

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

TRABAJO FINAL INTEGRADOR



TITULO:

LA EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA FILIACIÓN EN LA ARGENTINA, SUS EJES DE PROTECCIÓN. UN BREVE ANÁLISIS PREVIO A LA CODIFICACIÓN Y HASTA NUESTROS DÍAS.-

Índice.-

-CAPITULO I.

Exordio.-

-CAPITULO II.-

Regulación previa a la codificación.-

- a) De la clasificación de los hijos por su filiación en Las Leyes de Partidas.-
- b) Regulación en las Leyes de Toro.-
- c) Derechos de los hijos naturales.-
- d) El reconocimiento de los hijos ilegítimos naturales.-
- e) De la Legitimación en el Derecho Castellano-Indiano.-
- f) De los derechos reconocidos a los hijos legítimos y el aislamiento de los no legítimos.-
- g) La suerte de los hijos abandonados.-

-CAPITULO III.-

La codificación.-

- a) Hijos Matrimoniales
- b) De los Hijos Extramatrimoniales
- c) De los Hijos Naturales y su legitimación
- d) La Autoridad de los Padres.-
- e) De los Hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos.-
- f) De la efectos.

-CAPITULO IV.-

Hacia el principio del cambio; La Ley 2393 y La Ley 11.357.-

- a) La Ley 2393.-
- b) La Ley 11.357.-

-CAPITULO V.-

La elevación de un cambio sin retorno; Hacia la eliminación de las distinciones entre los hijos ilegítimos con la Sanción de la Ley 14.367.-

-CAPITULO VI.-

El nacimiento de una nueva fuente filiatoria en la Argentina; La primer Ley de Adopción 13.252.-

- a) La postura de Dalmacio Vélez Sarsfield.-
- b) La preocupación por la niñez abandonada y las acciones antecesoras a la regulación de la Adopción.-
- c) El Nacimiento de una nueva fuente Filial: La Sanción de la Ley 13.252.-
- d) Algunas cuestiones interpretativas de la Jurisprudencia que consideramos de avanzada.-
- e) Este ha sido sólo el comienzo...

-CAPITULO VII.-

Tras un largo camino; la igualación de los hijos; La sanción de la Ley 23.264.-

- a) Con timidez, pero a paso seguro.-
- b) Ahora sí: sólo hijos...
- c) Y...¿con relación al tiempo?.-

d) Algunas cuestiones se suscitaron con las acciones...

-CAPITULO VIII.-

Las nuevas formas familiares y la necesidad de reconocimiento de derechos; Concreción de un cambio histórico; La sanción de la Ley 26.618 y su influencia en la filiación.-

- a) ¡Y se cambió la concepción del matrimonio!.-
- b) La llegada de la filiación en el matrimonio igualitario.-
- c) Y además! : Algunas cuestiones jurisprudenciales.-
- d) Ante el vacío legal...¡Un Decreto de Necesidad y Urgencia!.-

-CAPITULO IX.-

El nacimiento de una nueva fuente filiatoria; La voluntad procreacional y regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistidaⁱ en la Codificación Argentina; Ley 26.994.-

- a) Ni padre y madre: Progenitores.-
- b) El peso de la Corte Interamericana de Derechos Humanosⁱⁱ en la materia: "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica".-
- c) La Voluntad procreacional.-
- d) T.R.H.A y nuestro derecho actual.-
- e) ¿Y qué decir del derecho a la información al nacido de las T.R.H.A?
- f) Determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial en las T.R.H.A.-
- g) Imposibilidad de reclamar o de impugnar el estado filial en las T.R.H.A.-
- h) ¿Hacia la extinción el principio binario en la filiación?.-

-CAPITULO X.-

A cada familia una solución en materia de Adopción.-

- a) Y...¿a que llamamos adopción?
- b) Los lineamientos del art. 595 del Código Civil y Comercial de la Nación que impregnan todo el sistema de la Adopción y la norma del art. 596 que regula la acción del conocimiento de realidad biológica.-
- c) Tres clases de adopción: Clasificación sí, ¡exclusión no!
- d) Adopción unipersonal y conjunta.-
- e) Procedimientos en la adopción: los tres estadios regulados.-
- f) El balance y alguna crítica.-

-CAPITULO XI.-

Necesidad de reforma; Gestación por sustitución: Hacia el reconocimiento legislativo de una realidad inminente.-

- a) El Código Civil y Comercial proyectado que no pudo ser.-
- b) Como siempre: ante la falta de norma el protagónico activismo Judicial.-
- c) La inconveniencia de autorizar durante el embarazo y/o nacido el niñoⁱⁱⁱ y la afectación a la igualdad de las filiaciones.
- d) Legislar lo antes posible.-

-CAPITULO XII.-

Colofón.-

Desde: “...él no tiene familia...La ley no le ha dado tutela alguna...persona emancipada desde que ve la luz, solo en el mundo sin que las leyes lo hayan adscripto a ninguna familia...”^{iv} a “...La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme la disposiciones de éste Código...”(art. 558 párrafo segundo Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994)

I) Exordio.

Liminarmente sería interesante contar que nos ha motivado a la elección del tema que hoy nos ocupa. Desde tiempos remotos hemos percibido a la historia del hombre como el puntapié inicial para entender la actualidad y vislumbrar-aun escasamente-la dirección hacia donde se dirige. Gran parte de ello ha sido producto de la enseñanza de nuestros ancestros cultivando en nosotros un gran apetito en cuanto al conocimiento de la historia de nuestro país, y así, sin imaginarlo, llevándonos hacia los albores de la historia universal.

Ahora bien aquí no estamos para ocuparnos sino más que de una pequeña parte de la extensión de la historia de la Argentina que ha marcado a lo largo de los años la conformación de la sociedad que hoy existente, generando cambios constantes, resonantes, e íntimamente emparentados con el movilizar mundial. Estos cambios contaminados de algún modo con el propio ser. La filiación como institución generadora no sólo de vínculos familiares, sino también como símbolo de identidad, resulta una materia riquísima de la cual se dispersan efectos jurídicos que trastocan todas las ramas del derecho, y así también se concibe de acuerdo a la conciencia de cada sociedad como materia integradora de la diversidad...o tal vez no.-

Es así como luego de un gran proceso de reflexión hemos comprendido lo que indica Jostein Gaarder “Si no sabemos en todo momento a dónde vamos, puede resultar útil saber de dónde venimos” (El Mundo de Sofia-1991). Esta es la punta de lanza que consideramos fundamental a la hora de analizar cualquier institución humana.-

De esta manera, a lo largo de nuestra exposición nos avocaremos a efectuar un análisis de la regulación que ha merecido el instituto de la Filiación desde los tiempos confluyentes del virreinato del Rio de La Plata con la independización de España hacia nuestros días,

desde el punto de vista legal, desde la Jurisprudencia y la Doctrina, y de tal forma intentando evidenciar los cambios que han trascendido a la materia a más desde el marco jurídico en cuanto a sus ejes de protección, sino también en el impacto social.-

Michel Foucault nos ha enseñado que “Cuando se hace historia-historia de las ideas, del conocimiento o simplemente historia- nos atenemos a ese sujeto de conocimiento y de la representación, como punto de origen a partir del cual es posible el conocimiento y la verdad aparece. Sería interesante que intentáramos ver cómo se produce, a través de la historia, la constitución de un sujeto que no ésta dado definitivamente, que no es aquello a partir de lo cual la verdad se da en la historia, sino un sujeto que se constituyó en el interior mismo de éste y que, a cada instante, es fundado y vuelto a fundar por ella” (Foucault Michel “La verdad y las formas jurídicas” Ed. Gedisa, pág 16). Y de hecho, nos preguntamos al encarar esta labor: ¿por qué no lo hacemos? ¡Y allí vamos!.-

Huelga decir que cómo se advierte el transcurrir el tiempo y las modificaciones a nivel social y cultural han ido variando el eje de fundamentación de la filiación y su sujeto protegido. A su vez la realidad mundial ha influido acabadamente en estos cambios, y por otro lado las prácticas sociales se han traducido en verdaderos ejes reformistas que han inspirado a Jueces y Legisladores para aggiornarse a las distintas realidades.-

Todo ello nos lleva a preguntarnos ¿Cuáles han sido los cambios originados en la materia y como han llegado a suscitarse?.-

Así cada reforma, de modo escalonado y respondiendo al reflejo de las nuevas conceptualizaciones de los sujetos de derecho involucrados, han ido marcando un devenir en direcciones íntimamente vinculadas, no sólo al pensamiento universal nacido a partir del hito que marco la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en el año 1948, la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Las libertades fundamentales de Europa aprobada en 1950, el pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1976, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos del año 1979, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño del año 1989-entre otros-, sino que además se han originado desde las propias prácticas empíricas necesidades que han descollado en la ideación de medidas protectorias de aquellos sectores invisibilizados durante décadas.

En definitiva la exhibición del sujeto protegido por el instituto de la filiación será nuestro norte, y por ende la idea madre que nos conducirá a lo largo de esta labor. Esperamos resulte de vuestro agrado.-

II) LA REGULACIÓN PREVIA A LA CODIFICACIÓN.-



Ya adentrándonos en nuestra misión, comenzaremos acudiendo al análisis de la normativa imperante que antecedió en nuestra región previa a la Codificación Velezana, coadyuvante a la independización de España.-

De este modo siguiendo a Bernardino Bravo Lira^v sabido es que el derecho indiano continuó vigente en la América Española aún luego de la independencia de estas tierras. En efecto, el derecho indiano no desapareció sino que resultó uno de los grandes legados de la Monarquía Española en los estados sucesores.

Así las cosas si bien se ha afirmado que con la entrada en vigencia de los Códigos se dio fin al derecho indiano, se sostiene que los códigos se elaboraron sobre la base de dicho derecho, el cual en definitiva continuó subsistiendo en sus artículos.-^{vi}

En primer término es preciso destacar que tras el descubrimiento de América operó el trasplante del Derecho Castellano lo cual supuso no sólo el de las leyes sino también de los principios romanos y canónicos. Su aplicación se efectuó según el orden de prelación fijado en la Ley 1 de Toro. ^{vii}

De este modo conforme la Recopilación de Indias se estableció un criterio de aplicación supletoria del Derecho castellano y previó que se aplicaría el mismo en defecto de leyes dictadas para las Indias. Así las cosas gran protagonismo asumieron las Leyes de Toro de 1505 y Las Leyes de Partidas.-

En la materia que nos ocupa comenzaremos por analizar los aspectos que regularon las Leyes de Partidas, buscando así un adecuado orden.-

Nos encontramos con la regulación nacida de la obra de Alfonso X de Castilla, también conocido como Alfonso el Sabio, (1221-1284) quien fuera la figura central del derecho Castellano bajomedieval. EL LIBRO DE LAS LEYES, comúnmente conocido como LAS SIETE PARTIDAS, debido a que por su metodología se dividió en siete partes, es considerada la obra legal más notable de la Era Media Europea.^{viii}

En la mencionada obra legislativa Alfonso el Sabio comprendió al derecho común estableciendo a lo largo de las Siete Partes el tratamiento de distintas temáticas que regularon la vida civil con la influencia de la Iglesia Católica y sus Cánones.

Se dio tratamiento conforme los siguientes Títulos: En la primer Partida a Las fuentes del Derecho, la Fe Católica y la Iglesia; en la segunda trató de los Reyes, de los funcionarios Reales y de la guerra; en la tercera dio tratamiento a la administración de Justicia y derechos sobre las cosas; en la cuarta regulo a las cuestiones del matrimonio y de las personas; en la quinta desarrolló lo referido a los contratos y otras instituciones civiles; en la Sexta regulo las sucesiones; y en la séptima trato los delitos y las penas.-

En la Partida Cuarta se reguló *“a los casamientos que juntan amor de hombre y de mujer naturalmente...y de los hijos derechureros que nacen de ellos, y de los otros de cualquier manera que sean hechos y recibidos”*.

Con ésta premisa Las Leyes de Partidas se dedicaron a la institución de la filiación, haciendo una vasta diferencia entre aquellos hijos nacidos de la unión matrimonial de aquellos nacidos fuera de tal institución y en consecuencia endilgándoles distintos efectos.

a) De la clasificación de los hijos por su filiación en Las Leyes de Partidas.-

La Ley 1 del Título 3 de la Partida Cuarta define el carácter de hijo Legítimo como aquel que nace de la unión matrimonial según los Cánones de la Iglesia Católica. En esta clasificación también se contempló a aquellos hijos nacidos de uniones que, habidas entre quienes tenían impedimento matrimoniales al momento de contraer la unión desconocían del mismo.-

La Ley 2 del mismo Título les reconoció a éstos hijos el derecho de recibir la honra de sus padres, dignidad de éstos y el orden sagrado de la Iglesia y demás honras seculares. Contenían estos el derecho de heredar a sus padres, abuelos y demás parientes.

Finalmente ya se adelantaba que estos derechos no se contemplaban respecto de los hijos que no gozaren de legitimidad.-

Ahora bien, en el Título 15 se clasificó a los hijos No Legítimos, diferenciándolos entre los Naturales, nacidos de unión con “Barragana”, consistente en aquellas uniones estables entre hombre y mujer sin impedimentos matrimoniales. La definición de éste tipo de uniones surgía de la Ley 1 y 2 del Título 14 de la Cuarta Partida.-

Luego definió a los hijos “fornecinos” que eran los que nacidos de mujer casada con soltero o casado que no es su marido. En la ley 9 de Toro se los llamaba “de dañado y punible ayuntamiento”, porque de ello se seguía castigo para la mujer. A los hijos de casado con mujer viuda o soltera se los llamaba *bastardos*. *Nefarios* eran los procreados por ascendientes en trato carnal con sus descendientes. *Incestuosos*, los habidos en parientes transversales en grado prohibido, a menos que se obtuviera dispensa o bien los padres ignoraran la existencia del impedimento. *Sacrílegos* o *hijos de dañado ayuntamiento* eran los nacidos de clérigos de orden sacro, frailes y monjas profesos. Finalmente, *manceres*, *mancillados* o *hijos de puta* eran los nacidos de ramerías públicas, nobles o plebeyas.-^{ix}

Alfonso el Sabio destacó que ello se determinó de dicho modo habida cuenta que eran estos últimos hijos hechos contra la ley y contra razón natural. Luego incluyó a los hijos “mánceres” nacidos de mujer “que están en la putería”, y así también calificó de “spuri” a los nacidos de mujer que el hombre fuera de su hogar tenían como barraganas, en este caso existía impedimento de ligamen entre los progenitores.-

El ordenamiento Alfonsino previo la regulación de los hijos prohijados o hijos adoptivos.

En efecto la Ley 1 del Título 16 de la Partida Cuarta definió a esta clase hijos como destacando que la institución es aquella por la cual pueden los hombres ser hijos de otros aunque no lo sean naturalmente, otorgándole esta facultad únicamente al hombre, y reconociendo este derecho en el caso de la mujer para el único caso en que perdiera a un hijo en batalla o hacienda.-

Conforme lo enseña Antonio Dougnac Rodríguez^x la normativa preveía tanto la arrogación como la adopción, distinguiendo a estas dos instituciones del siguiente modo: En el caso de la arrogación procedía cuando el prohijado estaba fuera del poder del padre

y contaba con más de 7 años de edad ya que se requería el consentimiento del niño, en el caso de la adopción estaba prevista para el caso de niños que tenían padre natural o legítimo. A su vez era posible la arrogación del hijo natural.-

La arrogación producía efectos importantes: a) el arrogado entraba en la patria potestad del arrogador como si fuera hijo legítimo suyo, con su persona y sus bienes; b) el arrogado pasaba a ser heredero forzoso del arrogador, *abintestato* y testamentario, no teniendo éste ascendientes ni descendientes legítimos o naturales. Habiéndolos, sólo podía recibir del arrogador un quinto de la herencia y si había ascendientes, hasta un tercio; c) el arrogador no podía sacar de su poder al arrogado sino por justa causa, y d) el arrogador no podía desheredar al arrogado sin justa causa-

La adopción, que procedía incluso para el menor de siete años, era practicable respecto de los hijos naturales. Para llevarla a efecto se pedía autorización judicial, en procedimiento no contencioso, y luego se levantaba escritura pública, recibiendo el adoptante al adoptado.-

Eran efectos de la adopción: a) cuando el adoptante era un ascendiente (abuelo, bisabuelo), adquiría la patria potestad sobre el adoptado · b) el adoptado por un ascendiente heredaba los bienes por causa de la adopción y del parentesco; c) el adoptado por un extraño no era heredero forzoso, mas sí lo era *abintestato* cuando no había descendientes legítimos ni naturales ni ascendientes. Habiéndolos sólo podía recibir un quinto o un tercio, según los casos, y d) el adoptante podía desheredar, con o sin razón, al adoptado.

b) Regulación en las Leyes de Toro.-

Vale indicar que las Leyes de Toro compuso la legislación Castellana de gran importancia en el periodo Moderno, que fuera aprobada por las Cortes reunidas en la Ciudad de Toro, que respondieron al pedido de los Reyes Católicos. Formaron un conjunto de ochenta y tres leyes que abarcaron diversas materias como el matrimonio, la herencia bienes dotales, mayorazgo y otras vinculaciones, capacidad, privilegios de la mujer casada, falso testimonio entre otros. Se indica que las mencionadas Leyes tenían por finalidad resolver las contradicciones existentes entre diversas normas, destacando su carácter aclaratorio y supletorio.-^{xi}

De éste modo en cuanto a la materia que nos ocupa, estableció que Hijo Natural se reputaba al hijo de padres que podían casarse al tiempo de su concepción o nacimiento, conforme la Ley 11 de 1505. Es así como aclara lo estipulado por las Leyes de Partidas que imprimieron dicho carácter al hijo nacido de la unión con barragana.-^{xii}

Es necesario aclarar que los hijos naturales en América nacían en su mayor parte de uniones concubinarias, más también se daba el nacimiento de aquellas uniones accidentales, incluyendo en esta calificación a los hijos nacidos de las mismas.-

c) Del reconocimiento de los hijos ilegítimos naturales.-

Definidos ya los hijos naturales, corresponde ver cómo se producía su reconocimiento. Conforme las *Partidas*, el reconocimiento del hijo natural no era necesario, pues estimaba como naturales únicamente a los procreados con barragana que fuera una sola, libre, soltera, mayor de doce años y que no fuera virgen ni viuda honesta ya que aquí se aplicaba una presunción. Ello fue modificado por la ley 11 de Toro, que estableció la definición de hijos naturales que hemos ya apuntado. Ahí se extendió tal carácter a los hijos de mujeres que no eran propiamente concubinas o barraganas, con lo que dejó de producirse normalmente la situación de hecho para que operara la presunción de que el conviviente de la barragana era padre de la criatura nacida, y por tal el reconocimiento se hizo necesario.

No obstante lo expresado, la ley 11 de Toro no fijó el modo de producir el reconocimiento. Se recurrió, entonces, supliendo el silencio de la ley, a las disposiciones de las *Partidas* relativas a la legitimación. Resultó así que el reconocimiento podía producirse de seis modos:

- 1) por la partida de bautismo en que se asentara la declaración del padre de ser suyo tal hijo, lo que se daba con frecuencia en la práctica;
- 2) por escritura pública firmada por el reconociente ante escribano público y tres testigos, de lo que no he encontrado ningún ejemplo en los protocolos notariales chilenos que he revisado;
- 3) por testamento, que era el modo más corriente;

- 4) por acta autorizada por el magistrado, justicia o concejo del pueblo, con asistencia del escribano, en que constase la declaración de la paternidad hecha por el padre, lo que en la práctica no ocurría;
- 5) por sentencia judicial en el delito de estupro, si el reo no reconocía voluntariamente al hijo, situación que no era de ordinaria ocurrencia, y
- 6) por sentencia judicial en que se probara fehacientemente la paternidad, lo que constituía uno de los modos más usuales. Tal juicio, siendo de los llamados arduos, debía ser tramitado y sentenciado con el auxilio de asesor letrado, como se arguyó en un juicio de 1753.

El reconocimiento podía beneficiar no sólo al nacido, sino que aun al que estaba en el vientre materno. También era factible un reconocimiento tácito: cuando el padre que había vivido con barragana reconocía por carta a un hijo suyo, todos los demás que hubiera tenido con ella quedaban reconocidos, “sin embargo que no haga ninguna mención de ellos”. No siendo el reconocimiento una mera liberalidad del padre, el reconocimiento era irrevocablemente ^{xiii}

d) Derechos de los hijos naturales.-

Las Leyes de Partidas se han expedido en esta materia disponiendo en su normativa los siguientes efectos de la filiación ilegítima que encarnaron los hijos naturales:

La Partida 7 en su Título 11 Ley 1 estableció la herencia de la Hidalgía del Padre respecto de sus hijos.

En materia alimentaria, el hijo natural tenía derecho a alimentos, y conforme la manda contemplada en la Partida Cuarta Título 19 Ley 2 pesaba sobre los padres. En primer término era la mujer la obligada a afrontar la manutención del hijo. Ahora bien, conforme la praxis se entendía que el hecho de que se otorgue alimentos, aunque sean éstos escasos, al presunto hijo, constituyó una positiva muestra de que efectivamente existía la calidad de hijo invocada.-

e) De la Legitimación en el Derecho Castellano-Indiano.-

Consideraba la ley la posibilidad de legitimar a los hijos naturales nacidos fuera del matrimonio, siguiéndose así la corriente del *Corpus Iuris Civilis*: por subsiguiente matrimonio; por rescripto del Príncipe o del Papa, y aun admitían las Partidas la antigua

oblación a la Curia del Derecho Romano. También procedía mediante testamento y por acto entre vivos, a través de declaración en instrumento público. El matrimonio subsecuente legitimaba tanto a los hijos que existiesen al celebrarse como a los ya fallecidos y aun daba carácter legítimo a la descendencia legítima de éstos. ^{xiv}

La forma de legitimación conocida por rescripto del Príncipe fue acogida por Justiniano e introducida en Castilla por el Fuero Real y las Partidas, por influencia del derecho Romano-Canónico. De este modo tenía por objeto “limpiar la macha impresa en los hijos por origen ilegal y habilitarlos para heredar a sus padres, gozar de nobleza o alcanzar empleos o cargos de los que estaban excluidos.”^{xv}

f) De los derechos reconocidos a los hijos legítimos y el aislamiento de los no legítimos.

Cómo ya señalásemos más arriba, sabido son los derechos que las Leyes de Partidas reconocieron a los hijos legítimos, estipulación obrante en Ley 2 del Título 13 Partida Cuarta citada precedentemente, como en la Ley 1 del Título 17 al regular la Patria Potestas cómo aquel poderío del padre sobre los hijos nacidos del matrimonio.-

En cuanto a los hijos Naturales la Ley 2 del mismo Título estableció que éstos hijos no quedaban bajo el poderío del padre. Lo mismo previo respecto de los “hijos incestuosos”.-

Ahora bien, en el caso de los hijos que conocidos como “no legítimos”, ya en la Ley 3 del Título 14 la Cuarta partida disponía que el hijo nacido de mujer vil (espurio) el cual no resultaba hijo natural e indicaba que “tal hijo como éste no debe tener parte en los bienes de su padre, ni es el padre obligado a criarlo si no quiere”.-

g) La suerte de los hijos abandonados.

Si bien esta labor está dirigida al estudio de la filiación en cuanto a sus orígenes y efectos, no puedo dejar de hacer referencia a una gran problemática que con el transcurrir del tiempo desencadenaría en la regulación del Instituto de la Adopción en la legislación Argentina. La situación de los niños abandonados en esta región ha sido un tema de constante preocupación que ha llevado desde tiempos de la colonia hasta nuestros días al dictado de normativa buscando una solución a la cuestión, y con ello la creación de programas que han buscado paliar sus nefastas consecuencias.-

Así las cosas en 1794 Carlos IV determinó por una Real Orden que los niños abandonados “los más inocentes y los más miserables de las criaturas” sean puestos en

casa de caridad y asimismo que les siguiera la “legitimación civil” de modo de no utilizar términos tales como ilegítimos, bastardos, espurio, incestuoso o adulterino.^{xvi}

De este modo nace el Reglamento de Expósitos en el cual se dispuso que los padres que exponen a sus hijos perdían la patria potestad y todos los derechos sobre estos.-

III) LA CODIFICACIÓN.-

“El Código tiene el mérito de haber sabido conjugar armónicamente la tradición jurídica hispánica, las costumbres del país, y la más moderna doctrina civilista” (Moisset de Españos “Dalmacio Vélez Sarsfield” www.acaderc.org.ar).-



La obra más importante de Dalmacio Vélez Sarsfield aprobada en el año 1869 y que entrara en vigencia en el año 1871, siguió la costumbre jurídico romanista-castellana, habiendo en materia filiatoria estableciendo distintos tipos basados en el origen del nacimiento de los hijos y reconociendo una única fuente: la filiación por naturaleza derivada del acto sexual^{xvii}.

Así pues diferencio la filiación matrimonial a la que denomino como legitima, y extramatrimonial también llamada ilegítima, y dentro de esta última categoría estableció distinciones entre los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos.-

El Código Civil originario fundado en el origen de la filiación, determino los derechos de los que podían gozar los hijos y las obligaciones de los progenitores.-

Ahora bien, la razón esgrimida por aquellos años para sostener la mentada diferenciación se hallaba en la búsqueda de la protección de la “pureza”^{xviii} de la familia legítima, y en esta inteligencia se sostuvo que “Introducir al hijo extramatrimonial dentro de la familia de sus autores, equivale a destruir la moral social, que debe reinar en las familias legítimamente constituidas. Es por ello que el Código Civil, recogió la tradición europea y tuvo sumo cuidado en excluir a los hijos extramatrimoniales de la familia de sus autores”.-^{xix}

Se ha sostenido que el argumento en función del cual se legislo diferentes clasificaciones entre los hijos respondía a que por este medio se reconocían diversas categorías “sociales” que “respondía al orden que imperaba dentro de la sociedad”.-^{xx}

De esta forma Vélez Sarsfield reguló la filiación conforme las siguientes categorías:

a) Hijos Matrimoniales

Se hallaban dentro de esta categoría aquellos hijos cuya concepción tuviera lugar dentro del matrimonio y aquellos que adquirirían legitimación por el subsiguiente matrimonio de sus padres si es que al tiempo de ocurrida la misma no existían impedimentos matrimoniales, gozando estos hijos de absoluta protección. De este modo el art. 359 indicaba: “Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio valido o putativo de su padre o madre, y también los legitimados por subsiguiente matrimonio del padre y madre posterior a la concepción”-

Ahora bien, en cuanto al momento en que se había concebido el hijo durante el matrimonio el art. 240 ilustraba “La ley supone concebidos durante el matrimonio, los hijos que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre, y los póstumos que naciere dentro de los trescientos días contados desde el día en que el matrimonio valido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado” y esta idea quedaba reforzada por la manda del art. 246 al señalar “Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos siguientes a su disolución”.

b) De los Hijos Extramatrimoniales:

Para los hijos nacidos de mujeres que no se hallaban unidas en sagrado matrimonio la cuestión era diametralmente diferentes. Fue de este modo cómo el legislador dispuso el resto de las clasificaciones, cayendo sobre los hijos el yerro de los progenitores, cuestión que con el tiempo ha sido duramente criticada por distintas corrientes doctrinarias, de las cuales nos ocuparemos más adelante.-

c) De los Hijos Naturales y su legitimación.-

Coincidentemente con la postura de las Siete Partidas, Vélez Sarsfield legislo a los hijos naturales como aquellos que fueren concebidos por padres que al momento de la concepción no tuvieran impedimentos matrimoniales. El artículo 324 del Código Civil

originario por remisión al 311 indicaba “Los hijos designados en el art. 311, son hijos naturales”, y de este modo contemplo en el art. 311 del cuerpo legislativo que “Los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres.”

Así dispuso que procedía la legitimación de estos hijos siguiendo una serie de procedimientos que detalló en los artículos subsiguientes y de esta manera uno de los requisitos insoslayables era el hecho del reconocimiento que de estos hijos hicieren los progenitores conforme lo establecía el art. 317 y a su vez también contemplo la posibilidad de legitimación de los hijos fallecidos antes de la celebración del matrimonio beneficiando esta legitimación a su descendencia si la tuviere (art. 316).-

Finalmente el Código Civil era firme al señalar que estos hijos legitimados estaban en pie de igualdad a los hijos legítimos y de esta manera indicaba en el art. 319 que “Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales a los legítimos para todos los efectos legales, desde el día de la celebración del matrimonio, y la legitimidad aprovecha a su posteridad legítima. La designación de "hijos legítimos", "hijos de legítimo matrimonio", comprende los hijos legitimados.

Esta postura era ratificada por la manda contemplada en el art. 359 como ya lo señaláramos “ut supra”:^{xxi}

Es valedero resaltar además, que otra de las ventajas con las que se vieron beneficiados los hijos naturales, fue la posibilidad de accionar solicitando el reconocimiento paterno y materno, acción reglada por el art. 325 del cuerpo legal y así estableció “Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o madre, o para que el Juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndose en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurren a demostrar la filiación natural. No habiendo posesión de estado, este derecho solo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres”.-

Respeto de la acción de petición del reconocimiento filial natural se suscito un caso muy puntual caratulado “De Ludwing Carmen c/ Herederos del General don Julio A Rocca

s/ Filiación Natural”. Recurso de hecho de fecha 2 de Agosto de 1919, en que si bien la Corte Suprema de Justicia entendió inadmisibile el Recurso Federal interpuesto por tratarse una cuestión del derecho común que excluía la materia fijada por el art. 14 de la Ley 48, quedaron firmes los fallos de primera y segunda instancia en que se declaró aplicable el art. 325 del Código Civil, presentando la recurrente su protesta habida cuenta que señalo que el mentado articulado se había aplicado en forma retroactiva, cuando debió aplicarse la Ley vigente al momento de su Nacimiento acaecido en 1869. Para así decidir ambas instancias se basaron en la normativa vigente para ese entonces reproducida en los arts. 4044 y 4045 del Código Civil.-^{xxii}-

Los artículos que apoyaron la decisión indicaban: art. 4044: “Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando sólo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos.”...art. 4045:” Las leyes nuevas deben aplicarse, aun cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias, y que aún no hubiesen ejercido, o que no hubiesen producido efecto alguno.

El cuanto a la reclamación de la maternidad es necesario puntualizar que el derecho a indagar la maternidad no era absoluto ya que el art. 326 disponía la prohibición de indagarla en el caso de la mujer casada.

Se entendió que con la mentada norma en definitiva no se intentaba proteger a la mujer casada en tanto individuo, sino el “honor” que toda mujer debía poseer. Se sostuvo así que admitir tal investigación constituía un verdadero peligro social y así las razones que ha tenido el codificador “son meramente sociales; impedir la exploración y el escándalo, pues no habría mujer casada en alta posición social que no fuera amenazada por un juicio que la infamaría, aunque lo ganara; no sucede lo mismo con el hombre”.-^{xxiii}

Ahora bien, con relación a este aspecto un fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 26 de agosto de 1921 “F. M. c/ F. DE F. M. s/ PETICION DE HERENCIA (SUCESION)” , aclaró que “Debe darse curso a la demanda por petición de herencia entablada contra la sucesión de su madre natural, por quien afirma tener la posesión de estado de hija natural y haber sido reconocida como tal por la causante, sin

que, en el caso, se trate de indagar la maternidad, lo que se halla prohibido por el art. 326 del Código Civil”.-^{xxiv}

d) La Autoridad de los Padres.-

Respecto de la autoridad de los padres en relación a sus hijos como de los derechos hacia estos la norma contemplada en el art. 328 estableció que eran los mismos que la de los padres legítimos sobre sus hijos.-

Así también prescribió el art.327 que las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres se extendía a los hijos naturales, como así también el último párrafo del art. 331 estableció que la obligación alimentaria entre padres e hijos naturales era reciproca.-

En materia de derechos alimentarios se reconocía a los hijos naturales el derecho a percibir alimentos hasta los 18 años. Ahora bien, aclaraba el art. 331: “y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer a sus necesidades”.

Sin embargo el art. 330 fijaba el deber del padre y la madre de criar, educar, darles enseñanza primaria y costearles el aprendizaje de una profesión u oficio a sus hijos naturales.-

A todo esto en materia sucesoria la diferencia establecida hacia aún más honda la desventaja de los hijos naturales en relación a los legítimos y/o legitimados.

De esta forma el art. 3579 dispuso claramente este incordio al indicar: “Si quedan descendientes legítimos, la parte del hijo natural será siempre la cuarta parte de la del hijo legítimo. Para obtener esta parte se supondrá cuádruplo el número de los hijos legítimos, y se agregará el número de los hijos naturales, haciendo luego tantas partes iguales cuanto sea el número de los hijos ficticios: cada hijo natural tomará una parte y cada legítimo cuatro partes”.-

e) De los Hijos adulterinos, incestuosos y sacrilegos.-

La suerte que corrieran estas categorías de hijos se diferenciaba diametralmente con la de los hijos naturales, y obviamente no hallaba punto alguno de coincidencia con los hijos legítimos.

El Código Civil originario contemplo a estas tres categorías en los arts. 338 al 344 y otro tanto se reguló en los arts. 365/366 al dar tratamiento al parentesco ilegítimo.-

De este modo el art. 338 del cuerpo legal caracterizaba al hijo adulterino como aquel proveniente de la unión de dos personas que al momento de concebir no podrán contraer matrimonio puesto que una de ellas se encontraba casada sin otorgar importancia alguna a la buena fe o ignorancia de esta circunstancia por alguno de los padres, e incluso la violencia que pudiera haberse ejercido sobre la mujer.

El art. 339 se ocupó del hijo incestuoso señalando que era el nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio por la existencia de parentesco que no era dispensable según los cánones de la Iglesia Católica.-

Por último el hijo Sacrilego detallado en el art. 340 era el nacido de padre clérigo de ordenes mayores o persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia católica.

f) De la efectos.-

Dicho ello adentrándonos a los efectos de pertenecer a estas condiciones que englobaban las tres precitadas categorías todos eran coincidentes:

A estos hijos les quedaba vedado indagar sobre la paternidad y/o maternidad conforme la manda del art. 341 del Código Civil.-

A su vez, se le desconocía el “tener padre o madre, ni parientes algunos por parte de padre o madre”, conforme el art. 342.-

El único derecho que se les reconocía era el de reclamar alimentos hasta la edad de dieciocho años siempre que no pudieren proveérselos si fueren reconocidos por su padre o madre conforme la manda del art. 343.-

En este último sentido Dalmacio Vélez Sarsfield justificó su postura al señalar respecto de estas categorías de hijos que *“él no tiene familia, porque la familia solo nace de la unión legítima. Individuo sui iuris desde que viene al mundo, aun sin hermanos, porque la ley no ha creado relación de derecho entre hermanos ilegítimos, ni son sucesores uno de los otros. La ley no le ha dado tutela alguna, ni aun la tutela de sus ascendientes. Persona emancipada desde que ve la luz, solo en el mundo sin que la leyes lo hayan adscripto a ninguna familia: cuyos padres pueden sin pena negarle el nombre de su familia, y puede también sin pena tomar el nombre que quiera; que no necesita el consentimiento paterno para unirse a otra familia; cuya cabeza para nada es contada en los derechos de*

representación; que no puede, ausentes sus padres, representarlos en juicio ni fuera de él ¿Qué derecho tiene este desdichado ser de nuestras leyes?. Apenas puede pedir alimentos a sus padres, cuando de otra manera no los tenga o cuando su edad, las enfermedades o los defectos que le transmitieron sus padres no le permiten buscar los medios de subsistencia ¿Le negaremos pues el derecho, el único derecho que le dan nuestras leyes, de buscar a su padre y pedirle alimentos que le son indispensables? ¿Por qué esta inmoral crueldad?.^{xxv}

De la lectura del texto legal surge nítida la postura imperante no sólo en la legislación sino también aquella aceptada socialmente. No se tardaría en ir virando este punto de vista en una sociedad cada vez más cambiante, y desde el propio trono de la formación jurídica.

Vasto ha sido el trabajo reflejado ya desde las propias tesis Doctorales de la carrera de Derecho de la Universidad de Buenos Aires comprendidas en los años 1871 a 1888, conforme un interesante trabajo realizado por Viviana Kluger y titulado “Entre la sombra y la luz los hijos ilegítimos en las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires” (1871-1888).^{xxvi}-

En efecto, a la luz de las opiniones de los Doctorandos reflejados en el citado trabajo nos hemos encontrado con opiniones tan revolucionarias para la época como la reflejada en la labor de David de Tezanos Pinto en su trabajo titulado “De los hijos naturales” (Buenos Aires, Imprenta de Pablo E Coni 1871). El citado autos sostenía en relación a las diferencias entre hijos “todos los hijos ilegítimos tienen que tener iguales derechos pues no hai escándalo en igualar los hijos: porque ello no importa ni remotamente igualar las uniones diversas que los han producido. En definitiva, no hai nada más moral, nada más noble i grande que proclamar a la faz del mundo, la igualdad de los hijos en sus relaciones con sus padres” (se transcribe conforme la escritura del autor).^{xxvii}-

Por otra parte Jose A Garcia en su trabajo “Del reconocimiento de los hijos naturales” (Buenos Aires, Imprenta de M Biedma, 1877) sostenía que no encuentra razón alguna para que esos seres estén marcados con ese doble sello original de la religión y la ley. Pecan por haber nacido y nuestra ley los coloca como indignos por ser hijos de casados o frailes”.^{xxviii}

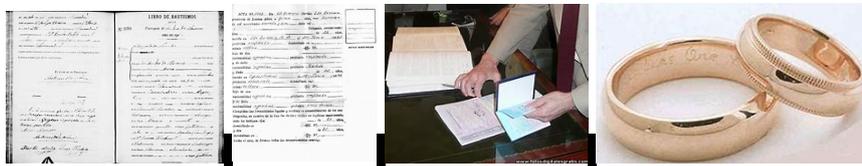
Otro autor Tomas del Corro en su trabajo "Filiación natural" (Buenos Aires, Imprenta Pablo E Coni, 1874) insistía en que la ley robustezca y fomente el vínculo entre padre e hijo, ya que hacer lo contrario era cambiar el orden natural, y a su vez permitir que un padre eluda el cumplimiento de sus deberes hacia sus hijos, importaba permitir un crimen y aprobar el hecho inmoral y la ley tiene en vista precisamente corregir esos males.-^{xxix}

Como claramente puede advertirse la postura de parte de la sociedad ilustrada en materia jurídica comenzaba a vislumbrar el reclamo del cambio, gestándose el mismo desde el seno del espíritu crítico.-

IV) EL PRINCIPIO DEL CAMBIO: LA LEY 2393 DE MATRIMONIO CIVIL y la LEY 11.357.-

"¡A galope!-grité, pero nada de galope; despacio como viejos, nos arrastrábamos por los desiertos de nieve; largo tiempo oyó tras de nosotros el nuevo y erróneo canto de los niños" (Franz Kafka

"Un Médico Rural").-



a) LA LEY 2393.-

Así trascurrieron los cambios que se originaron en torno a la igualdad de los hijos en lo que hizo al origen de la filiación, de a poco, en forma escalonada, receptando la evolución de la sociedad.-

De este modo la Ley 2393 Sancionada en el año 1888 que regulo el Matrimonio civil en la Argentina, comenzó por eliminar del sistema una de las clases de hijos desechando a los Sacrilegos como categoría.

El artículo 112 rezaba "Deróganse todas las disposiciones de éste Código relativas a hijos sacrílegos. Los que actualmente son llamados hijos Sacrílegos tendrán la filiación que les corresponda según las disposiciones civiles que quedan vigentes".-

Así las cosas la explicación desde el marco jurídico tuvo su andamiaje desde el miraje en que al secularizarse la institución del matrimonio dejaron de existir impedimentos matrimoniales del orden sagrado, en razón de lo cual ya no tenía objeto alguno conservar la categoría Canónica y en consecuencia los religiosos profesos podrían celebrar matrimonio civil y por ende sus hijos ya no pertenecían a la antigua categoría.^{xxx}

Sin perjuicio de ello, válido es indicar que el Derecho Canónico continuó teniendo influencia en la regulación de las relaciones de familia en el Derecho Argentino. Se ha sostenido en este sentido que: "... se ha mantenido desde siempre determinadas normativas auspiciadas por la Iglesia Católica, un actor social de fuerte peso en la regulación de las relaciones de familia en el Derecho Argentino".^{xxxix}

b) LA LEY 11.357.-

Transcurridos más de 30 años, recién en 1926 y con la sanción de la Ley 11.357 se reconoció a la madre y al padre de los hijos naturales la Patria Potestad sobre estos. El artículo 2 de la mentada ley sostuvo "La madre natural tiene la patria potestad sobre sus hijos con la misma amplitud de derechos y facultades que la legítima. La tendrá también el padre natural que voluntariamente hubiera reconocido a los hijos naturales".-

Conveniente para brindar un marco más acabado a la explicación de este cambio es resaltar que conforme el originario artículo 264 del Código Velezano la institución de la Patria Potestad era un derecho exclusivo paterno, habida cuenta que se consideraba a la mujer una persona incapaz de hecho relativa.

Con antelación a la sanción de la ley 11.357, tuvo lugar la ley 10.903 conocida con la "Ley del Régimen de Patronato de Menores", indicando que las obligaciones a cargo de los padres sólo serían ejercidas por la madre en caso de muerte o pérdida de la patria potestad del padre.^{xxxix}. En este sentido tuvo lugar la modificación del art. 305 del Código Civil.-

De este modo la Ley 10.903 modificó la manda prevista por el art. 329 del Código Civil disponiendo que las prescripciones de los arts. 306, 307 y 309 del cuerpo normativo, se aplicaban también a los hijos naturales.-

V) LA ELEVACIÓN DE UN CAMBIO SIN RETORNO; HACIA LA ELIMINACIÓN DE LAS DISTINCIONES ENTRE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS CON LA SANCIÓN DE LA LEY 14.367.-

"Caminando por una calle desierta de la ciudad que apenas estoy empezando a conocer algo se sentía bien. Algo en medio de todo, se siente bien" (Furiasse, Mariana "Intermitente Rafaela" Ed.

SM, 2016, Buenos Aires).-



Ya para el año 1954 tuvo lugar la sanción de la Ley 14.367 que suprimió las distinciones aún existentes en el sistema entre los hijos ilegítimos. De este modo se eliminaron las categorías de hijos naturales, adulterinos e incestuosos, para formar parte de una común denominación como hijos no legítimos, y a su vez les concedió a todos ellos los mismos derechos que sólo hasta el momento se les había reconocido a los que integraban la categoría de hijos naturales.-

Evidente fue el avance acaecido integrando a aquellos que para el Código Civil originario fueran comprendidos como huérfanos de padre y madre y de todo parentesco, a quienes sólo se les había reconocido el magro derecho a pedir alimentos a sus padres siempre y cuando fueran reconocidos y únicamente hasta los 18 años. Si pensamos en la grave injusticia sufrida por estos hijos, legalizada y bien vista por el Derecho Argentino durante casi un siglo, realmente el cambio fue importante.-

De esta forma por un lado desaparecieron las distinciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de la unión matrimonial y extramatrimonial conforme la manda del art.1, el cual en su primera parte decía: “Suprimense las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto a estos últimos ...”.

La nueva legislación imperante incluso sensibilizó las interpretaciones jurisprudenciales de ciertas situaciones fácticas. Es así que a modo de ejemplo la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en fallo de fecha 22 de marzo de 1957 resolvió respecto de los requisitos previstos por el art. 325 del Código Civil que: “La nota al art. 325 del Código Civil se coloca en el caso del hijo legítimo. Nuestra doctrina es uniforme en el sentido de que dicha nota caracteriza una situación demasiado rígida que no tiene por qué ser exigida por el juez en la apreciación de los hechos constitutivos de la posesión de estado del hijo

natural...Para considerar demostrada la filiación lo esencial y decisivo es en realidad el factor "trato"^{xxxiii}.

De ningún modo sufrió modificación el art. 311 del Código Civil en cuanto a la legitimación de los hijos naturales por posterior matrimonio de sus padres y según la opinión mayoritarias -que desarrollaremos infra- se mantenía la imposibilidad para quienes habían nacido siendo incestuosos o adulterinos -

En palabras de José Ignacio Cafferata al referirse a la legitimación: "...en ciertas ocasiones, ese orden no se observa de manera estricta, sino que el matrimonio se contrae con posterioridad a la concepción del hijo. Ese cambio del orden, cuando se dan las condiciones establecidas por la ley, condiciones que no se han considerado atentatorias a la estabilidad de la familia legítima, permite que el ser concebido fuera del matrimonio pueda obtener la calidad de hijo legítimo, con los mismos derechos y obligaciones del concebido dentro de las nupcias. Esa situación se logra a través de una institución que es la legitimación. En la legitimación concurren los mismos presupuestos de la legitimidad^{xxxiv}, sólo que la concepción del hijo ha tenido lugar antes de la celebración del matrimonio".^{xxxv}

Sin embargo no faltaron controversias en cuanto a la interpretación del texto legal con relación a la procedencia de la legitimación de los hijos concebidos fuera del matrimonio por posterior matrimonio de los padres. Fue así que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los autos "Rama, Generoso"^{xxxvi} aclaró que la legitimación únicamente procedía ante el caso en que los padres pudieran casarse al momento de la concepción. La cuestión fue controversial ya que mientras algunas de las opiniones se inclinaban por esta última postura otras llevaban un criterio opuesto, a punto tal que la postura triunfante en el fallo citado lo fue por 4 votos contra 3. Así, las opiniones contrarias sostenían la posible legitimación de los hijos por el subsiguiente matrimonio de sus padres sin importar el momento que se produjere la concepción y la situación de los progenitores.-

En referencia a ello Guillermo F Frugoni Rey sostenía respecto del desacuerdo del alcance de la legitimación de los hijos extramatrimoniales que "La falta de claridad de la ley y la falta de un texto expreso dejan abierto el camino de la discusión y cada cual con sus propios argumentos y razones tratará de justificar su posición y el partido tomado sin que la definición de la institución estudiada pueda servir para inclinar la balanza en un

sentido u otro, pues si bien el sentido gramatical de la palabra significa convertir en legitimo lo que no lo es, el sentido jurídico admite una mayor o menor amplitud según la ley acepte o no una total equiparación entre los distintos hijos extramatrimoniales y la doctrina, al recoger o rechazar las posibles diferencias, define la legitimación con distintos alcances”.-^{xxxvii}

Cabe indicar que el cambio no fue casual, el contexto mundial lo acompañó, resultando de gran influencia el Dictado de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en el año 1948 y La Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Las libertades fundamentales de Europa aprobada en 1950.-

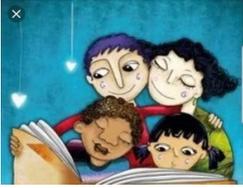
En efecto, el art. 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribió la igualdad ante la ley sin discriminación alguna, y allí incluyó al instituto de la filiación. En tanto que la art. 14 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Las Libertades fundamentales de Europa señaló: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.-

Si bien las modificaciones acaecidas hasta 1954 en nuestro país en materia filiatoria no satisfacían aún la ausencia absoluta de discriminación, lo cierto es que a la luz de los lamentables episodios internacionales^{xxxviii} que llevaron a la pérdida de innumerables vidas así como también destrucción de incontables territorios, desembocaron en la concientización del cambio, en la necesidad de gestar conciencia en la humanidad, y a ello la Argentina no pudo serle indiferente. Nada es casual, nada deviene por accidente, todo es causal.-

VI) EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA FUENTE FILIATORIA EN LA ARGENTINA: LA PRIMERA LEY DE ADOPCIÓN 13.252.-

“El proceso comenzó desde los ancestros, cuando el intento de los escépticos no ortodoxos por cambiar el orden de las piezas fue peligrosamente interpretado. Algunos hicieron de esta tentativa un sistema, un producto del tiempo y del espacio...”(Menendez, Rolando “El Jugador”

(prolegómenos para una lectura del sentido-1970). Aire de Luz Cuentos Cubanos del XX. Ed. Ediciones Cubanas, Artex 2014).-



a) La postura de Dalmacio Vélez Sarsfield.-

Como hemos venido desarrollando hasta el momento el cuerpo legislativo que pergeño Dalmacio Vélez Sarsfield reguló y reconoció sólo la filiación por naturaleza.

El codificador originario tenía una opinión negativa respecto del Instituto de la Adopción, y sólo hizo referencia a esta en el art. 4050 al regular la aplicación de las leyes indicando que las adopciones y los derechos de esos hijos eran regidos por las normas existentes al tiempo en que “pasaron los actos jurídicos”, estableciendo un especial énfasis en clarificar que “no hay adopciones por las nuevas leyes”.

Vélez Sarsfield^{xxxix} abogaba su postura fundamental para no instituir la adopción sosteniendo: "desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión que nada de real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes?". Esta concepción del legislador fue presentada en su nota de Elevación del proyecto de Código Civil el 21 de junio de 1865.-^{xl}

b) La preocupación por la niñez abandonada y las acciones antecesoras a la regulación de la Adopción.-

Sin embargo durante décadas en el país fue aumentando la preocupación hacia la niñez abandonada, y ese fue el estímulo que llevo a la sanción de distintos instrumentos que sin regular ni reconocer a la adopción, sirvieron como punta de lanza hacia su concreción.-

Podríamos comenzar indicando incluso normas que precedieron al propio Código Civil como fue la sanción en 1794 por parte de Carlos IV de la Real Orden que crea el Reglamento de Expósitos en el cual se disponía que los padres que exponen a sus hijos pierden la patria potestad y todos los derechos sobre estos. Así con antelación en 1699 el Capitán General de las Provincias Unidas gestionó la creación de una casa de niñas huérfanas que funcionó hasta 1702, así como también para el año 1779 a petición del

Sindico Procurador Riglos al Virrey Vértiz se crea la casa de expósitos varones. Ya para el año 1882 estas casas de acogida pasaron a depender del erario público.

Para el año 1823 nace la Sociedad de Beneficencia, y de este modo en el año 1919 se sanciona La Ley 10.903 del Patronato de Menores que regulaba la situación de niños en estado de abandono, y se establecía la pérdida de la patria potestad de los padres respecto de sus hijos, y determinaba sobre quien recaería la tutela de estos, más no se ocupó de arbitrar herramienta alguna para así contemplar el modo de “colocación” de estos niños en otras familias.-

De esta manera durante todo el periodo en que se omitió del derecho Argentino la figura de la adopción la función de entrega o colocación –modismo de la época que definió la entrega de niños abandonados- era llevado adelante por la Sociedad de beneficencia, teniendo el estado un rol ausente como resultado del desinterés en regular esta institución la que dejó en manos de organismos católicos.-

Hasta entonces las prácticas sociales de colocación y tutela de niños estuvieron fuertemente reguladas y/o desarrolladas desde la Iglesia Católica a través de las Sociedades de Damas de Beneficencia; damas que materializaron el asilo, la educación y cuando era considerado “un bien para el niño”, la entrega en colocación familiar con el aval de los Defensores de Menores como figura legal. ^{xli}

Así las cosas, el aumento de la conflictiva que involucraba a la niñez abandonada en estado de peligro, fue llevando al reclamo por parte de distintos sectores de la sociedad. De tal modo desde el Patronato Nacional de Menores se organizaron en 1933 y en 1942 las Conferencias Nacionales sobre la Infancia Abandonada y Delincuente que reunieron a juristas, médicos, señoras de la Sociedad de Beneficencia y educadores. Allí se dio tratamiento a la cuestión y al tema de la adopción, y en sus conclusiones se señaló la necesidad de contar con ese instituto jurídico como "instrumento de protección moral, material y jurídica para los menores huérfanos o abandonados material o moralmente por sus padres".- ^{xlii}

La Primer conferencia concluyó que “debe legislarse la adopción con el moderno concepto de protección material, moral y jurídica para los menores de dieciocho años de edad”.^{xliii}

La cuestión de la necesidad de contar la figura de la adopción se fue agudizando aún más al producirse el 15 de enero del año 1944 el terremoto en la Provincia de San Juan que trágicamente dejó a muchos niños en estado de orfandad. El fenómeno dejó desbastado al 80% del territorio provincial y se estimó que entre fallecidos y heridos el número de víctimas ascendió a los 15.000. Sin embargo hay quienes afirman que el número de muertos fue un aproximado a 5000. Muchos de los niños huérfanos ante la ausencia de la figura de la Adopción fueron inscriptos como hijos biológicos de diversas familias llevando a la triste realidad que hoy día quienes se encuentran con vida y sus descendientes aun buscan a sus orígenes.^{xliv}

El lamentable acontecimiento sirvió como incentivo para dar mayor pujanza tendiente a priorizar el tratamiento en el ámbito legislativo al Instituto de Adopción.-

La Adopción fue así concebida desde la óptica de protección de la niñez^{xlv} buscando otorgar hogar a estos en familias honestas y también al contralor por parte del estado de las prácticas que se venían realizando desde hacía décadas por parte del sector religioso mediante la entrega de los pequeños a través de actas notariales, y mantenimiento de la Tutela Legal de los niños por la Sociedad de beneficencia. Vale indicar que en aquellos tiempos se firmaba una suerte de contrato por el que la mentada organización cedía al niño pero retenía la Tutela Legal.^{xlvi}

La Sociedad de beneficencia si bien recibía aportes del Estado Nacional tenía autonomía e incluso dictaba sus propios reglamentos. Esta práctica comenzó a desdibujarse en 1931 con la Creación del Patronato Nacional de Menores que supervisaba a los establecimientos dependientes de la Sociedad de beneficencia y con la creación de la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social que tuviera lugar en el año 1943. Este camino de merma de funciones concluye con el dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional que en 1946 dispuso la intervención de la Sociedad de beneficencia de Capital Federal.-

Para el año 1948 por Ley 13.341 los organismos destinados al cuidado de menores de edad en situación de abandono de la Sociedad de Beneficencia pasaron a formar parte de la Dirección de Menores la que dependía de la Dirección Nacional de Asistencia Social.-

c) El Nacimiento de una nueva fuente Filial: La Sanción de la Ley 13.252.-

Finalmente el 15 de septiembre de 1948 se sanciona la primera Ley de Adopción en la Argentina símbolo de un inconmensurable avance. Ello no sólo por la nobleza hacia la niñez en estado de orfandad sino también por la creación de una nueva fuente filiatoria que reconoció a su vez el derecho de esos niños de ingresar a una familia en estado de legitimidad, e incluso el instrumento legislativo también se utilizó para legitimar a aquellos niños nacidos por fuera de los presupuestos previstos en el art. 311 del Código Civil, puesto que también ésta institución jurídica también fue utilizada por los padres para legitimar a sus hijos biológicos ilegítimos.-

El art. 4 de la mentada normativa disponía en este sentido que “no podrá adoptarse más de un menor de cada sexo por cada persona o matrimonio. Se exceptúan: Si las adopciones se efectuaran todas en el mismo acto; Si el nuevo adoptado es hermano de alguno de los menores ya adoptados o hijo ilegítimo del adoptante nacido posteriormente a la primera adopción”.

En tanto el art. 6 dispuso “El adoptante probará haber atendido al menor durante dos años anteriores al momento de la demanda, con los cuidados de un padre. Esta prueba no se requiere cuando se adopta el hijo propio o el hijo del cónyuge.-”

Es destacable señalar que este último precepto tuvo oposiciones por parte de algunos sectores, más allá de que fuera presentada como una conquista para la niñez. De este modo quienes no veían con buenos ojos este avance fundaban su resistencia en la idea de que el instituto de la adopción -así legislado- sería utilizado como un medio indirecto para hacer ingresar en el ambiente familiar a los hijos ilegítimos.-^{xlvii}

Por otra parte se puso en manos de los jueces el otorgamiento de la adopción conjuntamente con su evaluación. El art. 1° de la ley rezaba “La adopción crea vinculo legal de familia” y en el artículo siguiente agregaba “Cualquier menor hasta los dieciocho años puede ser adoptado, por resolución judicial, a instancia del adoptante”.^{xlviii}

Ahora bien, así como es sabido el enorme valor tanto social cómo jurídico de la normativa en cuestión, esta previó un sistema por el cual únicamente creaba vínculo entre adoptante y adoptado (conf. art. 12), no generando lazos familiares con el resto de la familia del adoptante.

Vale decir que sólo contemplo la adopción de naturaleza simple.

Por otro lado los adoptantes debían de carecer de descendencia natural y únicamente podían adoptar un niño de cada sexo, a excepción del hermano del adoptado y/o del hijo ilegítimo nacido luego de la primera adopción (conf. art.4).

A su vez la en el art. 6 probar al adoptante haber tenido al niño otorgándole los cuidados de padre durante dos años antes de interpuesta la demanda, y también previó la Adopción post-mortem ante el caso eventual de que el adoptante falleciere luego de interpuesta la demanda (art. 11).-

Otro aspecto destacable -y debo decir de avanzada ya que la voz silenciada de los niños por aquellos años empieza a tener peso- fue el contemplado por el art. 9 que establecía la escucha por parte del Juez a aquellos menores que hubieren cumplido los 10 años de edad. De este modo estableció: "El juez oirá personalmente al adoptado si fuera mayor de diez años..."

d) Algunas cuestiones interpretativas de la jurisprudencia que consideramos de avanzada.-

Si bien este trabajo no tiene por finalidad el estudio acabado de la Adopción, sino el de echar luz a los cambios y avances de las distintas fuentes filiatorias en la Argentina, lo cierto es que no hemos podido evitar en esa tesitura merituar ciertos preceptos jurisprudenciales que a criterio nuestro resultaron novedosos para la idiosincrasia de la época.-

A decir verdad, nos ha llamado la atención aquellos casos en que la justicia fijo criterios interpretativos a la norma sancionada.

A modo de ejemplo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un fallo plenario del 16 de diciembre de 1959 sentenció que "Puede admitirse el pedido de adopción de un

menor no obstante tener el adoptante hijos legítimos o extramatrimoniales reconocidos, si todos ellos son mayores de edad y prestan su consentimiento".^{xlix}

El fallo mencionado dio luz a la normativa contemplada en el art. 5 de la Ley 13.252 que previa la prohibición de adoptar por parte de las personas que tenga descendencia biológica contemplada en el art. 5.-

Así también la Sala C de la Cámara Nacional Civil por fallo del 15 de junio de 1964 aclaró "No hay obstáculo alguno para admitir la adopción entre medio hermanos, en razón de que la Ley 13.252 ...al dejar de incluirlos expresamente dentro del art. 5º inc.d, permite la diferenciación pertinente, acorde con la sistemática del Código Civil. -"

Otro llamativo avance advertido fue el desprendimiento que la jurisprudencia evidenció respecto de la importancia religiosa en las cuestiones de familia. La sociedad por aquellos tiempos venía de una fuerte tradición religiosa. Nos explicamos; recordemos que desde el un comienzo el Código Civil de la Nación redactado por Velez Sarsfield regulo al matrimonio sólo en su faz religiosa, claro que luego nació el matrimonio civil, pero renglones arriba pudimos ver cómo el elemento religioso tenía una gran influencia en el devenir social, así debemos recordar la injerencia de las organizaciones religiosas en lo que hacía a la infancia desamparada. Es así que la identidad religiosa entre el adoptante y el adoptado fue muy valorada por los jueces a la hora de evaluar la conveniencia del otorgamiento de la adopción. De éste modo la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en fallo del 16 de diciembre de 1957 e indicó que ello al tratarse de "circunstancias" el examen tenía que hacerse en concreto y no en abstracto.^l

La escucha del niño por parte del Juez fue postulada por la jurisprudencia con un criterio que realmente debemos decir se asemeja al actual nacido de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, lo cual nos ha sorprendido gratamente. Como ejemplo podemos postular un fallo de la Sala F de la Cámara Nacional Civil del 16 de abril de 1964 por el cual se estableció: "De acuerdo con los términos del art. 13 de la Ley 13.252...el apellido del adoptando deberá ser el del adoptante, no siendo obligatorio para el menor el uso del apellido paterno unido a aquel, sin perjuicio de que lo agregue, según

su criterio, cuando esté en condiciones de apreciar la conducta de sus padres y discernir sobre el alcance de sus propios actos”.-^{li}

Otra cuestión que circundó los pasillos tribunalicios fue la referida a la verdad y la necesidad de cristalizar al hijo su origen. De este modo se señaló que: “Los padres adoptivos deben decir cuanto antes, a los niños que adoptan, la verdad acerca de su filiación adoptiva”.- ^{lii}

e) Este ha sido sólo el comienzo...

Cómo ya destacáramos a lo largo de nuestra exposición consideramos de extrema importancia al Instituto de la Adopción, no solo por constituir un instrumento jurídico que vino a protagonizar el amparo de la niñez ante situaciones adversas, la conformación de familias desde el deseo y sinceramiento, el modo de comenzar a regular situaciones que de otra manera no tenían otra opción más que las inscripciones fraudulentas, y tan destacable también por cuanto nació el reconocimiento del Derecho a formar una familia distinta a la biológica y el derecho del niño a ser criado bajo el cobijo de una.-

De esta forma es que nos llama a la reflexión -y por ello hace necesario- al menos mencionar como colofón de este capítulo que aquello que empezó tímidamente como una tarea benefactora, con el tiempo fue ganando terreno evolucionando con cambios tales como el reconocido en la Ley 19.134 en 1971 al introducir en el Derecho Argentino también a la Adopción Plena en su artículo 14. Así luego, se incorpora la institución al Código Civil por Ley 24.779 en el año 1997, la cual como principal máxima dispuso la prohibición de entrega de niños a través de escritura pública o actos administrativos, instaurando un doble proceso judicial; la promoción de la guarda preadoptiva y el proceso de adopción.

Para el año 2003 se sanciona la Ley 25.854 que regula el Registro único de Aspirantes a guarda con fines de adopción en el ámbito Nacional, previsto por el art. 2º de la Ley 24.779.

Luego Argentina protagonizó una inclusión histórica en su legislación al incorporar el matrimonio igualitario por Ley 26.618, siendo el primer país en Latinoamérica en

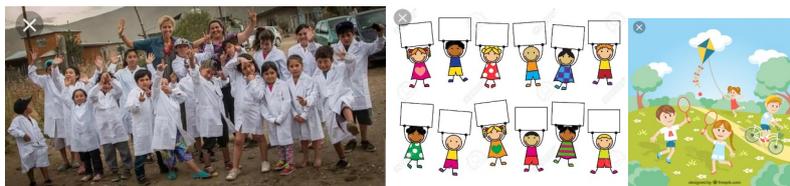
reconocer y regular estas uniones, la que generó además como consecuencia jurídica la posibilidad de la adopción por parte de matrimonios igualitarios.

Abriendo caminos la ley Argentina ha llegado a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación entrado en vigencia en el mes de Agosto de 2015 por Ley 26.994, en que se regula la Adopción Simple, Plena, y de Integración, y se dispone un sistema en función del cual se otorga al arbitrio de los jueces la solución adecuada a cada familia, a cada situación particular, a cada niño, proponiendo soluciones cada vez más flexibles y contemplativas de las necesidades tanto del niño como de los adoptantes e incluso de la familia de origen. Nosotros diríamos cada vez más humanas. Pero de éste tema nos ocuparemos más adelante.-

VII) TRAS UN LARGO CAMINO: LA IGUALACIÓN DE LOS HIJOS; LA SANCIÓN DE LA LEY 23.264.-

“-Que hay que hacer?-dijo el Principito,-Hay que ser muy paciente-respondió el zorro.-Te sentarás al principio más bien lejos de mí, así en la hierba. Yo te miraré de reojo y no diré nada. El lenguaje es fuente de malentendidos. Pero cada día podrás sentarte un poco más cerca” (El Principito.

Antoine de Saint Exupéry)



a) Con timidez, pero a paso seguro.-

La vigésima reunión de la decimotercer sesión ordinaria celebrada en la Cámara de Senadores de la Nación los días 5 y 6 de septiembre de 1984 albergó un exquisito debate en cuanto a la igualdad del hombre y la mujer en el ejercicio de la patria potestad y la necesidad de reformar el régimen de este instituto, más ésta particularmente a diferencia de las restantes sesiones celebradas en el órgano legislativo que dieron nacimiento a la ley 23.264, tenía un tinte que la enmarcaría como la finalización del proceso de igualación de la filiación en la Argentina.-

El Senador Julio A Amadeo pidió la palabra y dijo: “Como surge de la lectura, el proyecto de resolución alude a una declaración de las Naciones Unidas que en su artículo 10 especifica claramente que todos los niños nacidos de matrimonio y fuera de él tienen derecho a igual protección social. El artículo 16 de la Constitución Nacional, por su parte, establece que todos los habitantes son iguales ante la ley. Desgraciadamente, la legislación posterior no ha dado cumplimiento al precepto constitucional, sino que estableció una diferenciación entre hijos legítimos, adulterinos e incestuosos, Eso fue modificado por la ley 14.367 cuyo artículo 1° declara que no debe haber discriminaciones en razón del nacimiento. Sin embargo el artículo de ésta ley establece una diferenciación en cuanto a la legitimación y a los derecho sucesorios de los hijos extramatrimoniales. El principio de una noble y generosa equiparación inspira el proyecto de resolución que con estas palabras dejo fundado y someto a la consideración del Honorable Senado”.-^{liii}

Pues así, quedó introducido el tema que daría inicio al final del proceso de igualación de las filiaciones, integrándose la cuestión al debate y pese a haberse presentado el asunto como un proyecto de resolución, la Presidencia del senado entendió que en realidad se trataba de un pedido de preferencia, lo que así quedó resuelto.-

Pareciera irónico como un cambio tan trascendental ingresara tan tímidamente al recinto, viniendo a sellar años de evolución en una sociedad que parecía pedir a gritos un cambio, y que a pesar de ello, y de que ya en 1853 la cuestión de la igualdad ante la Ley estaba sentenciada a ser oída en el art. 16 del Constitución Nacional, finalmente el tratamiento de la igualdad de los hijos y no discriminación por su filiación se colara de esta manera en el Congreso de la Nación.

Incluso, el 25 de septiembre de 1985 previo a la sanción de la Ley 23.264, se realizaron planteos ante la jurisdicción respecto de la igualación de los hijos, enmarcada en el ámbito del derecho sucesorio, y así la Sala D de la Cámara Nacional Civil el 7 de Mayo de 1985 sentenció: "La Convención Americana sobre derechos humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica aprobada por el art. 1ro de la ley 23.054 (ADL XLIV-B-1250), a pesar de que en su art. 17, inc. 5, sienta que " la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo", no equipara en el orden nacional la situación hereditaria de la descendencia matrimonial y

extramatrimonial, pues no hay en el texto imperatividad alguna sino una aspiración enérgica pero respetuosa de la soberanía de los pueblos”.^{liv}.-

b) Ahora sí: sólo hijos...

Ante la Sanción de la Ley 23.264, se derogaron los arts. 311 al 345, y del 357 al 359 del Código Civil vigentes hasta el momento, conforme la manda del art. 18 de la Ley naciente.

De esta forma desaparecen del ordenamiento jurídico los conceptos de legitimación e hijo ilegítimo, como así también la concepción del parentesco ilegítimo .-

En materia de tutela fueron derogados los arts. 394 al 396 y 402, del Código Civil, los que regulaban la tutela de los hijos naturales.-

En tanto el art. 7° de la Ley 23.264 incorporó modificaciones en materia sucesoria, igualando el derecho de los hijos en la sucesión, al eliminar las distinciones en cuanto a la sucesión de los demás parientes como la previsión del art. 8° que sustituyó la denominación de “descendientes legítimos”.-

A su vez el art. 9°, al determinar las porciones de la legítima previo la modificación de los arts. 3593 y 3594 de la codificación vigente hasta entonces disponiendo la equiparación de las porciones de los hijos legítimos como ilegítimos.-

En tanto el art. 18 derogó al art. 3596 que disponía que al no contar el causante con descendientes ni ascendientes legítimos “la legítima de sus hijos naturales será de la mitad de los bienes que a su muerte queden”, con la nueva regulación todos los hijos tendrían la misma legítima.-

Por art. 10 incorporó al Código Civil la manda del art. 3296 bis, en función de la cual se estableció la indignidad en la sucesión de los hijos al padre o madre que no hubiese reconocido voluntariamente durante la menor edad a los mismo o que no le hayan prestado alimentos y asistencia conforme su condición y fortuna.-

Cómo parámetro interpretativo e indubitado para la igualación de los hijos se estableció el art. 21 que estableció: “Siempre que en el Código Civil, leyes complementarias u otras disposiciones legales se aluda a los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto a los hijos legítimos, la situación de aquellos deberá ser equiparada a la de estos de conformidad con lo dispuesto en el art. 240 del Código Civil; y cuando en los mismos textos se aluda al padre en

ejercicio de la patria potestad, deberá entenderse que tal ejercicio corresponderá en lo sucesivo a los padres conjuntamente, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 264 y ss del Código Civil”.-

Así las cosas, quedó consagrado el artículo 240 del Código Civil el cual prescribía: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adopción plena, surte los mismo efectos conforme las disposiciones de este código”.-

De la simple lectura puede advertirse que ha quedado fuera de la conceptualización la adopción simple, más como bien lo indica Maria Victoria Famá, ello obedeció a una omisión involuntaria, llegando a dicha conclusión teniendo presente el régimen de Adopción que regía por aquellos^{lv} días con la Ley 19.134, ya que, como puede advertirse de lo estipulado en el art. 20 de esta la Adopción simple confería al adoptado la misma posición de hijo que la prevista para la Adopción plena, efectos éstos previstos en la manda del art. 14.-

Seguidamente fue incorporado el art. 241 al cuerpo legal, el que introdujo la norma por la cual se dejaba claramente establecido que los certificados de nacimiento que expida el Registro Civil se redactarán de forma tal que no surja si la persona fue concebida o no en el matrimonio o si fue adoptada plenamente.-

De éste modo se conceptualiza la unidad de las filiaciones, en tanto se ha sostenido que con ésta noción se ha querido significar que el tratamiento legal de la filiación debe ser igual a cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores a la concepción del hijo.-^{lvi}

Como podemos advertir, más allá del acervo universal en cuanto al reconocimiento de los mismos derechos para todos los hijos, y los mismos efectos entre padre-madre-hijo, la igualdad de las filiaciones se ve teñida de influencia dada por situaciones fácticas que el legislador debió prever.

Así la Ley conservo el uso de las acepciones “matrimonial y extramatrimonial” a los fines de determinar la paternidad, ya que continuó rigiendo la presunción legal de la paternidad habida en el matrimonio.-^{lvii}

De esta forma, si bien en lo referente a la determinación de la filiación primara el principio de igualdad y en mérito de ello todos los hijos tendrían el mismo derecho a conocer sus orígenes y tener el emplazamiento correspondiente, al existir situaciones de hecho diferentes se imponía la regulación distinta, y fue así se disponía un sistema de acciones diferentes.^{lviii}

Fue legislada la acción de reclamación de estado del hijo matrimonial por el art. 254 del Digesto Civil cuando ésta no dimane de las inscripciones del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.-

Se regularon también las acciones de impugnación y negación de paternidad atento la existencia de la presunción de paternidad en la filiación matrimonial, por los arts. 258 y 260 del Código Civil.-

En materia de filiación extramatrimonial al no verificarse la existencia de la presunción legal, se estableció un sistema por el cual la misma se determinó por el reconocimiento paterno por las vías previstas en el art. 248 del Digesto Civil, sea por voluntad del padre o por la acción y declaración judicial conforme la manda del art. 254 segundo párrafo.

En la filiación extramatrimonial se previó un sistema en función del cual la paternidad podía ser desplazada por vía de impugnación del mentado reconocimiento conforme lo normado por el art. 263 del Código Civil.-

c) Y...¿con relación al tiempo?.

Surgió el interrogante en relación al tiempo con la sanción de la Ley 23.264, la cual tuvo su respuesta al interpretarse su aplicación coincidentemente con lo normado en el art. 3° del Código Civil vigente entonces.

De esta manera las situaciones jurídicas agotadas bajo el régimen anterior no eran alcanzadas por la nueva legislación que tendría vigencia a partir del 1 de noviembre de 1985. Vale decir, que marcó la irretroactividad de la norma, por lo que era se distinguió a las situaciones jurídicas ya agotadas con el régimen anterior de aquellas cuyas consecuencias no se agotaron en cuyo caso sí eran alcanzadas por la naciente normativa.-

La Jurisprudencia tuvo gran implicancia en ello y así han tenido lugar varios pronunciamientos que a modo de ejemplo citaremos a continuación.-

Por un lado se debatió respecto de la constitucionalidad del trato legal al denegarse la aplicación de la nueva normativa a situaciones ya consumadas previamente.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional no obsta a que el legislador contemplara en forma distinta situaciones que son consideradas diferentes, ya que no había en la cuestionada norma -Ley 14.367- un “espíritu persecutorio” o una discriminación arbitraria y que en una posterior actualización o mejoramiento de las leyes, impulsada por nuevas concepciones acerca de los problemas sociales no convierte per se en inconstitucionales a las leyes modificadas o derogadas.-^{lix}

Específicamente en referencia a la aplicación de la normativa en relación al tiempo la Sala F de la Cámara Nacional Civil en fallo del 26 de junio de 1986 dispuso que: “Las disposiciones de la ley 23.264 son de aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (conf. art. 3 del Cód. Civil), y no alcanzan a las ya agotadas bajo la vigencia de la legislación anterior...La atribución de derechos sucesorios, al igual que su cuantía y extensión, queda fijada por la ley vigente al día de la muerte del causante, momento en el que se produce la apertura de la sucesión y la consiguiente transmisión de la herencia (conf. art. 3282 del citado código y su nota), motivo por el cual deben continuar rigiéndose por esa normativa (conf. CNCiv. Sala F, c. 17.243 del 22/4/86).- El nuevo texto del art. 3565 del Código Civil que determina la concurrencia igualitaria de los hijos del “de cujus”, sean éstos nacidos dentro o fuera del matrimonio, se aplica a las sucesiones abiertas a partir del 1 de noviembre de 1985, fecha en que entró en vigencia la nueva ley, pero no alcanza a las que lo fueron con anterioridad, aunque todavía no se haya realizado la partición o, incluso, aunque no se haya promovido aún el proceso sucesorio. Respecto de estas últimas, rigen, en consecuencia, las normas derogadas de los arts. 3577 y ss. del mencionado Código y las de los arts. 8 y 9 de la ley 14.367 “. - ^{lx}

La Sala L de Cámara Nacional Civil en fallo del 28 de agosto de 1995 indicó: “La nota al artículo 3282 del Código Civil es terminante en cuanto a que la fecha del deceso del de cujus cristaliza la cuestión relativa a la ley aplicable respecto de la vocación hereditaria, su cuantía, extensión y modo de concurrir. Por ende, y si bien la ley 23.264 estableció la

conurrencia igualitaria de los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales, se advierte que ésta sólo puede regir en aquellas sucesiones abiertas a partir del 1 de noviembre de 1985, sin que corresponda retrotraer su aplicación a supuestos en los cuales, el juicio sucesorio de una persona fallecida con anterioridad, se hubiere iniciado luego de su entrada en vigencia.-”^{lxi}

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió que el emplazamiento en su filiación de un hijo extramatrimonial inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas antes de la vigencia de la ley 23.264 se rige por la ley anterior.-”^{lxii}

Ahora bien, fácilmente puede advertirse la conceptualización que entiende la ausencia de aplicación de la nueva ley a situaciones agotadas bajo el régimen anterior, más en estos tiempos que corren hemos verificado cómo con una interpretación con concepción de actualidad ha comenzado a desdibujarse aquello que parecía incommovible.

En efecto en un fallo dictado por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones de Mercedes se declaró la inconstitucionalidad de la Ley 14.367 indicando que:“...La ley 14.367 fue derogada por ley 23.264 dictada en 1985, que reformó el art. 3565 del Código Civil (y derogó los arts. 3577 a 3583), estableciendo que todos los hijos (tanto matrimoniales como extramatrimoniales) heredaban en la misma proporción los bienes dejados por el causante, lo que ha sido ratificado por el Código Civil y Comercial hoy vigente (arts. 2426)”... “La actora no atacó de inconstitucional a la ley 14.367. Se limitó a pedir su no aplicación por otros motivos, pero de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema Nacional y de la Suprema Corte provincial, el control de constitucionalidad puede hacerse de oficio...En síntesis, la habilitación a que se efectúe de oficio se justifica porque, por aplicación del principio “iuranovit curia”, el juez debe aplicar el derecho, aún el no invocado por las partes, comenzando por la cúspide del orden jurídico, que es la Constitución Nacional”...”No cabe duda, entonces, que el orden público del derecho de familia y sucesorio actual es totalmente diferente al que regía en 1975. Ya no se trata de proteger especialmente a la familia legítima (y por ende de dictar normas que propendan a su constitución), sino de brindar reconocimiento y protección a todo tipo de relación familiar (de ahí, la regulación de las uniones convivenciales, del matrimonio igualitario, de

la filiación por reproducción asistida, etc.). No debe perderse de vista, además, que, conforme tiene dicho la Corte Suprema Nacional, debe seguirse la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, último intérprete de la Convención Americana (Fallos: 328:2056; 330:3248; 318:514; 319:1840; 335:2335), y este tribunal internacional sostiene que el art. 17 – “Protección de la familia” – no tutela un concepto o modelo cerrado de familia, sino que protege distintos tipos de familia, y argumenta principalmente con el principio de no discriminación (fallo “Fornerón vs. Argentina” del 27/12/12; también: fallo “Atala Rizzo y niñas vs. Chile” del 24/02/12).- ^{lxiii}

Podemos ver cómo el tiempo de la mano de la constitucionalización del derecho y la interpretación de los instrumentos internacionales efectuada por la Corte Interamericana, se ha ido aggiornando la apreciación que nos deja claro - cómo lo indicaba Bidart Campos -que “la ley no es el techo del ordenamiento jurídico”^{lxiv}.-

d) Algunas cuestiones se suscitaron con las acciones.-

Y si bien se alcanzó un gran hito con la igualación de las filiaciones, lo cierto es que a cuento de cómo regló el legislador -teniendo presente las diferencias de hecho en el andamiaje del nacimiento del hijo-, a la determinación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial, y cómo lógica consecuencia, el diverso tratamiento en materia de acciones, esto llevó a que la labor de la judicatura recibiera una serie de planteos que apuntaron a la legitimación activa preferentemente, sea ya de la mujer para impugnar la paternidad del marido y/o representar al hijo en la acción, sea ya de un tercero-padre biológico-para impugnar la paternidad matrimonial.-

No ha sido tarea fácil dilucidar estas cuestiones para los Jueces, y en base a ello se han ido desarrollando distintas posturas, las cuales no se vieron ajenas a la trascendencia que adquirieron los tratados sobre Derechos Humanos y más aún luego de la reforma constitucional de 1994. Así las cosas, en mérito a la fuerte demanda de los justiciables por resolver circunstancias fácticas -que si bien tenían previsión legal in abstracto-, lo certero es destacar que aplicadas dichas soluciones a los casos concretos no siempre se arrojarían decisiones dotadas de justicia, a lo cual los Magistrados no podían cerrar los ojos dejando a inermes de justicia, menos aún cuando implicaba afectación a los derechos del niño.-

Una de las cuestiones más debatidas ha sido la legitimidad de la mujer para impugnar la paternidad del marido, o bien representar al hijo en la acción, ya que la manda del art. 259 sólo le otorgó legitimidad al marido -en caso de fallecimiento a sus herederos dentro del plazo legal- y al hijo.-

Los planteos no se hicieron esperar y se dieron varios pronunciamientos. Entre ellos:

La Sala B de la Cámara Nacional Civil en fallo del 26 de febrero de 1996 indicó que “La legitimación para impugnar la paternidad matrimonial está limitada únicamente al padre y al hijo, siendo de carácter taxativa la enunciación del artículo 259 del Código Civil. En esas condiciones, siendo el hijo menor de edad, su representación no puede corresponder a la madre, toda vez que ello importaría, precisamente, la apertura indiscriminada de aquella cláusula limitativa, pudiendo eventualmente el menor, una vez que alcance la edad suficiente -esto es, 14 años-, y por su propia decisión, efectuar los reclamos que considere pertinentes en orden a su filiación.-”^{lxv}

En el mismo sentido el 2 de abril de 1997 resolvió que “La disposición del art. 259 del Código Civil, que otorga al marido y no a la esposa la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino; se trata del medio que la ley suministra al esposo para desvirtuar la presunción legal de paternidad de los hijos de su cónyuge, desligándose así de las consecuencias de una paternidad que le es ajena; en cambio, la negativa de la acción a la madre, se ha fundado en la regla "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", ya que implicaría invocar su propio adulterio. En tales términos, el dispositivo legal no afecta la igualdad que procura tutelar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sino que se trata de un problema de política legislativa, en donde el legislador consideró conveniente otorgar el ejercicio de la acción exclusivamente al marido de la madre y al hijo y no a la progenitora ni al padre biológico, siendo esta última circunstancia la que pone en evidencia que no se trata de una distinción fundada en el sexo, sino que atañe a otras valoraciones.-”^{lxvi}

Posteriormente y como resultado de un recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la actora en los obrados antes referenciados, el Máximo Tribunal Constitucional decidió en el mismo sentido que la Cámara de Apelaciones, negando la existencia de legitimidad a la progenitora, e indicó que “en el

derecho vigente actualmente en la República, la negación de legitimación activa de la madre en la acción de desconocimiento de paternidad no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado que es precisamente el niño”.-^{lxvii}

Bidart Campos hizo una fuerte crítica a la ponderación constitucional de la norma prevista por el art. 259 del Código Civil, negar legitimidad activa a la madre para impugnar la paternidad del marido, e incluso efectuó una enérgica observación a la postura de la Corte Suprema. De este modo señaló que “las leyes que niegan la legitimación para impedir que los jueces descubran la verdad material u objetiva son inconstitucionales...No tiene sustento a los fines del siglo XX la aseveración de que es razonable impedir esa verdad para amparar la unidad familiar, la paz doméstica, o acaso el honor (¿de qué?)... Dejémonos de hacer rebusques en el adulterio de la esposa, en el derecho de su marido a desligarse de las obligaciones que su falsa paternidad le acarrea, y de todo cuanto-como tantas veces y en tantas cosas-significa trasladar a los hijos inocentes la consecuencia de los que sus padres hacen mal...Familia al fin y al cabo, es un conjunto de seres humanos, no un ente distinto a la pluralidad de ellos, y en el supuesto...del art. 259 “familia es primero y ante todo el hijo que nace de la unión de la esposa con un hombre que no es su marido. Ese hijo titulariza los derechos más importantes en el conflicto de su filiación y hubiera sido necesario...que la Corte reconociera, como lo han hecho las tres disidencias, la legitimación de la madre.”^{lxviii}

En la seguidilla de cuestionamientos a las restricciones previstas para ejercer la acción de impugnación de paternidad del marido, también se planteó la cuestión referida al tercero que se adjudicara la paternidad del hijo.-

De ésta manera rica ha sido la jurisprudencia elaborada por nuestros tribunales, que con el transcurrir del tiempo y la maduración del tema han ido hallando una interpretación dotada de realidad.-

No tardaría en oírse la posición contraria que defendió la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “D. d PV., A c/ O., C.H”, en concordancia con la lógica del pensamiento de la disidencia encabezada por Gustavo Bossert, Adolfo R Vazquez y Enrique S Petracchi. Así el Juzgado Civil y Comercial n°4 de Paraná en un contundente

fallo del 15 de septiembre de 2003, por el que se presenta accionando el padre biológico del niño pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del art. 259, enfatizó "...la ponderación hecha por el legislador en el artículo 259 del Código Civil sobre lo que resulta conveniente para mantener el sosiego y la certeza de los vínculos familiares...representa un actitud discriminatoria contra quien tiene un interés jurídico para accionar...En el caso de márras, se estaría en presencia de un supuesto de "derogación por supresión normativa"...Específicamente, en la hipótesis del artículo 259, el artículo quedaría derogado en tanto resulte contradictorio con la nueva perspectiva constitucional, oscurecida por la visión conservadora de nuestra Corte Suprema...por...la Constitución Nacional; el Pacto de San José de Costa Rica, La Convención Internacional de los Derechos del Niño...Declarando la inconstitucionalidad de la norma establecida en el art. 259 del Código Civil".- ^{lxix}

Así las cosas en un caso resuelto por el Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 2 de Río Gallegos del 12 de marzo de 2009 se resolvió hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil: "Es inconstitucional el art. 259 del Código Civil en cuanto niega, al presunto padre biológico, legitimación para instar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial pues, dicha norma resulta violatoria del derecho a la identidad del menor reconocido por tratados internacionales con jerarquía constitucional, y limitativa de la equivalencia de condiciones para accionar en el marco matrimonial y extramatrimonial...Sólo debería negarse legitimación al presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, en aquellos casos en los cuales, pudiera acreditarse que quien reclama su reconocimiento como padre biológico lo hace inspirado por intereses que atentan el interés superior del niño o la estabilidad familiar.-"^{lxx}

En el mismo sentido el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario en fallo del 11 de Abril de 2011 declaró: "Es inconstitucional el art. 259 del Cód. Civil, en cuanto excluye la legitimación activa del presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, en tanto vulnera el derecho a la identidad consagrado por el art. 8 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que posee jerarquía constitucional, y afecta el art. 16 de la Constitución Nacional.-"^{lxxi}

Ahora bien, haciendo foco en la legitimidad para accionar en materia de desplazamiento

filial, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por fallo del 28 de mayo de 2014 resolvió rechazar un recurso extraordinario interpuesto por el padre biológico de una niña quien solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la manda del art. 259 del Código Civil. En el extenso resolutorio si bien primó la mayoría que dispuso el rechazo del recurso interpuesto, lo cierto es que se reflejaron en los votos de los 6 Ministros distintas posturas, que reflejaron la posición de naturaleza ecléctica evocando la postura de Aida Kemelmajer de Carlucci conforme fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Mendoza de fecha 15 de mayo de 2005 –causa 81.859 Sala I-, en tanto también co-protagonizó la postura que pondera a la identidad desde una concepción de corte netamente biológico, y la posición que enarbó la constitucionalidad de la reglamentación de las acciones teniendo presente la ausencia de discriminación habida cuenta de la subsistencia de la acción en cabeza del hijo.-

Así se reflejaron las tres posturas: 1) La que niega la legitimidad para accionar del padre biológico, que ilustra el siguiente parte del fallo: “... Conforme el art. 259 del Cód. Civil, quien dice ser el padre biológico de una niña carece de legitimación para impugnar la paternidad del marido de la madre que la reconoció al nacer, y esta norma no colisiona con norma constitucional o suprallegal alguna teniendo en cuenta que surge de las constancias de la causa que no hay posesión de estado, ni ningún elemento que demuestre el acercamiento entre el progenitor presunto y la niña (del voto del Dr. de Lázzari)...Si la niña cuya paternidad se impugnó en el caso, está emplazada como hija matrimonial del marido de la madre y, a su vez, goza de la posesión de estado tanto en relación con su madre como con aquel, conoce cuál es su verdad y desea preservar los vínculos familiares que en la actualidad le brindan contención y protección -teniendo abierta la acción del art. 259 del Código Civil en todo tiempo- el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por quien dice ser su padre biológico contra el rechazo de la acción de impugnación de paternidad, debe ser rechazado (del voto del Dr. Genoud)...La enumeración de los legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, prevista en el art. 259 del Cód. Civil, es limitativa y por ende no puede interpretarse extensivamente, en el caso, en beneficio de quien dice ser el padre biológico de una niña que fue oportunamente reconocida por el marido de la madre, restricción que no atenta contra el

derecho a la identidad de la menor, quien tiene abierta la potestad de cuestionar la paternidad en todo tiempo (del voto del Dr. Hitters)...El art. 259 del Código Civil que otorga legitimación activa para impugnar la paternidad al hijo y al marido de la madre, es el único camino para impugnar una filiación matrimonial lícitamente constituida y verdaderamente consolidada, precepto que satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales de terceros —como en el caso, el supuesto padre biológico de la niña—, sino que plasma una reglamentación posible en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional (del voto del Dr. Pettigiani)...El recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la sentencia que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación de quien dice ser el padre biológico de una niña para impugnar la paternidad del marido de la madre que la reconoció al nacer, con fundamento en el art. 259 del Código Civil, es procedente, pues, cualquier regla que limite las posibilidades de accionar daña un derecho fundamental, como es el de ocurrir ante un tribunal de justicia (del voto en disidencia del Dr. Negri)...El art. 259 del Código Civil, en cuanto restringe la legitimación activa para impugnar la paternidad al hijo y al marido de la madre, es inconstitucional, pues priva de acceso a la justicia a quien invoca un genuino interés referido a la verdad biológica del vínculo paterno-filial cuya desconsideración absoluta no guarda proporción con los fines de resguardo a la intimidad y sosiego del grupo familiar, afecta o puede poner en riesgo el derecho a la identidad del menor, menoscaba la legítima aspiración de paternidad y, a la par, denota un trato legal diferencial entre quien reclama instituir una relación de paternidad matrimonial y quien lo hacen en un marco extramatrimonial, sin una razonable justificación (del voto en disidencia del Dr. Soria)...Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, por mayoría, se rechazan los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley...-” lxxii

2) Haciendo hincapié en una apertura de criterio que admite el desplazamiento teniendo presente la existencia de la posesión de estado de hijo, un año antes la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el 5 de abril de 2013, resolvió hacer lugar a un recurso extraordinario interpuesto por quien efectuó el reconocimiento extramatrimonial de una niña contra la sentencia que hiciera lugar a la acción interpuesta por la madre de ésta

fundándose en la inexistencia de vínculo biológico. Para así decidir el Máximo Tribunal Provincial tuvo primordialmente presente la existencia de posesión de estado por parte de la niña, y desde la postura ecléctica valoró a la identidad desde su faz dinámica.^{lxxiii} Destacó que:“...La acción de impugnación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial debe ser rechazada si, pese a que la prueba biológica excluyó al accionado como padre del menor, de la restante prueba surge que cultivan un estrecho vínculo sentimental, con una periodicidad de trato e intensidad ostensiblemente mayores y más profundas al que profesa con su padre biológico, lo cual permite concluir que su mejor interés no puede sino materializarse a través del mantenimiento de la paz familiar alcanzada de esa forma..., deberá el tribunal de origen preservar las actuaciones a los fines de que el menor pueda, por contar ya con edad para hacerlo –arg.art.285, Cód.Civil-, ...Toda vez que la acción de impugnación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial del demandado plantea una tensión entre el derecho del menor a conocer la verdad sobre su identidad de origen y obtener el emplazamiento filial acorde con el dato biológico, y su derecho a la preservación de su identidad dinámica consolidada por el vínculo sentimental forjado con el accionado, ello debe ser solucionado tomando como parámetro el prioritario interés superior del niño –arg.arts.3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño- y el principio pro minoris, que permite relegar en una medida razonable los derechos que pudieren invocar los mayores... La relación jurídica de filiación goza en la actualidad de autonomía propia, desprendida de su corriente soporte biológico, por lo cual –dejando a salvo el resguardo del derecho del menor a conocer su procedencia- no siempre se ha de operar ni es conveniente que así sea, la concordancia entre la realidad biológica y vínculo jurídico filiatorio...(del voto del Dr. de Lázzari)...La acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial no puede ser admitida si, pese a que la prueba biológica excluyó al demandado como padre del menor, existe un vínculo estrecho afectivo entre ambos y en tal virtud, el desplazamiento de la filiación paterna sin haberse procurado la búsqueda de la que se alega como verdadera – en el caso, no se inició una acción de emplazamiento filiatorio-, podrían producirse consecuencias desfavorables para aquel (del voto del Dr. Negri)”. 3) La postura en razón de la cual se deberá estar a la realidad puramente biológica, como lo sostiene el voto en

disidencia expuesto por la Dra. Kogan sostuvo la posición clásica con pie en la concepción biológica al señalar que: "La sentencia que admitió la impugnación de la paternidad extramatrimonial del demandado no desconoce el interés superior del menor pues declara una realidad que éste conoce –en el caso, sabe que su padre biológico es otra persona-, por lo cual no se advierte ni el recurrente demuestra cómo ese correlato entre la realidad biológica y el emplazamiento familiar puede perjudicar su superior.-" lxxiv

Como podemos advertir el progreso que se ha evidenciado ante los reclamos de la sociedad han demostrado resultados cada vez más comprometidos por parte de la judicatura, hombres de derecho que han sabido darse cuenta y aleccionarnos de algún modo en la idea de que los expedientes no son ficciones, como solemos decir en nuestra cotidianidad "la vida no se agota en la norma ni en la cuatro esquinas de un expedientes", la ciudadanía vive de puertas de tribunales hacia afuera y si el juzgador advierte esta realidad, muy probablemente hará justicia.-

VIII) LAS NUEVAS FORMAS FAMILIARES Y LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS; CONCRECIÓN DE UN CAMBIO HISTORICO: LA SANCIÓN DE LA LEY 26.618 Y SU INFLUENCIA EN LA FILIACIÓN.-

"Federico: Me hubiese gustado morir entre manos más amenas escuchando sevillanas o un verso de Rafael Alberti cantando por bulerías o extasiado ante el dolor de ver el color de Goya fusilándome a mi suerte...No pensé morir así, tan desprolijo y sin gente. Tan solitario en mi adiós estando en mentes presente. ¡Qué dolor le ha de causar a mis amigos el ignorar de qué forma Federico cayó inerte!..Asesino: Para que veas que soy un falangista decente, ante este pelotón, del cual soldado soy yo además de capitán, te doy a ti la ocasión de hablar antes que llegue tu muerte...¡Habla marica! Marica... habla. ¡Habla marica!...Federico...Y así... sumando maricas...veremos que en cada tumba de humanidades maricas solo yacen esqueletos...esqueletos de maricas. Se escucha un tiro. Apagón."(Extracto del Discurso pronunciado por Pepe Cibrian Campoy en el Senado de la Nación, Junio de 2010).-



La sanción de ley que regulo en la Argentina el matrimonio entre personas del mismo sexo fue precedida por un gran debate que se reflejó tanto a nivel parlamentario como en la sociedad toda. Inútil sería indicar que la proyección y el nacimiento de la cuestión no trastoco a toda la ciudadanía. En los bares, los recintos jurisdiccionales, los ámbitos académicos, las escuelas, y hasta en el transporte público se oyeron voces tanto de personas particularmente interesadas en la cuestión como de aquellos que se entendían “ajenos a la misma”.-

Finalmente el 15 de Julio de 2010 se Sancionó la Ley 26.618 que marcó un hito histórico en Latinoamérica, y así la Argentina se convirtió en el primer país de este lado del cono sur en reconocer y regular el matrimonio igualitario, y con ello se abrió todo un abanico de modificaciones de corte legal que atravesaron todas la áreas del derecho, no sólo vinculadas al matrimonio en sí mismo, sino que una de las grandes novedades que introdujo se vinculó al reconocimiento de la filiación matrimonial en el seno de la nueva regulación^{lxxv}, reconociendo nuestro derecho positivo una nueva forma familiar.-

Si bien para aquel entonces aún no se hallaban reguladas las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas las innovaciones que introdujo la ley al Código Civil abrieron la puerta no sólo a la adopción por uniones matrimoniales igualitarias, sino que también se producirían planteos dentro de la órbita de prácticas -que si bien no estaban prohibidas-, ciertamente carecían de reconocimiento legal.-

Creemos que para un mejor orden de exposición deviene necesario efectuar un señalamiento de las normas modificadas por la Ley 26.618 en el Código Civil vinculadas a la institución del matrimonio en cuanto a sus requisitos de existencia, su incumbencia en la filiación, para luego introducirnos en los cuestionamientos acaecidos en torno al avance del reclamo de derechos que aún no habían sido regulados.-

a) ¡Y se cambió la concepción del matrimonio!.-

La primer gran variación que protagonizó al nuevo paradigma ha sido la erradicación de la diferencia de sexo en los integrantes de la unión. Recordemos que el antiguo régimen estaba aferrado como requisito de existencia misma del matrimonio a la unión entre el hombre y la mujer dejando fuera toda duda al respecto dentro de la norma positiva. Así la manda del art. 172 del Código Civil según ley 23.515 indicaba “Es indispensable para la

existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer...”

Es necesario indicar que si bien en la modificación habida por ley 2393 del año 1888 no se había expresado la requisitoria del consentimiento de hombre y mujer, y ello se debió a qué por las costumbres de la época si bien era esencial la diversidad de sexos, esto lo era de tal magnitud que ni siquiera se entendió necesario invocarlo.-

Ello marcaba una conceptualización del instituto matrimonial claramente vinculada con una política legislativa que según varios autores representaron pautas organizativas de la sociedad, lo cual hicieron necesario incluir la mención a la diferencia de sexo como requisito de existencia del matrimonio a los fines de evitar que con dicha omisión se originaran interpretaciones disimiles del texto legal.-^{lxxvi}.-

Ahora bien, la nueva normativa abandona ese concepto introduciendo un paradigma en el cual –en palabras de Augusto César Belluscio-^{lxxvii} el matrimonio pasó a ser sexualmente neutro, y de este modo en todas las disposiciones referidas al mismo se vieron mutadas las palabras hombre, mujer, padre o madre, por “contrayentes” y/o “cónyuges”.-

Como máxima interpretativa nos resulta importante destacar que el art. 42 de la mentada norma dejó en claro la regla enunciada precedentemente, y de este modo estableció “...Todas las referencias al instituto del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por Dos (2) personas del mismo sexo como al constituido por Dos (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por Dos (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distintos sexos, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por Dos (2) personas de distinto sexo”.-

De esta manera la legislación buscó con esta norma evitar cualquier resquicio de duda a la hora de la aplicación de la normativa reciente.-

Así pues, la manda del art. 172 del Código Civil –en lo que nos interesa aquí- quedó

redactada del siguiente modo: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo...”

Claro que, previa a la sanción de la Ley 26.618 se suscitaron planteos ante los órganos jurisdiccionales por personas que reclamaban el derecho a contraer nupcias y que se encontraron con el impedimento nacido del vigente art. 172 del Código Civil, lo que dio lugar a distintas acciones que merituaron la intervención judicial, las cuales dieron como resultado un bagaje de criterios dispersos.-

El 22 de junio de 2007 se falló en una causa en la cual se colocó por primera vez en tela de juicio la constitucionalidad del art. 172 del Código Civil en cuanto a los requisitos para la existencia del matrimonio referido a la diversidad de sexos, planteo que fue rechazado por el Juzgado de Primera Instancia Nacional Civil N°88 y confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 26 de septiembre de 2007, ^{lxxviii} más el mencionado caso llegó por vía recursiva a la CSJN, pero con la sanción de la Ley 26.618 el Máximo Tribunal Federal lo declaró abstracto el 24 de agosto de 2010. ^{lxxix}-

La fundamentación especial del fallo que denegó la acción se sostuvo en la mentada “función” del matrimonio como institución que buscaba el engendrar y educar hijos que hace a la perpetuación de la especie. No faltó tampoco el argumento por el cual se entendió que el impedimento estaba dado no solo por la literalidad del art. 172 del Código Civil sino además en el espíritu de la institución y a su vez se indicó que no existía antijuridicidad al impedir el acceso a la celebración del matrimonio a quienes por su naturaleza no pueden cumplir su función.-

En fin, más allá de las negativas y de la resistencia contemplada, también se dictaron pronunciamientos que declararon la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil y con ello hicieron lugar al pedido de celebración de matrimonios por personas del mismo sexo. Es el caso de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°15 de CABA del 10 de noviembre de 2009 ^{lxxx}, en los que se sostuvo como principales fundamentos: que la exclusión para la celebración del matrimonio por parte de personas del mismo sexo era discriminatoria ya que se basaba exclusivamente en su orientación sexual. Las normas

consagradas en los art. 172 y 188 del Código Civil resultan violatorias de los arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional y art. 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros. Y a su vez el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N°4 realizó una profunda reflexión en cuanto al derecho de las minorías y dijo: “Si el derecho de las minorías sólo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado de los planes de vida de las personas. Partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que no hay orientaciones sexuales o géneros buenos o malos: la opción sexual y el género son cuestiones extra morales. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos. Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana”.-

Visto estos grandes precedentes, ya instalado el debate, finalmente tuvo lugar la sanción de la Ley 26.618 que fue tomada como una verdadera conquista para las personas que de forma incesante bregaron para el reconocimiento del derecho al matrimonio y sus consecuencias jurídicas, como también - y ¿por qué no indicarlo?- para aquella parte de la ciudadanía que sin pertenecer al colectivo directamente beneficiario, realmente la concibieron como un instrumento de integración y la materialización del anhelo de muchos otros ciudadanos.-

b) La llegada de la filiación en el matrimonio igualitario.-

En fin, como ya adelantáramos una de las innovaciones más destacadas que trajo la normativa fue la posibilidad de las uniones de concretar el deseo de la constitución de la familia no solo matrimonial sino que además la titularidad y el ejercicio de los vínculos filiatorios.-

Ahora bien, la técnica con que ha sido ordenada la mentada situación si bien buscó la integración y la eliminación de cualquier resabio que marcara algún tipo de discriminación entre matrimonios constituidos por personas de distintos o iguales sexos, se continuó expresando en los términos propios aplicados a la filiación por naturaleza, lo cual al no regularse en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dejaron a medio camino la tarea emprendida.-

Aida kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera sostuvieron con acierto que “Una vez más, reiteramos la inexcusable regulación de la procreación asistida, Si bien es cierto que esta problemática excede con creces el tema del acceso a la filiación por parejas del mismo sexo, reconocer el derecho a casarse con independencia de la orientación sexual de los contrayentes coloca sobre el escenario-entre otras cuestiones-las graves consecuencias que se derivan de la carencia de una normativa integral que brinde soluciones jurídicas precisas en el uso cada vez más frecuente de las técnicas de procreación asistida”.^{lxxxii}

Sin perjuicio de lo señalado, no existió duda alguna de que los matrimonios compuestos por personas de igual sexo ahora podían acceder a la adopción, al punto tal que se modificó la normativa que regía al instituto dejando en claro la ausencia de diferencia alguna para esos efectos entre matrimonios compuestos por personas de distintos o de igual sexo.^{lxxxiii}

Basta solución implicó en este sentido la reforma no sólo para aquellas parejas que anhelaron constituir con la celebración del matrimonio una familia con hijos, sino también para aquellas en las cuales uno a ambos integrantes ya tenían hijos, y con la celebración del matrimonio se les brindaba la oportunidad para así concretar la adopción del hijo del cónyuge^{lxxxiii}, e incluso aquellas parejas constituidas por dos mujeres en las cuales una de estas se sometía a un tratamiento de procreación asistida-y ante la ausencia de regulación en dicha materia-daba a luz a un niño, el cual podría ser adoptado por la cónyuge que no dio a luz.^{lxxxiv}

El art. 326 del Código Civil finalmente -en lo que se refiere al reconocimiento del derecho a la adopción- quedó redactado de la siguiente forma: “El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante o su apellido compuesto si pesto solicita se agregación. En caso que lo adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto por el padre adoptivo o agregar al primero de éste, el apellido de la madre adoptiva. En caso que lo cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de estos podrá el adoptado llevar el apellido del cónyuge del cual tuviere el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto o sobre cómo se integrará, los

apellidos se ordenarán alfabéticamente...”

El resto de las modificaciones en materia de adopción y parentesco se limitó a la terminología, sustituyendo las palabras marido y mujer por contrayentes o cónyuges, padre y madre por el término padres.-

Así también en materia de nombre en cuanto al apellido de los hijos se modificó el art. 4 de la Ley 18.248 que en la parte pertinente que nos convoca estableció: “Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho (18) años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho (18) años...”

Así también se derogó el inc. C de la Ley 26.413 por el art. 36 de la Ley 26.618 que estableció: “c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta...”.-

Esta modificación traería controversias en la doctrina que se paró sobre dos posturas irreconciliables. Por un lado aquella que sostuvo que los legisladores se propusieron- en pos de la igualdad y no discriminación- en erradicar de plano las terminologías referentes a marido, mujer, padre y madre, lo cierto es que nacieron dos postura, una en favor y otra en contra. Quienes sostenían la postura negativa hicieron hincapié en que fácticamente el matrimonio compuesto por dos personas del mismo sexo realmente presentan la

imposibilidad de procreación de hijos “comunes por naturaleza”, y así con la reforma de la Ley de Matrimonio Civil, también nacieron los interrogantes como ya hemos visto en el punto anterior.^{lxxxv}. Siguiendo ésta línea se indicó que el legislador se ha “empeñado una vez más, exacerbando la supuesta igualdad, en vencer a la naturaleza estatuyendo que dos personas del mismo sexo pueden procrear”. Para ésta postura debía acudir a la figura de la adopción del hijo de la cónyuge.^{lxxxvi}

A su vez la postura favorable de parte la doctrina sostuvo que dicha posición reflejada en la norma hacía extensiva la presunción de legal de paternidad del marido de la madre a los casos de matrimonio integrado por mujeres entendiéndose en ése caso que se trata de una presunción de “co-maternidad”, por aplicación del principio de igualdad de los hijos de nacidos de un matrimonio integrado por personas del mismo o de diferente sexo. Y vale destacar que reflejaba el ejemplo por el cual se previera la adopción del hijo de la cónyuge como solución, más en dicho caso ese hijo nacido de un matrimonio compuesto por dos mujeres nacería con un solo vínculo filial y se correría incluso el riesgo de que sí la cónyuge adoptante falleciera el hijo se vería perjudicado.^{lxxxvii}

c) ¡Y además! : Algunas cuestiones jurisprudenciales.-

A cuento de la modificación troncal del matrimonio en nuestro país, no tardaron en darse los planteos jurisprudenciales que, por un lado materializaron los derechos filiatorios ya reconocidos, y por otro se llevaron a la Judicatura a resolver aquellas otras situaciones que no fueron previstas en modo alguno.-

El primer fallo que otorgó la adopción a un matrimonio constituido por personas del mismo sexo fue dictado por el Juzgado de familia y Minoridad de Rio Grande N°1 en fecha 19 de Febrero de 2015. Allí se resolvió la adopción plena de dos hermanos en los autos “M.D.C. y B. D s/ADOPCIÓN”. El matrimonio adoptante en septiembre de 2013 había obtenido la guarda pre-adoptiva de dos niños, los que se hallaban institucionalizados tras el fallecimiento de su madre y necesitaban de forma urgente asistencia médica. En la solicitud de adopción, los actores refirieron que “han formalizado su relación sentimental, luego de compartir juntos ocho años, el día 8 de diciembre del año 2011,...oportunidad en la cual contrajeron matrimonio”. La guarda pre-adoptiva se inició en los autos caratulados “L.S.G.D. Y otro s/Guarda con fines de adopción”, radicada ante el Juzgado de Primera

Instancia de Familia, Secretaría N° 2 de la ciudad de Iguazú. En el decisorio al resolverse la adopción se señaló que “los presupuestos formales y sustanciales que prescribe la ley 24.779, art. 325, incs. a) y c) se han cumplido, ya que se han acreditado legalmente en la especie todas las reglas específicas de tal normativa, por lo que - adelanto - prosperará la adopción plena requerida en el líbello inicial”. Se señaló asimismo, que la prueba fehacientemente “del tiempo transcurrido desde el otorgamiento de la guarda - 03 de setiembre de 2013 – supera ampliamente el plazo legal de seis meses que dispone la ley de adopción, en su art. 316” y que “Se desprende que la dinámica familiar es favorable para el desarrollo psicosocial de los niños, encontrándose éstos contenidos, cumpliendo los adoptantes las funciones de padres con cariño y firmeza; circunstancia de vital importancia debido a las innumerables contingencias a las cuales se han visto sometidos los niños, a partir del fallecimiento de su progenitora”. De este manera se halló convicción de que “los peticionantes reúnen los requisitos establecidos en el art. 315, primer párrafo del Código Civil” ...“Los niños, durante todos estos años, ha formado su personalidad e identidad y han construido vínculos afectivos en función de la educación y cuidado que le han proferido sus guardadores, quienes constituyen, además, su única familia, situación que se acentúa mediante la declaración del estado de abandono dispuesta en los autos referenciados”... “En este sentido, considero que se encuentra garantizada la protección de los niños dentro del ámbito familiar en el cual se ha instalado de la mejor manera posible”.-^{lxxxviii}

En otro orden de ideas se planteó un caso por el cual un matrimonio constituido por dos mujeres instó una acción de amparo a los fines de que se deje sin efecto una resolución de la Dirección Legal del Registro de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que había denegado el pedido de inscripción del reconocimiento del hijo por parte de quien no lo dio a luz, habiéndose empleado técnicas de procreación asistida con semen de un donante anónimo previamente a la celebración de las nupcias.

Así el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 24 de junio de 2011 resolvió que: “El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe inscribir el reconocimiento efectuado por una mujer respecto del hijo de su esposa, que nació y fue concebido mediante inseminación

artificial previamente a la celebración de su matrimonio pues, si el varón integrante de una pareja no casada puede asumir formalmente una paternidad que biológicamente no le corresponde, dicha potestad debe ser aplicada analógicamente a los casos de doble maternidad, frente a la ausencia de normas que los regulen ... Son inconstitucionales los arts. 250 del Cód. Civil y 45 de la ley 26.413, en cuanto impiden inscribir reconocimientos sucesivos de una persona por progenitores de un mismo sexo pues, siendo que el instituto de la filiación se estructura en función del mejor interés del hijo, este queda mejor protegido con la constitución de una doble relación jurídica de filiación que le otorgue los derechos derivados de ella respecto de ambas personas con las que mantenga efectivamente un trato filial... Toda vez que el reconocimiento de un hijo por un varón se entiende como una asunción de paternidad a los efectos legales y sociales, y no como expresión de la existencia de una relación biológica, es procedente reconocer, como título de atribución de la filiación, el consentimiento que una mujer presenta al tiempo del sometimiento de su pareja del mismo sexo a un tratamiento de reproducción asistida con semen de un donante, asumiendo la maternidad del hijo que nazca”.-^{lxxxix}

d) Ante el vacío legal... ¡Un Decreto de Necesidad y Urgencia!

Pues, como hemos visto hasta ahora la normativa vigente con la sanción de la Ley 26.618 en materia de filiación por naturaleza ciertamente no sufrió modificación alguna.

Tal fue el desconcierto que dejó la ausencia de la regulación de la procreación asistida, y por tal el hueco legal ante situaciones en las que ya sea que los cónyuges hubieran acudido a la procreación asistida antes o después del matrimonio, que ciertamente se creó una situación de desigualdad y desamparo de los hijos que nacieron con arreglo al proyecto familiar común.-

De este modo y ante los planteos vívidos ante las autoridades registrales como judiciales, el Estado se vio en la necesidad de otorgar una respuesta, que aunque creemos que no fue la más acertada, por ese entonces resultó paliativa.

El 2 de Julio de 2012 se dicta el Decreto 1006/2012 del Poder Ejecutivo Nacional que en su art. 1° dispuso “Establécese por el término de UN (1) año, contado a partir de la publicación del presente decreto y con carácter excepcional, prorrogable por UN (1) año más, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños

menores de dieciocho (18) años de edad de matrimonios conformados por DOS (2) mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el artículo 36, inciso c) de la Ley N° 26.413, sustituido por el artículo 36 de la citada Ley.”.-

De este modo se reguló un procedimiento administrativo para proceder a la inscripción del nacimiento de aquellos hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio por dos mujeres, siempre que no exista paternidad establecida. Ello se debió a que cómo el sistema legal de presunciones previstos por el art. 243 del Código Civil no podía aplicarse si al momento del nacimiento las madres no estaban casadas, tampoco era procedente el reconocimiento por parte de la cónyuge que no dio a luz, figura consagrada desde el prisma conceptual vinculado al dato biológico conforme la manda del art. 248 del Código Civil.

Atento la interpretación efectuada a la luz de la normativa vigente entonces, los hijos nacidos durante el matrimonio se presumen hijos de la cónyuge que no dio a luz, más en cuanto a las parejas no casadas el camino para el reconocimiento de la co-maternidad fue la petición judicial.-^{xc}

Realmente, si bien éste no es un trabajo de opinión, nos ha sido imposible no resaltar al inicio de este punto que creemos que la solución no fue la más acertada, ya que el Decreto al no determinar el modo en que el niño fuera concebido –por T.R.H.A -realmente dejó la puerta abierta a la situación en que ese niño pudiere resultar fruto de una unión natural consentida entre un hombre y una mujer y que el padre biológico ante el desconocimiento de su paternidad se viera vedado de efectuar su reconocimiento paterno por haberse constituido un doble vínculo filial entre ese hijo, su madre biológica y la cónyuge de ésta. Consecuencia clara de este tipo de situaciones, desde ya, ha sido la carencia de normativización de las T.R.H.A^{xcii}, la que debió ir acompañada de la mano con la novedosa reforma, más por fortuna, como suele indicar el famoso proverbio “el tiempo todo lo arregla”, y ya lo veremos renglones abajo.-

IX) EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA FUENTE FILIATORIA: LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y REGULACIÓN DE LAS T.R.H.A EN LA CODIFICACIÓN ARGENTINA; LA LEY 26.994.-

*“Cambia lo superficial
Cambia también lo profundo
Cambia el modo de pensar
Cambia todo en este mundo...Y así como todo cambia
Que yo cambie no es extraño...Lo que cambió ayer
Tendrá que cambiar mañana...Cambia todo cambia...Cambia todo cambia...” (Mercedes Sosa
“Todo Cambia”).-*



Difícil nos resulta evitar emocionarnos al recordar las Jornadas Internacionales de Derecho Procesal de Familia celebradas en Mar del Plata los días 24 y 25 de septiembre de 2015, cuando el acto inaugural estuvo acompañado por la hermosa canción cuya estrofa precede a estas palabras. Al prestarle atención a los asistentes del evento vimos ojos humedecidos-los nuestros incluso-mezcla de nostalgia y abrumación fue lo que abundaba. No nos dábamos cuenta en ese momento que a Vélez Sarsfield lo habíamos dejado ir hacia tiempo, pero como a una prenda cómoda y compañera, debemos reconocer que nos costó soltar.-

Más, como ocurre con todo en la vida, levantarnos la mirada y nos fuimos adentrando en la tarea de aceptar, aprehender y aplicar el nuevo ordenamiento. Ya las innumerables jornadas que venían desarrollándose desde hacía unos cuantos años,- en las que a prueba y error se discutieron los posibles cambios- habían pasado, ahora la criatura celebró su nacimiento y de ella -cual así como de un niño- debíamos encargarnos de criar, comprender, interpretar, y con pensamiento crítico, realizar observaciones para mejorar.-

Terminaba así un largo camino de emparchamientos en la legislación Civil (y también la Comercial pero no es objeto de este trabajo).-

Se incorporaron aquellos avances reflejados en fallos judiciales, opiniones doctrinarias, y se recogieron las necesidades de la sociedad que requerían ser abrazadas por las

normas.

Innumerables han sido la veces que pensamos que el Código Civil era un “código sin máquinas” como ejemplificador de las carencias de las que adolecía, y ello en pleno siglo XXI ya no resistía comprensión alguna.-

En materia de familia trajo así el Código Civil y Comercial de la Nación, en palabras de Aida Kemelmajer de Carlucci, el recogimiento del concepto de la "democratización de la familia", de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias" en plural; esta opinión se sustenta -entre otras razones- en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina -y en menor medida, en la jurisprudencia- como "familia ensamblada") etc."... "El Código, entonces, respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que enfáticamente afirma: "En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico".^{xcii}

El conocido caso “Atala Riffo y Niñas VS Chile” en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 24 de febrero de 2012, es quien recepta y materializa el concepto abierto de familia y así deja bien en claro, las manifestaciones que luego se ampliaría en el caso “Forneron e Hija VS Argentina (Fondo, Reparaciones y costas)” del 27/09/2012, al señalar que “No hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra

cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”.-

Inmerso en esta noción familiar se implementa la regulación de una nueva fuente filiatoria: La Voluntad Procreacional materializada por las T.R.H.A.-

Cómo ya hemos referido en el capítulo anterior, la sanción de la ley 26.618 al no ir acompañada de la regulación de éstas prácticas procreacionales se vio inconclusa. Más resultaría en una gran inequidad quedarnos con esa única circunstancia en nuestra observación, ya que la necesidad de acudir a dichas prácticas no resultaba -ni resulta - prioritaria de las parejas compuestas por personas del mismo sexo, sino que también de aquellas integradas por personas de distintos sexos, e incluso de aquellas personas que tienen un proyecto familiar monoparental sin importar su género ni orientación sexual.-

Pues bien, dejaremos de lado tantos preámbulos para así adentrarnos al tratamiento del tema.-

a) Ni padre y madre: Progenitores.-

Creemos que exige éste trabajo dar un pequeño pantallazo genérico de los cambios dimanados de la nueva normativa en materia de filiación, ya que las modificaciones no se agotaron en la legislación de un nueva fuente filial, sino que además las modificaciones han influenciado incluso en la terminología con la cual se menciona a quienes hemos denominado durante siglos a padres y madres.-

En efecto, ya en la manda del art. 648 del cuerpo legal se marca el trueque de aquellos términos por el de progenitores. Claro, ello va de la mano con la concepción de multiculturalidad familiar, con la aceptación de las diversas formas familiares e incluso -no es detalle menor- con la Ley de cambio de identidad de género 26.743, en razón de la cual quien habiendo nacido portando el sexo biológico femenino pero se auto percibe con el sexo masculino -y así acude al cambio de identidad de género- con el avance científico puede gestar y dar a luz, en función de ello cabe agregar que la manda del art. 562 al regular la Voluntad procreacional no se refiere a la “madre” sino a “quien da a luz” y con ello determina que los nacidos por las T.R.H.A son hijos de esta persona y de aquella otra que presta su consentimiento previo, libre e informado.-

b) El peso de la Corte IDH en la materia: “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”.-

Imposible resulta para nosotros no incluir en este Capítulo a la innegable fuerza que para el tema ha importado la decisión de la Corte IDH mediante sentencia de fecha 28 de Noviembre de 2012.-

Artavia Murillo,- como en la jerga jurídica identificamos al fallo-, ha sido indudablemente un precedente de peso -que entendemos- ha puesto en órbita a los estado partes de la Convención Americana para así ocuparse de la materia que encarna las T.R.H.A.-

Ello no es casual ya que como ha puesto de resalto la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) -lo cual importa- una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia...esta pauta de interpretación no lo es sólo para resolver conflictos judiciales, sino también como una manda para otros poderes del estado como lo es el legislativo, el encargado de dictar leyes infraconstitucionales para que estén a tono con el llamado “bloque de constitucionalidad”.-^{xciii}

El caso llega hasta la Corte IDH en atención a la prohibición que el Estado de Costa Rica dispuso en cuanto a la Fecundación in vitro como consecuencia de un fallo de la Sala Constitucional del 15 de marzo de 2000, que entendió que mediante dichas prácticas se perdían una elevada cantidad de embriones de manera consiente y voluntaria incompatibles con el derecho a la vida.-

En lo que aquí interesa -si bien el fallo es riquísimo en cuanto define con contundencia el inicio de la existencia de la persona humana, define a la concepción, inclinándose en este último caso a la interpretación por la cual ésta se produce ya sea ocurrida en el útero por vía natural o bien mediante la implantación del embrión en el cuerpo de la persona- lo cierto es que éste precedente marco un hito extraordinario en materia de regulación de T.R.H.A.-

Así consideró la Corte IDH que Costa Rica al prohibir la fecundación in vitro violó los derechos contemplados en los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 con relación al art.1.1 ^{xciv} de la

Convención Americana de Derechos Humanos, y este modo condenó al Estado a adoptar medidas legales, administrativas y de otras índoles que resulten necesarias para evitar hechos similares que dejaban imposibilitadas a las personas al acceso a la fecundación in vitro. También condenó a regular los aspectos necesarios para la implementación de la Fecundación In vitro y a su vez el Estado debía establecer sistemas de control de calidad de las instituciones y profesionales que desarrollen ese tipo de T.R.H.A. A su vez estableció que el Estado debía incluir a la Fecundación in vitro en los programas y tratamientos de infertilidad en atención a la salud, conforme con la garantía del principio de no discriminación y además obligó a implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en materia de derechos humanos reproductivos y no discriminación a funcionario de todas las áreas y escalafones del Poder Judicial.-

c) La Voluntad procreacional.-

Como señalásemos en el principio de éste Capítulo lo que aquí nos convoca es el tratamiento de la nueva fuente filiatoria incorporada por la Ley 26.994, esto es la Voluntad Procreacional concretada a partir de las T.R.H.A.-

La necesidad de darle marco legal a la cuestión venía siendo hacía años indicada por los juristas, y reclamada por gran parte de la ciudadanía, e incluso no sólo a través de la opinión misma, sino también desde la realidad tangible, ya que cotidiana era la utilización de la ciencia para así concretar el anhelo del nacimiento de un hijo.-

El derecho argentino, no sabemos si por temor, ausencia de convencimiento, prejuicios morales, religiosos, o bien por el arraigado sistema biológico vinculado a la identidad natural -influenciada por nuestra triste y oscura historia entre los años 1976/1983- se tardó un tiempo en tomar al toro por las astas y finalmente incorporarlas al ordenamiento.-

Sostuvo Adriana Noemi Krasnow -con acertado criterio-que “la biotecnología y su impacto en el derecho de familia abrió un abanico de posibilidades que produce un cambio al esquema simple previsto por el legislador, asistiendo a nuevas formas de maternidad y paternidad ajenas a la concepción clásica de la institución filial, situación que obliga a revisar los conceptos construidos de padre y madre...la filiación no sólo debe importar la verdad biológica, sino también, el conjunto de verdades que conforman las persona en el transcurso de su vida. Por esta razón al momento de adjudicar un vínculo filial, debe

partirse de la convicción de que el mismo guarda armonía con el interés del hijo en vinculación con el interés familiar”.-^{xcv}

A todo ello, se fue sumando la creciente demanda en materia de cobertura tanto por el estado, obras sociales y sistema de salud pre-pagos de las prácticas vinculadas a la fecundación asistida, y previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, tuvo lugar el dictado de la Ley 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” el 5 de junio de 2013. Por la citada norma se reguló la cuestión relativa al acceso a los procedimientos, dejando en claro desde ya que este asunto formaba parte integrante del derecho a la salud, definido por la Organización Mundial de la Salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (la negrita nos pertenece).-

Desde ésta óptica la visibilización de las prácticas no sólo han dado nacimiento a la nueva fuente filial, sino que además empujo a través de la asunción por parte de todo el sistema de salud la obligación de dar cobertura médico asistencial a las personas que así lo requirieran. Además ha traído como lógica consecuencia que un universo de distintas áreas del derecho se vieran tocadas por el nuevo orden.-

Finalmente tras años de intensos debates, el 1 de octubre del año 2014 fue sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación, el que entraría en vigencia el 1 de Agosto del año 2015, y con ello nos despedimos de Dalmacio Vélez Sarsfield para siempre.-

El nuevo orden regulatorio, si bien incorporó un concepto de familia desde una mirada multicultural, reglando así las uniones convivenciales, las T.R.H.A, la figura del progenitor afín, como tantas otras temáticas, contemplo normas de derecho transitorio que -a diferencia de la reforma de la Ley 26.618 -tomaron en cuenta situaciones fácticas ya existentes y con ello se les dio respuestas.-

Así el artículo 9° de la Ley 26.994 en su inciso tercero previó que: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción Humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por

ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo contara con vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta”.-

Se cerró así, cualquier vestigio de dudas habidos en el pasado tras la sanción de la Ley 26.618 y se evitó que aquellas parejas no casadas del mismo sexo -mujeres- tuvieran que acudir a la justicia para poder efectuar el reconocimiento del hijo nacido fruto de las T.R.H.A.-

Debemos indicar que el consentimiento previo, libre e informado ya se había regulado en la Ley 26.862 con la manda del art. 7 al establecer que: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.-

El Decreto reglamentario de la Ley mencionada precedentemente 956/2013 encaró la definición de las prácticas de reproducción humana asistida, y en también –implícitamente- vislumbró una apertura que guio incluso al reconocimiento de las prácticas heterologas. De este modo definió dos tipos de prácticas médicas que denomino de baja y alta complejidad y a su vez deja la puerta abierta para la inclusión de otros métodos con el fin de concretar el objetivo de la ley.-

El art. 2° se ocupó de ello al señalar que ”...Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la

donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos. La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley N° 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la Dirección nacional de regulación sanitaria y calidad de los servicios de salud, conforme las previsiones del Programa nacional de garantía de calidad de la atención médica. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el Ministerio de salud.-“

Respecto a la conceptualización de la voluntad procreacional con acierto se ha afirmado en cuanto a las T.R.H.A que los hijos habidos de éstas prácticas “...han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo...Las T.R.H.A observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio.-“^{xcvi}

Ya Diaz de Guijarro afirmaba que la voluntad procreacional era el deseo o intención de crear una nueva vida y así separaba el concepto de reproducción humana y sexualidad.
xcvii

El acudir a las T.R.H.A se vincula íntimamente con el “querer ser” progenitor, y entonces tiene lugar la voluntad procreacional.-^{xcviii}

Ahora bien, la cuestión del consentimiento previo, libre e informado, ha representado un gran problema con antelación a la existencia de la Ley 26.862, lo cual derivó en planteos judiciales que fueron resueltos sin homogeneidad de criterio.

Tales fueron los fallos de las Salas F de la Cámara Nacional Civil de fecha 30 de marzo de 2006 y el de la Sala J de fecha 13 de septiembre de 2011. En el primer caso en el marco de un proceso de divorcio por presentación conjunta en la audiencia fijada por el art. 236 del Código Civil vigente al tiempo de la decisión, el Juez actuante tomó conocimiento de que el matrimonio había realizado tratamiento de fertilización humana asistida y que existían embriones congelados, de este modo de oficio suspendió el proceso y dio intervención al Defensor de Menores a efectos de que interviniera en representación de los embriones, y dispuso que el centro de salud informe respecto del estado de los mismos. La Cámara revocó la decisión dejando en claro que la incidencia

acaecida lo sobre el tema era respecto de un asunto privativo de los integrantes del matrimonio y al “proyecto de procreación de los padres.”^{xcix}

En un fallo diametralmente diverso el 13 de septiembre de 2011 la Sala J resolvió autorizar a la implantación de embriones crioconservados en una mujer pese a la oposición de su ex esposo. El fundamento se erigió en que la paternidad biológica se determinó desde el momento en que el hombre accedió a la práctica con conocimiento de las implicancias y consecuencias contenidas en el contrato y que la voluntad procreacional quedó explicitada desde que entregó el material genético a los fines de la inseminación.^c

Cómo sencillamente puede advertirse, el peligro de no legislar, de mantener silencio: ¿obligaríamos hoy día a ser padres a quienes luego de años han cambiado su situación de vida? ¿toleraríamos quizá una actitud irresponsable o no implicada de parte de quienes solicitaron las prácticas? ¿dónde estaría el límite?.-

Realmente estos planteos bregaron para tomar conciencia sobre el imperativo de legislar.-

d) T.R.H.A y nuestro derecho actual.-

Vamos a introducirnos, ahora sí, en el articulado que en materia de T.R.H.A gestó el Cuerpo legal.-

El art. 558 contempló a las tres fuentes filiatorias y la igualdad de derechos al legislar que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.-

Al leer la líneas del texto legal que nos convoca, en su primera parte advertimos la gran similitud con su antecesor, el art. 240 del Código Civil incorporado por la Ley 23.264, más con el agregado de una nueva fuente filiatoria.-

Su necesidad por dejar claro la unidad de las filiaciones y la igualdad de derechos de todos los hijos se mantuvo sin titubeos en su espíritu enfatizando incluso su importancia indicando en el título la igualdad de efectos.^{ci}

A su vez, incorporó en su enunciado al concepto de binomio de los vínculos filiales,

indicando la imposibilidad de contar con más de dos vínculos de ésta naturaleza, lo que se ve reafirmado por el art. 578 que indica “Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación”. Manda ésta que reproduce la normativa del art. 252 del antiguo régimen civil.-

Ahora bien, en cuanto a la reglamentación de la filiación por T.R.H.A esta se contempló en los arts. 560 a 564.’

El art. 560 de regula el consentimiento previo, libre e informado, definiendo de este modo al elemento volitivo expresándolo en los siguientes términos: “Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.”

Seguidamente el art. 561 estableció los requisitos formales del consentimiento previo, libre e informado: “Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.”

Como señala Marisa Herrera^{cii} las formas exigidas para el consentimiento informado no resultan un detalle menor, requiere tanto un documento sanitario como de un instrumento público. Así el consentimiento no sólo es medicalizado sino también que debe estar revestido de fe pública, sea mediante la intervención de escribano público o autoridad pública sanitaria.-

Es dable destacar que el mentado consentimiento debe contener la requisitoria establecida por la Ley de Derechos del Paciente 26.529 y su Decreto Reglamentario 1089/2012, además de contener los aspectos legales referidas a las consecuencias relativas a la filiación derivada del consentimiento que se otorgó.-

A su vez la norma prevé la posibilidad de revocar el mentado consentimiento hasta que se “haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”. Veamos a

que se refiere en específico:

-Si se trata de la utilización del material genético en fresco –luego de la extracción- bastará ese consentimiento a más del prestado para realizar la extracción.-

-Ahora si se tratase de material conservado –gametos o embriones-ante cada utilización el consentimiento debe prestarse en cada oportunidad.-

Se ha sostenido que el consentimiento previo, libre e informado es la materialización de la voluntad procreacional y de este modo viene a suplir la paternidad/maternidad genética, siendo dicho consentimiento fuente concluyente de la filiación legal.-^{ciii}

El artículo 562 vino a coronar en el sistema la noción de voluntad procreacional aportando una definición contundente al indicar que:“ Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.-

Se ha afirmado con razón que la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento informado, constituye la columna vertebral en materia de determinación filial.-^{civ}

De hecho estamos convencidos de que la verdadera fuente filial en la T.R.H.A es en primer término el elemento volitivo y por ello en el título de éste capítulo la hemos mencionado en primer lugar.-

Así las cosas el Código Civil y Comercial consagra la total independencia del dato genético con el nacimiento del vínculo filial en las T.R.H.A, al indicar la independencia de quien haya aportado los gametos.-

e) ¿Y qué decir del derecho a la información al nacido de las T.R.H.A?

La discusión que giró en torno al manejo de la información a proporcionar al nacido por estas prácticas en los casos de T.R.H.A de naturaleza heterólogas-cuando un tercero aporta el material genético- realmente ha sido acalorado y complejo. ¿anonimato? ¿publicidad del la identidad del donante? ¿sistema intermedio?. ¿Qué haremos con esto?.-

Así se ha dicho que el anonimato consiste en la reserva respecto a la identidad del

donante y recíprocamente también de los receptores, así también al propio hijo.

El art. 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación han regulado la cuestión del siguiente modo: art. 563 :“Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Art.- 564.- Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.”

Como podemos ver, tal como lo indican autores como Victoria Famá^{cv}, la postura adoptada por el Código es intermedia ya que no se adscribe a un anonimato cerrado, ni a un no anonimato. –

Ahora bien como explican Herrera y Lamm, la decisión fundamental en razón de la cual se adoptó la postura del anonimato de la identidad del donante –pudiendo levantarse ante ciertas circunstancias debidamente fundadas y por orden judicial-se debe nada más y nada menos que al deseo de evitar la ausencia de donantes en cuyo caso se afectaría sobremanera a aquellas personas que para ser progenitores quieran acudir a los T.R.H.A, ello toda vez que siendo el nuestro un sistema jurídico que reconoce las uniones del mismo sexo sería incluso estas parejas las más afectadas. ^{cvi}

Si bien, este trabajo debe dotarse de la seriedad y sobriedad propia de una obra jurídica, al evaluar el argumento esgrimido reglones arriba nos cuesta no recordar la famosa obra Cinematográfica Norteamericana “Delivery Man” (también Titulada en España “Menudo Fenómeno” y para Hispanoamerica “Una Familia Numerosa”) del año 2013 que trata de un hombre que en calidad de donante de esperma engendró a 533 hijos. El punto es que el guion gira en torno al reclamo de 142 jóvenes nacidos de esa práctica que reclaman el conocimiento de la identidad del donante. En el desarrollo del film llama poderosamente la atención el sencillo alegato del abogado del donante quien a los

fines de defender la postura de la reserva de identidad de éste acude al mismo fundamento que las autoras citadas precedentemente.-

En efecto, el abogado del donante en su argumentación en defensa de la confidencialidad de la identidad ensaya como variables algunos de los argumentos más sólidos en este tema para relativizarlos: potencialidad de que los donantes quieran ocupar el lugar de padres, riesgo de que se emplee ese nuevo vínculo para explotación económica del donante a los padres o el reclamo de alimentos de los padres al donante, o por parte del propio hijo y la afectación de la posibilidad de obtener células reproductivas (ya que en esos caso nadie querría ser donante), con lo cual de no haber existido donación anónima esos jóvenes no hubieran nacido. ^{cvii}

f) Determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial en las T.R.H.A.-

En cuanto a este punto el Código con suma prudencia es regulado el tema en los arts. 566 y 575.-

En materia de determinación de filiación matrimonial establece que la presunción de hijos del o la cónyuge no rige frente al caso de ausencia de consentimiento previo, libre e informado. Así en su última estrofa indica: "...La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.".-

En referencia a la determinación de la filiación extramatrimonial en que intervengan las T.R.H.A el art. 575 deja en claro que "... En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial." Y asimismo en cuanto a la fecundación heterologa aclara contundentemente que: "...Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena".-

Pensamos que ésta última manda debió también contemplarse para los casos de filiación matrimonial en que se utilicen gametos de terceros ya que si bien, sabemos que la determinación de la filiación matrimonial nace de la ley, lo cierto es que ante un supuesto

de ausencia de consentimiento previo, libre e informado del cónyuge tal circunstancia no estaría dada y entonces si la Ley ha querido- con la previsión de la existencia de impedimentos matrimoniales entre donante y el nacido de la práctica- evitar el incesto y también el nacimiento de vínculo filial, esta regulación también debió ser expresamente contemplada en la manda del art. 566.-

g) Imposibilidad de reclamar o impugnar el estado filial en las T.R.H.A.-

El artículo 577 del Código Civil y Comercial de manera muy clara ha dispuesto la inviabilidad de las acciones de impugnación de filiación matrimonial o extramatrimonial de aquellos hijos nacidos mediante la utilización de T.R.H.A cuando haya mediado el consentimiento previo, libre e informado, y así también ha dispuesto la inadmisibilidad de reconocimiento o ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vinculo filial respecto de éstos.-

De esta manera al ser columna vertebral de la filiación en las T.R.H.A el consentimiento previo, libre e informado, una persona o una pareja que consintió la práctica médica conforme la manda de los artículos 560 y 561 del Digesto civil y Comercial, luego no puede pretender impugnar el vínculo filial fundado en la ausencia de nexo genético, e incluso -lo cual resultaría inusual más no imposible-tampoco si se ha utilizado material genético de la pareja, ya que al acudir a las T.R.H.A conforme la normativa vigente que rige a éste vínculo filiatorio se ingresa al terreno de la volitivo que dio origen al mismo.-^{cviii}

Por otro lado a modo de reafirmación del sistema basado en la voluntad procreacional se establece claramente la imposibilidad de crear vinculación jurídica filial entre quien dono el material genético y el nacido, en razón de lo cual no puede efectuarse reconocimiento, ni accionar por reclamación de estado filial.-

h) ¿Hacia la extinción el principio binario en la filiación?



Como habíamos indicado inicio de este capítulo el Código Civil y Comercial de la Nación se ocupó de dejar claramente establecido que nadie puede tener más de dos vínculos

filiales, acepción que si bien no se hallaba incorporada expresamente en el Código Civil derogado, permitía interpretarse a través de la manda del art. 252, y en este nuevo ordenamiento el art. 558 en su último párrafo lo que se ve reforzado por lo dispuesto 578 que establece la misma regla del antiguo 252 del ordenamiento Velezano.-

Ahora bien, aún antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, éste concepto que nos ha parecido históricamente tan claro y evidente, ha entrado en crisis.

En efecto lo que aparecía como inexorable, por un momento se diluyó a través de una Resolución de carácter administrativo por parte del Registro de Las Personas de las Provincia de Buenos Aires de fecha 22 de abril de 2015 (Resol. N° 2062/2015) y en un segundo caso por decisión del Registro de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en el último caso no obra Resolución).-

En ambas circunstancias se dio una práctica casera, por la que en ambos casos se trataba de matrimonios integrados por mujeres que habían recibido el aporte genético de un hombre allegado a estas, más el donante no pretendía ejercer sólo ese rol, sino que junto con las parejas tenían un proyecto familiar común en el que la participación en la crianza del niño estaba proyectaba por todos los integrantes.-

Así las cosas el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires fundó la Resolución 2062/2015 en que “la legislación civil no establece un *numerus clausus* respecto de la cantidad de integrantes en un vínculo filial, pero de un análisis armónico de la normativa no surge expresamente la prohibición de una triple filiación como en el supuesto tratado, resultando de aplicación el art. 19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución Provincial...no desplaza no contradice una filiación anterior sino por el contrario se incorpora la figura paterna que cuenta con la expresa aceptación de las cónyuges”. De esta forma se resolvió la cuestión como si se tratara de un reconocimiento paterno por la filiación por naturaleza y no como un caso de T.R.H.A.-

En el supuesto dado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no existió resolución administrativa y el organismo se limitó a realizar la inscripción de la triple filiación de manera directa.-

Ciertamente la cuestión es de dudosa constitucionalidad. Por un lado el Código Civil (como el actual ordenamiento) disponía que de existir dos vínculos filiales y pretenderse el

reconocimiento de uno distinto debía indefectiblemente desplazarse la filiación anterior existente, esto es; establece el sistema binario. A su vez en el caso de la filiación por naturaleza se encontraba diáfano el modo de determinación, tanto en el caso de la filiación matrimonial como extramatrimonial. A su vez la Ley 26.413 que regula el funcionamiento de los Registros de Estado Civil de las Personas en la manda del art. 45 determina sin lugar a disquisición interpretativa que: “No podrán inscribirse reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo. Cuando en más de un registro civil se han labrado actas de reconocimiento de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo en los libros de nacimiento donde se encuentre registrado el menor, se inscribirá solamente el primer reconocimiento, dándose intervención a la autoridad judicial competente y haciéndose saber a las partes interesadas la resolución adoptada”.-

Marisa Herrera^{cix} con acierto plantea su disconformidad por las decisiones otorgadas por los Registros Civiles en estos casos ya que –como también lo hacemos nosotros- se plantea la dudosa validez del argumento empleado por la resolución del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires por cuanto tomo como elemento fundamental la aceptación de las mujeres integrantes del matrimonio al querido reconocimiento del donante, cuando se sabe que el reconocimiento de hijos es un acto jurídico familiar de naturaleza unilateral, pura y simple que no admite condicionamiento alguno ni la aceptación de nadie (en el sistema de filiación por naturaleza derogado y en el actual ni siquiera de la madre, ni del hijo).-

Se pregunta la jurista si no debió acudir a la justicia a los fines de que se declare la inconstitucionalidad de la normativa de fondo involucrada e incluso de la norma que regula el funcionamiento de los Registros Civiles en lo que afecte al planteo de la referencia. Nosotros creemos que así debió procederse.-

En cuanto a la posibilidad de la existencia de triple filiación en las T.R.H.A, al día de hoy se encuentra en tratamiento por vía de Recurso Extraordinario en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, una causa en que se plantea la cuestión luego de que la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata por fallo del 20 de diciembre de 2018 revocase el fallo de Primera Instancia que hiciera lugar a la acción por la apelación

del Fiscal.-

En el caso se da el presupuesto por el cual una pareja compuesta por dos varones mediante T.R.H.A conjuntamente con una mujer amiga de éstos, habiendo otorgando su consentimiento previo libre e informado, deciden proceder a la gestación un niño con el material genético de la mujer y el de uno de los integrantes de la pareja de varones, de este modo la intención desde el principio de estas tres personas es llevar adelante un proyecto familiar en el cual los tres ejerzan el rol propio de los progenitores. Nace el día 24 de marzo de 2016 en la ciudad de Mar del Plata el niño en cuestión y a los fines de evitar un perjuicio para éste se le inscribe en primer término como hijo de la mujer gestante y portadora del material genético femenino que a su vez ha exteriorizado su voluntad procreacional. Aquí estas tres personas comienzan un camino judicial por el cual plantean su deseo de que el niño sea inscripto como hijo de los tres. Previo ello intentaron que el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires otorgue la autorización vía administrativa como había ocurrido en el mes de abril de 2015, más dicha petición fue rechazada de plano atento lo expresamente dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 558.-

De esta manera el Juzgado de Familia N°2 de Mar del Plata por fallo del 24 de noviembre de 2017 hace lugar a la acción y ordena la inscripción del niño como hijo de los tres peticionantes, decretando en el caso concreto la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 último párrafo el Código Civil y Comercial de la Nación, con fundamento en la necesidad de garantizar el interés superior del niño, el cual en el caso concreto importaba el derecho a la filiación conforme la realidad volitiva expresada por todos los participantes del proyecto familiar. Así también les impuso a los tres adultos la obligación de informar a su hija cuando cuente con madurez suficiente respecto de su origen gestacional.-^{cx}

Así las cosas la Sala Primera al revocar el fallo sostuvo como argumentos centrales que "...la ampliación del límite que clausura las filiaciones posibles incluso en casos de T.R.H.A, no puede dirimirse en tan acotado marco como el de autos, exigiendo de una discusión que se despliegue dando intervención a distintos campos disciplinarios y con la participación de otros los interesados en debatir sus implicancias y las modificaciones que

podía aparejar la apertura: debate que corresponde desenvolver con preferencia en el ámbito parlamentario”...Una solución distinta conllevaría el peligro cierto de arrogarse facultades ajenas a las que conciernen al Poder Judicial con la indebida injerencia en una esfera de competencias reservadas a otro Poder al desautorizar una regla revalidada por el órgano legislativo en fecha próxima, sin que esa norma...luzca irrazonable o arbitraria; máxime considerando lo dicho respecto de la necesidad de análisis interdisciplinario de la cuestión, y las consecuencias que podría aparejar el desplazamiento de un principio con profunda raigambre en nuestra tradición jurídica..”.-

Más allá de los hasta aquí expuestos, es dable contar que en países como Brasil la Multiparentalidad ha sido receptada de tal manera, que se ha abrazado como piedra angular el concepto de la socioafectividad.^{cxii} En efecto, el país vecino ha sido pionero en América del Sur en esta cuestión y ha dictado decisiones judiciales tales como aquella que en la ciudad de Santa María dispuso la inscripción de un niño con un padre y dos madres, la acción fue interpuesta antes del nacimiento del niño por los tres integrantes del proyecto familiar y el Juez actuante indicó “Que se trata de una familia moderna e innovadora, pero fundamentalmente-y más importante-tapada de afecto.”^{cxiii}

Otro fallo dictado en el mismo país en el 12 de febrero de 2015 por la Cámara 8va de Apelaciones en la Civil de Porto Alegre por unanimidad hizo lugar al pedido de dos mujeres casadas entre sí y un hombre amigo de ambas con quien compartían el proyecto parental. De este modo la Cámara de forma contundente argumentó: “Es que el concepto actual de familia, más allá del tradicional de la familia “matrimonializada”, entre hombre y mujer, debe entenderse como “clausula abierta”, no excluyéndose del concepto de familia -con debido reconocimiento y protección del estado- a las familias formadas con base en la afectividad, con motivación eudemonista, que surge de la dignidad individual de sus integrantes, pautadas por el respeto y el reconocimiento de las características personales ante la colectividad”^{cxiii}

Ahora bien, la tesitura que se enmarca en la cuestión de la pluriparentalidad ha tenido un tratamiento interesante en el Congreso Internacional de Derecho de las familias, niñez y adolescencia celebrado en la ciudad de Mendoza del 9 al 11 del mes de Agosto de 2018, habiéndose concluido que la triple filiación debe ser admitida y por ende el desplazamiento

de la regla del doble vínculo filial cuando la historia de vida lo amerite sobre la base de los arts. 1 a 3 del Código Civil y Comercial de la Nación. Así también se contempló la necesidad de posibilitarla cuando la realidad así lo amerite aún cuando no se esté frente al caso de T.R.H.A. Finalmente se concluyó en la necesidad de: “Valorizar la socioafectividad como categoría conceptual comprensiva de aquellos vínculos significativos que encuentran su fuente en el afecto”.-^{cxiv}

Si bien los novedosos fallos que a continuación hemos de citar no se emparentan con las T.R.H.A, lo cierto es que sí lo hacen con la pluriparentalidad y con la socioafectividad. En concreto partiendo del fallo Dictado el 7 de febrero de 2020 por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones única Nominación de Monteros provincia de Tucumán en actuaciones 659/17 caratulados “L.FF c/ S.C.O s/ FILIACIÓN”^{cxv}, en que se instó acción por el padre biológico con el fin de desplazar la filiación paterna habida respecto de una niña. En el caso se dio la particularidad de que en los hechos la niña tenía relación de carácter filiatoria tanto con su padre biológico como con quien jurídicamente obraba como progenitor. Ante dichas circunstancias y a través de la escucha activa por parte de la Jueza Dra. Mariana Josefina rey Galindo, se resolvió que la niña mantuviera el vínculo filiatorio con su padre jurídico y estableciera también vínculo jurídico con su padre biológico por pedido expreso de la niña. En el caso de márras como puede advertirse se valoró la socioafectividad y en consecuencia se culminó disponiendo que la niña tenga filiación triple con sus dos padres y su madre. De forma contundente la Juez enfatiza “... sabe que ella es hija biológica de Roberto. Pero que, cuando nació fue reconocida por Jorge. De todas maneras, ámbos se comportan como auténticos papá de ella. Comparten todo. Ella reside tiempo en ambas casas, la del papito Jorge y la del papá Roberto... conoce perfectamente su origen, Vive conforme siente, es decir que Jorge y Roberto son sus papás. Disfruta de su familia y de esa forma de vivir...En la misma charla, le preguntamos a Juli si ella siente que tiene los dos papás, y nos dice que sí...le preguntamos si quiere tener a los dos papás en los papeles, como los tiene en la vida real, a lo que responde que sí...”. Continuando en el extenso relato de su sentencia concluye dirigiéndose a la niña al decirle:”Juli tenés razón cuando decís “que no querés elegir entre tus dos papás”. Tenés derecho a conservar a los dos...”. En definitiva declaró la

inconstitucionalidad de la norma prevista por el art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación habida cuenta en el caso particular no supera el test de constitucionalidad en vigencia alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Emplazó a la niña como hija de quien es su padre biológico y conservar el emplazamiento filial paterno anterior, disponiendo el libramiento del correspondiente oficio al Registro de la Personas a efectos de la inscripción en un nuevo formato que contemple la triple filiación, no pudiendo inscribirse la misma en forma margina, conservando la niña el número de Documento Nacional de Identidad y establece que deberá otorgarse nuevo en el que se consigne la triple filiación. Asimismo cabe destacar que por pedido expreso de la niña su apellido originario no será modificado y tampoco se agregará el apellido del emplazado progenitor biológico.-

Otro interesante fallo dictado por el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3ª Nominación de la ciudad de Córdoba el 18 de febrero de 2020 en autos “F., F. C. – V. A. F. - F. C.A. – Adopción”, se dispuso otorgar la adopción plena de una niña a una mujer a dos hombres y ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que inscriba a la niña con el nombre de pila y con los tres apellidos. La magistrada explicó su decisión en estos términos: “Como vos pediste, te vas a llamar M. J. que son los nombres con los que te identificas; pero tu apellido en adelante será F. F. V. Así que ahora, por ejemplo, en el cole cuando te tomen lista te van a decir ‘M. J. F. F. V.’, y así te van a reconocer todos y en cualquier lugar a donde vayas”. De éste modo se declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 558 del Código Civil y Comercial y del artículo 634, inciso “d”, del mismo cuerpo legal, en cuanto no reconocen los vínculos afectivos emanados de la niña hacia A. F. V., F. C. F. y C. A. F., a quienes considera su madre y sus dos padres, respectivamente. En este sentido, explicó que, para resolver la presente demanda de adopción, tuvo que reflejar y reconocer la realidad familiar, puesto que “no se puede forzar la desintegración de lazos afectivos consolidados en pos de ceñirme a una prohibición legal”. La declaración de inconstitucionalidad había sido requerida por la fiscal de Cámara de Familia, y por la abogada del niño, con dictamen favorable desde un primer momento de la representante complementaria del Ministerio Público, María Raquel Martínez.^{cxvi}

Nosotros volvemos a significar con los antecedentes expuestos que la realidad va empujando rumbo a producir cambios impensados en otros tiempos. No sabemos, e incluso no nos hemos formado de una opinión al respecto de ésta última cuestión, más no podemos dejar de ser conscientes de que los cambios llegan, tanto por el pedido como por el comportamiento social, y lo que surge con voz bajita, como una pequeña idea, como un silbido en el viento, llega a los oídos de todos más tarde o más temprano, y así nos interpela a pensar y repensar la realidad. El debate ya está instalado.-

X) A CADA FAMILIA UNA SOLUCIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN.-



“Quien dijo que todo está perdido

Yo vengo a ofrecer mi corazón... “

(Fito Páez “Yo Vengo a ofrecer mi corazón”. 1985)

Y tan noble, claro y transparente consideramos al fin que tiene el instituto de la adopción que no hallamos modo más genuino para rendirle homenaje que con las estrofas de la queridísima canción de Fito Páez. Y es que entendemos que justamente en ello, en el amor, está inspirada la figura jurídica, el amor ofrecido y para ofrecer de aquellos que pretenden por este camino abrazar al vínculo filial en calidad de progenitores, y también de aquellos que por este anden encuentran una familia que los ame, que los cobije, que los cuide, que los haya anhelado.-

Como esperamos haber ido demostrado a lo largo de este trabajo, la adopción en nuestro país ha ido dando pasos gigantes direccionados a ampliar y flexibilizar los supuestos y requisitos de admisibilidad, pero también es cierto que alguna crítica más adelante realizaremos a ciertas cuestiones muy puntuales.

Sin más rodeos proponemos adentrarnos de lleno en la nueva legislación sobre la adopción, y así nos adelantamos en decir que nuestro nuevo régimen se ha fundado en

buscar a cada familia su propia solución.-

a) Y...¿a que llamamos adopción?

Nos arriesgaremos al afirmar que el Código Civil y Comercial de la Nación le ha otorgado a la institución una definición digna de las premisas más elocuentes que fijó en materia de interpretación de la Ley en sus arts. 1 y 2. En efecto, como se ha señalado desde la Reforma Constitucional de 1994 se ha consagrado en el derecho interno la constitucionalización de las normas y con ello todos asumimos -afortunadamente- que la Ley no es el techo del ordenamiento jurídico. Mucho se ha escrito y resuelto con esta máxima, y como veremos más adelante la judicatura ha resuelto con ello muchos entuertos que la Ley no contemplaba en materia de adopción-como en tantas otras- como bien sostuvo Bidart Campos “donde se juegan derechos que ni la ley ni los jueces pueden resolver, corresponde subir un peldaño más arriba, hasta la Constitución Nacional”.^{cxvii}-

Podemos comenzar haciéndonos eco de la definición de adopción que refleja el artículo 594 al plasmarla como “una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuanto éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de éste Código”.-

Como se aprecia con absoluta claridad la concepción encaja de manera perfecta con la búsqueda de concreción del interés superior del niño^{cxviii} y las Máximas que han sido estipuladas por la Ley 26.061.-

En un maravilloso trabajo encarado por el Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en el cual con la asistencia e intervención de los equipos interdisciplinarios del organismo, se ideó la Convención Internacional sobre Los Derechos del Niño comentada por y para los chicos. Es interesante ilustrarse respecto de que manera miran los niños al Instituto de la adopción y la definición que le dieron al comentar el art. 21 de esta al decir que “Los niños tenemos derecho a vivir con una familia que nos cuide y cuando te adoptan te unís a una familia porque adoptar es un acto de amor, es dar una oportunidad.”(Colegio San Cristobal Obrero, 1° año Turno mañana, Villa Soldati,

C.A.B.A).^{cxix}

Mayor contundencia no hemos podido encontrar para tener por concretada la definición de la adopción.-

b) Los lineamientos del art. 595 del Código Civil y Comercial de la Nación que impregnan todo el sistema de la Adopción y la norma del art. 596 que regula la acción del conocimiento de realidad biológica.-

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la adopción se apoyó en seis puntos fundantes^{cxx} que representan tanto principios, como derechos y garantías. Así lo expresa con rigor la manda del art. 595 que ha contemplado al interés superior del niño, el derecho a la identidad, a la permanencia en la familia de origen, a la preservación de los vínculos fraternos, al conocimiento de su origen, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.-

De este modo, si bien la norma regula a estos principios en 6 incisos, esto no significa que tengan un orden de prelación, sino que al momento de decidirse en la materia deben resguardarse todos y cada uno de estos para así cumplimentar con el fin de la institución.-

En cuanto al inciso “a” del art. 595 ya nos hemos encargado en el comienzo del éste Capítulo al referirnos al interés superior del niño^{cxixi} en función de lo cual allí nos remitimos y a su nota que hace especial referencia al significado que la Observación General N°14 del Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido.-

En cuanto al inciso “b” al referirse al respecto por el derecho a la identidad podemos decir como ya sabemos esta reviste dos facetas; estática y dinámica. La primera de ellas referida a los orígenes y al derecho a su conocimiento, la segunda de ellas en la adopción a aquella que se desarrolla en ese vínculo jurídico por el que se genera un cúmulo de lazos afectivos y legales que hacen a la identidad cultural del adoptado con el adoptante y la familia de éste. Sin perjuicio de ello debemos indicar que la novedad que trae el Código Civil y Comercial es la posibilidad de que el juez a la hora de fallar decida en base a la garantización del interés superior del niño preservar incluso facetas de la identidad estática como claramente lo podemos advertir en la manda del art. 621 al dejar a salvo la facultad del Juez el preservar en la adopción plena vínculos con la familia de origen.-

Un precedente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul Sala II, ha sabido delinear prudentemente a este principio emparentado también con el derecho a conocer los orígenes y así dispuso: "...La adopción plena otorgada respecto de una menor de edad debe ser mantenida, pero dejando subsistente el vínculo filial biológico, mediante la remoción de la barrera legal irrazonable que impone el art. 323, segunda parte, del Código Civil, pues en el caso permitirá consolidar jurídicamente su realidad existencial con la de sus padres adoptivos, sumando el vínculo de origen de la madre discapacitada mental, quien quiere y puede mantener contacto con su hijo.-"^{cxxii}

En cuanto al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o familia ampliada dispuesto en el inc. "c" del artículo en tratamiento, tiene íntima relación con la preservación al derecho a la identidad de origen, y como surge expresamente del art. 607 del Código el estado de adoptabilidad no puede ser dictado si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido coincide con su interés superior.

A su vez los incisos a, b y c del art. 607 regulan detalladamente los requisitos que de forma exhaustiva deben verificarse antes de declarar la situación de adoptabilidad, fijando pautas estrictas y de este modo disponen que "...la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas..."-

Volviendo al art. 595 cabe indicar que el inc. “d” legisla la preservación de los vínculos fraternos y de esta forma prioriza la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva y en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre hermanos a excepción de razones debidamente fundadas^{cxiii}. Este principio de unión de los hermanos deviene altamente satisfactorio para estos niños, niñas y adolescentes que han llegado a la necesidad de ser adoptados ya que se ha contemplado con ello la situación del desarraigo vivido por éstos y el evitar nuevamente otro. Claro que la norma contempla la posibilidad de que la adopción del todo un grupo de hermanos por la misma familia no pueda darse y para ese caso recepta el mantenimiento de los vínculos fraternos entre estos, salvo razones excepcionales debidamente fundadas. A diario vemos los operadores jurídicos el esfuerzo de los Magistrados, Asesores de Menores e Incapaces, y otros intervinientes en este tipo de procesos por plasmar la primer posibilidad en una concreta realidad al proliferar anuncios con convocatorias a estos fines por redes sociales y otros medios de comunicación, e incluso con carteles en los propios Juzgados. El sistema judicial en su mayoría no ha hecho oídos sordos a esta premisa, que de hecho ya se venía practicando aún antes de la reforma, e inclusive el principio de unión de los hermanos se hizo eco por creación jurisprudencial, de esta manera algunos ejemplos nos servirán de guía:

El Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata con fecha 28 de marzo de 2008, resolvió que tres niños, mantuvieran sus vínculos jurídicos. El fallo se pronunció en un caso en que dos de estos tres niños se encontraban con un matrimonio que solicitó la adopción plena y el otro con otra familia a la cual se le había otorgado la adopción simple. De esta manera el Juez dispuso:“..entiendo que la dificultad planteada puede sortearse si se otorga la adopción plena pero se limitan en el supuesto en cuestión los efectos de este tipo adoptivo, para lograr respetar debidamente el mejor interés de J. C. y N. El análisis planteado y las normas supraleales a atender en el caso, me permiten señalar que aunque el art. 323 C. Civ. no es en sí mismo inconstitucional, en su aplicación a este caso -a mi entender- viola normas constitucionales de directa aplicación”. Con estos argumentos, el Tribunal declara la adopción plena de estos dos niños pero manteniendo el vínculo jurídico con sus otros dos hermanos dados en adopción simple a otra familia...”^{cxiv}

Continuando con lo preceptuado, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en un fallo del 27/5/2010, considero que el interés del niño se ve cumplido con la adopción simple dispuso que "...así se protege también por la vía de la adopción simple en cuanto esa opción permite al adoptado que mantenga los vínculos con su familia biológica en tutela del derecho a la identidad del menor; en el caso se dispone otorgar la adopción simple a los fines de proteger y mantener el fuerte lazo que la menor adoptada desarrollara a través de los años con su hermano biológico" ...mediante el régimen de la adopción simple se tiende a la protección del principio de identidad de la menor adoptada, aunado al mantenimiento del vínculo con su hermano biológico y con otros eventuales parientes cuando, por otra parte, no se han expresado en el dictamen de la Sra. Defensora Pública de Incapaces argumentos de suficiente entidad para concluir en que la opción por dicho sistema viole el interés de la menor para hacer procedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 323 del C. Civ.-"^{cxv}

Como podemos advertir la norma ha venido a recoger el guante y a resolver situaciones ya existentes que los jueces con ingenio y direccionados a garantizar el interés superior del niño, han sabido ir sorteando los obstáculos existentes en la legislación anterior.-

El inciso "e" destaca al principio que importa el derecho a conocer los orígenes, pauta ésta íntimamente relacionada con el inciso "b", el cual hemos desarrollado renglones arriba y al que nos remitimos en parte, más este principio ha encontrado espacio para recibir un tratamiento específico que ilustra la manda del art. 596 al reglar varias cuestiones:

-Por un lado la obligación de los adoptantes de hacer conocer los orígenes al adoptado a lo cual deben comprometerse en el expediente judicial.-

-Por otro establece el procedimiento por el cual una persona puede acceder al expediente judicial y administrativo, destacando que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder cuando lo requiera al expediente judicial y administrativo.-

-Asimismo contempla la acción autónoma del adolescente para conocer sus orígenes, destacando que en este caso debe contar con asistencia letrada.-"^{cxvi}

En este sentido se ha sostenido que el derecho a conocer los orígenes en tanto derecho humano que se ha independizado el derecho a la identidad ha adquirido un espacio autónomo, con problemáticas, normativas y resoluciones propias. Es así que con el tiempo ha alcanzado un terreno bastamente explorado que incluso en la normativa anterior ha sido reconocido.-

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en fallo el 26 de marzo de 2013 hizo lugar al planteo de un hombre que sostenía ser el padre biológico de un niño con quien pretendía vincularse. De esta forma tras recibir el actor el rechazo de la instancias anteriores por aplicación de la normativa del art. 327 del Código Civil que vedaba cualquier acción de reclamación de estado la Suprema Corte calificó la petición en el sentido de que “A la luz de las directivas que emanan de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 y su inmediata operatividad, la cuestión del derecho a la identidad del niño en relación con la adopción plena sólo puede resolverse a favor de permitir al mismo acceder a su verdad personal. No resulta razonable que le conocimiento sobre el origen (la realidad biológica) , sea privativo de la adopción simple (art. 336, Cód. Civ) y que la plena tenga por definición, obstaculizada una indagación de esa naturaleza...A la luz del derecho a la identidad y para que las previsiones dispuestas en los artículos 321, inciso h, y 328 del Código Civil sobre el acceso a la “verdad biológica” no sean letra muerta, corresponde reconducir este proceso en los términos del artículo 322 del Código procesal local...es decir como una mera acción declarativa y no constitutiva de un nuevo vínculo jurídico, dejando incolumne la adopción plena.-” ^{cxxvii}

Nuevamente cabe señalar que la norma en vigencia ha tomado como bastión argumental las posturas que han ido ganando terreno a través de la Jurisprudencia como traducción de las necesidades de la sociedad, lo cual implica un gran mérito del legislador que supo adecuarla a los planteos actuales.-

c) Tres clases de adopción: Clasificación sí, ¡exclusión no!.-

Seria errado no mencionar por qué parte del título de ésta Capítulo hace alusión a “una solución para cada familia”, y por eso aprovecharemos este acápite para dar nuestras razones. Como ya venimos diciendo el Código Civil y Comercial de la Nación da

respuestas que han sido sembradas por la fructífera actividad de los tribunales y que necesitaban tener acogida normativa para acomodarse a las nuevas realidades familiares.

Hoy de la normativa surge que se han legislado la Adopción plena, simple y expresamente la de integración, que si bien en este último caso no tenía contemplación “titulada” en la normativa antecesora, lo cierto es que era conocida como la adopción del hijo del cónyuge.

Ahora bien, no ha escapado al legislador la necesidad de flexibilizar ciertos principios para lograr arribar a soluciones más justas que se reflejen en cada caso que se presente en tratamiento y así lograr una adecuada solución. Es por ello que, si bien los artículos que se dedican a regular los tres tipos adoptivos han delineado sus características propias, se previó una norma que nosotros llamaremos “de enlace común” que permite al juzgador preservar vínculos con la familia de origen en la adopción plena, como también crear vínculos jurídicos con integrantes de la familia adoptiva en la adopción simple, siempre y cuando ello resultare más conveniente para el niño, niña o adolescente, contemplada por el art. 621.-

De esta manera, la flexibilidad de las facultades judiciales que la Ley reconoce permite entonces que el adoptado vea contemplado su interés sin limitaciones de índole rigorista, como ocurría con las leyes predecesoras en que se establecían compartimientos estancos que obstaculizaban el ejercicio de derechos o intereses del adoptado.-

Creemos que, más allá, de las diversas modificaciones que vino a presentar la nueva regulación del sistema de adopción en la Argentina, ésta en particular resulta de excelencia ¿y por qué no decirlo? A nuestro entender constituye el resumen de todos los principios sobre los que se ha construido el sistema.-

El art. 620 del Código Civil y Comercial de la Nación ilustra como antesala de regulación los tres tipos de adopción, que a continuación iremos analizando, destacando ciertos aspectos que resultan innovadores en los tres tipos regulados a modo de síntesis.-

1) La Adopción Plena.

En esta materia lo cierto es que la regulación ha variado respecto de sus precedentes sustancialmente. El art. 624 otorga al adoptado la posibilidad de accionar por filiación como así también permite el reconocimiento de los padres biológicos, claro que al solo

efecto de posibilitar el derecho alimentario y sucesorio sin alterar los efectos de la adopción plena. Esta innovación ciertamente ha significado un giro de 180 grados respecto de la legislación anterior que en el art. 327 del Código Civil lo tenía expresamente prohibido.-

A su vez se ha previsto en el inc. c del art. 626 la posibilidad del mantenimiento del apellido de origen del adoptado agregándolo o anteponiéndolo al del adoptante.-

Se mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena (art. 624).-

2) La Adopción Simple.-

En materia de adopción simple la normativa incorpora expresamente los derechos de comunicación entre el adoptado y su familia de origen en el inc. b del art. 627, siempre que no resulte contrario al interés superior del adoptado. A su vez dispone la conservación del derecho del adoptado a solicitar alimentos a su familia originaria en caso de imposibilidad de los adoptantes en el inc. c del mismo articulado. En materia de apellido repite la concepción que se sostiene en la adopción plena en cuanto a la posibilidad de mantener el apellido de origen. Asimismo en materia sucesoria se destaca que rige la normativa del Libro quinto del cuerpo legal.-

Como se permite en la adopción plena, también se otorga al adoptado el derecho de accionar por filiación y también la posibilidad del reconocimiento del adoptado, sin alterar los efectos de la adopción.-

La norma del art. 622 del Código contempla la conversión de la adopción simple en plena surtiendo los efectos de ésta última desde que adquiera firmeza la sentencia.

Se contemplan las causales de revocación de la adopción simple en la manda del art. 629 por las causales de indignidad por parte del adoptado o adoptante, por petición justificada del adoptado mayor de edad, por acuerdo entre el adoptado mayor de edad y adoptante ante autoridad judicial. En este punto el último párrafo del artículo de mención incorpora el caso de conservación del apellido del adoptante por parte del adoptado con fundamento en el derecho a la identidad y por ende la autorización judicial para su conservación.-

3) Adopción de integración.-

Sin dudas esta incorporación ha sido una de las más valiosas ya que no sólo contempla la adopción del hijo del cónyuge sino que además prevé la adopción del hijo del conviviente conforme la manda del art. 630. De este modo el vínculo jurídico nacido de este tipo de adopción preserva el vínculo filiatorio con el progenitor de origen sea cónyuge o conviviente del adoptante.

A su vez el art. 631 incorpora los efectos entre el adoptado y adoptante de modo que innova en este punto al resolver que en el caso de la existencia de un solo vínculo filial de origen el adoptado ingresa a la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena, aplicándose las reglas de la responsabilidad parental entre adoptado, progenitor de origen y adoptante. Así en el caso de existencia de doble vínculo filial de origen el inc. b dispone la aplicación de la norma del art. 621, en cuyo caso será el Juez quien deberá tener en cuenta las circunstancias del caso y el interés superior del niño para definir qué tipo de adopción será procedente.-

La normativa instaure reglas específicas para este tipo de adopción en la manda del art. 632, estableciendo el deber de escuchar a los progenitores excepto causas debidamente fundadas, no se requiere inscripción en el registro de adoptantes, no se aplican las prohibiciones en cuanto a la guarda de hecho, no es exigible la declaración de estado de abandono ni guarda con fines de adopción, y de forma contundente establece que “no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen”. -

En el último supuesto se marca una vasta diferencia con los otros tipos ya que realmente la adopción de integración tiene como fundamento la existencia de socioafectividad entre el adoptado y el adoptante ligado por el vínculo que une al progenitor de origen con el adoptante -ya sea al matrimonio o a la pareja conviviente-. Estas realidades han comenzado a suscitarse antes de la intervención judicial, y por ello, por sus particulares circunstancias se hacía necesaria su regulación autónoma con reglas y principios propios. Coincidiendo con Gustavo Moreno quien sostenía “No desconozco que las normas son abstracciones jurídicas que reconocen o imponen conductas, pero en materia familiar corresponde que necesariamente las mismas concuerden con la realidad y los fenómenos psicosociales que se intentan regular. La adopción integrativa debe tener

un reconocimiento legal-como instituto jurídico propio dentro del régimen de adopción- mucho más amplio que el que surge de la actual normativa".^{cxviii}-

En cuanto a la revocación el Código contempla la posibilidad en el art. 633 y así resuelve que tendrá lugar conforme las reglas de adopción simple independientemente a si fue otorgada con los efectos de la adopción plena o simple. Una vez más podemos advertir la singularidad de este tipo adoptivo.-

d) Adopción unipersonal y conjunta.-

Nos parece importante destacar la innovación incorporada en materia de adopción en cuanto a la posibilidad de petitionarlo en forma unipersonal o conjunta. Es que realmente el haberse reflejado en la normativa solución ante estas nuevas realidades han despejado el panorama para así poder concretarse la adopción ante situaciones diversas. Como ya venimos indicando no todas las familias son iguales, estamos en un tiempo en que la integración y la mira sobre la satisfacción de los intereses tanto de niños como de adultos en cuanto contemplación de los intereses familiares ésta desarrollándose de manera favorable a las distintas formas familiares. Siguiendo este concepto entre las disposiciones generales se regula la adopción unipersonal por parte de personas casadas ante las circunstancias de declaración de incapacidad o capacidad restringida del otro que le impida prestar consentimiento y frente al supuesto de separación de hecho (art. 603).-

En cuanto a la adopción conjunta el art. 604 establece como pauta que las personas unidas en matrimonio o en unión convivencial que hubieran ejercido estado de madre o padre de un menor de edad pueden adoptarla en forma conjunta aún después del divorcio o cesada la unión. Es conocido el antecedente Jurisprudencial por el cual se otorgó la adopción de una niña a dos personas divorciadas quienes había ejercido la guarda durante el matrimonio^{cxix}. Nuevamente vemos cómo la ley recoge el riquísimo aporte de la actividad jurisprudencial para dar respuesta a realidades que superaban al régimen normativo.-

Seguidamente el art. 605 ofrece solución a aquellos casos en que durante el proceso de guarda con fines de adopción se produzca el fallecimiento de alguno de los guardadores integrantes del matrimonio o unión convivencial, completándose el periodo luego del lamentable acontecimiento. De este modo la normativa permite que el Juez otorgue la

adopción al sobreviviente pudiendo generar vínculo jurídico entre el adoptado y el fallecido conforme el interés del niño, niña o adolescente en cuestión, e incluso en cuanto al apellido si bien prima la regla general de que el adoptado llevará el apellido del adoptante, si por razones vinculadas con el derecho a la identidad se peticione anteponer o agregar el apellido de origen e incluso el apellido del guardador fallecido.-

Creemos que con estos preceptos la legislación ha venido a resaltar con indudable determinación aún más el reconocimiento de los lazos afectivos del adoptado con la familia adoptiva respetando a su vez su historia de vida, y sobre todo con ello también traza un sendero donde la norma no solo se centra en el interés del hijo sino que buscando su concreción se eleva a su máxima expresión el hallar el interés familiar.-

e) Procedimientos en la adopción: los tres estadios regulados.-

Fundado en los principios rectores fijados por la manda del art. 595 y cctes del Código Civil y Comercial de la Nación, se han legislado tres procedimientos. En esta tarea se han regulado el proceso relativo a la declaración de situación de adoptabilidad, el proceso de guarda con fines de adopción y finalmente el proceso de adopción. En este contexto autorizada Doctrina asegura que el Código introduce un rearmado del mapa de la adopción, tomando de la legislación anterior las decisiones legislativas más pertinentes, introduciendo los cambios necesarios para coordinar el régimen adoptivo con el Sistema de Protección integral de derechos.-^{cxix}

Para un mejor orden trataremos las características más importantes de los tres procesos a continuación.-

1) Declaración Judicial de situación de adoptabilidad.-

Primeramente señalaremos que si bien en el último artículo del Capítulo que da tratamiento al tema se regula la equivalencia de la declaración de estado de adoptabilidad con la sentencia de privación de la responsabilidad parental (art. 610), lo cierto es que éste resulta un concepto que vino a aclarar la cuestión de lo que los antecedentes legislativos carecía.

Adentrándonos en los supuestos que pueden dar lugar al dictado del estado de adoptabilidad la nueva legislación contemplo tres supuestos en el art. 607 indicando que ello tendrá lugar ante el caso de ausencia de filiación del niño, niña o adolescente y el

agotamiento de la búsqueda por el organismo administrativo de familiares fijando como plazo el de 30 días prorrogables por un plazo idéntico por razones fundadas. La normativa pretende con ello evitar la eternización de la situación de incertidumbre para así darle respuesta lo más rápido posible al sujeto de protección, más sin perder de vista el agotamiento de los medios para mantenerlo en su familia de origen siempre que ello coincida con su interés superior. El segundo supuesto se ubica en la decisión de los progenitores libre e informada, previendo la imposibilidad que esto ocurra antes de cumplido los 45 días de producido el nacimiento del niño, hallando en esta respuesta legal el resguardo que debe contemplarse ante la posible existencia de depresión post – parto o puerperio. Seguidamente se regula el caso en que todas las medidas entabladas por el órgano administrativo han fracasado y no existe posibilidad de que el niño sea mantenido en su familia originaria o ampliada fijando en forma tajante un plazo Máximo de 180 días para arribar a una solución ostensible, debiendo el órgano dictaminar y poner en conocimiento del Juez competente la situación dentro del plazo de 24 horas –

La propia normativa establece la imposibilidad de declarar el estado de adoptabilidad frente al caso en que existan familiares o referentes afectivos que puedan asumir su guarda o tutela, figuras estas reguladas por los arts. 657 cctes y ssgtes y 104 cctes y ssgtes del Cuerpo legal.-

Finalmente la declaración de estado de adoptabilidad del niño, niña y adolescente debe ser resulta por el Juez competente en un plazo máximo de 90 días.-

La manda del art. 608 destaca que los sujetos del procedimiento con carácter de parte: el niño, niña o adolescente^{cxxxii} quien si tiene edad y madurez suficiente debe comparecer con patrocinio letrado. En este caso en la Provincia de Buenos Aires se ha previsto por la Ley de Procedimiento de Adopción N° 14.528 en el art. 6° que los niños, niñas y adolescentes que tengan madurez y edad suficiente para participar en el proceso, serán asistidos por un profesional letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. La asistencia letrada será garantizada a través de la Defensoría Oficial en caso de que no exista una Ley especial que regule una representación específica. A su vez no debemos dejar de tener presente la posibilidad de que el patrocinio sea ejercido por el abogado del niño, figura contemplada por el art. 26 del Código Civil y Comercial de

la Nación y que en la Provincia de Buenos Aires está regulada por la Ley 14.568 y sus réplicas en las restantes provincias.- Continúa indicando que también son partes los padres u otros representantes legales, el órgano administrativo que participo en la etapa extrajudicial y el Ministerio Público.-

Destaca la norma como facultad del Juez la posibilidad de escuchar a los parientes y otros referentes afectivos, ello entendemos que es garantía de la parte final de la manda del art. 607.-

A continuación la manda del art. 609 dispone como reglas propias del procedimiento la competencia en cabeza del Juez que intervino en las medidas previas excepcionales, la escucha del Juez de los padres, del niño, niña o adolescente en forma personal^{xxxii}, y finalmente ante el caso de sentencia declarativa en estado de adoptabilidad el Juez deberá requerir los legajos seleccionados por el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción y el organismo administrativo, lo cual deberá tener lugar en un plazo máximo de 10 días, ello a los fines de proceder en forma inmediata al inicio del proceso de guarda con fines de adopción.-

Como puede apreciarse a lo largo de los artículos de mención el factor tiempo resulta primordial para así dilucidar la situación del niño con la mayor premura posible y de este modo otorgar una respuesta jurisdiccional acorde a su interés y así ver satisfecho su derecho a vivir en familia en un plazo que resulte razonable.^{xxxiii}-

La garantía del plazo razonable fue descrita por la Corte IDH al señalar que “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma una violación a las garantías judiciales”.-^{xxxiv}

2) Proceso de Guarda con fines de adopción.-

En estrofas anteriores hemos desarrollado algunos aspectos de la guarda con fines de adopción, como ser la manda del art. 611 que prohíbe la entrega directa por los progenitores del niño o parientes, más recepta una excepción frente al supuesto de existencia de vínculo de parentesco entre los progenitores y los pretendidos adoptantes.-

Ahora bien, en materia de competencia el art. 612 la fija en cabeza del Juez que dictó la sentencia que declaró el estado de adoptabilidad.-

En la manda del art. 613 se recepta y fijan pautas específicas respecto de la elección de los guardados con participación del Registro de Adopción y el órgano administrativo que participo en la adopción de medidas excepcionales de protección. De esta forma reitera lo conceptuado por el inc. c del art. 609.-

Como guía el Juez deberá tener en cuenta a la hora de la selección de los futuros guardadores sus condiciones personales, edad y aptitudes, idoneidad para cumplir con el cuidado del niño, educación, motivaciones y expectativas frente a la adopción, el respeto asumido en cuanto al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.-

En cuanto a estos aspectos es necesario resaltar que la normativa busca con ello evitar la frustración de la guarda a otorgarse y que con ello el niño, niña o adolescente sufra un nuevo desarraigo, y por tal el cuidado deber y atención que deberá prestigiar el Juzgado a la hora de efectuar su elección.-

Como reina en todo el sistema la opinión del niño deberá ser oída y tenida en cuenta según su edad y madurez suficiente.-

Finalmente el factor tiempo nuevamente protagoniza la cuestión fijando la norma que el plazo de la guarda con fines de adopción no puede exceder de seis meses (art. 614)^{xxxxv}.-

3) El Proceso de Adopción.-

La etapa culmine que marca la exhaustiva labor de los operadores jurídicos viene a ser protagonizado por la adopción. Como primera pauta la norma del art. 615 establece la competencia al Juez que otorgó la guarda con fines de adopción o a elección de los guardadores el lugar en que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en cuenta en la decisión. Aquí podemos ver cómo se refleja el principio que invade a las normas de competencia que el Código Civil y Comercial ha fijado en los procesos de familia en que interviniente niños, niñas y adolescentes en la manda del art. 716, dándole especial atención a la inmediatez, y por tal como eje al centro de vida.-

De éste modo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 27 de octubre de 2015 resolvió que :”....en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes-entre los que se encuentran los procesos de guarda y adopción-es competente el Juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida-pues así lo establece el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación, que debe ser

aplicado en virtud de la entrada en vigencia de la norma y en orden al principio de aplicación inmediata de la leyes modificatorias de competencia”.-^{cxxxvi}

En otro antecedente en que el Máximo Tribunal Nacional resolvió un conflicto de competencia en el marco de un proceso sobre Derecho de comunicación por el cual dirimió un conflicto de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia de Familia y Minoridad de Mercedes Provincia de Corrientes y el Juzgado Nacional en lo Civil de Primera Instancia N°85 que había dispuesto el reintegro de una niña a la Ciudad de Buenos Aires en que residía su padre De esta forma el 11 de abril de 2017 resolvió: “Que en lo que aquí interesa, el Código Civil y Comercial de la Nación asigna el conocimiento de los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes al juez del foro en el cual se sitúa su centro de vida (art. 716). Asimismo, la ley 26.061 define dicho concepto como el lugar donde ellos hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia...no puede soslayarse que en el estado actual de la causa, no es posible determinar si el centro de vida de la menor se sitúa o no en el lugar donde reside actualmente con su madre...este Tribunal tiene dicho que si los magistrados en disputa están en situación legal análoga para asumir el juzgamiento de la causa, la elección debe hacerse valorando cuál de ellos cuenta con mejores elementos para alcanzar la tutela judicial integral y efectiva de los derechos del niño (Fallos: 327:3987)...Que en virtud de ello, frente a las numerosas acciones judiciales iniciadas entre las partes ante la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que involucran los intereses de la menor, en tanto importa la continuidad de la competencia del tribunal nacional a fin de abarcar la totalidad de los aspectos vinculados con el conflicto y permitir la unidad de criterio que evitará el dictado de pronunciamientos contradictorios, es el que en el caso mejor garantiza la citada tutela judicial...a todo evento el hecho de que el juez nacional hubiera adoptado una medida cautelar para que se restituya a la niña a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...debe ser considerado a los efectos de determinar cuál es el tribunal competente. Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal subrogante y el señor Defensor General adjunto de la Nación, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 85...”^{cxxxvii}

De este modo podemos advertir cómo si bien el principio de competencia asentado en el centro de vida del niño se relativiza teniendo presente su primordial interés y para ello ya la cúspide del sistema judicial ha fijado pautas interpretativas que incluye entre otros factores el tener presente qué magistrado se encuentra en mejores condiciones para garantizarlo.-

El art. 616 en concordancia con lo dispuesto por el art.614 establece que cumplida la Guarda con fines de adopción el Juez de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa se dará inicio al proceso de adopción.-

En cuanto a las reglas procedimentales el art. 617 establece que son partes del proceso los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado y así también de tener edad y madurez suficiente la comparencia con asistencia letrada, así también vuelve sobre la obligación de escucha del niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta su opinión conforme su edad y madurez, asimismo debe intervenir el Ministerio Público y el órgano administrativo. El pretenso adoptante mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso, las audiencias son privadas y el expediente reservado. Por último en cuanto al tiempo de efectividad de la sentencia, la misma tiene efecto retroactivo desde el otorgamiento de la Guarda con fines de adopción, a excepción de la adopción integrativa cuyo efecto se retrotrae al momento de promoción de la acción.-

4) ¿A qué adopción se aplican los tres procedimientos?

Como señalamos con antelación no en toda adopción se aplican los tres estadios de procedimientos desarrollados precedentemente. En el caso de la adopción de integración la misma cuenta con reglas propias que ya han sido explicitadas en el punto “c.3”, y así también cabe agregar que en el supuesto de excepción del art. 611 del Código Civil, en que el niño se encuentre con parientes del o de los progenitores por decisión de estos, el órgano administrativo probablemente no intervenga ya que en estos casos particulares la circunstancia no se suscita por la participación y agotamiento de la gestión del mismo materializado en la toma de medidas excepcionales que debemos interpretar como procesos que se encuentran direccionados a brindar protección a la niñez.-

f) El balance y alguna crítica.-

Sabemos que en el afán de evitar la comisión de ilícitos y explotación de aquellas

personas más vulnerables (hablamos de los casos en que se produce un intercambio dinerario por un niño o bien en que se abusa de las necesidades extremas de personas que entregan a sus hijos a quienes cuentan con recursos vinculados con el peculio, e incluso los casos denominados “robos o tráfico de bebés”, el caso “Forneron e Hija vs Argentina (Fondo, Reparaciones y costas)” es un ícono en la materia, se ha hecho necesario que el estado dictara normativa abocada al contralor de la entrega en Guarda de los posibles adoptados.

Ya hemos mencionado en el Capítulo VI a la Ley 25.854 del año 2003 que regula el Registro Unico de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción en el ámbito Nacional y que luego replica el art. 600 del Código Civil y Comercial en el Inc. b, al disponer como requisito para los adoptantes la inscripción en el Registro correspondiente, a más de prohibir –al igual que su antecesora Ley 24.779-la entrega directa del niño, niña o adolescente mediante escritura pública o acto administrativo, como también la entrega en guarda directa por los progenitores o cualquier familiar, conforme la manda del art. 611 del Cuerpo Legal. -

Ahora bien, es cierto que resultaba necesario regular esta materia, y ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a cuento del caso “Forneron e Hija vs Argentina”, había interpelado a la Argentina a tomar medidas para prevenir el tráfico de niñas y niños, lo cual el Estado Argentino adujo haber cumplimentado con la sanción de la Ley 25.854 y la normativa contemplada en la Ley 26.061, pero la cosa no concluyó allí, sino que se reforzó el paradigma con la tajante prohibición prevista por el ya mencionado art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

Sin perjuicio de lo destacado nos sentimos movilizados a observar el dispositivo normativo ya que no contempla situaciones, que, dadas en los hechos sin propósitos ilícitos, se encuentran despojadas de regulación. Esto nos invita a reflexionar hasta donde sostener a raja tabla la sacralidad de la letra que surge de la propia Ley. ¿Qué hacemos con las guardas de hecho ya existentes? ¿cómo despojar al niño de esa familia construida desde la afectividad que forma parte integral de su identidad cultural sin que con ello se produzca un nuevo desarraigo?. Estos interrogantes entendemos se han instalado desde el día uno a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, más

teniendo presente los principios rectores que auguran el sistema legal y que nos conduce directamente a la Constitución y a la convencionalidad, los jueces han de establecer una labor crucial para asegurar al niño, niña o adolescente la solución que mejor se adapte a su vida y de este modo se hará justicia.-^{cxxxviii}

Creemos realmente que no se trata de un tema menor, ya se han dado casos en la jurisprudencia que le otorgaron solución a esta clase de realidades (ver la nota al final del párrafo anterior). ¿Pero hasta cuando conociendo la cotidianidad de nuestra sociedad dependeremos del criterio del juzgador?, cuando muchas veces puede variar no otorgándose ante situaciones análogas las mismas soluciones. Entendemos que este es un tema que no podemos dejar pasar por alto. Más aún, existe hoy día un proyecto de modificación del Código Civil y Comercial que no contempla modificaciones al respecto.-^{cxxxix}

Es necesario revisar la disposición del art. 611 del CCCN, y en esa tesitura realizar una diferenciación entre aquellos casos derivados de ilicitud, y aquellos en que los progenitores han decidido por el bienestar de sus hijos entregar a una familia de confianza su cuidado, respetando así el derecho a la identidad dinámica de ese niño, niña o adolescente, y también el marco de criterio que debe reconocerse a los progenitores dentro de un ámbito lícito, para así decidir en qué mejores condiciones estarán sus hijos, sea por el conocimiento de la familia, sea por el afecto existente entre estos e incluso por la garantía que ello puede inspirarles para resguardar el derecho a conocer el origen de ese niño que ha quedado a resguardo de esa persona, o familia que ha decidido acogerlo para su protección, y que en muchas ocasiones suele tratarse de personas que ignoran los pormenores del sistema legal.-

A veces el sistema como ésta creado alimenta incluso el temor de llevar la cuestión a los ámbitos judiciales por miedo a que el niño sea separado de ese seno familiar, por lo cual a la inversa de los que la norma pretende termina aconteciendo una situación de desprotección que inclusive los deja fuera del sistema sanitario, asistencial, escolar, por la exigencia de acreditación de algún tipo de representación, que no se soluciona con la manda de los arts. 657 cctes y ssgtes del Código Civil y Comercial, ya que allí se ofrece una solución meramente provisional, prevista únicamente para parientes. Pero de no ser

parientes-figura que el art. 611 contempla como excepción a su regla prohibitiva-y se da el presupuesto de referente afectivo ¿Cómo garantizar la protección? ¿Cómo mermar el temor del adulto que tiene a ese niño a su cuidado para así convencerlo que acuda a los tribunales a plantear la situación?.-

Para que quede claro: los supuestos de guardas de hecho no siempre nacen de la mala fe, no siempre nacen de ilícitos, la gran mayoría de las veces se dan en situaciones de necesidades en que están involucradas personas carentes de recursos económicos, educacionales, y con total ausencia de conocimientos jurídicos, y lógico llenos de prejuicios por su condición de pobreza. Podemos afirmarlo por nuestra incansable labor en una Defensoría de Pobres y Ausentes del conurbano bonaerense desde hace años (no buscamos con ello ser auto referentes atento el ejercicio de la Secretaría en una Unidad de Defensa Civil desde hace 9 años y un total de 20 años de labor en la dependencia, sino de evidenciar una realidad diaria).

La realidad nos exige, nos suplica solucionar el tema. Recordemos que la vida de las personas excede las cuatro esquinas de un expediente judicial y los escasos renglones de un texto normativo. Necesitamos reformar para incluir en condiciones de igualdad a todos los niños, niñas y adolescentes, y pensar en la sumatoria de intersecciones de vulnerabilidades^{cxli} partiendo de su situación de pobreza, carencias de todo tipo que realmente los deja solos tanto a estos como a los adultos que le han dado una familia que los contiene y les brinda el afecto que de otro modo no tendrían. Eso también sería cumplir con el objeto del instituto de la adopción.^{cxli}-

XI) NECESIDAD DE REFORMA; GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: HACIA EL RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO DE UNA REALIDAD INMINENTE.-

“...Apuráte José que ya está viniendo...Apurá te digo que llega el río

Y no sé por qué el silencio aturde asustándome...¿Te acordás la otra vez, los que no pudieron alcanzar el camino?...Apurá te digo! Fijáte bien...(Estrofa de la canción “Apuráte José”. Teresa Parodi y Ramona Galarza).-



Resultará extraño, probablemente que evoque la estrofa que nos precede, pero realmente es el sentimiento que tenemos frente a la ausencia de regulación de la gestación por sustitución, aún luego de la existencia de más de una treintena de fallos jurisprudenciales que hicieron lugar a peticiones diversas en dicha materia.^{cxlii}

Nos toca decir que la Argentina lamentablemente dejó pasar una oportunidad de oro para así regular la cuestión, y de esta manera conforme el principio del art. 19 de la Constitución Nacional ha dejado al arbitrio de la ausencia de prohibición -y por ende abierta infinitas posibilidades en cuanto a estas prácticas. ¿No hubiese sido mejor regular la práctica para evitar incluso las consecuencias no queridas por aquellos que se opusieron a su contemplación?.^{cxliii}

a) El Código Civil y Comercial proyectado que no pudo ser.-

El Código Civil y Comercial proyectado previó la figura en tratamiento y de esta forma la reguló buscando evitar precisamente la anarquía que la ausencia de normativa pudiere generar.

Así las cosas ideó un sistema de contralor judicial, y de este modo el art. 562 proyectado disponía requisitos tales como la autorización Judicial para realizar la práctica exigiendo el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, debiendo ajustarse a lo previsto por el código y la ley especial que se proyectaba sancionar. La filiación en los casos de gestación por sustitución quedaría entonces establecida entre el niño nacido y el o los comitentes – titulares de la voluntad procreacional- mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento homologado judicialmente. A su vez para la procedencia de la homologación se establecía - además de los requisitos que previera la ley especial-, que se acreditara la mira el interés superior del niño que pudiera nacer; que la gestante tuviera plena capacidad, buena salud física y psíquica; que al menos uno de sus comitentes hubiera aportado sus gametos; que los comitentes poseyeran imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; que la gestante no aportara sus gametos y que no recibiera retribución; que la gestante no se hubiera sometido al proceso de gestación por sustitución más de dos veces; y que la gestante hubiese dado a luz, al menos, un hijo propio. Así también preveía la prohibición a los centros de salud de

proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial, y frente el supuesto de realizarse la práctica, careciendo de dicha autorización, la filiación quedaría determinada por las reglas de la filiación por naturaleza.-

Como puede advertirse las directrices que guiaban la normativa proyectada buscaban evitar la explotación de personas en situación de vulnerabilidad, efectivizar el contralor jurisdiccional a los centros de salud encargados de realizar las prácticas, e intentaba asegurarse que no ocurriera -por algún tipo de maniobra- que un niño pudiere ser adquirido de manera ilícita convirtiendo la cuestión en otro caso “Forneron e Hija VS Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”.-

Si bien, quizá la norma pudo ser perfectible con el pasar del tiempo, tanto por el avance de las prácticas como por el resultado de las experiencias cotidianas, esto nos hubiera garantido una reglamentación que marcara un límite, y así escapar de la esfera del vacío legal que la ausencia de prohibición- tantas veces acudida para justificar que lo que no está prohibido está permitido - con fundamento en el art. 19 de la Carta Magna fuera la bisagra para avasallar cualquier límite ligado con la ética. Y es pues que si bien, el art. 562 del Código Civil y Comercial vigente enaltece la manda de “mater semper certa est”, lo real es que dicha sacramentalidad hace tiempo ha caído en desuso.-

La tecnología nos supera día a día, por ello Aida Kemelmajer de Carlucci ha sostenido con excelente lucidez que “vivimos en un mundo de cambios permanentes: este código no pretende vivir casi un siglo y medio, como el de Vélez Sarsfield, sino como he dicho en otras oportunidades, ser un mero puente entre el derecho que fue y el que indudablemente exigirán las generaciones futuras”.^{cxliv}

Así con esa impronta es propio decir que el Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a fijar pautas genéricas, y para ciertas cuestiones el propio texto fijó la necesidad de reenviar a leyes especiales cuya sanción se ha previsto, y ello a los fines de evitar su constante modificación con cada avance científico. No es caso menor -a modo de ejemplo- la situación de los embriones no implantados, que conforme la normativa del art. 9 de la ley 26.994 en su segundo párrafo establece el dictado de una ley especial para regular la protección de los embriones no implantados en relación con la manda del art. 19 del Libro Primero Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación.

b) Como siempre: ante la falta de norma el protagónico activismo judicial.-

Hoy día el activismo judicial ha logrado saltar la valla impuesta por la norma del actual^{cxlv} art. 562 y en esa postura, con guía en el texto proyectado en materia de Gestación por Sustitución, ha otorgado soluciones diversas frente a situaciones fácticas distintas.

Se han presentado casos en que se solicito autorización judicial para realizar la práctica-esto es previo al embarazo-, otras para petitionar la inscripción del nacimiento del niño ya concebido y próximo a nacer, medidas autosatisfactivas y cautelares una vez producido el nacimiento, y lógicamente se ha acudido a la acción de impugnación de la maternidad. No resulta necesario a estas alturas contar que varias han sido las formas en que los Jueces han resuelto las cuestiones-todas ellas en forma positivas- en algunos caso acudiendo la declaración de inconstitucionalidad aplicable al caso en particular de la normativa del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, otros declarando la inaplicabilidad de la norma, y quienes ni siquiera consideraron lo dispuesto por la norma del art. 562 que determina la maternidad por el hecho del nacimiento, sino que por el contrario entendieron que la gestación por sustitución no estaba reñida con la regulación actual teniendo presente los principios rectores de los arts. 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial y el necesario dialogo de fuentes.-

Muchos han sido los pronunciamientos hasta el presente, más por cuestiones de índole práctica desarrollaremos solo algunos a modo de ejemplo:

Planteo luego de producido el parto: En estos casos se han planteado solicitudes tendientes a obtener la inscripción del niño nacido como hijo de los comitentes.-

-De esta manera se pidió impedir la inscripción del nacimiento del niño hasta tanto se comprobase la identidad genética con los comitentes-aportantes de los gametos-, la cual fue invocada en el caso resuelto con fecha 30 de junio de 2015 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°83 AUTOS “N.N.O S/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO”^{cxlvi}.-

-Otro planteo se efectuó en el Primero Juzgado de Familia de Mendoza resuelto el 30 de julio de 2015, por el que los comitentes solicitaron una medida cautelar por la que se ordenara al Registro Civil no inscribir al niño nacido hasta tanto se dilucidará que el niño

era hijo suyo, y así pidieron mediante medida autosatisfactiva la inscripción del niño como hijo del matrimonio.^{cxlvii}

-Otro planteo utilizado ha sido la acción declarativa de certeza, resuelto por el Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza el 15 de diciembre de 2015, autos “C.M.E y J.R.M por inscrip. Nacimiento”.^{cxlviii}

-La Impugnación de maternidad también ha sido invocada, para así reclamar la maternidad de la comitente. Se resolvió de esta manera por el Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 102 por fallo del 18 de mayo de 2015. En este caso el niño fue reconocido por su padre biológico e inscripto como hijo de la gestante a la luz de la legislación imperante al momento del nacimiento del niño que tuviera lugar el 10 de marzo de 2014 .^{cxlix}

Planteos durante el embarazo: A través de este medio se pretende la autorización-o más bien el reconocimiento-de la gestación por sustitución una vez producido el embarazo para asegurar que el niño al nacer será inscripto como hijo de los comitentes evitando así la aplicación automática de la maternidad determinada por el hecho del parto. Este tipo de acción ha tenido lugar ante el Tribunal de Familia de Lomas de Zamora N°3 el cual resolvió en fecha 30 de diciembre de 2015 en autos H.M y otro/a s/ Medidas Precautorias” .- ^{cl}

En este caso particular la juez actuante declara la inconstitucionalidad de la norma prevista por la manda del art. 562 del Código Civil y Comercial y remarca la necesidad de legislar en materia de gestación por sustitución.-

Planteos previos a la práctica de gestación por sustitución: La primer sentencia en este sentido fue dictada por el Tribunal de Familia N°7 de Rosario en fecha 2 de diciembre de 2014 en autos “F.M.L u otros s/ Autorización Judicial”^{cli}.

En el caso de marras los comitentes peticionan autorización judicial para realizar la práctica atento que la mujer integrante de la pareja heterosexual tenía un impedimento de salud para poder llevar adelante el embarazo, y de este modo peticionaron que de producida la concepción y el nacimiento del niño este fuera inscripto como hijo de los mismos. La petición tuvo acogida favorables.-

-En fallo dictado por el Juzgado de Familia N°2 de Mendoza en fecha 15 de febrero de 2018 en autos “M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas ^{clii} se autorizó a la práctica de gestación por sustitución, desplegando en el resolutorio una serie de medidas asegurativas que implicaron el contralor por parte del Juzgado de todo el proceso, peticionando entre otras medidas: “Informar al Juzgado con, al menos, veinte días de anticipación a la realización de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria, los datos del médico supervisor y del equipo médico que realizará los tratamientos para provocar el embarazo, así como el médico obstetra, que será elegido libremente por la persona gestante, e inmediatamente, cualquier cambio que se produzca en cualquier momento al respecto. 2). Presentar al Juzgado, con no menos de veinte días de anticipación a la realización de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria, los correspondientes documentos de los que surja el consentimiento informado de los comitentes y gestante, con la firma autenticada del funcionario médico que lo tomó. 3). Realizar los procedimientos médicos necesarios para proceder a la transferencia embrionaria, no pudiendo transferirse más de un embrión, salvo estricto criterio médico que aconseje transferir dos embriones, debiendo acreditar al Juzgado (en forma previa a la práctica) dicha justificación y el consentimiento informado específico de la persona gestante a la transferencia de más de un embrión. 4). Informar inmediatamente el Juzgado, mediante certificación detallada y documentada las consecuencias de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria con o sin producción de embarazo. 5). Producido el embarazo: a) informar Juzgado inmediatamente de constatado el mismo y el resultado de la derivación al obstetra previamente informado; b) informar periódicamente mediante certificación detallada y documentada por parte del médico obstetra y su equipo profesional de la que surja el estado de la salud del feto y la gestante; y c) los datos del centro sanitario en el que tendrá lugar el parto, y cualquier cambio que se produzca en cualquier momento al respecto. 6). Informar al Juzgado la programación de la fecha y demás circunstancias en que se verificará el parto a fin de, a cargo y bajo responsabilidad de los comitentes, procederse a la comunicación del centro médico en el que se producirá el mismo que el nacimiento será consecuencia de un proceso de gestación por sustitución y coordinación con el equipo médico respectivo de las acciones a

desplegar, indicando, especialmente, que deberán: a) dispensar a la persona gestante la mayor garantía de sus derechos a la dignidad, intimidad e integridad; b) conservar en la Institución el o los certificados médicos de nacimiento para su oportuno secuestro judicial; c) brindar tratamiento de progenitores a los comitentes con todos sus derechos; y d) mantener comunicación directa con el Juzgado a fin de informar cualquier novedad en el curso de su intervención; entre otras obligaciones. 7). Obtenida la información sobre la fecha del parto, deberá coordinarse con las autoridades del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de Mendoza (C.M.F.) la oportunidad y requisitos para la extracción de muestras de material genético, para la instrumentalización de la prueba genética de ADN a efectos de descartar el vínculo genético con la persona gestante y la violación de normas legales. El pago de los costos respectivos se encuentra a cargo de los comitentes y deberá quedar acreditado en oportunidad de informar al Juzgado sobre la fecha del parto. IV. Disponer que el incumplimiento injustificado de alguno de los requisitos impuestos en el ap. que antecede o cualquier otra disposición legal, judicial o ética por parte de alguna de las partes, profesionales o efectores involucrados en autos generará la articulación de las acciones civiles, penales, administrativas, etc que pudieran corresponder, la inaplicabilidad de los efectos jurídicos de la determinación de la filiación mediante TRHA, la aplicación de medidas de protección en relación a los niños que puedan nacer, la apertura de los procesos judiciales para la declaración de situación de adoptabilidad y/o entrega en guarda de los mimos, etc. V. Homologar la propuesta respecto de los efectos del tratamiento de fs. 181 aceptada a fs. 184/185. VI. Cumplidos los requisitos dispuestos en el apartado que antecede, agregado el informe de Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de Mendoza (C.M.F.) del que surja descartado el vínculo genético con la persona gestante, la correspondencia genética con el Sr. T. y falta de la violación de normas legales, disponer la inaplicabilidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación para el caso y la determinación de la filiación del o los niños nacidos como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida. VII. En consecuencia, deberá procederse a la inmediata inscripción del/los nacimientos como hijo/s de M. S. S. y J. L. T. debiendo el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 Cód. Civ. y Com.

de la Nación. A tales efectos, dispóngase la oportuna citación a la Sra. Asesora Letrada del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Dra. J. M., para articular la efectiva registración, y adecuada custodia y archivo de los certificados médicos de nacimiento que se secuestren. VIII. A los fines de corroborar la subsistencia de las condiciones, requisitos y expectativas de los intervinientes, disponer que la presente autorización judicial tiene un plazo de caducidad de dieciocho (18) meses a contar desde la firmeza de la presente sentencia, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará.-”

Si bien reconocemos que es largo el contenido del fallo, quisimos citarlos ya que ante la ausencia de regulación legislativa de la cuestión, les toca a los Jueces tomar todas las medidas que estén a su alcance para evitar de este modo que una mentada práctica enmarcada en T.R.H.A pudiere ocultar algún tipo de finalidad o práctica ilícita, y con ello también fijar las consecuencias del caso.-

c) La inconveniencia de autorizar durante el embarazo y/o nacido el niño y la afectación a la igualdad de las filiaciones.

Es real que si bien en todos los casos citados y aquellos que no hemos invocado, pero que autorizaron la inscripción del nacimiento de los niños como hijos de los comitentes, se han ponderado el dato genético, la voluntad procreacional como fuente filiatoria, el acceso a las prácticas de T.R.H.A ya garantidas por la Ley que regula la fecundación asistida (26.862), el consentimiento previo, libre e informado, la concepción de la familia conforme lo ha definido la Corte IDH en sus casos testigos, y el reconocimiento del acceso a las prácticas de mención como bandera de los derechos reproductivos de las personas (nos referimos a Forneron e Hija VS Argentina, Atala Riffo e Hijas vs Chile e incluso Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica), lo real es que las peticiones una vez nacido el niño o concebido encierra un sin fin de interrogantes en torno a la forma en que fue llevado adelante el procedimiento que diera lugar a la concepción. Es cierto que los jueces actuantes tuvieron por probada la existencia del consentimiento previo, libre e informado, más la verdad al carecer de normativa que rijan el modo en que esta práctica en particular debe realizarse y el contralor que debiera tener—a nuestro criterio-y ejercerse, se está vivenciada desde un lugar anárquico.-

Distinto es el caso en que previo a la realización de la práctica se solicita la autorización judicial, y allí sí el proceso se ve provisto de ciertas garantías que pudieren evitar la vulneración de los derechos de los integrantes del proyecto parental, y nos referimos con ello a los comitentes, a la gestante y al propio hijo.-

No podemos disociar la cuestión traída a análisis con los casos de compra y venta de niños, con la explotación de personas vulnerables (mujeres en estado de necesidad), y es por eso que el Congreso de la Nación con la mayor premura posible debe dar tratamiento al tema.

Como se ha notado a lo largo de esta exposición mucho hincapié hemos hecho en materia de igualdad de las filiaciones, y lamentablemente, de los ejemplos jurisprudenciales citados renglones arriba, vemos con tristeza cómo los niños que nacen de la gestación por sustitución están muchas veces desprovistos del derecho a gozar de su inscripción de nacimiento de manera inmediata a su nacimiento (coincidente con su identidad) como lo exige y lo garantiza la manda entre otros del art. 24 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la protección especial que le otorga el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos al niño por parte de la familia, la sociedad y el Estado, y ello ocurre cuando el planteo judicial se realiza luego de su nacimiento, o poco tiempo antes de que este ocurra y la sentencia recaída se dicta con posterioridad a producido el mismo.-

Si todos los niños nacen iguales ante la ley conforme la manda del art. 16 de nuestra Carta Magna, enaltecida por la manda del art. 75 inc. 22 que otorga jerarquía constitucional a la normativa supra Nacional como la Convención Americana, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, entre otros, que establecen mecanismos específicos de protección de sus derechos ¿Cómo Argentina puede darse el lujo de mantenerse legislativamente en silencio?. ¿Nada hemos aprendido aún de Forneron proyectándolo a otras realidades?.-

d) Legislar lo antes posible.-

Aquí ya no interesa la postura particular de cada uno de nosotros en cuanto ciudadanos con libre expresión, aquí no interesan las apreciaciones de Eduardo Sambrizzi, Liliana

Matozzo de Romualdi, María Josefa Méndez Costa^{cliii}, y menos cuando en nuestro país ya con la legislación proyectada se previa la exigibilidad del actuar altruista y con ello nos alejábamos el concepto contractualista contemplando un objeto nulo, como también del concepto de cosificación y utilización de la persona humana. Aquí se trata de reglar, justamente para evitar la cosificación de ese ser que debemos proteger en primer término -el niño-, de esa mujer que se brinda para colaborar con el proyecto familiar, y de aquellos que se ven ante una realidad existencial que les impide gustar, y que tienen derecho a formar una familia, sin que se le esté inquiriendo acudir a otro tipo de filiación que no forma parte de su proyecto de vida.-

María Luciana Pietra^{cliv} en un interesantísimo trabajo elaborado ya hace unos cuantos años pone blanco sobre negro respecto de la cuestión y avizora : “El poder legislativo tiene una deuda para con la infancia, ya que algunos de los derechos de los niños en las relaciones de familia reclaman cambios legales: la determinación filial tiene íntima relación con los derechos del niño a tener un nombre, conocer a sus padres y preservar su derecho a la identidad personal...Por lo cual creemos que deben determinarse las consecuencias del empleo de las técnicas de procreación asistida para dar al nacido la certeza de una filiación, consustanciada con su derecho a la identidad.”.-

La Comisión Segunda en Bioética y Familia del Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia celebradas los días 9 al 11 de agosto de 2018 en la Ciudad de Mendoza, concluyo que: “1. Se debe modificar el actual art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en el sentido de dejar en claro que les nacidos por gestación por sustitución no son hijos de quien dio a luz, sino que en este caso, la filiación queda determinada por quienes han prestado su consentimiento informado, libre y previo...Se debe crear un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación...Se debe regular la gestación por sustitución con carácter de orden público que vislumbre esta figura dentro de la problemática de la salud pública...En los procedimientos de gestación por sustitución deben firmar los consentimientos con las formalidades prescriptas en los artículos 59, 560, 561, 562 del Código Civil y Comercial de la Nación cada una de las personas intervinientes, es decir, uno la gestante, y cada uno de les integrantes de la pareja, firmarán individualmente...se debe garantizar que les niños

nacidos de esta técnica accedan a su derecho a la información y el origen gestacional... quienes manifiesten la voluntad procreacional se deberían denominar requirente/s y no comitente/s”.-

Por eso en el comienzo de este Capítulo haciéndonos eco de la conocida canción de Teresa Parodi y Ramona Galarza citamos que “el silencio aturde asustándome” y exige de los legisladores un tratamiento adecuado de la cuestión. La sociedad ya ha interpelado al Congreso Nacional con la copiosa cantidad de solicitudes Judiciales, y con aquellas maniobras que se usan en la práctica y que no llegan a la Justicia también (no obviemos los casos de gestaciones caseras en que el hombre aporta su material y al nacer el hijo su cónyuge o conviviente lo adopta por el vacío legal existente y tantas otras más).

Huelga indicar que en la actualidad en estado Partamentario existen cuatro proyectos de Ley uno ingresado en la sala de Senadores^{clv}, y otros tres ingresados en la sala de Diputados.-^{clvi}

Por eso al Congreso le decimos con el mayor de nuestros respetos: ¡Apurá Te digo!.-

XII) COLOFON.-

*“Sueño con encaramarme
a sus amplios miradores
para anunciar, si es que vienen,
tiempos mejores.”(El Horizonte. Joan Manuel Serrat)*

Nosotros mismos quedamos asombrados al leer y releer esta humilde línea de tiempo que pretendimos trazar con nuestra labor. La Argentina, nacida de un crisol de razas, ha tenido que compatibilizar diversas prácticas, creencias, religiones, costumbres, y a pesar de ello ha ido hallando en su corto andar (poco más de 209 años como Nación), soluciones adaptables a las realidades que se le han puesto de frente en materia filiatoria. Tenemos desde este lugar la costumbre de decir que los Argentinos somos poseedores de la habilidad de arreglárnoslas con lo que está a la mano, y ello en todo orden de las cosas; ante la ausencia legislativa nuestros jueces, grandiosos pretores y observadores de la realidad palpable, aparecen como espadachines de la justicia y pensando y repensando el derecho y las situaciones fácticas idean soluciones para casi todo. Van empujando a los

legisladores a realizar su tarea como puente entre esa gran cúpula de Avenida Rivadavia y los simples ciudadanos de a pie que lejos de la leyes viven y buscan vivir de la forma más digna que resulte.-

Comenzamos este trabajo refiriéndonos al Derecho Indiano-Castellano, para luego ir uniendo las puntas de un mismo lazo (o esperamos haberlo hecho) como nos cuenta Fito Paéz en “Yo vengo a ofrecer mi corazón”, con la intención de demostrar que pese a los diversos pensamientos, costumbres y pasiones, se ha ido avanzando y ello pues se ha reflejado en las normas. Todos los días algo cambia, y reflejo de una sociedad democrática es nada más y nada menos el poder peticionar en base a esos cambios ante las autoridades, y quizá con esos pedimentos lo nuevo fluye y se concrete en un fallo, en una Ley, en un reconocimiento de derechos, tendiente a otorgar una vida dotada de dignidad a la pluralidad de sujetos que integran este colectivo de 45.376.763^{clvii} de personas que habitamos los 2.800.000 kilómetros cuadrados que componen nuestra inmensidad Argentina.-

En un tramo de este trabajo dijimos que a Vélez Sarsfield lo habíamos perdido hacía tiempo aún antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, pero es para nosotros un honor rectificarnos y afirmar que a los grandes hombres de la historia nunca los perdemos. El mismo nos enseñó-sin imaginar por supuesto adónde llegaríamos- que las normas deben receptar las costumbres del país, de su sociedad, y a modo de ejemplo legislo al matrimonio religioso, a pesar de su opinión favorable respecto del matrimonio Civil receptado en el Código Napoleón. Nos explicamos: En el año 1855 en Buenos Aires se intentó dar jurisdicción Civil al Matrimonio a partir de un Decreto de Alsina, y en 1867 en Santa Fe se estableció una norma similar ¿Cómo concluyo ello?, pues con el rechazo social, que incluso en Santa Fe termino con un movimiento sedicioso que culminó con la caída del Gobernador y consecuentemente con la derogación de la normativa^{clviii}. Vélez Sarsfield como atento observador de la realidad sabía que no podría legislar de otro modo.-

Como podemos ver todo llega, antes o después, lo importante es que los operadores jurídicos estemos prestos a escuchar y así como nació la adopción, se fue perfeccionando-y se debe seguir perfeccionando-, también tuvo lugar la unidad e igualdad

de filiaciones, el reconocimiento de diversas formas familiares, la recepción-en parte-de los avances científicos en materia de Reproducción Humana Asistida, y quien sabe que más nos depara el futuro.-

Como nos ilustra Rudolf Von Ihering en la “Lucha por el Derecho” al referirse a este “... No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Más el medio, por muy variado que sea se reduce siempre a la lucha contra la injusticia...”. Esta última debe entonces ser nuestra misión para otorgar respuestas a los desafíos que en materia filiatoria se nos presenten, las que deberán siempre direccionarse al camino de la integración.



La Tolerancia es la madre de la igualdad y la paz social que tanto demanda nuestra intensa humanidad. Las normas son perfectibles y se van acomodando al calor de los

pueblos justos y honestos arando el fantástico camino de la integración.-



clic

FIN

- i En adelante T.R.H.A.-
- ii En adelante Corte IDH.-
- iii En adelante al referirnos a niños incluimos a niños, niñas y adolescentes.-
- iv Vélez Sarsfield Dalmacio "Buenos Aires, 20/7/1858, en Escritos Jurídicos, TXI, Colección de textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aire 1971
- v Bravo Bernardino Lira "El Derecho Indiano después de la Independencia en América Española: Legislación y Doctrina Jurídica". HISTORIA VOL 19, 1984:5-52. www.repositorio.uchile.cl
- vi Bravo Bernardino Lira "Un paralelo histórico: el fin de la monarquía española en América y el fin de la monarquía danubiana en Europa Central" en Bravo Bernardino Lira "El Derecho Indiano después de la Independencia en América Española: Legislación y Doctrina Jurídica". HISTORIA VOL 19, 1984:5-52. www.repositorio.uchile.cl
- vii Levaggi Abelardo "Manual de Historia del Derecho Argentino". Castellano-Indiano-Nacional" Tomo I Parte General. Cuarta Edición.-
- viii Levaggi Abelardo "Manual de Historia del Derecho Argentino". Castellano-Indiano-Nacional" Tomo I Parte General. Cuarta Edición.
- ix Dougnac Rodriguez Antonio "Esquema de Derecho de Familia Indiano" Instituto de Historia del derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago de Chile 2003.-
- x Dougnac Rodriguez Antonio "Esquema de Derecho de Familia Indiano" Instituto de Historia del derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago de Chile 2003.-
- xi Levaggi Abelardo "Manual de Historia del Derecho Argentino". Castellano-Indiano-Nacional" Tomo I Parte General. Cuarta Edición.-
- xii Levaggi Abelardo "Antecedentes Históricos del Derecho de Filiación". Derecho de Familia-Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 36 marzo/abril 2007. Ed. Lexis Nexis.Abeledor Perrot.-"
- xiii Dougnac Rodriguez Antonio "Esquema de Derecho de Familia Indiano" Instituto de Historia del derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago de Chile 2003.-
- xiv Idem nota ix.-
- xv Levaggi Abelardo "Antecedentes Históricos del Derecho de Filiación". Derecho de Familia-Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 36 marzo/abril 2007. Ed. Lexis Nexis.Abeledor Perrot.-"
- xvi Cowen, Miguel Pablo "Infancia, abandono y padres en el S. XIX porteño". Anuario del Instituto de Historia Argentina. 2004 N° 4 P. 75-99. www.memoria.fahce.unlp.edu.ar -
- xvii Herrera Marisa -De La torre Natalia-Fernandez Silvia E "Manual de derecho de las Familias" Ed Abeledo Perrot. Año 2015.-
- xviii Medina, Graciela "Filiación extramatrimonial (Igualdad Total con la filiación matrimonial)". LL 1987-C.,713
- xix Barreto, Omar "Derecho sucesorio de hijos extramatrimoniales", J.A., 1982-B, pág. 887.-
- xx Azpiri Jorge O "Juicios de Filiación y Patria Potestad" Ed. Hammurabi. José Luis Depalma. Editor. Buenos Aires 2003.-
- xxi Azpiri Jorge O "Juicios de Filiación y Patria Potestad". 1° Edición. 1° Impresión. Ed. Hammurabi, 2003.-
- xxii Conf. CSJN fallo del 2/08/1919 publicado en www.sajj.gob.ar. SAJJ:FA:19000000
- xxiii Machado JO (1898) "Exposición y Comentario al Código Civil Argentino" TI . citado por Dipierri José E "Filiación e historia cultural; confluencias y Divergencias temáticas". (Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Jujuy. Versión On-Line ISSN 1668.8104 www.scielo.org.ar.)-
- xxiv F. M. c/ F. DE F. M. s/ PETICION DE HERENCIA (SUCESION) PLENARIO.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. , 26/8/1921. SUMARIO DE FALLO 26 de Agosto de 1921. Id SAJJ: SUC0002966.-
- xxv Vélez Sarsfield Dalmacio "Buenos Aires, 20/7/1858, en Escritos Jurídicos, TXI, Colección de textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aire 1971. Citado por Levaggi Abelardo en "Antecedentes Históricos del derecho de Filiación" Publicado en Revista de Derecho de Familia-Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N°36. Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Marzo/Abril 2007.-
- xxvi Kluger Viviana "Entre la sombra y la luz los hijos ilegítimos en las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires (1871-1888). Revista de Historia del derecho N°51 Ciudad Autónoma de Buenos Aires Junio 2016, Versión On-Line ISSN1853-1784. www.scielo.org.ar
- xxvii Idem nota xxvi
- xxviii Idem nota xxvi
- xxix Idem nota xxvi
- xxx Azpiri Jorge O "Juicios de Filiación y Patria Potestad". 1° Edición. 1° Impresión. Ed. Hammurabi, 2003.-
- xxxi Herrera Marisa, La Torre Natalia, Fernandez Silvia E "Manual de Derecho de Las Familias" Ed. Abeledo Perrot 1° Edición C.A.B.A 2015
- xxxii Azpiri Jorge O "Juicios de Filiación y Patria Potestad". 1° Edición. 1° Impresión. Ed. Hammurabi, 2003.-Herrera Marisa, La Torre Natalia, Fernandez Silvia E "Manual de Derecho de Las Familias" Ed. Abeledo Perrot 1° Edición C.A.B.A 2015.-
- xxxiii Conf. Mondini de Goldar y otro en j: Arenas Tránsito Josefina y otro c/ Suc. Agustin Mondini s/ Filiación matrimonial - Petición de herencia - Casación (Libro: S064-213). SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA, 1/4/1957.www.sajj.gob.ar . Id SAJJ: SUU0012324.-
- xxxiv Aclaramos que cuando se hace referencia a legitimidad se da la circunstancia en que el hijo ha sido concebido durante el matrimonio, de allí el reconocimiento de éstos hijos cómo legítimos, en cambio al referirse a legitimación acude la situación en que el hijo si bien fue concebido antes de la celebración del matrimonio los padres se unieron en matrimonio.-
- xxxv Cafferatta, José Ignacio "Evolución del derecho de familia en cuanto a la filiación y a las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges". escribanos.org.ar/motarial/wp-content/uploads/2015/10/JNCba-27-1974-01-Doctrina.pdf.-
- xxxvi JA 1960-I pág 487

XXXVII Frugoni Rey, Guillermo F "La Legitimación en el Código Civil y en la ley 14.367". Revista Lecciones y Ensayos N°17 Buenos Aires 1960. www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye

XXXVIII Tales como la primera y segunda guerra mundial, acontecimientos que dieran lugar en primer término al nacimiento de la Sociedad de Naciones en 1919 en virtud del Tratado de Versalles para promover la cooperación internacional para lograr la paz y la seguridad, la que finiquitó al no haber podido evitar la segunda guerra mundial. Sin embargo la situación bélica dio lugar a la firma por más de 50 países de la Carta de Naciones Unidas el 24 de Junio de 1945, organización que finalmente comenzó a existir oficialmente el 24 de Octubre de 1945. Huelga indicar que el Título Naciones Unidas fue acuñado por primera vez el 1 de Enero de 1942 cuando representantes de 26 naciones aprobaron la "Declaración de las Naciones Unidas". Ello dio lugar luego a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de Diciembre de 1948, como primer que sería la punta de lanza de los documentos que en la materia se suscribirían más tarde. (Conforme sitio Oficial de Naciones Unidas www.un.org).

XXXIX Giberti Eva, Chavanneau de Gore Silvia "Adopción y Silencios" Ed. Sudamericana. Buenos Aires 1999.-

XI Herrera Marisa –De La torre Natalia-Fernandez Silvia E "Manual de derecho de las Familias" Ed Abeledo Perrot. Año 2015. Ver también: Villalta Carla "Entre la ilegitimidad y el abandono: la primera ley de adopción de niños" **Cuad. Sur, Hist. n.32 Bahía Blanca 2003 versión impresa** ISSN 1668-7604. www.bibliotecadigital.uns.edu.ar

XII Flores, Maria Elenea "**La regulación del Instituto de Adopción legal de menores en Córdoba. Realidad Social y Regulación Jurídica: Actores, Prácticas y Discursos en la atención de la infancia abandonada. 1948-1971**". flacso.org.ar/wp-content/uploads/2013/09/Flores-Maria-Elena-Abstract-tesis-doctoral.pdf

XIII Villalta Carla "Entre la ilegitimidad y el abandono: la primera ley de adopción de niños" **Cuad. Sur, Hist. n.32 Bahía Blanca 2003 versión impresa** ISSN 1668-7604. www.bibliotecadigital.uns.edu.ar

XIIII Conforme Archivos del Consejo Nacional del Menor y la Familia" citado por Chiani Laura (2013) en "Cuando el niño reclama" ID en Memoria Académica www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/perfiles/0311Chianil.

XLIV www.elterritorio.com.ar. www.santafe.gov.ar/hemerotecadigital/diario/2017. www.sanjuanalmundo.org/articulo.php

XLV Giberti Eva, Chavanneau de Gore Silvia "Adopción y Silencios" Ed. Sudamericana. Buenos Aires 1999.-

XLVI Villalta, Carla "Las Primeras formas legales de adopción de niños; nuevos procedimientos y disputas cuadernos del Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano (2) 371-389." www.academia.org/carla.villalta/44.

XLVII Villalta Carla "Entre la ilegitimidad y el abandono: la primera ley de adopción de niños" **Cuad. Sur, Hist. n.32 Bahía Blanca 2003 versión impresa** ISSN 1668-7604. www.bibliotecadigital.uns.edu.ar

XLVIII Kemelmajer de Carlucci Aida, Herrera, Marisa, Lloveras Nora "Tratado de Derecho de Familia" Tomo II 1° Edición, 1° reimpresión. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2017.-

XLIX CNCIV en Pleno, 16/12/1959 "R.,R y otra LL Online Ar/Jur/34/1959.-

I CSJN. S.,J y otra. 16/12/1957. LL Online AR/JUR/25/2957

LI Conf. CNCiv, Sala F, abril 16-964 "Mazzitelli, José. LL 114-786. J.A 964-III-294.-

LI I 1° Instancia Civil Capital Federal, 11 de junio de 1964 "Veron Lujan, Susana" LL, 115-25.-

LIII www.diputados.gov.ar/dip/debates/leyes_20001_24000 .-

LIV CNCiv, Sala D 7/5/1985 "Bernardi, Jose s/ Sucesión ab-intestato" www.saij.gov.ar Id SAIJ: SUC0000410.-

LV Famá Maria Victoria "La Filiación. Régimen Constitucional Civil y Procesal" Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2009.-

LVI Ferrer, Francisco A.M, Medina Graciela, Mendez Costa, María Josefa "Código Civil Comentado" Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. DERECHO DE FAMILIA. TOMO I. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Bs. As. 2004.-

LVII Azpiri Jorge O "Juicios de Filiación y Patria Potestad". 1° Edición. 1° Impresión. Ed. Hammurabi, 2003.-

LVIII Mizrahi, Mauricio Luis "Clases e igualdad de filiaciones en la Ley Argentina. El derecho transitorio y la cuestión constitucional". JA 2003-I-1161.-

LIX Conf. CSJN 9/6/1987. ED 125-490

LX Sala F, CNCiv "M.R. s/ SUCESION" www.saij.gov.ar Id SAIJ: FA8602*1215.-

LXI CNCiv, Sala L, 28/8/1995 www.saij.gov.ar Id SAIJ: SUC0011531.-

LXII Conf. CNCiv, Sala A, 29-8-94, LL 1995-B-304.-

LXIII Conf. Expte. N° 116843 - "A. G. M. y P. c/ A. A. E. y Otros s/ petición de herencia" – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes (Buenos Aires) – Sala Primera- 20/03/2018. elDial.com - AAA8A6.Publicado el 28/05/2018.-

LXIV Bidart campos, German "La Ley no es el techo del ordenamiento Jurídico" LL 1997-F-145.-

LXV CNCiv, Sala B C.M. A c/ R.PD s/ FILIACIÓN" 26/2/96. www.saij.gov.ar Id FA96020085.-

LXVI CNCiv Sala B "D, A / O, C.H s/ Impugnación" 2/4/1997. www.saij.gov.ar Id SAIJ: FA97020264.-

LXVII CSJN "D. de P.V., A c/ O., C.H" LL 1999-F-679.-

LXVIII Bidart Campos, German "La Legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido:¿y los derechos del niño?. LL, 2000-A--5.-

LXIX Juzgado Civil y Comercial de Paraná, 15/9/2003 "Z., H . M c/ C, J. R y otros. Publicado en "Derecho Argentino de Familia. ABRIL 2008-ABRIL 2009, pág 334, Ed. LEGIS, Marzo de 2008.-

LXX Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería N°2 de Rio Gallegos autos "F., V. H c. M. C. A. y A. C. B." LA LEY 2009-C -100.-

LXXI Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario en fallo del 11 de Abril de 2011 autos " G., J. C. c. I., C. N. y otros s/impugnación de paternidad – filiación" DFyP 2011 (noviembre) , 93 Cita Online: AR/JUR/48423/2011.-

LXXII SCJBA Acuerdo 2078 28/05/2014 "L.,J.A c/ J.,P.V y L., V.B s/ Impugnación de Paternidad" LP C 84417 S www.scba.gov.ar/jurisprudencia/NovedadesSCBA.-

Ixxiii Eduardo Zannoni definió a la identidad también en su faz existencial o dinámica "Adopción plena y Derecho a la identidad personal. La verdad Biológica ¿un nuevo paradigma en el derecho de familia?. LL 1998-C-1179.-

Ixxiv SCJBA autos M. , J. F. c. M. , E. J. s/ filiación - impugnación de paternidad" LP C 101726 S 5 de Abril de 2013 www.scba.gov.ar/jurisprudencia/NovedadesSCBA.-

Ixxv A diferencia de la Ley Holandesa que fue la primera en regular el Matrimonio entre personas del mismo sexo ésta no creó vínculos filiales, el hijo de uno de los cónyuges no lo es del otro salvo el supuesto de adopción. Belluscio Augusto Cesar " La Corte Europea u el matrimonio homosexual". JA 2010-III del 8/9/2010.-

Ixxvi Ferrer, Francisco A.M, Medina Graciela, Mendez Costa, María Josefa "Código Civil Comentado" Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. DERECHO DE FAMILIA. TOMO I. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Bs. As. 2004.-

Ixxvii Belluscio, Augusto cesar "La Ley de Matrimonio 26618" SJASJA 1/12/2010. Cita Online 0003/015235. Thomson Reuters.-

Ixxviii Rachid Maria de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias". LL 2007-F-487

Ixxix Herrera Marisa –De La torre Natalia-Fernandez Silvia E "Manual de derecho de las Familias" Ed Abeledo Perrot. Año 2015.-

Ixxx F.A c/ GCBA", LL 2009-F-796) y el del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°4 de CABA de fecha 22 de febrero de 2010 ("B., D.A y otros c/ GCBA", LL AR7JUR/178/2010.-

Ixxxi Kemelmajer de Carlucci, Aida, Herrera Marisa "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica". La Ley del 4 de junio de 2010.-

Ixxxii Bigliardi Karina A en su trabajo "Adopción por matrimonios Homosexuales" nos enseña que "Esto además se plasma en los fundamentos otorgados al proyecto de Ley Matrimonio de autoría del Diputado Nacional Eduardo Di Pollina, en los cuales se expresa que al equiparar los requisitos y efectos del matrimonio, sea conformado por personas de distinto o mismo sexo, incorpora la posibilidad que matrimonios sin distinción sean sujetos de derecho de la adopción." Publicado en la obra "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618" - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2011.

Ixxxiii Adriana M Wagmaister y Jorge M Belekman ya venían señalando que "Dilatar la clarificación del tema es no tener respuestas pensadas para cuando, muy pronto, el reclamo a favor de la adopción por parejas homosexuales y la oposición a la innovación en materia de adopción en ese sentido exijan una respuesta indelegable en nuestra sociedad" "Adopción por parejas del mismo sexo" . Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 27. 1° Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Año 2004.-

Ixxxiv Ver Solari Nestor y Von Opiela Carolina –Directores-"Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618" - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2011.-

Ixxxv Augusto Cesar Belluscio indicó que:"como afirma Zannoni, media "una inevitable discriminación entre el matrimonio homosexual y el heterosexual: el primero no puede engendrar hijos biológicamente hijos comunes. Y esto, a su vez, puede provocar nuevas discriminaciones en perjuicio de los hijos que, por esa razón, nacen huérfanos de padre o de madre". Belluscio, Augusto Cesar "La Ley de Matrimonio 26.618" SJASJA 1/2/2016. Cita online 003/015235. Thomson Reuters.-

Ixxxvi Montaldo, Ana Maria "Diversidad Familiar. Homoparentalidad. Deberes y Derechos de los cónyuges. Nombre de las personas casadas. Nulidad del matrimonio por falta de edad legal. Guarda de los hijos. Donaciones nupciales. Donaciones a Terceros..." 5 de Abril de 2011. www.alatinoamericana-naf.com.-

Ixxxvii Herrera, Marisa-De la Torre Natalia-Fernandez Silvia E "Manual de Derecho de las Familias". Pag 511 . Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2015.-

Ixxxviii Juzgado de familia y Minoridad de Rio Grande N°1, 19 de Febrero de 2015, autos "M.D.C. y B. D s/ADOPCIÓN". <https://justiciadefamilia.blogspot.com/2015/03/argentina-el-fallo-de-la-primer.html>.-

Ixxxix Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 24 /06/2011 "V.A.F. y otros c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)". Cita Online: AR/JUR/27511/2011.-

Xc Herrera Marisa –De La torre Natalia-Fernandez Silvia E "Manual de derecho de las Familias" Ed Abeledo Perrot. Año 2015.-

Xci Krasnow, Adriana N " La Filiación a la luz de la Ley 26618". SJASJA 20/10/2010. Cita Online: 0003/015171. Thomson Reuters.-

Xcii Kemelmajer de Carlucci Aida "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". Publicado en Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014.-

Xciii CSJN "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad" - CSJN - 13/07/2007 Fallos 330:3248. www.saij.gov.ar. Id SAIJ: FA07000045.-

Xciv Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna 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. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano... **Art.5. Derecho a la Integridad Personal.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...**Art. 7. Derecho a la Libertad Personal .** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios... **Art.11. Protección de la Honra y de la Dignidad...** 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. **Art. 17. Protección a la Familia...** 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las

condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención...”

XCV Krasnow, Adriana Noemi “La Filiación y sus fuentes” LL 2005-A-pag. 1458/1464.-

XCVi Herrera Marisa “La Lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar” 29 de Diciembre de 2014, www.infojus.gov.ar.-

XCVii Díaz de Guíjarro, Enrique “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”. JA 1965-III-21.-

XCViii En su trabajo “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial” ÚRSULA C. BASSET señala que el consentimiento es causa fuente en la filiación por TRHA. De este modo enseña:”... a) el consentimiento es una causa-fuente del emplazamiento;b) en algunos casos, actúa como fuente jurídica o elemento suficiente para provocar el emplazamiento (filiación por técnicas de reproducción asistida extramatrimonial, en la que el consentimiento es suficiente para provocar el emplazamiento);c) en otros casos, actúa como fuente concurrente (filiación por técnicas de reproducción asistida matrimonial, en donde concurre con las presunciones, y veremos ya la significación de esa concurrencia respecto del estado de familia derivado);d) no constituye en sí un título jurídico; e) el título jurídico de la filiación derivará de la inscripción del consentimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Elucidadas las peculiaridades del consentimiento en tanto que acto jurídico, específico en el ámbito del derecho a la salud, y su enclave peculiar como piedra angular del sistema filiatorio, veamos cómo está regulado en el Código Civil y Comercial...” (www.saij.gov.ar .14 de Julio de 2015 Id SAIJ: DACF160480).-

XCix Conf. Sala F CNCiv 30 de marzo de 2006. Abeledo Perrot Online, N° 35003548.-

C Conf. CNCiv, sala J 13 de septiembre de 2011. LL AR/JUR/50081/2011.-

Ci Gonzalez Mariana E “La Filiación Biológica o por Naturaleza en el Código Civil y Comercial: La TRHA como una tercer fuente filia”. Suplemento Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. Directoras: Aida Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera. Thomson Reuters La Ley. Mayo 2015.-

Cii Kemelmajer de Carlucci Aida, Herrera, Marisa, Lloveras Nora “Tratado de Derecho de Familia” Tomo II. 1° Edición, 1° reimpresión. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2017.-

Ciii Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de reforma del Código Civil; técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)”. Citado por Rodríguez Iturburu, Mariana “La Determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado”. Suplemento Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. Directoras: Aida Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera. Thomson Reuters La Ley. Mayo 2015.-

CivHerrera Marisa “Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general”. www.salud.gov.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general.-

Cv Famá Victoria “El Derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial” Ponencia presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho familiar en Mar del Plata, publicado en el Libro de ponencias y disertaciones, por La Ley-Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012 citada por Marisa Herrera y Eleonora Lamm en “Tratado de Derecho de Familia” Tomo II. 1° Edición, 1° reimpresión. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2017.-

Cvi Herrera Marisa y Lamm Eleonora en “Tratado de Derecho de Familia” Tomo II. 1° Edición, 1° reimpresión. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2017; según refieren las autoras la afirmación proviene de un proyecto de investigación denominado UBACyT 2011-2014, N° 20020100200050 “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la prespectiva socio-jurídica. Bioética y derechos humanos”.-

Cvii Resulta interesante el trabajo elaborado en torno a este Tema por Eduardo Laso –Universidad de Buenos Aires-Titulado “Del espermatozoide a la función paterna: Delivery man, de Ken Scott” (Publicado en International Journal on Subjectivity, Politics and the Arts Revista Internacional sobre Subjetividad, Política y Arte Vol. 10, (1), julio 2014,16-24. <http://aesthetika.org>.-

Cviii Herrera Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Tomo II. LIBRO II. Artículos 401 a 723”. Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires Julio 2015.-

Cix Herrera Marisa “Derecho y realidad: triple filiación e identidad plurales” Revista de Derecho de Familia. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 85. Ed. Abeledo Perrot. Julio 2018.-

Cx Idem cix.-

Cxi Ver sobre el tema Gimenez, Ana P “La desbiologización de la paternidad: filiación socioafectividad y la posibilidad de la multiparentalidad por el Tribunal Federal brasileño” DFy P 2017 (Octubre) , 17/10/1027, 40. cita online AR/DOC/2365/2017.-

Cxii Comarca Santa Maria, Vara Da Direcãõ do foro, caso N° 027/1/, 14.0013029-9, Estado de Rio Grande do Sul, 11/09/2014, mencionado por Galperin, Gariel N “Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la Magistratura. Primera parte” Cita MJDOC-13675-AR/MJD13675. Ed. Microjuris.com.ar.-

Cxiii Ver mismo trabajo mencionado precedentemente del autor Galperin, Gariel N.-

Cxiv Conclusiones de la Comisión 2 “Bioética y Familias. TRHA, Dignidad autonomía y derecho al propio cuerpo, robótica y persona” Autoridades: Presidente: Nelly Minyersky, Vicepresidente: Adriana Krasnow, Marcela Pájaro.-

Cxv JUZGADO CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES. MONTEROS, TUCUMÁN “L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación” Expte. N° 659/17. 7 de Febrero de 2020.Id SAIJ: FA20240001.-

Cxvi Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3ª Nominación de la ciudad de Córdoba el 18 de febrero de 2020 “F., F. C. – V. A. F. – F. C.A. – Adopción”. Fecha: 18 de febrero de 2020. <https://www.justiciacordoba.gov.ar/JusticiaCordoba>

Cxvii Bidart Campos, German “Las realidades biológicas y las normas Jurídicas”. ED, 157-882/3.-

Cxviii “El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño1, y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto...El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de

todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño². El Comité ya ha señalado³ que "[I]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño" (Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1- Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). [unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf).-

CXIX Ver en <http://asp-es.secure-zone.net>

CXX Gonzalez de Vicel, Mariela "El Régimen Jurídico de la Adopción: Cuestiones de fondo". . Suplemento Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. Directoras: Aida Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera. Thomson Reuters La Ley. Mayo 2015.- Ver también Bigliardi Karina "La Adopción en el Código Civil y Comercial" DF Y P 2014 (Noviembre) 55. Cita Online AR/DOC/3754/2014.-

CXXI La CSJN ha señalado que "La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño" (CSJN "NN o U., V s/ protección de persona" 12/06/2012 www.saij.gov.ar/IdSAIJ:FA12000079).-

CXXII JA 2014-I ABELEDO PERROT cita Online AR/JUR/66595/2013.-

CXXIII El Juzgado de Familia N°3 de Quilmes Provincia de Buenos Aires ha dictado fallo otorgando la Adopción Plena de hermanos a distintas familias, más en cada uno de los resolutorios resolvió resguardar los vínculos fraternos entre estos autos "C.R.A S/ ADOPCION Y ACCIONES VINCULADAS" (31/10/2018 RS 1732/18). Inédito.-

CXXIV Tribunal Colegiado de Instancia única de Mar del Plata N°2, 28/03/2008 "P.,J.C. y otro", AP 70044640.-

CXXV Citado por Herrera, Marisa – De La Torre, Natalia, "Habrà que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el Proyecto de reforma del Código Civil" en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia N° 58, Marzo 2013, págs. 137-164.-

CXXVI La acción tendiente al conocimiento de la realidad biológica ya era reconocida por nuestro derecho aplicándose en algunos supuestos las normas procesales que regulan la acción declarativa de certeza como en un fallo dictado por el Juzgado de Familia de Córdoba N° 4 de Córdoba de Fecha: 07/09/2005 C. F. v. J. C. G. Publicado: LNC 2006-2-213 (Citar Lexis N° 70022421) y así también contemplado por la opinión Doctrinaria y Jurisprudencial (ver Mazzinghi Jorge Adolfo "Inviabilidad de una atípica demanda de filiación" ED. DJ y D 22 de Septiembre de 2000 N°10.095.-

CXXVII SCBA, 26/03/2013, "R., V.D., Y N:R., S" Abeledo Perrot AP/JUR/464/2013.-

CXXVIII Moreno Gustavo D "La adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción". RDF 2000-17-47, Abeledo Perrot Online, N° 0029/000084.-

CXXIX Conf. Tribunal de Familia N°1 de Quilmes del 23 de septiembre de 1999 "V., D.A" LL 1999-F-625.-

CXXX Kemelmajer de Carlucci Aida, Herrera, Marisa, Lloveras Nora "Tratado de Derecho de Familia" Tomo II. 1° Edición, 1° reimpresión. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2017.-

CXXXI La Observación General N°12 del Comité de la Convención Internacional de los Derechos del Niños ilustra los estándares, alcances e interpretación del Derecho del niño a ser escuchado. Entre tantas cuestiones ha remarcado que "El Comité hace hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de "escuchar" a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño... La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño...Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño..."

CXXXII No debemos pasar por alto que la normativa vigente contempla en toda su extensión el precedente acaecido por sentencia de la Corte Interamericana de derecho Humanos "Forneron Leonardo y otra" de fecha 27/4/2012, en el cual se estableció claramente que "los niños tienen derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención. La determinación de separar a un niño de su familia debe hacerse de acuerdo a la ley, lo cual no fue cumplido en el caso ya que el señor Forneron manifestó su oposición a la guarda, y no consta que haya una declaración de incapacidad que hubiese obviado este requerimiento o el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 317 del Código Civil Argentino. En consecuencia la determinación del Estado de otorgar una guarda judicial, y posteriormente una adopción, en oposición del padre y sin constatar los demás requisitos legales, constituyó una restricción ilegítima del derecho de familia del señor Forneron y su hija..."

CXXXIII Videtta, Carolina sostiene que "que el problema de los tiempos no se ubica en el proceso adoptivo, sino en sus etapas previas, las que reconocen su antecedente en la operatividad del sistema de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes en cuyo marco fueron adoptadas las medidas excepcionales que implicaron la separación del niño de su familia de origen, ante cuyo fracaso se habilitan las acciones dirigidas a una futura inserción familiar" . "El proceso de adopción y su interacción con el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y Adolescentes" Suplemento Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. Directoras: Aida Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera. Thomson Reuters La Ley. Mayo 2015.-

CXXXIV Conf. Corte IDH "Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros c. Trinidad y Tobago" (Fondo reparaciones y costas), Sentencia del 21 de junio de 2002.-

CXXXV La Corte IDH en caso "Forneron e Hija VS Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)" ha sido lo suficientemente clara al indicar que la toma de decisiones debe tener lugar dentro de un plazo razonable. Así señaló "El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en

principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En dicho sentido la Corte señaló que los elementos para determinar la razonabilidad del plazo son: a) La complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.-

CXXXVI Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo del 27/10/2015, "D., L.A y otro s/ Guarda". AR/JUR/42158/2015.-

CXXXVII CSJN L., P. L. c/ R., C. G. s/ derecho de comunicación CSJ 000875/2016/CS001 11/04/2017 Fallos: 340:421.-

CXXXVIII El Juzgado de Familia N°3 de Quilmes en autos "M.A.D y o/s s/ Guarda con fines de adopción" en fallo de fecha 10 de Mayo de 2018 RS 1260/18 resolvió la inaplicabilidad de la manda del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación teniendo presente el derecho del niño a ser oído, el interés superior del niño, la existencia de lazos paterno/filiales entre los niños y los guardadores y la familia nuclear de estos, el tiempo de convivencia de los niños con los guardadores y el consentimiento de los niños quienes solicitaron ser adoptados por sus guardadores. Así el Juez actuante sostuvo contundentemente : "... La prohibición de ponderación de las guardas judiciales en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho construidos por los propios niños y sus referentes son la voz cantante del derecho. **En el caso de autos exponer a los jóvenes a un proceso de vinculación con postulantes que sean desinsaculados del listado del Registro Central importaría exponerlos a una nueva situación traumática de pérdida de afectos a consecuencia de una decisión judicial que no garantizaría que la entrega a una nueva y desconocida familia que adoptaría a los niños sería el mejor modo de satisfacer las necesidades del niño para la formación de su personalidad...**" Fallo inédito.-También el Juzgado Civil en familia y Sucesiones única nominación de Tucumán en Actuaciones N°363/17 "H30101000041216 " G.G.N s/ adopción" en fallo del 18 de marzo de 2019, resolvió otorgar la adopción plena de un joven que durante 12 años residió junto con sus guardadores de hecho, cuestión que se resolvió tras la escucha activa de la Magistrada interviniente y los deseos del propio joven. Fallo inédito.-

CXXXIX Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación. www.pensamientocivil.com.ar/legislación/

CXL En un interesante trabajo Andrea Catalina Zota-Bernal Titulado "Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos", ha señalado que "Pese a que la interseccionalidad se introdujo en el Sistema Interamericano como un criterio de interpretación sobre la violencia contra las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH han ampliado su aplicación al análisis de la discriminación de otros grupos en situación de vulnerabilidad. No obstante, es importante analizar de qué manera se ha dado su incorporación en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, en especial si este proceso ha correspondido a una interpretación cuantitativa (sumatoria de factores de opresión) o si se ha acogido la lectura proveniente de las ciencias sociales, como una fusionalidad de opresiones. Esto se analizará al revisar el contenido de las sentencias y demás instrumentos del sistema interamericano. Su incorporación ha permitido identificar la complejidad en la que se sitúan los sujetos pertenecientes a grupos sociales que históricamente han experimentado exclusiones y desventajas para acceder a los recursos, las oportunidades y a la movilidad social (Rodríguez Vignoli, 2001). Estos han sido catalogados como "grupos vulnerables" y sus condiciones son producto de diversas relaciones sociales, económicas, culturales y políticas, desiguales; es decir, la vulnerabilidad no es una característica intrínseca, existencial o natural de estos colectivos, si no el resultado de las mencionadas relaciones de poder. De esa forma la ubicación, la identidad, los intereses, las desventajas, la composición y las jerarquías internas de los grupos vulnerables son aspectos en permanente transformación." Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 67-85 ISSN 2253-6655.-

CXLI En la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N°46 de Abeledo Perrot de Julio/Agosto de 2010, Lea M Levy en artículo Titulado "Adopción: Guarda de Hecho", luego de un análisis muy interesante a nivel fáctico, doctrinario y Jurisprudencial de la cuestión cita un proyecto de Ley de su autoría del año 2001 que proponía incorporar al Código Civil un art. 316 bis que contemplara los casos de guarda de hecho en que el guardador que pretendiera adoptar acredite la situación ante el Juez de trámite debiendo el Magistrado realizar una profunda indagación de la situación, con cumplimiento del art. 316 de aquel cuerpo legal, y ante el caso de entenderlo procedente homologar la guarda respectiva.-

CXLII 1) Juzgado de Familia de Gualeguay "B., M. A. c. F. C., C. R. – ordinario" del 19 de noviembre de 2013; 2) Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 "N. N. o DGBM s/ inscripción de nacimiento" del 18 de junio de 2013; 3) Tribunal de Familia de Rosario N° 7 "F. M. L. y otra s/ autorización judicial del 2 de diciembre de 2014; 4) Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad" del 18 de mayo de 2015; 5) Juzgado Nacional en lo Civil N° 83 "N. N. O. s/ inscripción de nacimiento" del 30 de junio de 2015; 6) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza "O. A. V. p/ medida autosatisfactiva" del 29 de julio de 2015; 7) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza "C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento" del 15 de diciembre de 2015; 8) Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche Expte. N° 10.178 14 del 29 de diciembre de 2015; 9) Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora "H. M. y otro/a s/ medidas precautorias" del 30 de diciembre de 2015; 10) Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario "S. G. G. y otros s/ Filiación" del "S. G. G. y otros s/ filiación"; 11) Juzgado Nacional en lo Civil N° 7 11) Juzgado Nacional en lo Civil N° 7 del 23 de mayo de 2016; 12) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 "S. T., A y otro s/ inscripción de nacimiento" del "S. T., A y otro s/ Inscripción de nacimiento"; 13) Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar" del 4 de julio de 2016; 14) Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 "B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/ impugnación de filiación del 20 de septiembre de 2016; 15) Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín "M., I. M. y otro s/ autorización judicial" del 22 de agosto de 2016; 16) Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora "G. M., C y otro c. W. B., A. V s/ rectificación de partida" del 3 de octubre de 2016; 17) Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora "B. J. D. y otros s/ materia a categorizar (277)" del 30 de noviembre de 2016; 18) Juzgado Civil de Primera Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 81. "Santalla, Ignacio N. y otro c. Aguilar Cintia L. s/ impugnación de filiación" del marzo de 2017; 19) Juzgado de Familia N° 5, Viedma "Reservado s/ autorización judicial del 7 de Julio de 2017; 20) Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza "M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfactivas" del 6 de setiembre de 2017; 21) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 "S. T., V. s/ inscripción de nacimiento" (sentencia no firme) del 20 de octubre de 2017; 22) Juzgado de Familia de 2ª Nominación "Córdoba R., L. S. y otros – solicita homologación" (Expte. N.º 3447358) del 22 de noviembre de 2017; 23) Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario "H., M.E. y otros s/ venias y dispensas" del 5 de diciembre de 2017; y 24) Juzgado de Familia N° 4 de Mendoza "G Y S, S B D y M W A p/ Medida autosatisfactiva" N° 3614-16 del 22 de diciembre de 2017. 25) Jugado de Familia N°2 DE Mendoza M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas • 15/02/2018.-

CXLIII Es interesante el trabajo de Gomez Haiss, Dante Daniel "Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte". Publicado en Microiuris.com. cita Online MJ-DOC-10756-AR del 14 de Junio de 2017.-

CXLIV La constitución y el Código Deben mirar en la misma Dirección", Revista del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires N°16, Agosto de 2015.-

CXLV Notrica, Federico "La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional" www.salud.gov.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional.-

cxlvi <http://colectivoderechodefamilia.com/categorias/jurisprudencia-nacional/>.-

cxlvii <http://colectivoderechodefamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL-PRIMER-JUEZ-FLIA-MENDOZA.-gestación-por-sustitución..pdf.->

cxlviii <http://colectivoderechodefamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-estación-por-sustitución.->

cxlix Autos "C., F.A otro c/ R.S.,M.L s/ impugnación de maternidad" <http://colectivoderechodefamilia.com/categorias/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional.->

cl <http://colectivoderechodefamilia.com/fa-pcial-trib.no-3-lomas-de-zamora-prov-bsgestación-por-sustitución-2015.->

cli <http://colectivoderechodefamilia.com/fa-pcial-trib-coleg-flia-no7-rosario-santa-fe-gestación-por-sustitucion.->

clii <http://abogadosdefamilia.com.ar/se-autoriza-judicialmente-a-un-matrimonio-a-dar-inicio-a-un-proceso-de-procreacion-mediante-la-tecnica-de-la-gestacion-por-sustitucion-a-pesar-el-vacio-legal/>.-

cliii Sambrizzi, Eduardo A. "La maternidad subrogada (gestación por sustitución)" (bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf). Ver también Ferrer Francisco A.M en "Código Civil Comentado. Derecho de Familia" Tomo I arts. 159 a 263. Directores Francisco A .M Ferrer-Graciela Medina-Maria Josefa Mendez Costa. Ed Rubinzal-Culzoni- Marzo de 2004.-

cliv Pietra, Maria Luciana "Derechos del niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida" Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia. N° 36. Marzo/Abril 2007.-

clv Expte/825.18/S/PL.-

clvi Expte 0630-D-2018; Expte. 5759-D-2016; Expte. 5700-D-2016. Sobre el tema ver Herrera, Marisa, De la Torre Natalia "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa". LL 2016-F.-

clvii Cantidad de habitantes estimada por INDEC en el año 2020 fuente www.indec.gov.ar.-

clviii Ana R Mugnaini de Gamond-Alicia Bazan de Andruet "Algunas consideraciones jurídicas sobre la situación de la mujer en el Código de Vélez Sarsfield". Revista Notarial 1986-1 N°51. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.-

clix Se le pidió a una niña de 7 años que dibujara las familias que conocía en cuanto a sus integrantes. La pequeña de manera espontánea realizó los seis dibujos que se presentan.-

CONTRACARATULA:

-CURSANTE: CAROLINA ESTHER VILLANUEVA.-

-D.N.I 27.338.766.-

-DIRECTORA DE TRABAJO FINAL INTEGRADOR: Dra. KARINA ANDREA BIGLIARDI.-

-TELÉFONO CELULAR: 1559277661

-TELÉFONO PARTICULAR (011) 22156700.-

-EMAIL: carolina_e_villanueva@yahoo.com.ar

-EMAIL: cvillanueva@mpba.gov.ar

-Domicilio Particular: Gral. O'HIGGINS N° 3183, QUILMES OESTE, Partido de QUILMES, PROVINCIA DE BUENOS AIRES. C.P 1879.-