ámbito internacional el Principio N° 6 de la Declaración de Derechos del Niño manifiesta la necesidad de que el niño crezca al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, en definitiva consagra el derecho a vivir en familia²³³.

La importancia de la familia se encuentra consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Preámbulo reconoce la dignidad del hombre que se deriva de su sentido de pertenencia a la familia humana²³⁴. Hay que recordar que el concepto de familia de origen ha evolucionado en los últimos tiempos a razón de la aparición de nuevas formas de familia y hoy en día se la considera en un sentido amplio e integral. Las relaciones familiares y su trascendencia en la vida de todas las personas, se encuentra contemplada en la Declaración de los Derechos del Niño, donde expresa la consideración y reafirmación de la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, significando el progreso social y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad²³⁵.

El principio de igualdad y no discriminación es considerado un principio básico y general de la protección de los derechos humanos. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano, es considerado inseparable de la dignidad esencial de la persona. Ocupa un lugar primordial en el *corpus iuris* internacional dado que se trata de un presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de todos los derechos humanos²³⁶. Es uno de los principios rectores de todo el derecho internacional de los derechos humanos, es el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, a no recibir un trato discriminatorio y a que el Estado promueva todas las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

²³³ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, Principio VI, 10 de diciembre de 1948.

²³⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, 10 de diciembre de 1948.

²³⁵ Declaración de los Derechos del Niño, Preámbulo, 1959.

²³⁶ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17, párr. 45, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

El principio de igualdad, el deber de igual protección ante la ley y no discriminación, descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, pues se trata de un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. No admitiéndose ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de raza, género, color, idioma, religión o convicción, opiniones, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Así este principio fundamental de igualdad y no discriminación, forma parte del derecho internacional general y en la actual etapa de la evolución del derecho internacional ha ingresado en el dominio del *ius cogens*²³⁷.

El derecho de toda persona a la igualdad y no discriminación posee raigambre constitucional al estar previsto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina. El mandato de igualdad ante la ley y las obligaciones del Estado en materia de no discriminación exigen la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para la eliminación. También se encuentra reconocido y tutelado en La Declaración Americana en su art. 2²³⁸ y en la Convención Americana en su art. 1 y 24²³⁹.

El problema jurídico y la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN.

El problema jurídico investigado y analizado, puede presentarse en cualquier momento de la vida de una persona. Puede ser que el planteamiento surja cuando sea menor de edad, donde por circunstancias de la dinámica de la vida, la persona reconstruyó vínculos que forman parte de su propia historia familiar, y consecuentemente manifieste el deseo de agregar un tercer vínculo filial por considerarlo parte de su identidad. O puede ser que surja cuando la persona sea mayor de edad. Así como también, cuando sea la familia del menor, quien desee como familia pluriparental inscribir a su hijo o hija con los apellidos de cada uno de los padres o madres.

²³⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N°. 18, párr. 101, publicado en <https://bit.ly/3kRqnI7>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

²³⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. II. Derecho de igualdad ante la ley, 9 de abril de 1948.

²³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos y Art. 24. Igualdad ante la ley.

Estas situaciones se plantean en la vida de la persona y de la familia pluriparental, como un problema jurídico, pues en el derecho filiatorio no se recepta el derecho al vínculo filial pluriparental. Precisamente en el derecho interno argentino, el art. 558 del CCyCN no reconoce tal derecho fundamental. Esto produce un menoscabo a una serie de derechos correlacionados, todos ellos analizados profundamente en el apartado anterior. Es decir el art. 558 del CCyCN trae aparejado la falta del reconocimiento del derecho al vínculo filial pluriparental, y por lo tanto lesiona derechos humanos fundamentales, tales como, la identidad personal, el nombre, la integridad, libertad de pensamiento y de expresión, a la vida familiar, igualdad, a la no discriminación, la personalidad jurídica y la dignidad.

A partir de la última reforma de nuestra constitución nacional, el bloque de la constitucionalidad federal, al que se encuentran sometidas las leyes infra constitucionales se integra por: la Constitución Nacional, los tratados con jerarquía constitucional tanto originaria como derivada, las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH. Es necesario subrayar que conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su disposición del art. 27, el incumplimiento de las normativas internacionales provoca la responsabilidad correspondiente en el ámbito internacional²⁴⁰.

Es por todo lo expuesto, que al realizar el control de constitucionalidad de las normas involucradas en el planteamiento jurídico, haciendo la comparación entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, estableciendo que la primera debe prevalecer por sobre las demás, conlleva a declarar que el art. 558 del CCyCN es anticonstitucional, debido a que el tercer párrafo que prescribe “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, entra en conflicto y produce un detrimento del derecho a la identidad personal, afectando a los derechos que se correlacionan, es decir el derecho nombre, a la integridad personal, a la libertad de pensamiento y de expresión, a la vida familiar, a la igualdad, a la no discriminación, la personalidad jurídica. La declaración de la inconstitucionalidad de la norma, es por imperio de un derecho presente en todos los derechos mencionados, el derecho a la dignidad, inherente al ser humano y perteneciente a todos por igual, por lo tanto su afectación es inaceptable.

²⁴⁰ Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op. cit. p. 6.

Todos estos derechos son reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, de adquirida jerarquía constitucional a partir de la incorporación al art. 75, inc. 22 con la Reforma Constitucional de 1994. La necesidad de declarar inconstitucional al art. 558 del CCyCN es imperiosa.

La norma revisada, también resulta anticonvencional, por no adecuarse a lo establecido por la Convención de Derechos Humanos y las interpretaciones que de ella ha realizado la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas. Una de las más resonantes por ser de interés en el tema, es la Opinión Consultiva N° 21 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”²⁴¹ donde se sostiene en relación a la familia que no debe entenderse en un sentido restringido y tradicional, pudiendo ser titulares del derecho a la vida familiar otras personas que tengan lazos cercanos personales, mencionando como ejemplos de la posible familia extensa, a los tíos, primos y abuelos, entre otros.

Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN.

“B.A.J.M. S/ ADOPCIÓN. ACCIONES VINCULADAS”²⁴²

El primer antecedente en sede judicial después de la entrada en vigencia del CCyCN fue hacia febrero de 2017 en el caso “B.A.J.M. s/ adopción. Acciones vinculadas” cuando el Juzgado de Familia N° 4 de la Plata dictó la primera sentencia admitiendo la triple filiación de una niña de 11 años de edad. Se trató de un caso de adopción de integración donde cada uno de los protagonistas de la historia familiar, es decir los progenitores de la niña y el marido de la madre que a su vez es el pretenso adoptante, se reconocían como familia pluriparental.

La familia solicitó que la adopción de integración no transfiera el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente al pretenso adoptante, manteniéndose intacto el vínculo filial con el progenitor no conviviente, para que de este modo ambos y la madre de forma conjunta puedan ejercer todos los actos que se derivan de la responsabilidad parental. En el escrito de petición de adopción dejaron en

²⁴¹ Corte IDH., *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14*, de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, disponible en <https://bit.ly/3tk0x2Z>, (fecha de consulta 15/VII/2021).

²⁴² Juzg. 1ª Inst. Familia N° 4 La Plata, “B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas”, inéditos. (20/02/2017 y auto ampliatoria 06/03/2017). Comentado en “Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia”, en *Revista Derechos en Acción*, (septiembre 2017), disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37681-4.pdf>.

claro que no se pretendía extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario, la intención era ampliarlos a través de la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia. Así la jueza en auto ampliatorio de fecha 06/03/2017, dispuso que “En virtud de lo peticionado, librese 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”.

“C. M. F. Y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR”²⁴³

Se trata del primer planteo en el marco de las TRHA, que se presentó en Mar del Plata en noviembre de 2017. La jueza de primera instancia a cargo del Juzgado de Familia N° 2 dictó sentencia haciendo lugar a la demanda incoada por F.C., J.C. y C.S. y decretando en el caso concreto la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558, último párrafo del CCyCN, ordenando inscribir la filiación de A.C. como hija de los tres accionantes, emplazando a los señores J.C. y C.S. como padres de la menor A.C. y autorizando a sumar los apellidos de sus padres, con la consecuente anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, imponiendo a los progenitores la obligación de informar a la niña respecto de su origen gestacional una vez que adquiriera la edad y madurez suficiente para comprender.

“L.F.F. C/ S.C.O. S/ FILIACIÓN. EXPTE. N° 659/17”²⁴⁴

El tercer caso citado tuvo amplia repercusión periodística nacional ya que fue rotulado como el primer fallo que hizo lugar a un supuesto de triple filiación. La particularidad que reviste este fallo es que se trata de un reconocimiento de triple filiación dentro del marco de la filiación biológica. El fallo fue dictado por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de la ciudad de Monteros, provincia de Tucumán, en febrero de 2020. La jueza tuvo presente las particularidades de la dinámica familiar. Roberto L. padre biológico de la niña, inició una acción de impugnación de paternidad y de reconocimiento filial contra Jorge S., quien reconoció a la niña llamada Juli como su hija, quién figuraba como padre en el acta de nacimiento.

²⁴³ Juzg. Familia N° 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, citado por HERRERA, Marisa y GIL DOMINGUEZ, Andrés, junio de 2021, “Derecho constituvencional de las familias y triple filiación”, en *Thomson Reuters*, Cita Online: AR/DOC/650/2020.

²⁴⁴ Juzg. Civil en Familia y Suc. Única Nominación, 07/02/2020, “L.F.F. c/ S.C.O. s/ Filiación. Expte. N° 659/17”, Id SAIJ: FA20240001.

La jueza ordenó la citación de la madre Lucia C. y de Juli, a los fines de la entrevista personal con la niña y de garantizar su derecho a ser oída y de participar en el proceso. La niña al contar como se conformaba su familia, dijo que tener dos papás, Jorge y Roberto, que su mamá vivía en otro lado, que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá Jorge, otra hermana por parte del papá Roberto, más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vivía parte del tiempo con Jorge a quien llama “papito” y parte del tiempo con Roberto a quien llama “papá”. También manifestó su preocupación, le habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo. La niña agrego querer seguir teniendo a los dos papás y querer seguir llamándose Juli S.

Se apreció que la dinámica familiar de la niña funciona a través de un modelo de familia que no se encasilla en el tradicional, sino todo lo contrario, ambos padres junto a su madre, ejercen roles parentales de cuidado, afectivo y de sustento material. Dilucidando que su familia, es decir sus dos papás y su mamá, se constituye como su autoproyecto de vida, y que la intromisión en su vida e impedir que cualquiera de los dos papás continúen desempeñándose como tales, significaría una torpeza e imprudencia jurídico-estatal, debido a que su subjetividad e identidad como hija se cimentó a partir de la presencia de ambos padres. Tal es así que observó como la solución más justa para el caso, reconocer la realidad de la niña tal como está, sin modificación alguna, donde el lazo biológico y socioafectivo son inseparables e interactúan influyendo el uno con el otro. La identidad de la niña, en su doble aspecto estática y dinámica se construye a partir de tales relaciones parentales, las cuales no pueden considerarse aisladamente.

Así la jueza reconoció a la familia conformada por la niña Juli S., Jorge S., Roberto L. y Lucia C., en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el art. 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, declaró la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyCN puesto que, en el caso particular, esa norma no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia, alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante.

Hizo lugar al pedido de Roberto L., es decir reconoció su derecho a estar emplazado como padre de su hija Juli S., conservar el emplazamiento de Jorge S., padre de su hija Juli S. Y ordenó al Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Catamarca a que emita una nueva acta de nacimiento en la que se inscriba a Roberto L. como padre de la niña sin que se desplace la inscripción de Jorge S. como padre y de Lucia C. como madre de la niña. Agregando que deberá mantenerse el número de documento de identidad originario el que deberá consignar la triple filiación asignada por la sentencia.

“F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. S/ ADOPCIÓN”²⁴⁵

Vale recordar que se trata de un fallo mencionado en capítulos anteriores, resultando necesario traerlo nuevamente, pues el aporte es manifiestamente relevante en la presente. En un inicio se trató de una demanda de adopción plena en relación a la niña N.M.G.O., presentado por los señores F.C.F. y A.F.V. en febrero de 2020. Previo, en junio de 2010 se había otorgado la guarda judicial con fines ulteriores de adopción de la niña al matrimonio que en su momento estaba formalizado por C.A.F. y A.F.V. Luego de la presentación de la demanda y de la comparecencia de C.A.F. surge que el mismo estaba en total conocimiento del pedido de su ex esposa y de F.C.F., manifestando estar de acuerdo con la pretensión. Esto evidenció los vínculos intactos que continuaron manteniéndose entre la niña y el señor C.A.F., los tres adultos mantuvieron una relación armoniosa en pos del interés de la niña. Y en consideración de que la propia niña consideraba que tenía una mamá y dos papas, conforme a su realidad familiar, es que los tres adultos, es decir la mamá y los dos papás presentaron una reformulación de la demanda de adopción plena pluriparental en relación a la niña N.M.G.O.

La jueza resolvió hacer lugar a la demanda otorgando la adopción plena pluriparental, entendiendo que en atención al caso particular y no a conceptos estancos que atenten con el proyecto de vida de los ciudadanos, que el Estado no puede imponer los propios planes de vida y que se está gestando la ruptura del binario de roles. Resaltando que nuestro CCyCN es un código de la diversidad y multicultural, con visión constitucional-convencional que respeta los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, autonomía de la voluntad y pluralidad. En tal sintonía, tanto la noción

²⁴⁵ Sentencia N° 2 del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

de familia como la de filiación son creaciones culturales, que se encuentran sujetos a los cambios de las sociedades. El valor que adquiere la socioafectividad para la aceptación de las nuevas realidades y formas de familias no pueden ser pasadas por alto.

En el plano fáctico la relación se visualizaba afianzada, donde los roles se desenvolvían con naturalidad y espontaneidad, con un nivel manifiesto de conocimiento recíproco entre los cuatros involucrados, integrantes de esta familia. La jueza, en atención a la potestad de la magistratura, al realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad del tercer párrafo del art. 558 del CCyCN, teniendo en cuenta que la pluriparentalidad es uno de los grandes desafíos del derecho de familias contemporáneo, declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del mencionado párrafo, en cuanto no reconoce en el caso concreto los vínculos afectivos emanados de la niña hacia los señores F. – F. – V., a quienes considera sus dos papas y mamá.

Así la Declaración de los Derechos del Hombre expresa los principios generales de no discriminación e igualdad reconocidos en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos y el art. 16 de la Constitución Argentina, por lo tanto M. tiene el derecho de ser tratada de igual manera ante la ley y su realidad tiene reconocimiento en la legislación internacional y en nuestra Constitución (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derecho Humanos, artículos 2 y 4 de la Convención sobre los del Derecho del Niño, artículos 16, 19 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional). De esto modo y en consideración al deseo que la propia niña había manifestado de llamarse “M.J.F.F.V.” su nombre quedó conformado por los apellidos de su mamá y sus dos papás.

“PAEZ, IGNACIO C/ DIAZ, SEBASTIÁN - IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN. EXPTE. N° 16725/20”²⁴⁶

Se trata de un fallo muy reciente, de fecha 10 de agosto de 2021, donde el señor Ignacio Páez se presentó solicitando la nulidad del reconocimiento paterno en contra del señor Sebastián Díaz, respecto al niño Pedro Díaz Juárez. De los relatos surge que Ignacio Páez conoció a la progenitora del niño, la señora Alejandra Juárez, hace algunos años, con quien mantuvo una relación sentimental y que por circunstancias de la vida se separaron. Luego de un año sin tener contacto con la señora Juárez, supo que había

²⁴⁶ Juzg. 1ª Inst. Civ. y Familia N°2, Orán, Salta, “Páez, Ignacio c/ Díaz, Sebastián - Impugnación de filiación” Expte. N° 16725/20, 10/08/2021, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/wp-content/uploads/2021/08/Triple-filiacion.pdf>, (fecha de consulta 15/08/2021).

tenido un hijo y que le manifestó que existía la posibilidad de que ese hijo fuera suyo, y que confirmaron el resultado positivo luego de practicar una prueba de ADN. Páez comunicó a la señora su deseo de hacerse cargo de su hijo. Unas semanas más tarde, la progenitora falleció.

Por otro lado el señor Sebastián Díaz expresó que conoció a la señora Juárez en el lugar de trabajo, en 2017 y que desde 2018 convivieron en la casa de sus suegros, que acompañó a la señora en todo el embarazo, en 2019 nació Pedro y en 2020, la progenitora falleció. Mencionó que tomó conocimiento de la existencia del señor Páez al momento de fallecimiento de la madre del niño. Manifestó que de producirse el desplazamiento en su rol como progenitor, impactaría de forma perjudicial en la personalidad del niño, por las secuelas de perder, primero a su madre y luego a su padre. En el caso de que Pedro fuera hijo biológico del señor Páez, solicitó se le otorgue el reconocimiento de la pluriparentalidad, protegiendo el vínculo afectivo que tiene con Pedro y el resto del grupo familiar. Planteó la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyCN. Tal es así que solicito se le reconozca su derecho a la realidad familiar pluriparental, en la preeminencia del lazo socioafectivo.

La jueza menciona que en Argentina, la socioafectividad hace a la identidad dinámica, es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar una persona en la sociedad, así la identidad personal es lo que hace que una persona sea ella misma, y no otro. Estas características de la personalidad se proyectan hacia el mundo exterior. Se trata de la faz dinámica de la identidad, mientras que lo biológico hace a lo físico, su ser, a lo genético.

En una de las audiencias pues fueron las partes, es decir el padre legal y el padre alegado, quienes pidieron por el reconocimiento de la triple filiación, es decir que se trató de un pedido de triple filiación, toda vez que el niño cuenta además con filiación materna. Su progenitora falleció el 09 de Septiembre de 2020. La pretensión es que el niño cuente con tres progenitores. Resalto que pocas veces se ven en los Tribunales de Familia personas con tanta madurez emocional, con herramientas para prohiar, como los señores Páez y Díaz, y con ganas de resolver el conflicto de una manera que beneficie el interés del niño.

Crítica.

La Asesora de Incapaces y la señora Fiscal Civil solicitaron en sus dictámenes la declaración de inconstitucionalidad del art. 558 del CCyCN que prescribe: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. A pesar de los dictámenes, la jueza se apartó del pedido y solo declaró inaplicable el art. 558 del CCyCN, por lo que consideramos que, si bien se resolvió a favor del reconocimiento de la realidad biológica socioafectiva del niño, el apartamiento no resulta suficiente, debido a que la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del tercer párrafo del art. 558 del CCyCN es imperiosa. Pues la socioafectividad como identidad dinámica, es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar una persona en la sociedad y la identidad personal es lo que hace que una persona sea ella misma y no otro. Se tratan de características especiales que forman parte de la personalidad de cada persona, y las mismas se proyectan al mundo externo.

CAPITULO IX.

CONFERENCIA DE MAESTROS DEL DERECHO. “LA IDENTIDAD Y LA IDENTIFICACIÓN”²⁴⁷

La maestra del derecho *Pereña Vicente* analiza que en Europa casi ninguna Constitución como así tampoco el Código Civil, receptan de manera expresa a la identidad. Pero que a pesar de esto el concepto de identidad ha evolucionado por las transformaciones que se están produciendo en torno al concepto de identidad, a través de impulsos jurisprudenciales que han considerado que es un derecho fundamental aunque no esté en la Constitución. Tal consolidación es producto de una reflexión doctrinaria y por los aportes jurisprudenciales del Tribunal de Derechos Humanos. El derecho a la identidad y a la identificación es un tema univoco, que resulta de interés a los investigadores.

Menciona que la evolución se traduce en una interdependencia del derecho interno entre el derecho civil y el derecho constitucional y de derechos humanos. Es el resultado de la pugna entre la rama civil y constitucional, donde el primero perdió fuerza a favor de la integración de la Constitución y de los derechos humanos. La perspectiva constitucional se integra a la civil, es un mutuo enriquecimiento, por lo tanto no se puede hablar de identidad solo desde el punto de civil.

En Argentina este proceso es conocido como el proceso de la constitucionalización del derecho civil, esta tendencia de incluir a los tratados se refleja en el nuevo CCyCN que incorpora a los derechos fundamentales y las ideas bases del derecho constitucional²⁴⁸. Tal es así que han mencionado y reflexionado sobre la vinculación de la dignidad de la persona, con la identidad y la identificación. El aporte de la doctora es que el derecho a la identidad, no está reconocido expresamente en la Constitución española como así tampoco en el Código Civil, porque era algo que ya estaba presupuesto, es decir se suponía que existía en la Constitución el derecho a la identidad. Manifiesta que los textos que reclaman por imposición del Tribunal de

²⁴⁷ Cfr. PEREÑA VICENTE, Monserrat, “La identidad y la identificación”. Conferencia pronunciada el 16 de febrero de 2016. Publicado en <https://www.youtube.com/watch?v=U2QSPPjDv0o>, (fecha de consulta 07/08/2021).

²⁴⁸ Cfr. HERRERA, Marisa. (2020), “Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino”, en *La Constitucionalización del Derecho de Familia – Perspectivas comparadas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 52, disponible en <https://bit.ly/2WW8eQM>, (fecha de consulta 29/08/2021).

Derechos Humanos Europeo, lo vinculan a dos derechos fundamentales, la dignidad y el libre desarrollo a la personalidad; por permitir el encauce de la aceptación de estas transformaciones de la identidad.

Estos dos derechos tanto la dignidad y el libre desarrollo a la personalidad constituyen un nuevo derecho a la identidad, la perspectiva doctrinaria lo caracteriza por ser independiente. Así la dignidad de la persona es la que obliga al Estado a reconocer el derecho a la identidad, pero no se trata de un derecho inmutable, objetivo e invariable, sino que debe tratarse de una identidad que se adapte a cada momento de la identidad psicoanalítica de la persona²⁴⁹.

De este modo se logra diferenciar entre la identidad legal que el Estado adjudica al nacer determinada a través de unos parámetros específicos, y por otro lado la identidad que conforma lo personal que si no se ajusta a la evolución de la persona, por imperio de la dignidad personal, el derecho tiene que permitir cambiar la identidad personal para ajustar ese derecho acorde a su realidad sentida o resentida conforme a la propia realidad de la identidad psicoanalítica. Se ve de forma clara en el derecho al nombre, la mención del sexo en el estado civil y a la determinación e identificación en relación a la filiación.

En cuanto a la construcción de la identidad de los niños, expresa que el matiz entre identidad e identificación lo da la forma en la que identifica el Estado, relacionada con la identidad legal, es decir se identifica por el nombre y los apellidos ligada a la identidad sexual y de filiación, donde el nombre se condiciona por el sexo y el apellido por la filiación. El niño tiene derechos identificados de acuerdo a esos parámetros pero poco a poco estos dos criterios se están desvinculando, incluso legalmente. Así el derecho del niño a la identidad se reconoce por vía de convención internacional y se modula para adaptarse a la identidad subjetiva como expresión del libre desarrollo de su personalidad.

²⁴⁹ Desde un enfoque psicoanalítico la identidad psicoanalítica permite focalizar en los conceptos de filiación, identidad, derecho a la identidad, a los fines de comprender como se sitúa e interactúa a nivel social e individual. Conforme interpretación realizada del trabajo de LENCI, Grisel, (2019), "La identidad en la apropiación", en *XI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVI Jornadas de Investigación. XV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. I Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. I Encuentro de Musicoterapia*. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 469-473, disponible en <https://www.aacademica.org/000-111/431.pdf>, (fecha de consulta 13/09/2021).

Al momento de comparar con nuestro derecho, la conclusión es que nos encontramos en un nivel integral de nociones mucho más elevado, pues una noción muy estudiada lo fue la de identidad estática y dinámica como las dos vertientes de la identidad personal, ampliamente receptado en nuestra doctrina y jurisprudencia, es un fiel reflejo de como el derecho argentino ha logrado incorporar los cambios de la sociedad postmoderna.

El derecho a la identidad está ampliamente reconocido en el derecho argentino, dado por la constitucionalización del derecho civil, con una mirada obligada del derecho constitucional/convencional y un profundo dialogo con la regulación del derecho de las familias dentro del CCyCN.

Identidad psicoanalítica de la persona traída por la maestra, es realmente acertada y es conforme a la exigencia que clama el derecho a la identidad por el imperio de la dignidad de la persona humana. Así la identidad psicoanalítica se reconoce con la faz dinámica de la identidad, ambos conceptos consideran que las construcciones propias de una persona a lo largo de cada etapa de su vida son inseparables de lo estático. Por lo tanto ambos deben ser reconocidos a los fines de la propia reconstrucción filial, de lo contrario significaría un retroceso en la progresividad del derecho.

CAPITULO X.

CONCLUSIÓN FINAL Y PROPUESTA.

Conclusión final.

El planteamiento jurídico del presente trabajo, nos lleva a confirmar que la noción de familia nuclear ha cambiado, la sociedad postmoderna produjo variadas mutaciones en todos los aspectos sociales y sobre todo en las relaciones de familia. Donde las relaciones que no están basadas exclusivamente en lo biológico están tomando cada vez más protagonismo en el mundo del derecho. Así como también la aceptación mutua y auto reconocimiento de los roles de cada uno de las personas que conforman a la misma.

Nuevas formas de relacionarse familiarmente están surgiendo, su relevancia no puede ser desoída porque constituyen a la elección propia de cada persona, de cómo quiere y puede vivir, y construir su historia de vida. Estas nuevas formas de familia han dado surgimiento a nuevos vacíos dentro del mundo del derecho. Las familias pluriparentales ponen en crisis al binarismo en el derecho filial.

El Anteproyecto es un reflejo de los avances y nuevas formas de familia, ha incorporado reglas relativas a la filiación que contempla por ejemplo a la fecundación in vitro conforme al desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, es el resultado del reconocimiento de los diversos modelos de familia de nuestra sociedad y de los de los avances biotecnológicos que se aplican a la generación de vida humana.

En este sentido el art. 558 del CCyCN determina tres modos de alcanzar la filiación, ya sea por naturaleza, por TRHA o adopción. Haciendo observable para la presente investigación el tercer párrafo del mencionado artículo que prescribe la regla de que “Ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. En relación a la incorporación de la regla del doble vinculo filial al CCyCN se fundamenta en que el Código recepta de forma expresa y precisa que ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales, es decir que solo contempla la posibilidad de tener uno o dos vínculos, pero no más de dos.

Por lo tanto si una persona quiere incorporar un vínculo filial y ya cuenta con dos, deberá realizar de forma previa la impugnación de alguno de los vínculos que ya están determinados, para así poder hacer de forma posterior el emplazamiento que desea, y así respetar el tope de los dos vínculos filiales que el Código impone de forma clara, manteniéndose de este modo el sistema binario.

Hasta acá pareciera no haber inconvenientes, la persona desea incorporar otro vínculo filial y la norma da la posibilidad de hacerlo a través de la impugnación previa de alguno de los vínculos que ya se encontraban determinados. Pero, el problema surge si la pretensión de la persona no se condice con la condición obligada de suprimir previamente a alguno de sus vínculos filiales que tiene determinado, para luego poder agregar al que desea incorporar. De este modo la tensión se evidencia cuando la persona desea mantener sus dos vínculos filiales y agregar un tercer vínculo.

La regla del doble vínculo filial como regla absolutista se basa en la imposibilidad de la existencia de un vínculo filial pluriparental, por lo que sostenemos que la misma no es adecuada por cuestionar su constitucionalidad. Es una problemática que ocupa estudio hace un tiempo, así ha llevado su atención especial en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, donde la Comisión N° 6 de Familia dedicada a “Identidad y filiación” ha concluido que en los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyCN²⁵⁰.

El análisis del tema debe hacerse según lo marcan los arts. 1 y 2 del CCyCN, es decir desde la obligada perspectiva constitucional-convencional del derecho, y en este caso del derecho filial. De este modo se puede lograr la respuesta a las expectativas del derecho constitucional y del derecho de las familias, a través de un enfoque humano, plural, profundo y rupturista que propone el derecho constitucional de las familias; es el modelo que permite dar respuesta a los conflictos contemporáneos que identifica la sociedad actual²⁵¹.

²⁵⁰ Comisión 6, Familia: “Identidad y filiación”, “PLURIPARENTALIDAD”, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, disponible en <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>, (fecha de consulta 03/04/2021).

²⁵¹ Cfr. HERRERA, Marisa y GIL DOMINGUEZ, Andrés, junio de 2021, “Derecho constituvencional de las familias y triple filiación”, en Thomson Reuters, Cita Online: AR/DOC/650/2020.

Dentro de este marco revisionista que propone el derecho constitucional de las familias, es acertado recordar un argumento muy utilizado por la Corte Federal en distintos planteos donde implica a las relaciones de familia al subrayar que:

"Queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en asuntos de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar"²⁵².

Vale recordar que las familias pluriparentales son aquellas que se caracterizan por estar conformadas de manera originaria, es decir antes del nacimiento del niño donde tres o más personas pretenden ser tenidas como progenitores, o de forma derivada cuando el proyecto de organización familiar en principio era monoparental o biparental y después pasa a transformarse en triple o múltiple luego del nacimiento del niño²⁵³. En las familias pluriparentales integradas por tres adultos o más, los roles de maternar y paternar son asignados por acuerdo entre ellos.

En dichas familias las personas adultas deciden ser madres o padres de niños que serán hijos de todos ellos, es una planificación de familia que se presenta como novedosa. Su acuerdo familiar de formar parte de la vida de sus hijos significa en términos registrales que una persona pueda tener tres filiaciones y no solo dos. Hoy en día es el supuesto más claro y manifiesto que pone en crisis al vínculo filial binario tradicional, en donde las partes deciden por voluntad conformar una familia y participar de la vida de los hijos que tengan.

El acuerdo de una familia pluriparental donde cada uno de ellos desea estar presente de forma activa en la vida de sus hijos no tiene lugar en el derecho filiatorio, si es tenida en los términos generales en cuanto a la amplitud de la diversidad familiar, pero no así en cuanto a su planificación y voluntad que cada integrante tiene de ejercer los derechos y obligaciones en relación a sus hijos.

Del análisis puede observarse como es que el vínculo filial binario que establece el art. 558 del CCyCN entra en crisis cuando una familia pluriparental desea que sus hijos tengan vínculo filial pluriparental, es decir con cada uno de ellos. Significa no solo

²⁵² C.S.J.N., "Tribunales de familia, deberes del juez, interpretación de la ley", en "T., A. D s/adopción", voto de la mayoría, 15702/2000. Id SAIJ: SUA0054447. <http://www.saij.gob.ar/tribunales-familia-deberes-juez-interpretacion-ley-sua0054447/123456789-0abc-defg7444-500asoiramus>.

²⁵³ Cfr. PERALTA, María L. (16 de marzo de 2015), op. cit., p. 2.

el deseo de ver crecer a sus hijos sino la real intención de estar presentes cada uno de los integrantes adultos siendo madres o padres de sus hijos. En otras palabras es la voluntad y planificación familiar de que sus hijos figuren en los registros civiles con los tres vínculos filiatorios, portando los apellidos de todos sus padres.

De lo mencionado se evidencia la afectación que puede sufrir una familia pluriparental al momento de querer inscribir a su hijo para que el mismo cuente con el vínculo filial pluriparental con el que se identifican. Pero es sumamente necesario señalar que la persona afectada, por sobre todo, es la impedida de poder contar con su vínculo filial pluriparental con el que se autoreconoce, y como consecuencia le ocasiona un sufrimiento y real menoscabo a su derecho a la identidad.

La negativa de que una persona pueda tener derecho al vínculo filial pluriparental, lesiona y compromete sus derechos fundamentales, a saber el derecho a la identidad personal, el nombre, integridad personal, libertad de pensamiento y de expresión, a la vida familiar, a la igualdad, a la no discriminación, a la personalidad jurídica y a la dignidad. Se trata de derechos reconocidos en sendos instrumentos internacionales e incorporados al art. 75 inc. 22, por lo tanto al realizar el test de constitucionalidad hemos llegado a la declaración de la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN, debido a que el contenido del tercer párrafo es contrario a los principios generales y derechos tutelados receptados en la Constitución Nacional.

Propuesta.

El art. 558 del CCyCN que impone el principio binario filial no es acorde a la noción amplia e integral de familia, el mismo en su tercer párrafo menciona que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, no recepta los vínculos socioafectivos, como así tampoco reconoce a las familias pluriparentales. Por lo tanto la modificación del artículo en revisión es necesaria a los fines de adecuarse a la sociedad pluralista actual.

Es por esto que la propuesta de modificación es de suprimir el tercer párrafo del art. 558 del CCyCN y reemplazarlo por uno que exprese “Toda persona tiene derecho al vínculo filial pluriparental y a conformar su filiación por sus tres vínculos filiales, cuando uno de ellos se base en su realidad socioafectiva”.

BIBLIOGRAFÍA.

Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 122, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021).

Definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos civiles y políticos, Legitimación de los hijos y Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al nombre*, (2003), puede consultárselo en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 3-V-2021).

El registro del *Diccionario de la Real Academia Española*, donde *numerus clausus* significa número cerrado o limitación del número de plazas establecido por un organismo o una institución. Puede consultárselo en <https://dle.rae.es/numerus%20clausus%20?m=form>, (fecha de consulta 3-V-2021).

HERRERA, Marisa, “Familia monoparental y pluriparental”, en *Manual de Derecho de las Familias*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Perrot, 2015, p. 24.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. (2009). “Los vínculos jurídicos de familia”, en *Manual de Derecho de Familia*, (2ª ed.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 20.

HERRERA, Marisa. (2015). “Derecho de Familia. Concepto y ubicación”, en *Manual de Derecho de las Familias*, (1ª ed., 1ª reimpr.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 51.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2005). “Familia y Derecho de Familia” en *Manual de derecho de familia*, (6ª ed. actualizada, 1ª reimpr.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, p. 10.

MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016). “Derecho de Familia “en *Manual de Derecho de Familia*, (1ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 13.

La palabra *affectio* ligada a la idea de matrimonio conforma una creación romana, como relación o vinculación de dos realidades, de este modo la *affectio maritalis* es la relación o vínculo sostén de la unión matrimonial. En la edad media,

aparece la idea del matrimonio como un contrato donde el consentimiento era suficiente para el perfeccionamiento del mismo y pasa a una categoría jurídica distinta que reemplaza la *affectio maritalis* por la voluntad como elemento constitutivo del acto jurídico. Cfr. DI PIETRO, Alberto G. (2012), “Ius y matrimonium en el derecho romano” en *Iushistoria*, 5(5), pp. 73-87. disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/233945037.pdf>, (fecha de consulta 15-V-2021).

OLIVA GOMEZ, Eduardo. (21 al 24 de abril de 2015). “Teoría de Antonio Cicu” en *La Autonomía e Independencia del Derecho Familiar en México: Mejor organización familiar*, disponible en <https://bit.ly/3cqXDCp>, (fecha de consulta 16-V-2021).

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2005), op. cit., p.17.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (2014). “La autonomía. El derecho a casarse y no casarse.”, Directoras GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa, en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia - Una mirada crítica y contemporánea*, (1ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 17.

Corte I.D.H., *Artavia Murillo y otros*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 142, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 18-V-2021).

Corte I.D.H., *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 52, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (2014), op. cit., pp.4-5.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 438.- Requisitos y procedimientos del divorcio. 7 de octubre de 2014. (Argentina),

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 443.- Atribución del uso de la vivienda. Pautas. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 471.- Bienes adquiridos conjuntamente. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 522.- Protección de la vivienda familiar. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (2021). “Artículo 17. Protección a la familia” en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, *La Ley*, p. 284, disponible en <https://bit.ly/3vXcxbg>, (fecha de consulta 31-V-2021).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. (2014). “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *La Ley*, E 1267, 1-17, AR/DOC/3592/2014, (fecha de consulta 31-V-2021).

Ley N° 17.711 de 1968. Código Civil, Modificaciones. B.O. N° 21424. 26 de abril de 1968. Entrada en vigor a partir de 1 de julio de 1968. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3lrSI9y>.

PONTORIERO, María P. (2012).”Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N°884/2012 y Proyecto de ley de aprobación”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, C.A.B.A., Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p.3.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos, Aspectos Valorativos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos, Aspectos Valorativos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro Segundo de las relaciones de familia. 7 de octubre de 2014. (Argentina),

Bajo este título me limitare a tratar el impacto de la noción del instituto de familia y como fue receptado en la Constitución Nacional Argentina, dejando lo referido al proceso de constitucionalización, su metodología de interpretación y aplicación del derecho en la regulación de las relaciones familiares, al capítulo VIII, debido a su importancia central en el presente trabajo.

Constitución de la República Federativa del Brasil. [CRFB]. 5 de octubre de 1988. (Brasil). Puede consultarse la CRFB y sus enmiendas en <https://bit.ly/3C8kY7i>;

Constitución Política de Colombia. [CPC]. 4 de julio de 1991. (Colombia); Constitución de la Nación Argentina. [CN]. 22 de agosto de 1994. (Argentina) y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [CRBV]. 20 de diciembre de 1999. (Venezuela).

MELE GARCIA, Santiago J. (2013). “La Constitución Nacional y la familia”, Dir. REGUEIRA ALONSO, Enrique M., en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley, p.286, disponible en <https://bit.ly/2TtOzpI>, (fecha de consulta 22-V-2021).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [CPEUM]. 5 de febrero de 1917. Art. 4.- De las garantías individuales. (México).

Constitución Política de la República de Nicaragua. [CPN]. 22 de noviembre de 1984. Art. 70. (República de Nicaragua).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, Art. 17.- Protección a la Familia, 7 al 22 de noviembre de 1969.

BADILLA, Ana E. (1996). “Concepto de familia suyacente en la normativa del Sistema Interamericano” en *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>, (fecha de consulta 24-V-2021)

Comisión I.D.H., *Caso María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Informe N° 4/01, del 19 de enero de 2011, O.E.A., párr.40, disponible en <https://bit.ly/3wnxoVB>, (fecha de consulta 25-V-2021).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, Art. 24.- Igualdad ante la ley, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación general N° 28, “La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, (artículo 3),1, del 29 de marzo de 2000, publicado en *Compilación de tratados y observaciones generales del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>, (fecha de consulta 25-V-2021).

SOLANAS, Fernando E. (2014), “Fundamentos” en *Proyecto de Comunicación, Senado de la Nación*, S-1575/14, disponible en <https://bit.ly/3A6vBFw>, (fecha de consulta 10-V-2021).

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. (2009), op. cit., p. 22- 23.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2016). “Relaciones jurídicas familiares y estado de familia”, en *Manual de derecho de familia*, (7ª ed. actualizada y ampliada), Buenos Aires, Astrea, p. 25.

MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p. 94.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2016), op. cit., 27.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. (2009), op. cit., p. 24.

MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p. 99.

FALÓTICO, Yael y LOPES, Cecilia. (2015). Dir^a CHECHILE, Ana M., “El derecho de la y las familias”, en *Derecho de Familia – Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, (1ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 16.

Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3, 2 de septiembre de 1990.

Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 3.- Interés superior, Art. 11.- Derecho a la identidad. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro Segundo de las relaciones de familia. Título V. - Filiación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 558- Fuentes de filiación. Igualdad de efectos, Art. 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, Art. 561.- Forma y requisitos del consentimiento, Art. 562.-Voluntad procreacional y Art. 563.- Derecho a la información de las personas

nacidas por técnicas de reproducción humana asistida. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Ley de Matrimonio Civil N° 26.618 de 2010. Matrimonio igualitario. Art. 2°. 21 de julio de 2010, B. O. 31949. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/37jTE7E>.

Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, Sección B: Desarrollo del caso - 13. Hechos, publicado en <https://bit.ly/3zyQlXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

El *Diccionario de la Real Academia Española* que registra la palabra “tuición” su significado asignado se refiere a la “Acción y efecto de guardar o defender”, disponible en <https://dle.rae.es/tuici%C3%B3n?m=form>, (fecha de consulta 5-VI-2021).

Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, párrs. 121 y 122, publicado en <https://bit.ly/3zyQlXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

En adelante TRHA.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 565.- Principio general. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 566.- Presunción de filiación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2014. Art. 569.- Formas de determinación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2005), op. cit., p.441.

Ley N° 24.540 de 1995, de Régimen de Identificación de los recién nacidos. Septiembre de 1995. B.O. 28234. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2U0WhI6> y Ley N° 26.413 de 2008, de Registro del estado civil y capacidad de las personas. Cap. VII. Nacimientos. 1 de octubre de 2008. B.O. 31504. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3vvFxpF>.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro segundo de las relaciones de familia. Título VI. Adopción. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

CNApel.Civ., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I,”O., M. I. s/ art. 250 C.P.C. - incidente familia”, (06 de noviembre de 2020), 25256/2017, Id SAIJ: FA20020079.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2016), op, cit., 330.

LAMM, Eleonora (enero de 2012), “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho*, (24), Barcelona, p. 79, disponible en <https://bit.ly/3cOpuMZ>, (fecha de consulta 12/ VI/ 2021).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

MERLO, Leandro y MARTIN, Florencia (junio de 2015), “Los tipos filiatorios en el Código Civil y Comercial y su influencia sobre la identidad del nacido”, en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, N° 4, IJ-LXXIX-508, (fecha de consulta 12/ VI/ 2021).

Juzg. 1ª Inst. de Familia, Mendoza, “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación”, (2015), Id SAIJ: FA15190015.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos. Libro segundo de las relaciones de familia. Título V. Filiación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

MOLINA DE JUAN, Mariel, (2014), Directoras KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora, “La voluntad procreacional”, en *Tratado de derecho de familia, según el código civil y comercial*, (1ª ed., Tomo II), Rubinzal-Culzoni, p.p. 501-502.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 558.- Fuentes de filiación. Igualdad de efectos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020). “La regla del doble vínculo filial puesta en crisis”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 211-225, disponible en <https://bit.ly/2T1djWB>, (fecha de consulta 17/VI/2021).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 509. Ámbito de aplicación. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

El *Diccionario de la Real Academia Española* registra la expresión *numerus clausus* que significa literalmente “numero cerrado” o “limitación del número de plazas establecido por un organismo o una institución”, disponible en <https://www.rae.es/dpd/n%C3%BAmerus%20clausus>, (fecha de consulta 25/VI/2021).

PERALTA, María L. (16 de marzo de 2015). “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, en *Thomson Reuters La Ley*, (53), p. 4, Cita online TR LALEY AR/DOC/4633/2015.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2014). “Capítulo introductorio”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (Directoras) en *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, (1ª ed.), T. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p.13.

GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

BASSET (2015), en GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

VERA BESCÓS, Inés y SILVA, Sabrina. (15 de marzo de 2016). “Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial”, en *Diario DPI, Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (7), 1-4, disponible en <https://bit.ly/3e0OtNC>, (fecha de consulta 26/06/2021).

GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. X, Id SAJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

LIS PALACIO, Ana y ZUCCHINI, María A. (2020). “Socioafectividad vs. Binarismo filial/parental. La primacía de la realidad en los derechos de las familias”, Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa en *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de la Pampa*, p. 81, disponible en

https://justicia.lapampa.gob.ar/images/PDFs/Cuaderno_de_doctrina_2020_web.pdf,
(consultado el 27/VI/2021).

CApel.Civ. y Com. La Plata, Sala III, “F. F. c/ C. J. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación”, 15/07/2020, Id SAJJ: FA20010043, disponible en <https://bit.ly/3dZY07W>.

PERALTA, María L. (16 de marzo de 2015), op. cit., p. 2.

La familia monoparental es aquella de carácter originario o derivado, en la primera se encuentran los supuestos de adopción por parte de una sola persona, desde un enfoque aún más contemporáneo cuando una mujer decide sola o sin pareja tener un hijo a través de las TRHA con material de un tercero, y en los casos de fertilización *post mortem* cuando la mujer decide continuar el tratamiento a pesar del fallecimiento de la pareja; y los casos monoparentalidad derivada donde la familia queda encabezada por un solo adulto responsable por la ruptura de la unión convivencial o matrimonial, o por el fallecimiento de uno de los progenitores. Cfr. HERRERA, Marisa (2015), op.cit., p.23-24.

HERRERA, Marisa. (2015), op.cit., p.22.

BRUNEL, Florencia T.; HUAIS, María V.; COSTAMAGNA, Romina T. y VILELA BONOMI, María V. (2015). Comisión N°6, Familia: “Identidad y filiación”, en “*Pluriparentalidad*”, *Filiación e identidad en el CCyC*”, p.2, disponible en <https://bit.ly/2TMGsFt>, (fecha de consulta 29/VI/2021).

ROVEDA, Eduardo G. y MASSANO, María A. (febrero de 2015). “Acciones de filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *DFyP 2015*, (29), 372-393, disponible en <https://bit.ly/3yESPSA>, (fecha de consulta 26/VI/2021).

MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p. 491.

Comisión N°6, Familia: “Identidad y filiación”, (2015), op. cit., p.1; puede consultarse también en <https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primer-bebe-triple-filiacion-la-argentina/>, (fecha de consulta 15/VI/2021).

LITARDO, Emiliano.; NOVILLO FUNES, Sofía; REGUEIRO DE GIACOMI, Iñaki y SPINELLI, Gabriela; (enero de 2019), “Múltiple filiación en Argentina: Ampliando los límites del parentesco”, en *Revista Boliviana de Derecho*, N°27, ISSN:

2070-8157, pp. 372-393, disponible en <https://bit.ly/3ywgGnt>, (fecha de consulta 30/VI/2021).

En el 2002 fue sancionada la Ley N° 1004 que en su art. 1° definió a la unión civil como la unión conformada de forma libre por dos personas independientemente del sexo u orientación sexual de aquellas. *Cfr.* Ley N° 1004, Art. 1°.- Unión Civil, 12 de diciembre 2002, (Argentina), <https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ley1004.pdf>.

En adelante TIC, caracterizada por ser una especie de inseminación artificial, pero no clasificada como tecnología reproductiva más avanzada, por no necesitar asistencia médica para la colocación del gameto masculino en el tracto genital de la mujer. En las TIC la muestra de semen se introduce en la vagina con la ayuda de una jeringa. Para ampliar puede consultarse a DE LA TORRE, Natalia, “Técnicas caseras de inseminación en Argentina: como resolver la filiación”, en *RJUAM*, n° 35, 2017-I, pp. 323-344, disponible en <https://bit.ly/3C2towY>, (fecha de consulta 10/V/2021).

Juzg. 1ª Inst. Familia N° 4 La Plata, “B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas”, inéditos. (20/02/2017 y auto ampliatoria 06/03/2017). Comentado en “Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia”, en *Revista Derechos en Acción*, (septiembre 2017), disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37681-4.pdf>.

Juzg. 1ª Inst. Familia, Sala 1, “C., J. E. – ADOPCIÓN”, Expte. N° 444.732/13, párr. IV, disponible en <https://www.justiciasalta.gov.ar/media/images/444732.pdf>.

Juzg.CAyT., “F., E. F. c/ GCBA y otros s/ AMPARO” Inédito, 07/07/2017, comentado por SILVA, Sabrina A., (10 de marzo de 2021), “De continuidades y discontinuidades: el binarismo filial en el banquillo”, en *Thomson Reuters*, RDF 98, AR/DOC/47/2021.

Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18-02-2020, SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. V, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>

Herrera, Marisa, "La noción de socio afectividad como elemento 'rupturista' del Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, nro. 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, citada por VERA BESCÓS, Inés y SILVA, Sabrina, (15 de marzo de 2016), "Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial", en *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (7), 1-4, disponible en <https://bit.ly/3e0OtNC>, (fecha de consulta 26/06/2021).

DIAS, Maria B. (2009), "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales" en *Revista Jurídica UCES*, 83-90, disponible en <https://bit.ly/3ewD74n>, (fecha de consulta 28/7/2021).

FACHIN, Luiz E., citado por DIAS, María B. (2009), "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales" en *Revista Jurídica UCES*, 83-90, disponible en <https://bit.ly/3ewD74n>, (fecha de consulta 5/7/2021).

HERRERA, Marisa (2015), op.cit., p.288.

LIS PALACIO, Ana y ZUCCHINI, María A., (2020), op. cit., p.71.

LIS PALACIO, Ana y ZUCCHINI, María A., (2020), op. cit., p.72.

MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2016), op. cit., p.p. 12-13;
ZANNONI, Eduardo A. (2016), op, cit., p.p. 10 -11.

Código Civil y Comercial de la Nación, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, 7 de octubre de 2014. (Argentina).

LAMM, Eleonora (enero de 2012), op. cit., p.81.

DIAS, Maria B. (2009), op. cit., p. 85.

BELMIRO, Pedro W., citado por DIAS, Maria B. (2009), op. cit., p. 84.

KRASNOW, Adriana. (junio de 2019). "La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXII- N°1, pp. 71-94,

disponible en DOI: 10.4067/S0718-09502019000100071, (fecha de consulta 08/07/2021).

Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 11.- Derecho a la identidad. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Decreto Reglamentario 415/2006 de Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 7. B.O. 18 de abril de 2006. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3ewBbbU>.

Ley N° 26.657 de 2010. Salud Pública. 2 de Diciembre de 2010. Art. 7 inc. b) y e). BO. 32041. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/3eyww9t>.

Juzg. Nac. 1ª Inst. Civil N° 86, “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013, 38316/2012, disponible en <https://bit.ly/2UYrlZt>.

Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Art. 59. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud. Inc. g.

Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Art. 555.- Legitimados. Oposición., y Art. 556.- Otros beneficiarios.

Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, [CCyCN], Ley N° 26.994 de 2015, Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales. Art. 646, inc. e.

Cfr. VITTOLA, Leonardo (16 de octubre de 2018), “La noción de la socioafectividad en el Código Civil y Comercial de la Nación” en *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, N° 42, 1-4, disponible en <https://bit.ly/2UsYZqp>, (fecha de consulta 12/VII/2021).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (17 de octubre de 2013), “El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, en *OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13*, párrafos 61 y 304, disponible en <https://bit.ly/36PpLM8>, (fecha de consulta 12/VII/2021).

Según interpretación realizada de la sentencia del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A.

s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. V, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art 611.- Guarda de hecho. Prohibición. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art 600.- Plazo de residencia en el país e inscripción, inc. b) y Art. 634.- Nulidades absolutas, inc. h). 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Juzg. de Familia de Tandil, Sala I, “B. O. I. s/ adopción. acciones vinculadas”, 06/08/2020, MJ-JU-M-127037-AR | MJJ127037, disponible en <https://bit.ly/3zo0Trm>.

Según interpretación realizada de la Sentencia N° 2 del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, párr. IV, V y del Resuelvo: IV), Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1992). “Derecho a la identidad personal”, Bs. As., *Astrea*, p.113, citado en la sentencia de la Cám.Civ., Com., Lab. y Minería, Trelew, Sala B, “ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES c/ S., J. D. s/ Acción de impugnación de Filiación extramatrimonial y Acción de reclamación de filiación extramatrimonial”, 8/03/2010, Id SAIJ: FA10150211.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1992), op. cit., pp. 34, 234, 244, 259, 269/271, citado en “Naturaleza y Tutela Jurídica”, en *Derecho a la Identidad Personal*, publicado en <https://bit.ly/2WzxMmO>, (fecha de consulta 15/VII/2021).

D’ANTONIO, Daniel Hugo. “El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor”, ED. 165-1297, citado por la CNCiv., Sala J, en el fallo “R. L. J. y otro c/ P. H. G. s/información sumaria”, Expte. N° 101.159/2005, (26 de abril de 2011), disponible en <https://bit.ly/3ydhXjn>, (fecha de consulta 16/VII/2021).

ZANNONI, Eduardo y CHIERI, Primarosa; *Prueba del ADN*, (2011), Bs. As., *Astrea*, pp. 183 y ss., citado por KRASNOW, Adriana N., y PITASNY, Tatiana; “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial”, en *Comisión n°6, Familia: “Identidad y filiación*, disponible en <https://bit.ly/3rIXz7F>, (fecha de consulta 16/VII/2021).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1997. Comisión I. Conclusiones generales. Punto 7, disponible en <https://bit.ly/3j0KrXw>, (fecha de consulta 19/VII/2021); PETRINA, Romina, Dir. DALONSO REGUEIRA, Enrique M. (2012), en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, op. cit., p. 205, disponible en <https://bit.ly/3BWwHFJ>, (fecha de consulta 19/VII/ 2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derecho civiles y políticos. Legitimación de los hijos. Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al Nombre*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 22/VII/2021); Corte I.D.H., *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, Sentencia del 31 de Agosto de 2011; párrs.110, 112, 114, 117 y 250 punto 6; puede consultárselo en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf, (Fecha de consulta 16/VII/2021).

Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 122, 123,125, 127, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021);

Corte. I.D.H., “Bioética. Documentos de identidad. Genoma humano”, en *Derecho a la identidad personal*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tess/tr1875.htm>, (fecha de consulta 22/VII/2021).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 18. Derecho al Nombre; Art. 19. Derechos del Niño y Art. 20. Derecho a la Nacionalidad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XIX. Derecho a la Nacionalidad, 9 de abril de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, 23 de marzo de 1976.

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, “Artículo 7”, *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Versión comentada*, pp. 19-20, Guatemala, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28143.pdf>.

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, op. cit., pp. 20-21; Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 130, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021).

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, “Artículo 8”, op. cit., p.20-21.

S.C.P.B.A., “*F.S.B. c/ G.G.D. s/ Filiación*”, 27/8/2008, punto V, p. 19, disponible en <https://bit.ly/3jn9lRp>.

Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 166, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párrs. 178, 182 y 183, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 184, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 19. 1 de mayo de 1853. (Argentina).

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 33. 1 de mayo de 1853. (Argentina).

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 43. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75 inc. 12. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75 inc. 19. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75 inc. 22. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

MÉNDEZ, Romina. (agosto de 2016). “El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina* 2016, III, 8, *Perrot*, Id SAIJ: DAF160521. (fecha de consulta 19/VII/2021).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 595. Principios generales. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 596. Derecho a conocer los orígenes. 7 de octubre de 2014. (Argentina). .

Conforme a la luz de los hechos en el caso donde se otorgó la adopción plena pluriparental, solicitado por un matrimonio guardador original y el marido actual de la solicitante, en donde la niña identifico a ambos hombres como sus padres, Sentencia N° 2 del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción”, 18/02/2020, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

FACHIN, Luiz E., citado por DIAS, María B. (2009). “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, en *Revista Jurídica UCES*, 83-90, disponible en <https://bit.ly/3ewD74n>, (fecha de consulta 5/7/2021).

HERRERA, Marisa. (2015), op.cit., p.288.

Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA), agosto de 2007, “Punto V. Naturaleza del Derecho a la Identidad”, *CJI/doc.276/07 rev.1*, disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf, (fecha de consulta 19/VII/2021).

S.C.J.B.A. La Plata, “Combes, Luis Emilio y Flores, Silvia Edith c/ Arcucci, Osvaldo Miguel y Re, Mariela s/ Reintegro de hija”, 19/02/2002; Menores, familia adoptiva, guarda del menor, derecho a la identidad; Id SAJ: FA02011127; disponible en <https://bit.ly/3jppi9J>.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; (9 de octubre de 2012), “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en *La Ley*, pp. 1-7, AR/DOC/5149/2012, disponible en <https://bit.ly/3xizHIS>, (fecha de consulta 15/VII/2021)

Código de Ética en Reproducción Asistida, “Donación de Gametos. Punto 6”, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (Samer), disponible en <https://bit.ly/3yjtvmBM>, (fecha de consulta 20/V/2021).

VILLAVERDE, María S. (noviembre de 2020). “Identidad y coexistencia de vínculos filiatorios socioafectivos y biológicos”, en *Socioafectividad: Respuesta para un mundo que fluye*, disponible en <https://bit.ly/3ymEwSY>, (fecha de consulta 23/VI/2021); VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y CHAVES, Marianna, (2010), “Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, en *Actualidad Jurídica*, (200), 57-64, disponible en <https://hdl.handle.net/20.500.12724/3289>, (fecha de consulta 23/VII/2021).

HERRERA, Marisa (2015), op.cit., p.288.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; (9 de octubre de 2012), op. cit., p. 4.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, 10 de diciembre de 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16 párr. 1 y 3, 10 de diciembre de 1948.

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, (COPREDEH), 2011, “Artículo 16, Comentario”, en *Declaración*

Universal, Versión comentada, p. 28, Guatemala, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>.

Declaración de los Derechos del Niño, Preámbulo, 1959.

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 26 de diciembre de 1924.

Declaración de los Derechos del Niño, Principio 6, 1959.

Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Disposiciones generales. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 3. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 7. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Observación General N°14, sobre “El Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, disponible en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf, (fecha de consulta 10/03/2021).

Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3, 2 de septiembre de 1990.

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, “Artículo 3, Comentario”, en *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Versión comentada*, pp. 19-20, Guatemala, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28143.pdf>.

Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, párr. 108, publicado en <https://bit.ly/3zyQlXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 3 Interés Superior. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Corte I.D.H. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 61, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021) y Corte I.D.H., *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 45, publicado en <https://bit.ly/2WACdhw>, (fecha de consulta 20-VI- 2021).

Corte I.D.H. en *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 48, publicado en <https://bit.ly/2WACdhw>, (fecha de consulta 20-VI- 2021); *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 126, publicado en <https://bit.ly/3kC3ubq>, (fecha de consulta 10-VI- 2021) y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 65, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

Corte I.D.H. en *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 49, publicado en <https://bit.ly/2WACdhw>, (fecha de consulta 20-VI- 2021).

Corte I.D.H., *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 134, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf, (fecha de consulta 05-VI- 2021).

Interpretación de la sentencia de la Corte I.D.H. en el *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 146, disponible en <https://bit.ly/3Bm6OOp>, (fecha de consulta 05-VI- 2021).

Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y

la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, párr. 81, publicado en <https://bit.ly/3zyQlXo>, (fecha de consulta 5-VI- 2021).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. II. Derecho de igualdad ante la ley, 9 de abril de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos; Art. 24. Igualdad ante la ley.

Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17, párr. 45, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N°. 18, párr. 101, publicado en <https://bit.ly/3kRqnI7>, (fecha de consulta 10-VI- 2021). El origen y noción de *ius cogens* estaba ya contenida en el Derecho romano, fue acogida por los preceptos cristianos y el Derecho Canónico, posteriormente trasmutada en el “Derecho de Gentes necesario” de la escuela clásica del Derecho natural: “Desde que este Derecho no está sujeto a cambios y las obligaciones que impone son necesarias e indispensables, las naciones no pueden alterarlas por convenio individual ni eximirse mutuamente de ellas”.

PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Origen de las normas de *ius cogens* a nivel internacional”, en *Las normas de jus cogens ¿Fenómeno exclusivamente universal también eventualmente regional*’, 2020, p.308, disponible en <https://bit.ly/3joFOaW>, (fecha de consulta 23/08/2021). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fue el primer instrumento jurídico que por primera vez aludió a la existencia de las normas imperativas de derecho internacional general, es decir *ius cogens*, cuando en su art. 53 señala: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su

conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”, Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

Corte I.D.H., *Karen Atala e hijas Vs. Chile*, Sentencia 17 de septiembre de 2010, párr. 74, publicado en <https://bit.ly/3mN9Abw>, (fecha de consulta 24/VIII/2021).

Corte I.D.H., *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 267, publicado en <https://bit.ly/3kC3ubq>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

HERRERA, Marisa (2015), op. cit., p.6.

BIDART CAMPOS, Germán J., (2004), “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Compiladores ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, Editores del Puerto, p.p. 77-78, disponible en <https://bit.ly/3DOHYJa>, (fecha de consulta 30/08/2021).

HERRERA, Marisa (2015), op. cit. p. 6.

C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, Consid. 16, (07/07/1992), <https://bit.ly/3l2TCYr>.

C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, Considerando 18 y 20, (07/07/1992), <https://bit.ly/3l2TCYr>

C.S.J.N., “Girolodi, Horacio D. y Otro”, Consid. 11, (07/04/1995).

C.S.J.N., “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, consid. 20, (13/07/2007), <https://bit.ly/3DTRsTF>.

Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., (2004), op. cit., p. 78.

Cfr. PITTIER, Lautaro. (2016). “Control de convencionalidad en Argentina”, en *Revista IIDH*, Vol. 64, 162-187, publicado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36279.pdf>, (fecha de consulta 23/08/2021).

"Marbury v. Madison (U.S. (1 Cranch) 137, 1803), citado por GUADAGNOLI, Romina S., en "Análisis del sistema de control constitucional argentino", disponible en www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF130342, (fecha de consulta 20/08/2021).

C.S.J.N., "Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación", Fallos 3:131, (03/05/1865), Id SAIJ: FA65000009.

BIDART CAMPOS, Germán. (2003), *Manual de la Constitución reformada*, (4ª reimp.), Bs. As., Ediar, T. 1, p. 359.

BADENI, Gregorio. (2006), *Tratado de derecho constitucional*, (2ª ed.), Bs. As., La Ley, p. 297.

BADENI, Gregorio. (2006), *Tratado de derecho constitucional*, (2ª ed.), Bs. As., La Ley, pp. 303-304.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, Maria V.; HERRERA, Marisa. (2006), en *Derecho Constitucional de Familia*, T. II, Ediar, Bs. As., pp. 21 y 22.

HERRERA, Marisa. (2020), "Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino", en *La Constitucionalización del Derecho de Familia – Perspectivas comparadas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 52, disponible en <https://bit.ly/2WW8eQM>, (fecha de consulta 29/08/2021).

DESCALZI, José P., (10 de agosto de 2017), "Neoconstitucionalismo, Racionalidad decisoria y Multiculturalismo", *La Ley*, 1-18, disponible en <http://bit.ly/2lr6dKf>, (fecha de consulta 30/08/2021).

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, (03 de abril de 2017), "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley*, Tomo 2017-B, N°63, 1-12, Cita Online: AR/DOC/856/2017.

CHAPARRO, Andrea. (18 de junio de 2013), "Diego García-Sayán, presidente de la Corte IDH: "La Corte, como los toreros, tiene que torear lo que salga y resolver los temas que vengan", *El Mercurio*, 5, disponible en <https://bit.ly/3h4XtDe>, (fecha de consulta 01/09/2021).

Corte I.D.H., *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Opinión Consultiva OC-26/20*, de 09 de noviembre de 2020, párrs. 53; 73, cita 106; 152 y 160, disponible en <https://bit.ly/2YymfoP>, (fecha de consulta 31/08/2021).

Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10- VI- 2021).

Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N°. 18, publicado en <https://bit.ly/3kRqnI7>, (fecha de consulta 10-VI- 2021)

Corte IDH., *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14*, de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, disponible en <https://bit.ly/3tk0x2Z>, (fecha de consulta 15/VII/2021).

Corte I.D.H., *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC- 24/17*, de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, disponible en <https://bit.ly/2X0dG5F>, (fecha de consulta 15/08/2021).

SAGÜÉS, Néstor P., “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Notas esenciales de su “Control de Convencionalidad”, en *El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*, pp. 421- 426, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27778.pdf>, (fecha de consulta 01/09/2021).

C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, consid. 21, (07/07/1992), <https://bit.ly/3l2TCYr>.

C.S.J.N., “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, (28/12/1998), consid. 6, disponible en <https://bit.ly/3jOH9YN>.

C.S.J.N., “Espósito Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, (23/12/2004), consid. 6, 7 y 8, Id SAIJ: FA04000202, 8 fecha de consulta 20/08/2021).

C.S.J.N., “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, (13/07/2007), <https://bit.ly/3DTRsTF>.

KRASNOW, Adriana N., (2014), “El Derecho de Familia en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2021 en Argentina”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 1, pp. 315- 349, disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n1/art15.pdf>, (fecha de consulta 26/08/2021).

HERRERA, Marisa (2015), op. cit., p. 10.

Herrera, Marisa, "La noción de socio afectividad como elemento 'rupturista' del Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, nro. 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, citada por VERA BESCÓS, Inés y SILVA, Sabrina, (15 de marzo de 2016), “Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial”, en *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (7), 1-4, disponible en <https://bit.ly/3e0OtNC>, (fecha de consulta 26/06/2021).

HERRERA, Marisa (2015), op. cit., p.288.

Corte I.D.H., *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 122, puede consultárselo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, (fecha de consulta 3-V-2021); Corte I.D.H., “Derechos civiles y políticos, Legitimación de los hijos y Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al nombre*, (2003), puede consultárselo en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 3-V-2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derecho civiles y políticos. Legitimación de los hijos. Obligación del Estado sobre derechos humanos”, en *Derecho al Nombre*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>, (fecha de consulta 22/VII/2021).

Corte I.D.H., *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, Sentencia del 31 de Agosto de 2011; párrs.110, 112, 114, 117 y 250 punto 6; puede consultárselo en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf, (Fecha de consulta 16/VII/2021).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 18. Derecho al Nombre; Art. 19. Derechos del Niño y Art. 20. Derecho a la Nacionalidad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XIX. Derecho a la Nacionalidad, 9 de abril de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, 23 de marzo de 1976.

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), 2011, op. cit., pp. 20-21.

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 75, inc. 12, 17, 22 y 23. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, párr. 57, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf (fecha de consulta 06/09/2021).

Corte I.D.H., *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, 30 de noviembre de 2012, párr. 191, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf, (fecha de consulta 07/09/2021).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 8. Garantías judiciales, Art. 25 Protección judicial. Derecho al Nombre; Art. 19. Derechos del Niño y Art. 20. Derecho a la Nacionalidad.

Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 12, 2 de septiembre de 1990.

Constitución de la Nación Argentina. [CN]. Art. 18 y 75, inc.22. 22 de agosto de 1994. (Argentina).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 706.- Requisitos y procedimientos del divorcio. 7 de octubre de 2014. (Argentina),

Ley N° 26.061 de 2005, de Protección integral de los derechos de las niñas, niña y adolescentes. Art. 3 Interés Superior. Octubre 21 de 2005. B.O. 30767. (Argentina), disponible en <https://bit.ly/2WRex8r>.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Principio VI, 10 de diciembre de 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, 10 de diciembre de 1948.

Declaración de los Derechos del Niño, Preámbulo, 1959.

Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17, párr. 45, publicado en <https://bit.ly/2WxLAOL>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N°. 18, párr. 101, publicado en <https://bit.ly/3kRqnI7>, (fecha de consulta 10-VI- 2021).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. II. Derecho de igualdad ante la ley, 9 de abril de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos y Art. 24. Igualdad ante la ley.

HERRERA, Marisa (2015), op. cit. p. 6.

Corte IDH., *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14*, de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, disponible en <https://bit.ly/3tk0x2Z>, (fecha de consulta 15/VII/2021).

Juzg. 1ª Inst. Familia N° 4 La Plata, “B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas”, inéditos. (20/02/2017 y auto ampliatoria 06/03/2017). Comentado en “Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia”, en *Revista Derechos en Acción*, (septiembre 2017), disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37681-4.pdf>.

Juzg. Familia N° 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, citado por HERRERA, Marisa y GIL DOMINGUEZ, Andrés, junio de 2021, "Derecho constituvencional de las familias y triple filiación", en *Thomson Reuters*, Cita Online: AR/DOC/650/2020.

Juzg. Civil en Familia y Suc. Única Nominación, 07/02/2020, "L.F.F. c/ S.C.O. s/ Filiación. Expte. N° 659/17", Id SAIJ: FA20240001.

Sentencia N° 2 del Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género de 3ra. Nom., Córdoba, "F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción", 18/02/2020, Id SAIJ: FA20160000, disponible en <https://bit.ly/2Vt7PEX>.

Juzg. 1ª Inst. Civ. y Familia N°2, Orán, Salta, "Páez, Ignacio c/ Díaz, Sebastián - Impugnación de filiación" Expte. N° 16725/20, 10/08/2021, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/wp-content/uploads/2021/08/Triple-filiacion.pdf>, (fecha de consulta 15/08/2021).

PEREÑA VICENTE, Monserrat, "La identidad y la identificación". Conferencia pronunciada el 16 de febrero de 2016. Publicado en <https://www.youtube.com/watch?v=U2QSPPjDv0o>, (fecha de consulta 07/08/2021).

HERRERA, Marisa. (2020), "Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino", en *La Constitucionalización del Derecho de Familia – Perspectivas comparadas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 52, disponible en <https://bit.ly/2WW8eQM>, (fecha de consulta 29/08/2021).

Desde un enfoque psicoanalítico la identidad psicoanalítica permite focalizar en los conceptos de filiación, identidad, derecho a la identidad, a los fines de comprender como se sitúa e interactúa a nivel social e individual. Conforme interpretación realizada del trabajo de LENCI, Grisel, (2019), "La identidad en la apropiación", en *XI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVI Jornadas de Investigación. XV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. I Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. I Encuentro de Musicoterapia*. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 469-473, disponible en <https://www.aacademica.org/000-111/431.pdf>, (fecha de consulta 13/09/2021).

Comisión 6, Familia: “Identidad y filiación”, “PLURIPARENTALIDAD”, XXV *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bahía Blanca, 2015, disponible en <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>, (fecha de consulta 03/04/2021).

HERRERA, Marisa y GIL DOMINGUEZ, Andrés, junio de 2021, “Derecho constituvencional de las familias y triple filiación”, en *Thomson Reuters*, Cita Online: AR/DOC/650/2020.

C.S.J.N., “Tribunales de familia, deberes del juez, interpretación de la ley”, en "T., A. D s/adopción", voto de la mayoría, 15702/2000. Id SAJJ: SUA0054447.

<http://www.saij.gob.ar/tribunales-familia-deberes-juez-interpretacion-ley-sua0054447/123456789-0abc-defg7444-500asoiramus>.

PERALTA, María L. (16 de marzo de 2015), op. cit., p. 2.

Manifestación de supervisión.

Manifestación de supervisión.

Boulogne, 12 de octubre de 2021.-

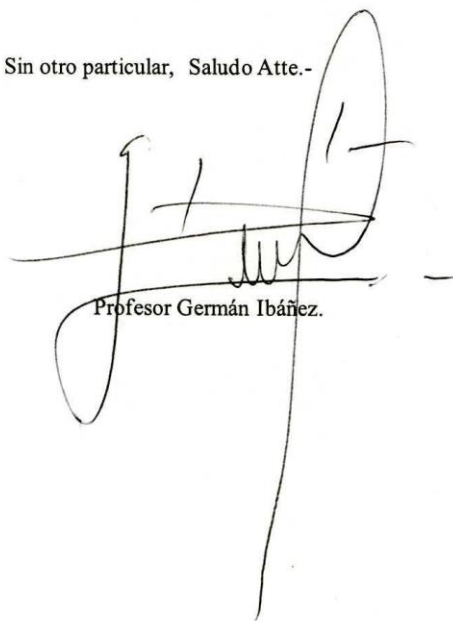
Autoridades de la Carrera de Abogacía

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Abierta Interamericana

Por medio de la presente manifiesto que el trabajo final de la alumna Estrella Josefina Santillan ha sido confeccionado bajo mi supervisión.-

Sin otro particular, Saludo Atte.-

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long vertical stroke extending downwards.

Profesor Germán Ibáñez.