

# BOLETÍN INFORMATIVO DERECHO DE FAMILIAS Y SUCESIONES

- Bo.DFyS -

Editado por la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia – Facultad de Derecho – UBA

## Presentación

En este número hemos incorporado publicaciones inéditas de integrantes de la comunidad académica de nuestra maestría.

El profesor Gabriel Bedrossian es autor de una obra, que nos parece muy valiosa y que incluimos, dónde analiza el perfil que adopta la figura de la compensación económica en el derecho argentino, y de tal modo se pregunta si los requisitos de otorgamiento de la compensación deben evaluarse de acuerdo con un criterio objetivo o subjetivo. La consideración en uno u otro sentido implicará miradas diferenciadas por parte quien debe reconocer la procedencia del instituto en la solución de casos concretos.

Incluimos también un trabajo confeccionado por una alumna de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia. Carla Gabriela Balducci estudia el impacto de la evolución del orden público internacional en materia de matrimonio y divorcio.

Finalmente, congratulamos a dos nuevos egresados de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia que este año han defendido sus tesis. Para conocimiento de la comunidad académica, incluimos en este número reseñas de los dos trabajos de investigación, que fueran preparadas por los tesistas. Allí, Martín E. Mason y Carlos Fernando Gramajo, ofrecen en dos breves textos los principales problemas que se han planteado como objeto de estudio, y las necesarias reflexiones que de aquellas preguntas emergen.

Tal como nos propusimos al definir el contenido de esta publicación, insistimos en un espacio para que, tantos profesores y alumnos de la maestría y de la carrera de especialización, hagan conocer sus ideas en materia de Derecho de Familia, Infancia y adolescencia.

Damos las gracias a todos aquellos profesores que participaron de las Jornadas que sobre distintos temas organizamos periódicamente y a aquellos que nos acercan sus ideas.

## ÍNDICE

- *La compensación económica y las circunstancias previstas en los arts. 442 y 525 del CCCN: ¿Postura subjetiva u objetiva?, por Gabriel Bedrossian* (pág. 2)
- *Evolución del orden público internacional. Análisis en materia de matrimonio en argentina, por Carla Gabriela Balducci* (pág. 8)
- *Gestación por sustitución. Una laguna jurídica que vulnera derechos convencionales, por Martín Esteban Mason* (pág. 16)
- *La importancia de la adopción como figura jurídica subsidiaria para garantizar el derecho a vivir en familia, por Carlos Fernando Gramajo* (pág. 25)
- *Oferta de cursos para 2024* (pág. 34)



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires

## Contacto

**Mail:** [cedfamilia@derecho.uba.ar](mailto:cedfamilia@derecho.uba.ar)

**URL:** [www.derecho.uba.ar/bodfys](http://www.derecho.uba.ar/bodfys)

# La compensación económica y las circunstancias previstas en los arts. 442 y 525 del CCCN: ¿Postura subjetiva u objetiva?

Por Gabriel Bedrossian<sup>1</sup>

## 1 - Introducción al tema

El dilema planteado en el título de esta nota nos remite a una cuestión que resulta central para entender el perfil que adopta la figura de la compensación económica en el derecho argentino.

Debemos definir si los requisitos de otorgamiento de la compensación deben evaluarse de acuerdo a un criterio objetivo o subjetivo.

Este tema ha sido objeto de debate y controversia en la doctrina y jurisprudencia española, cuyo texto en este aspecto es menos preciso que el nuestro.

Si trasladamos la cuestión a nuestro ordenamiento, el interrogante se asocia con el modo en que debe juzgarse la procedencia de la compensación económica. La consideración en uno u otro sentido implica miradas diferenciadas por parte del juzgador, lo cual contribuye a explicar el porqué de las divergencias que se presentan en la resolución de los casos.

## 2 – Postura objetiva y subjetiva: concepto e implicancias

En el artículo 442 del Código Civil y Comercial (CCCN) se establece: *A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la*

*compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.*

*La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.*

En el art. 525 del CCCN, prácticamente se reproducen las mismas pautas para los casos en que se deba fijar una compensación económica por causa de extinción de una unión convivencial.

La pregunta subyacente es si estamos frente a pautas de mera cuantificación del beneficio o ante circunstancias que constituyen variables concernientes a la misma conceptualización del instituto y que, por lo tanto, deben evaluarse conjuntamente con los presupuestos sustanciales que establecen los artículos 441 y 524; es decir el desequilibrio manifiesto, el empeoramiento y la causalidad adecuada en el vínculo y su ruptura.

El Código Civil de España – más específicamente su art. 97 - ha planteado dudas interpretativas.<sup>2</sup> El propio Tribunal Supremo Sala de lo Civil, se ha tenido que pronunciar sobre el tema explicitando el problema. Encontramos así una de sus sentencias en la que establece doctrina jurisprudencial que luego analizaremos.

Allí se afirma que *“el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud, el*

<sup>2</sup> Una interpretación literal de la regulación en el Código Civil de España nos llevaría a pensar que nos encontramos frente a meras pautas de cuantificación. En el art. 97 se expresa: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, *determinará su importe* teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup> Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.<sup>a</sup> La edad y el estado de salud. 3.<sup>a</sup> La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.<sup>a</sup> La dedicación pasada y futura a la familia. 5.<sup>a</sup> La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.<sup>a</sup> La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.<sup>a</sup> La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.<sup>a</sup> El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.<sup>a</sup> Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.

<sup>1</sup> Especialista en Derecho de Familia. Doctorando en Derecho. Profesor adjunto regular de la materia Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho UBA.

*desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC”.*<sup>3</sup>

### a) Postura objetiva

Quienes sostienen que se trata de un instituto de carácter objetivo, otorgan un predominio fundamental y definitivo a la variable “desequilibrio”, interpretando este requisito en términos meramente económicos. Para determinar su existencia se atiende al hecho objetivo de que tras la separación o el divorcio, uno de los cónyuges experimente una disminución patrimonial en relación con la posición que mantiene el otro y en comparación con la que tenía durante la convivencia.<sup>4</sup>

Desde esta concepción se entiende que las circunstancias personales de ambas partes – pasadas, presentes y futuras – son valiosas solo para determinar el monto a otorgar, así como para definir la modalidad de cumplimiento de la obligación. En esta postura entonces, estas variables se convierten en indicadores de ajuste que se analizan en una segunda etapa, una vez que ya se ha decidido que la compensación es procedente.

En nuestro país, los magistrados – en ocasiones ajenos a la existencia de esta clase de corrientes - no suelen explicitar su adhesión a la postura objetiva o subjetiva. Esto no impide que a partir de sus argumentos y consecuentes decisiones se pueda determinar su proximidad a uno u otro marco conceptual.

Observamos una sentencia en donde uno de sus párrafos remite de modo literal al principio objetivista esbozado en la doctrina y jurisprudencia española. Podemos entender que esta concepción del instituto surge mayormente cuando se adoptan principios

extrapolados del derecho de alimentos entre excónyuges. Es así que leemos:

*“... la tarea del magistrado consiste, en un primer momento, en analizar si se dan los extremos requeridos por el art. 441 del Código de Fondo, y recién constatado ello, proceder a analizar las pautas del art. 442 del cuerpo normativo para establecer el monto y modalidad e la compensación. Por el contrario, si no se aprecia el desequilibrio manifiesto o no encuentra este su justificación en el vínculo matrimonial, el pedido debe ser rechazado”.*<sup>5</sup>

Se presenta aquí un desdoblamiento de los arts. 441 y 442 y no una lectura integrada de los mismos, como recomendaría un encuadre de tipo subjetivista.

Prevalece así un concepto objetivo del desequilibrio. Las pautas del art. 442 que hacen a las particularidades del caso y de la dinámica familiar aparecen en un segundo plano, en la etapa en que se evalúa la cuantificación del beneficio.

En el caso, la mujer, de profesión odontóloga, alegaba una postergación en su desarrollo personal en razón de su cuidado prioritario de los dos hijos del matrimonio.

La petición es rechazada, adoptando una postura que prioriza la comparación en términos patrimoniales y un concepto de desequilibrio centrado en dicho aspecto. No se indaga aquí en las condiciones personales de los excónyuges luego de la ruptura basadas en la dinámica familiar durante la vida en común. En este sentido es llamativo – o no tanto - que en ningún momento se mencione el tiempo de duración del matrimonio.

No resulta casual que surjan conceptos que remiten al derecho de alimentos y a la consideración de las necesidades de quien reclama. En el fallo se expresa: *“Si bien el empeoramiento no requiere un estado de necesidad extrema, si se deben acreditar problemas económicos serios con fuente en la ruptura del matrimonio”.*

Encontramos otro fallo que se acerca a un criterio objetivo porque prioriza un análisis del desequilibrio analizado prioritariamente desde un punto de vista económico.

No considera relevantes aquellos aspectos que sean externos a la comparación patrimonial entre los

<sup>3</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Roj: STS 327/2010 - ECLI: ES:TS:2010:327. Fecha: 19/01/2010. Nº de Resolución: 864/2010. Id Cendoj: 28079110012010100038. Disponible en <http://www.poderjudicial.es> (fecha de consulta 01/07/23).

<sup>4</sup> Díaz Martínez, Ana, “Comentario arts. 97/101” CC España. *Comentarios al Código Civil, t. I*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo director. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1020.

<sup>5</sup> Cámara Civil en Familia y Sucesiones Tucumán, sala 1, “A. M. G. vs. P. S. H. s/ordinario (residual)”, 23/12/2020. [https://juris.justucuman.gov.ar/imprimir\\_selecci\\_on\\_html\\_hv.php?cantreg=132&ordensql=DESC&buscopc=SCT&vistab=0&titysuma=on&datosbuscados=%20compensaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica](https://juris.justucuman.gov.ar/imprimir_selecci_on_html_hv.php?cantreg=132&ordensql=DESC&buscopc=SCT&vistab=0&titysuma=on&datosbuscados=%20compensaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica) (fecha de consulta (15/01/2023).

excónyuges, quitando así importancia a las variables del art. 442.

*“el analizado artículo 441 del Código Civil y Comercial apunta al desequilibrio manifiesto (calificado) que produce a uno de los cónyuges el divorcio, y que signifique un empeoramiento de su situación económica respecto del otro; por ende, la mira se pone en la figura de los cónyuges, con independencia de la situación puntual que pueda tener uno o alguno de los hijos del matrimonio, que pudieran requerir de una prestación alimentaria extraordinaria”.*<sup>6</sup>

En el caso existía un hijo con una seria discapacidad que había sido cuidado prioritariamente por la madre, situación que se mantenía luego del divorcio. La Cámara no considera que dicha circunstancia resulte relevante para determinar la procedencia de la compensación económica, que en el caso es rechazada.

No se evaluó que nos encontramos con una mujer de 61 años con estudios secundarios incompletos que durante el matrimonio se dedicó prioritariamente a las actividades domésticas y al cuidado de los 2 hijos frente a un hombre de 64 años, con título terciario de electrotécnico que trabajó como empleado en una empresa minera (actualmente jubilado).

Tengamos en cuenta que el juzgado de primera instancia – partiendo de una mirada subjetivista – había considerado que existía un desequilibrio funcional entre las partes, por lo que otorgó una compensación por tiempo indeterminado, equivalente al 15 % de los haberes del demandado.

## b) Postura subjetiva

Tal como señalé, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de España, por sentencia del Pleno de la Sala 1ª del 19/01/2010 adoptó el criterio subjetivo, que ha seguido sin vacilaciones hasta la actualidad.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Salta, Sala I; “A., S. M. c/ S., D. A. s/sumario compensación económica”, 13/10/2020 (exp. 550220/16). [http://sistemasx01.justiciasalta.gov.ar:8080/juriscamext/ser\\_vlet/com.juris.búsqueda](http://sistemasx01.justiciasalta.gov.ar:8080/juriscamext/ser_vlet/com.juris.búsqueda) (fecha de consulta 21/06/2023)

<sup>7</sup> Solo a título ejemplificativo: Res. 435/2022 del 30/05/2022 Id. Cendoj: 28079110012022100465, Res. 807/2021 del 23/11/2021 Id. Cendoj: 28079110012021100785, Res. 418/2020, del 13/07/2020 Id. Cendoj 28079110012020100437, Res. 100/2020, del 12/02/2020. Res. 96/2019 del 14/02/2019 Id Cendoj: 28079110012019100093. Res. 84/2018 del 14/02/2018 Id

Tengamos en cuenta que las pautas establecidas en el art. 97.2 del Código Civil de España son similares – de hecho han sido tomadas como fuente en nuestro Anteproyecto – a las previstas en los arts. 442 y 525 del CCCN, aplicables al matrimonio y a la unión convivencial respectivamente.

En la sentencia mencionada se sostiene que “las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal”.<sup>8</sup>

Desde la doctrina española, se ha explicitado que para la óptica subjetiva una simple diferencia patrimonial o empeoramiento acusado entre las partes, no poseería entidad en sí misma para generar el derecho a la compensación, si no naciera como fruto de la confluencia de los factores enumerados en el art. 97. Estos últimos - y los que pudieran sumarse en el caso concreto en tanto nos encontramos frente a un listado meramente enunciativo - no limitan su eficacia a cuantificar la pensión una vez apreciada la existencia del desequilibrio: “de su combinación emergería ese desnivel, que no se concibe, consiguientemente, de modo independiente o autónomo”.<sup>9</sup>

Volviendo a nuestro régimen, entiendo que no resulta adecuado apreciar la configuración o no del desequilibrio sin el análisis conjunto de los factores establecidos en los arts. 422 y 525, según se trate de una unión matrimonial o convivencial. Estas estas

Cendoj: 28079110012018100072, Res. 499/2017 del 13/09/2017 Id Cendoj: 28079110012017100469, Res. 55/2016 del 11/02/2016 Id Cendoj: 28079110012016100039, Res. 416/2015 del 20/07/2015 Id Cendoj: 28079110012015100425, Res. 104/2014 del 20/02/2014 Id Cendoj: 28079110012014100105, Res. 499/2013 del 16/07/2013 Id Cendoj: 28079110012013100434, Res. 790/2012 del 17/12/2012 Id Cendoj: 28079110012012100726, Res. 897/2010 del 14/04/2011 Id Cendoj: 28079110012011100757. Disponibles en <http://www.poderjudicial.es> (fecha de consulta 29/07/2022).

<sup>8</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, cit. en 2.

<sup>9</sup> Cabezeroles Arenas, Ana Laura, Castilla Barea, Margarita; “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en Yzquierdo Tolsada, Mariano (dir.), Cuena Casas, Matilde (dir.), “Tratado de derecho de la familia vol. 2: Las crisis matrimoniales”, Thompson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 520.

variables - pasadas, presentes y futuras – son las que determinan si efectivamente se produce una disparidad manifiesta y si esta es susceptible de ser compensada. La lista mencionada en dichos artículos resulta enunciativa, tal como surge de la propia regulación, que señala que la procedencia y monto de la compensación será determinada por diversas circunstancias, “entre otras”.

Los factores que hacen al pasado serían: el estado patrimonial al inicio de la unión, la dedicación que cada integrante brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos, la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro, la eventual capacitación laboral que pudo lograrse.

El análisis de estas variables que hacen al pasado y que reflejan las características de la organización familiar - más otras que puedan considerarse en razón del carácter enunciativo del listado – son también las que ayudan a precisar la perspectiva causal del desequilibrio y a determinar si este resulta o no compensable.

Los factores relacionados con el momento de solicitud de la compensación y que tendrán impacto en el futuro serían: el estado patrimonial al momento de la ruptura – cuestión que se torna compleja en los casos de divorcio donde la liquidación de la comunidad se encuentra pendiente -, la dedicación que cada integrante deberá prestar a la familia y a la crianza y educación de los hijos, la edad y estado salud de los cónyuges o convivientes y de los hijos, la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita la compensación, la atribución de la vivienda familiar.

En este sentido, se ha señalado que el desequilibrio no es solo cuantitativo ni el exclusivo reflejo de la composición de los patrimonios, sino que incluye también los bienes inmateriales y las potencialidades de desarrollo.<sup>10</sup>

En la misma línea se expresó que podría ocurrir que al momento de la ruptura del matrimonio o la unión convivencial no exista desequilibrio en el haber patrimonial, pero no obstante ello sea procedente la compensación, porque se verifica una fuerte disparidad en la capacidad de generar ingresos.<sup>11</sup>

Esta postura, abre entonces la posibilidad de considerar el llamado desequilibrio dinámico que se expresa en términos cualitativos y no meramente cuantitativos (o desequilibrio estático).

Encontramos en nuestro país fallos que comienzan a realizar aplicaciones en el este sentido; más allá de que en general no se mencione la adherencia a una u otra posición doctrinaria.

Así, en un fallo de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se destaca que más allá de los aportes realizados por el hombre con posterioridad al divorcio que atenuarían el desequilibrio patrimonial manifiesto surgido luego de la ruptura: “en materia de capacitación y desempeño profesional, es donde se advierte la monstruosa desigualdad existente entre los excónyuges. No obsta esta conclusión el hecho de que la Sra. M. se haya reintegrado en el mundo laboral, porque a lo largo de estos -prácticamente- quince años, el Sr. C. tuvo la posibilidad de crecer en su ámbito laboral ya sea desde la experiencia de trabajar ininterrumpidamente, hasta la formación académica acreditada ...” Luego, para verificar la aplicación del principio de “causalidad adecuada” se señala: “se puede advertir que la Sra. M. dedicó todos sus esfuerzos al cuidado de las hijas comunes y al mantenimiento del hogar, renunciando a los distintos empleos en los cuales se desempeñaba, o reduciendo la carga horaria en caso de reinsertarse en el mundo laboral”.<sup>12</sup>

En un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, sala E - antes de confirmar la procedencia de la compensación concedida en primera instancia - se hace una prolija consideración de las variables del art. 442. Allí se sostiene: “De conformidad con lo establecido por la norma aludida, existen una serie de pautas que sirven de guía para determinar si se configura el desequilibrio causado y, en caso de comprobarse, cuál debería ser el monto de la compensación a fijar. Estos indicadores refieren a las

<sup>12</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala B; “M. Y. L. c/ C. M. A. s/fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 CCivCom”, 02/10/2019. Publicado en Microjuris. Cita: MJJ121542. Ver también Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala B, “S., S. V. c. G. B., C. N. s/ Fijación de compensación Arts. 524, 525 CCCN”, 14/07/2020. Disponible en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/093/020/000093020.pdf> (fecha de consulta 13/07/2022). Se valora en este caso que se trataba de un matrimonio de 24 años en el que el hombre tuvo la posibilidad de crecer y desarrollarse en su ámbito laboral, trabajando ininterrumpidamente gracias a la mayor dedicación de la mujer a la vida familiar. Se asocia la compensación a los supuestos de indemnización por “pérdida de chance” al afirmar: “Tal chance fue de la que se privó la accionante y es la que actualmente la pone en desventaja con respecto a la situación previa al matrimonio y su ulterior divorcio”.

<sup>10</sup> Molina de Juan, Mariel; “Compensación económica: teoría y práctica”. Ed. Rubinzal Culzoni. Sta. Fe 2018, pág. 123.

<sup>11</sup> Beccar Varela, Andrés; “Cómo no se debe calcular la compensación económica”. Publicado en: *Revista de Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot 2019-II, 11/04/2019, pág. 180. Cita Online: AR/DOC/1156/2019. En el mismo sentido, MIZRAHI, Mauricio Luis, ob. cit. en 71, pág. 153/154.

*condiciones existentes al comienzo de la vida en común, la articulación posterior de roles y responsabilidades, las circunstancias configuradas al tiempo de la ruptura y su evolución en un futuro previsible. En todos los casos la decisión judicial debe fundarse en una tarea de ponderación de todos los elementos mencionados”.*<sup>13</sup>

En otro interesante fallo se pone en evidencia la existencia de las posturas objetivista y subjetivista en el derecho español, realizando un resumen de ambas corrientes interpretativas. Luego de analizar nuestra regulación, la sentenciante se enrola de manera abierta en la tesis subjetivista. Se afirma allí: *“Como se anticipó, siguiendo la tesis subjetivista, para dilucidar o justificar la procedencia de esta compensación tendré en cuenta también las pautas enunciadas en el art. 442 del CCyC”.*<sup>14</sup>

Solari comenta elogiosamente la sentencia y explicita también su adhesión a esta corriente.<sup>15</sup>

Molina de Juan sostiene que el legislador argentino aprovechó el debate generado en España y se enroló en la postura tomada por el Tribunal Supremo que otorga a las pautas establecidas una doble función. En primer lugar orientar la decisión acerca del desequilibrio causado y luego como variables para precisar el contenido de la prestación.<sup>16</sup>

### c) La cuestión en el CCCN

Una lectura descontextualizada de los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial podría llevarnos a creer que sus autores optaron por el modelo objetivo.

Allí se sostiene que la compensación *“se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su*

*asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca”.*

Lo que no resulta relevante es “cómo se llegó al divorcio”. Allí radica la diferencia con el sistema anterior, en el que se otorgaban alimentos al que no hubiera dado causa a la separación, asegurándole el mantenimiento del nivel de vida ostentado durante la convivencia (art. 207 Código Civil). Los alimentos podían resultar un premio al inocente y un castigo al culpable. Esto no es más así; la compensación no considera ese aspecto.

¿Por qué se habla de “consecuencias objetivas” entonces? Porque se evalúa un resultado: el desequilibrio. No importan las razones de la ruptura y es por eso que hablamos de un sistema de divorcio objetivo, por oposición a nuestro sistema anterior que permitía también un divorcio subjetivo, en el que se imputaba culpabilidad por alguna de las causales que se preveían en el art. 202 C. Civil.

Podemos afirmar entonces que ya no importan las causas de la ruptura que desembocan en el divorcio o el cese de la convivencia. Podemos concluir también que sí importa el desequilibrio manifiesto al momento de esa ruptura, independientemente de quien tuvo la responsabilidad o de quien tomó la iniciativa para que ella se concrete.

¿Podemos también afirmar que no son importantes las causas de ese desequilibrio? Entiendo que no.

La incorporación del concepto de causa adecuada sirve para asentar y precisar la importancia de los roles desplegados por los excónyuges - producidos a partir de la definición de una determinada forma de organización familiar durante la vida en común - como uno de los requisitos definitorios de esta nueva figura legal.

Si analizamos las diferentes normas que regulan el divorcio y sus consecuencias, podríamos afirmar que el CCCN adopta un sistema de “divorcio incausado” y a la vez regula una “compensación económica causada”.

El legislador argentino, fuertemente influenciado por el derecho español, ha adoptado de manera abierta el criterio subjetivo.

Observemos que el segundo párrafo del art. 97 del Código Civil de España, antes de enunciar las pautas, especifica: “A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, *determinará su importe* teniendo en cuenta las siguientes circunstancias...”

<sup>13</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala E; “P., S. E. c/M., G. s/Fijación de Compensación – Arts. 524 y 525 CCCN”, 29/11/2019. Cita: IJ-CMXIII-692. En el mismo sentido en autos “Z., R. c/ B., G. J.R s/Fijación de Compensación – Arts. 524 y 525 CCCN”, 23/12/2019. Cita: elDial.com - AABD82. En ambas sentencias se cita como antecedente de este principio CNCiv., Sala A, c. 45.317/16 del 12/06/18.

<sup>14</sup> Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nro. 92; “M. L., N. E. c. D. B., E. A. s/ fijación de compensación arts. 524, 525 CCCN”, 17/12/2018. Publicado en La Ley 11/07/2019. Cita Online: AR/JUR/91791/2018

<sup>15</sup> Solari, Néstor E.; “La compensación económica desde una perspectiva de género”. Publicado en: La Ley 11/07/2019. Cita Online: AR/DOC/2087/2019.

<sup>16</sup> Molina de Juan, cit. en 8; pág. 152 y 157. En sentido coincidente: Belluscio, Claudio – Soriano Zothner Verónica; “Compensaciones económicas según el Código Civil y Comercial”, Ed. García Alonso, Buenos Aires 2020, pág. 67.

En el art. 442 del CCCN, en cambio, se expresa: “A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez *debe determinar la procedencia y el monto* de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras...” En el art. 525 referido a uniones convivenciales: “El juez *determina la procedencia y el monto* de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias...”

Advertidos por las discusiones generadas en su antecedente normativo en cuanto a la función de las pautas establecidas en la ley, los redactores del Anteproyecto establecieron de forma clara que las circunstancias mencionadas no solo son necesarias para cuantificar la compensación. En primera medida, y ante todo, son criterios para determinar si la compensación es o no procedente.

Si el criterio subjetivo es aplicable en España aun cuando el sentido literal de la norma tiende a que las pautas orientan solo la cuantificación; ¿Cuánto más debería ser tomado en cuenta por nuestros jueces para justificar la procedencia o no de la compensación económica en cada uno de los casos particulares?

Para reforzar esta interpretación, podemos observar que el art. 433 del CCCN - enmarcado en la regulación del deber alimentario entre cónyuges - contiene variables semejantes a las ya explicitadas. Sin embargo allí la norma establece que se trata de pautas solo referidas a la “cuantificación” del beneficio.

Es evidente que nuestro legislador optó por un modelo diferenciado para la compensación económica, que requiere de un análisis completo de las variables enunciadas. En este instituto, nos encontramos con pautas que exceden la función de ser elementos de mera cuantificación o determinación de la modalidad de pago del beneficio. Ante todo, serán las que determinen si efectivamente se produjo el desequilibrio manifiesto y si este es susceptible de ser compensado.

### **3 – Conclusión y propuesta**

En síntesis, la aplicación de un modelo subjetivo supondría en nuestro país leer los requisitos expresados en el art. 441 del CCCN (desequilibrio manifiesto – empeoramiento – causa adecuada) a la luz del art. 442.

De esta manera, los presupuestos establecidos en la primera norma se evalúan a través de las circunstancias previstas en la segunda.

La regulación española - si bien cuenta con cierto grado de imprecisión que nuestro legislador ha intentado superar – tiene la ventaja de contener ambas cuestiones en un mismo artículo, lo cual ayuda a observar la interrelación de conceptos.

Nos parece conveniente que en una futura reforma del CCCN se colocaran las pautas de procedencia y cuantificación en el mismo artículo donde se mencionan los requisitos. Sería una forma de ayudar al intérprete a entender que se trata de aspectos que no pueden leerse de manera separada, sino que deben ser considerados integralmente.

# Evolución del orden público internacional

## Análisis en materia de matrimonio en Argentina

Por Carla Gabriela Balducci <sup>1</sup>

### Introducción

El tema propuesto despierta interés por tratarse del análisis de una institución de trascendental importancia en nuestras comunidades, a través de todas las épocas y en todas las latitudes, como lo es el matrimonio. Derivan de dicha institución, el nacimiento de muchas otras para constituir los pilares sociales y jurídicos de la familia argentina.

Resulta interesante establecer los alcances legales que la validez de la celebración del acto matrimonial despliega, ya que luego, se convalidarán o no, el nacimiento de vínculos conyugales -entre otros- con sus efectos jurídicos correspondientes.

Debido a la gran importancia que reviste, la normativa relativa al matrimonio se halla estrechamente ligada al orden público, considerado como el núcleo sobre el cual está estructurada la organización social, con un valor de lo máspreciado dentro del régimen jurídico. De lo cual se infiere, que no es posible que se disponga en sentido contrario al orden público, por configurar el límite impuesto a la autonomía de la voluntad en un estado de derecho.

En las últimas décadas, se produjeron numerosos cambios en la institución matrimonial, en respuesta al desarrollo de mutaciones en las creencias y valores sociales de nuestras comunidades. Estos cambios movilizaron la sanción de nuevas leyes, y las modificaciones de criterios jurisprudenciales, llegando incluso a la Corte Suprema de la Nación. Estas variaciones también tuvieron su correlato en lo referido a la evolución del orden público interno e internacional en nuestro país.

A partir del análisis de este proceso evolutivo,

abordaremos ciertos planteamientos jurídicos suscitados, -tanto en la faz doctrinaria como jurisprudencial- en relación a estas transformaciones, arribándose a criterios que pueden resultar novedosos, o tal vez, impensados, para quienes, décadas pasadas, sostenían formulaciones pétreas con referencia a estos temas.

En virtud de estas apreciaciones, proponemos en este trabajo, el estudio de estos fallos jurisprudenciales y de las posturas doctrinarias predominantes en cada tramo del trayecto seguido por los cambios legislativos, y a partir de estas herramientas jurídicas, ahondar en sus efectos y consecuencias en cada caso, con el objetivo de desentrañar la forma en que se produjo la evolución del orden público internacional en lo relativo a matrimonio en la República Argentina, como también los alcances logrados en dicho proceso.

### El orden público internacional

Se ha conceptualizado al orden público como lo más valioso de un régimen jurídico. Y al orden público internacional como el conjunto de principios y disposiciones que rige en los casos con elementos extranjeros, sirviendo de freno a la importación de derecho extranjero convocado por las normas directas o indirectas de derecho internacional privado (o por la autonomía de la voluntad) para la resolución de ellos. <sup>2</sup>

Enseñaba el maestro Goldschmidt que “el orden público internacional tiene por función la de defender los valores del Derecho propio contra el Derecho extranjero, que en sí resulta aplicable según las normas del DIPr”. <sup>3</sup>

Esta valoración de la posible aplicación del Derecho propio frente al extranjero, se efectúa desde dos parámetros diferentes: uno es en sentido apriorístico, cuando se considera aplicable el derecho propio frente a determinados temas, o, en sentido “a posteriori”, esto es, cuando se examina el derecho extranjero desde el punto de vista de su compatibilidad con los valores del nuestro, para que, en caso de ser incompatible, se desecha la aplicación del derecho foráneo, aplicándose el nuestro. En ambas situaciones, el orden público internacional constituye una excepción a la

<sup>1</sup> Notaria-Mediadora especialista en Mediación Familiar y Empresas Familiares. Maestrando en Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Post grado Universidad de Buenos Aires. Secretaria y Docente en Centro de prevención, gestión de conflictos y Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Saucedo, Ricardo Javier. Comentario al artículo 2600 CC

y CN. Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado. 1ª Edición, Ciudad autónoma de Buenos Aires. Editorial Astrea- FEN Fundación Editora Notarial (2015), Tomo 8. Pág. 794.

<sup>3</sup> Goldschmidt, Werner. Derecho Internacional Privado. 7ª Edición, Buenos Aires. Editorial Depalma (1990), Pág. 163.

aplicación del derecho extranjero.

Por otro lado, el orden público internacional puede ser comprendido como un conjunto de normas positivas propias que impiden la aplicación del derecho foráneo, en el caso en que éste difiere de aquel. Desde esta perspectiva, ante esta situación de colisión de normas planteada, el operador jurídico local aplica su propio derecho.

Asimismo, puede ser considerado como un conjunto de principios, que constituyen la base del derecho propio, aunque no estén receptados legislativamente. Según nos comenta Caló, la Casación italiana ha expresado que el orden público internacional “se refiere a aquellos principios generales que constituyen la expresión de una exigencia tan fundamental que representa a las condiciones necesarias para la existencia misma de la sociedad, según el momento histórico en el cual se trata de aplicarlos.”<sup>4</sup> En este supuesto, el operador jurídico deberá establecer ante la situación establecida, cual es el derecho a aplicar, para posteriormente, confrontar el resultado que deriva de tal aplicación, determinando si evidencia alguna contraposición con su orden público internacional.

### Posiciones con respecto a la aplicación del orden público internacional

Como vimos anteriormente, se infiere que de cada posición adoptada, surgen diferentes efectos:

Si se asume la postura a priori, se suprime la admisión del derecho extranjero, para aplicar en su lugar, el derecho propio, movidos por el tema de fondo.

. En cambio, al asumir la postura “a posteriori”, el operador jurídico evalúa la elección del derecho aplicable a ese supuesto, de acuerdo a lo reglado por el derecho internacional privado, o lo convenido por las partes, analizando si el resultado conseguido colisiona con las instituciones sustanciales del sistema jurídico local, descartándose en ese caso de colisión, la aplicación del derecho extranjero.

Esta segunda posición fue la asumida en la redacción del código velezano, de acuerdo al artículo 14 inciso 2 de ese cuerpo legal.

Asimismo, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, CIDIP II (Montevideo, 1979), que fuera ratificada por ley 22921, dispone en el artículo 5 el mismo criterio.<sup>5</sup>

### La solución en el Código Civil y Comercial de la Nación

En nuestro Código Civil y Comercial de la Nación encontramos que se sigue las directrices de la normativa de fuente interna y convencional hasta ahora vigentes.

Así, el artículo 2600 CC y CN establece que “las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.<sup>6</sup>

Concibe al orden público internacional como un conjunto de principios que deberán ser meritados una vez que se ha determinado el derecho aplicable al supuesto que presenta contactos extranjeros relevantes.

La excepción de orden público conlleva a desplazar la ley extranjera indicada por la norma de conflicto en virtud de que lesiona las convicciones sociales y jurídicas dadas en una comunidad determinada, debiéndose emplear, en tal caso, una norma concordante con aquéllas, resultando aplicable por lo general, la ley del foro. El juzgador, entonces, va a rechazar la aplicación de esa norma extranjera por su incompatibilidad con los postulados locales.<sup>7</sup>

Dentro del análisis llevado a cabo para determinar esa incompatibilidad, el juzgador deberá examinar la ley extranjera aplicable al caso específico de acuerdo a la norma de conflicto, delinear la solución buscada para cotejarla con las exigencias del orden jurídico del foro. Batiffol - Lagarde han expresado al respecto, que el juez no está emplazado a comprobar la compatibilidad con el orden público internacional sino sólo los efectos jurídicos susceptibles de ser producidos por la norma de derecho extranjero declarada aplicable.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Casación, 14/4/1980, n. 2414, en Foro it, 1980, I, 1304. Cit. por Calò, Emanuele, “La planificación patrimonial internacional del Derecho de familia y de sucesiones”, 1ª Edición, La Plata, FEN-Fundación Editora Notarial, 2014, p. 179.

<sup>5</sup> La ley 22921, en su artículo 5 determina que “ la ley declarada aplicable pro una convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considere manifiestamente contraria

a los principios de su orden público”. Consulta on line: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-22921-193666/texto>, compulsada el 25/6/2023.

<sup>6</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª Edición, La Plata. Fundación Editora Notarial. FEN (2014).

<sup>7</sup> Mayer, Pierre. “Droit International Privé” 4ª Ed - París 1991 n. 201. Cit en Mendez Costa, María Josefa “Sobre divorcio vincular y orden público”, JA-1997-IV, p. 661.

<sup>8</sup> Batiffol, Henri y Lagarde, Paul “Traité de Droit International

## El contenido variable del orden público internacional

Si bien estas directivas o principios seguidos que refieren expresamente a los rasgos propios de la comunidad dada, a sus usos y costumbres, conforman la estructura y sustento del ordenamiento jurídico de la misma, no obsta a que dichos parámetros señalados puedan mutar, debido a que no son directivas pétreas.

Hay determinadas circunstancias que establecen que hay cierta relatividad en el orden público internacional, ya que éste no responde a una concepción inmutable y definitiva. El contenido de los principios rectores que lo sustentan, están sujetos a las convicciones y creencias que predominan en determinadas épocas en una comunidad específica.

Siguiendo a Batiffol - Lagarde, nos explican que “las condiciones de validez de un acto sometido a una ley extranjera no pueden ser consideradas contrarias al orden público si posteriormente la ley (del foro) ha sido modificada y resulta semejante a la ley extranjera. Inversamente, la modificación de la ley del foro puede volver contraria al orden público una ley extranjera que lo era conforme al momento de los hechos. Es solo muy excepcionalmente que se ha aplicado la concepción antigua del orden público.”<sup>9</sup>

La Dra. Scotti nos dice al respecto que se debe considerar los rasgos delimitantes del orden público, que son, su variabilidad y su actualidad. Los principios que lo componen deben ser ponderados al momento de resolverse el caso, y no según los principios que se hallen vigentes al tiempo en que ocurren los hechos.<sup>10</sup>

Otro elemento coincidente estriba en las convicciones sociales predominantes, que son inconstantes. Se ha dicho que el juzgador debe interrogarse más sobre la opinión pública nacional en su conjunto, que sobre su propia opinión, considerando que las respuestas de los diversos medios sociales puede presentar particularidades de intensidad.<sup>11</sup>

Esta evolución verificada tanto en la legislación como en la opinión social, puede ser tan cambiante que hasta logra impedir una formulación de una tabla detallada de las normas calificadas como de orden público.

Podría entenderse que hay cuestiones de razonabilidad que fundamentan el criterio de que deberá el juzgador considerar el orden público en su estado contemporáneo. Siguiendo a Mayer, quien ha dicho que “el juicio que va a rendir no debe ni herir un sentimiento colectivo, ni ir en contra de una política legislativa del foro: ese sentimiento y esta política son, bien entendido, los del momento en que se produce el juzgamiento.”<sup>12</sup>

## El criterio de variabilidad del orden público internacional con respecto al matrimonio

Esta mutabilidad de los principios rectores o directrices del orden público internacional se ha podido observar en lo concerniente a la institución matrimonial. Las variaciones ocurridas en torno a esta institución, que derivaron en innovaciones legislativas en el plano interno, motivaron el cambio o evolución de los criterios estructurales de la consideración del orden público.

Se ha dicho que el concepto jurídico de familia, al igual que el de matrimonio, no está atado a la naturaleza, es un concepto que depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida. Se lo considera entonces una creación cultural, y por ende, de condición cambiante.<sup>13</sup>

Asimismo, las relaciones familiares han de ser contenidas y consideradas con respeto en cada Estado Nacional, por estar especialmente relacionadas con los derechos inherentes a la persona humana, contando el sistema protectorio de estos derechos, con un marco jurídico internacional que los ampara expresamente. La mentada construcción de la subjetividad de la persona hallará su piedra basal en un sistema jurídico que salvaguarda los actos y hechos llevados a cabo por el sujeto.

En lo referido a la postura adoptada por la

Privé” 8ª Ed - París 1993, TI, n. 358, texto y nota n.1. Cit en Mendez Costa, María J cit en nota anterior.

<sup>9</sup> Batiffol, Henri y Lagarde, Paul “Traité de Droit International Privé” 8ª Ed - París 1993, TI, n. 358, texto y nota n.1. Cit en Mendez Costa, María J cit en nota 5.

<sup>10</sup> Scotti, Luciana B. “Validez de un matrimonio celebrado en el extranjero. El principio de actualidad del orden público internacional” Publicado en: DFyP 2017 (octubre), 73 - LA LEY 18/10/2017, 5 - LA LEY 2017-E, 543 Cita: TR LALEY AR/DOC/2085/2017, p. 3.

<sup>11</sup> Mayer, Pierre. “Droit International Privé” cit. en nota 5, p. 662.

<sup>12</sup> Mayer, Pierre. “Droit International Privé” cit. en nota 5, p. 662.

<sup>13</sup> Iñiguez, Marcelo D. (2014). “Relaciones de familia en el derecho internacional privado.” Publicado en: Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 135 - Cita Online: AR/DOC/4327/2014.

jurisprudencia de nuestros tribunales, encontramos diferentes criterios, incluso se permite trazar una trayectoria de la evolución operada en las apreciaciones judiciales y doctrinarias asumidas respecto de la admisión de los matrimonios celebrados en el extranjero, en cuanto a su validez y los efectos jurídicos en nuestro país, mediando un impedimento de ligamen al momento de la celebración.

### **Diferentes posturas con respecto al contenido variable del orden públicointernacional en materia de matrimonio**

En la etapa previa al dictado de la ley de divorcio vincular en nuestro país, se sostuvo una gran discusión doctrinaria en el seno del Derecho Civil con respecto a los criterios de admisión de la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero con impedimento de ligamen, encontramos posiciones que difieren:

. La postura que se inclinaba por la nulidad de dichos matrimonios llevados a cabo en el extranjero, entendía que se aplicaba la teoría de la especialidad en lo concerniente a nulidades matrimoniales, con la posibilidad de ser instadas dichas acciones sólo por los legitimados legalmente, no pudiendo ser atacado dicho acto fuera de estos casos, resultando entonces válido. Los partidarios de esta posición, solicitaban por razones de seguridad jurídica, un juicio de nulidad. La tesis de la nulidad consiguió entonces, introducir en nuestro país, el divorcio.<sup>14</sup> Esta postura fue la adoptada por la Suprema Corte de Buenos Aires, en el caso “B.N.A. contra Provincia de Buenos Aires” resuelto en 1987, que revocó lo resuelto por el Instituto de Previsión Social y el Poder Ejecutivo, que había desestimado la concesión de beneficio previsional a una viuda, por haber contraído nupcias con el causante mediando impedimento de ligamen, se consideró, de tal manera, que el matrimonio había sido celebrado en fraude a la ley argentina.<sup>15</sup>

. La postura que entendía que en tales casos, era de aplicación complementaria de lo reglado para nulidades de actos jurídicos, resultando ser decretada de oficio, por revestir tal nulidad, el carácter de manifiesta y absoluta.

. La postura que sostenía que el matrimonio celebrado en tales condiciones, era inexistente. Dentro de esta tesitura, Llambías argumentaba que había ausencia de consentimiento matrimonial. Por

su parte, Borda y Bidart Campos fundamentaban la sanción de inexistencia, en que había defecto de forma, ya que el acto no había sido otorgado ante el oficial público competente. A su vez, Molinario se basaba en que dicho acto se había otorgado violando la legislación, tanto el orden interno como el Derecho Internacional Privado argentinos. Esta teoría abroquelaba resueltamente el principio de la indisolubilidad del matrimonio.<sup>16</sup>

La postura que se basaba en la falta de efectos extraterritoriales, con motivo de que el acto había sido llevado a cabo transgrediendo el orden público internacional, desconociéndosele validez, no siendo menester evaluar si en el caso se daba un supuesto de nulidad. Así fue la postura sostenida en los casos “Rosas de Egea contra Instituto de Previsión Social”, en un decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1965, que buscó el propósito de amparar la indisolubilidad del matrimonio, y “M.G. de Z., M. sucesión”, que motivó un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en 1973. En éste último, se decidió, con voto mayoritario, que se privaba de efectos jurídicos en nuestro país a un matrimonio celebrado en fraude a la ley argentina, como sanción a la violación de los principios del orden público interno e internacional, y consideraron innecesario analizar el caso respecto de su nulidad. Asimismo, sentó como doctrina obligatoria la innecesidad de impulsar la acción de nulidad establecida en la ley 2393 para denegarle eficacia a la partida del matrimonio contraído con impedimento de ligamen celebrado in fraudem legis.

Encontramos esta postura expuesta tanto en fallos dictados durante la vigencia de la ley 2393, como también en algunos decisorios, estando ya entrada en vigor la ley 23.515, tal es el caso “Solá, J. V. s/ sucesión ab intestato”, (1994) en el que se adoptó esta posición en primera y segunda instancia.

Podemos establecer entonces estos dos criterios formulados frente a la consideración de la validez de un matrimonio celebrado extraterritorialmente in fraudem legis, con impedimento de ligamen: por un lado, la teoría de la nulidad, que examinaba las causales al momento de celebrarse el acto; y por el otro lado, la teoría de la ineficacia, que fundaba su análisis en indagar acerca de la factible vulneración del orden público internacional.

Esta última doctrina señalada, la de la ineficacia, al focalizar la observación en torno al orden público internacional, ponderó las particularidades que lo

<sup>14</sup> Goldschmidt, Werner. Derecho Internacional Privado. 7ª Edición, Buenos Aires. Editorial Depalma (1990), Pág. 329.

<sup>15</sup> LA LEY, 1988-A, 154, cit. por Scotti, Luciana B. en cita de

nota 8.

<sup>16</sup> Goldschmidt, Werner. Derecho Internacional Privado. 7ª Edición, Buenos Aires. Editorial Depalma (1990), Pág. 329.

determinan: su variabilidad y su actualidad.<sup>17</sup>

Esta cualidad de variable, que se relaciona con los cambios operados socialmente con el transcurso del tiempo, le confiere entonces el rasgo de actualidad al conjunto de principios integrantes del orden público internacional, pudiendo considerarse aceptable algún principio en los tiempos presentes, cuando el mismo era inaceptable o intolerable en oportunidades pasadas. Estas circunstancias generan modificaciones de valoraciones en el derecho interno, que receptan las mutaciones de convicciones, acontecidas previamente en el ámbito social.

En lo concerniente a la evolución en los criterios referidos a la evaluación de los principios fundantes del orden público internacional, Saucedo la ejemplifica con la institución matrimonial, por los cambios experimentados en la misma en las últimas décadas.<sup>18</sup>

### **Evolución operada en nuestra doctrina y jurisprudencia con respecto al criterio de variabilidad del orden público internacional referido al matrimonio**

La evolución operada en nuestro derecho con respecto a las valoraciones acerca de los principios concernientes al orden público interno e internacional en materia de matrimonio se ha manifestado en posiciones enfrentadas con respecto a amplificar o cercenar la aplicación del derecho foráneo. Puede ser interpretada esta evolución en varios estadios.

Esquemáticamente éstos son:

1. Situación planteada durante la vigencia de la ley 2393.

En esta primera etapa, -salvo el breve período, entre 1955-1956, de vigencia del artículo 31 de la ley 14394 en el que se permitía la procedencia del divorcio vincular- no se contaba con legislación que contemplara la posibilidad de divorciarse vincularmente en nuestro país. Se consideraba de orden público interno e internacional la

indisolubilidad del vínculo matrimonial, por tanto, no eran admitidos los matrimonios celebrados en el extranjero, por personas casadas en el país, que aunque se hallaban separadas legalmente, persistía el lazo matrimonial inicial, por tanto, las ulteriores nupcias eran tratadas como llevadas a cabo in fraudem legis de nuestro país.

Tal como lo explicamos previamente, se debatían las posturas entre los partidarios de la teoría de considerar a estos matrimonios celebrados en el extranjero como nulos, y la otra postura que entendía que era un caso de inexistencia.

En lo referido a los criterios jurisprudenciales, encontramos decisivos que avalan la tesis de la inexistencia, en los casos "Rajil",<sup>19</sup> "Gogenuri, José R."<sup>20</sup> y "Dorrego Elena Amanda".<sup>21</sup>

Por la nulidad, encontramos el pronunciamiento, de 1961, de la Cámara Nacional de Trabajo, en el plenario arribado en el caso "Juan Baccaro".<sup>22</sup>

2. Situación establecida a partir de la vigencia de la Ley 17711:

Con la promulgación de esta ley, se establece en el artículo 68 bis que en el ejercicio de la acción de alimentos provisionales entre esposos no es procedente la previa discusión sobre la validez legal del título o vínculo que se invoca, excepto en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero. Así se rechaza la demanda de alimentos provisionales sin una previa anulación formal del matrimonio, admitiendo entonces, la inexistencia del mismo.

Asimismo, modifica el artículo 86 LM (ley 2393), en el que en su nueva redacción incluye a los descendientes y ascendientes, dentro del elenco de titulares de la acción de nulidad luego de acaecido el fallecimiento de uno de los cónyuges del matrimonio inválido, si esta nulidad aparece como cuestión previa de otra principal, como la acción de petición de herencia o hereditatis petitio.<sup>23</sup>

Con referencia a los fallos jurisprudenciales que se pronunciaron en este período, encontramos el caso "Rosas de Egea, Manuela".<sup>24</sup> En este caso, la actora había contraído nupcias en 1938 en

<sup>17</sup> Scotti, Luciana B. "Validez de un matrimonio celebrado en el extranjero. El principio de actualidad del orden público internacional. Publicado en: DFyP 2017 (octubre), 73 - LA LEY 18/10/2017, 5 - LA LEY 2017-E, 543 Cita: TR LALEY AR/DOC/2085/2017.

<sup>18</sup> Saucedo, Ricardo Javier. Obra cit. en nota 1, p. 795-796.

<sup>19</sup> C.N.Crim. y Corr. en pleno, s. del 21/VIII/1959, ED t.7. p.350. Cit. por Goldschmidt, Werner. Derecho Internacional Privado. 7ª Edición, Buenos Aires. Editorial Depalma (1990), Pág. 330.

<sup>20</sup> C.N. Civ en pleno, s. del 26/VIII/1960, LL, t.100, p.187. cit.

en op cit en nota 18. En este fallo se hizo referencia a la ininscriptibilidad en el Registro Civil del matrimonio por su inexistencia.

<sup>21</sup> C.N. Civ, Sala A, s. del 29/XI/1960, LL, t.101, p. 933. cit. en op cit en nota 18.

<sup>22</sup> C.N. Trab en pleno, s. del 14/VII/1961, ED, t.1, p. 218. cit. en op cit en nota 18.

<sup>23</sup> Goldschmidt, Werner cit. en op cit en nota 18, p. 331.

<sup>24</sup> CSJ de 12/6/1969, ED, t. 27, p.430, fallo 13889, cit. por Goldschmidt, Werner cit. en op cit en nota 18, p. 331.

Avellaneda, provincia de Buenos Aires, divorciándose posteriormente en México. Se lleva a cabo una inscripción de nota marginal del divorcio en el acta de matrimonio en el Registro Civil de la ciudad de Avellaneda. La actora contrae segundas nupcias en 1960 en México, con un viudo que se hallaba afiliado a la Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Independientes.

El decisorio de la Cámara consideró válido el derecho a pensión en favor de la actora, por reconocer validez al matrimonio celebrado en México, con impedimento de ligamen en fraude a la ley argentina, hasta tanto se declare la nulidad del mismo por tribunal competente. Esta sentencia fue recurrida por el Consejo Nacional de Previsión Social, llegando así el caso a la Corte Suprema.

En una postura opuesta a la sostenida por la Cámara, la Corte entendió que, sin necesidad de obtener la nulidad del matrimonio celebrado extraterritorialmente en las circunstancias referidas, las autoridades locales tienen la facultad de no reconocerle validez dentro de nuestro territorio. Aunque el acto relacionado resulte válido según la normativa del lugar de su celebración, al que no corresponde imponer el régimen jurídico argentino, ya que podría importar afectar principios de soberanía, esto no implica que nuestra nación deba admitir la extraterritorialidad de dicho acto, si éste contraría principios fundamentales de orden público interno e internacional, de acuerdo a nuestro Derecho positivo.

Se rechazó asimismo la tesis de la exclusiva aplicación del régimen de nulidad de la ley matrimonial, ya que, de haberla admitido, la Caja carecería de legitimidad para accionar por nulidad.

La Corte, mediante este decisorio, admitió que, sin sentencia de anulación o de declaración de nulidad, cualquier autoridad puede partir de la inexistencia de un matrimonio celebrado extraterritorialmente - en estas condiciones-, no reconociéndole validez en el territorio de la República Argentina.<sup>25</sup>

Entendió que la actora había realizado el acto con conocimiento de que estaba infringiendo la ley argentina, y, por tanto, no puede ampararse en el mismo para reclamar los beneficios previsionales, provenientes de su condición de viuda de su segundo esposo.<sup>26</sup>

Unos años más tarde, la Corte da comienzo a una

nueva jurisprudencia, en el caso “Sanmartino de Wescamp, Aída”, con dictado de sentencia en 1975, en el que se hace una distinción de los efectos resultantes para el Derecho Civil (involucrando al Derecho de familia y al Derecho sucesorio) de aquellos que atañen al Derecho Previsional.

Así, desde la perspectiva del Derecho Civil se mantiene la misma postura que la asumida en el fallo “Rosas de Egea, Manuela”, mientras que, desde la óptica del Derecho Previsional, se implementa como fundamento de la pensión la legitimidad del ligamen matrimonial por la efectiva convivencia y los fines de asistencialidad. Con respecto a ésta última perspectiva, entendió que, de admitirse en sede administrativa esta fiscalización de las relaciones jurídicas privadas de las personas, (en este caso, el control de validez del matrimonio celebrado extraterritorialmente) se le estarían delegando facultades que le son propias al Poder Judicial. La autoridad administrativa no puede desconocerle efectos jurídicos a los vínculos matrimoniales por presuponer que son contrarias a las leyes, argumentando la inoponibilidad del título que los acredita y cuya validez formal no desconoce.<sup>27</sup>

3. Situación establecida a partir de la vigencia de la Ley 23515:

Con el advenimiento de la ley 23515 de divorcio vincular, se modificó el Código Civil vlezano, vigente en ese momento, permitiendo la disolución de la unión matrimonial. Esto marcó uno de los hitos históricos en el derecho civil argentino, fijando la modificación del principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial que imperaba hasta ese momento, salvo el período breve de vigencia del artículo 31 de la Ley 14394.

Observamos así, la variabilidad operada en nuestra sociedad en cuanto al principio de orden público de indisolubilidad del lazo matrimonial.

En este supuesto podemos citar el fallo “Solá, Jorge V. s/sucesión ab intestato” de 1996<sup>28</sup> Coincidimos con Scotti, en que este leading case contiene doctrina que inicia una tendencia a ser aplicada por nuestra Corte en lo sucesivo, como así también por parte de los tribunales inferiores.<sup>29</sup>

Los hechos del caso se detallan de la siguiente forma: a) J.V.S. y S.A.D. contraen matrimonio en Buenos Aires en 1974; b) en 1979 se declara el divorcio no dirimente de los cónyuges citados, ante la justicia civil argentina, de acuerdo al proceso

<sup>25</sup> CSJ de 12/6/1969, ED, t. 27, p.430, fallo 13889, cit. por Goldschmidt, Werner cit. en op cit en nota 18, p. 331.

<sup>26</sup> Scotti, Luciana B. op cit en nota 16, p. 5.

<sup>27</sup> Scotti, Luciana B. op cit en nota 16, p. 5.

<sup>28</sup> Fallos 319:2779 y JA 1997-IV, 654, con nota de María Josefa MÉNDEZ COSTA.

<sup>29</sup> Scotti, Luciana B. op cit en nota 16, p. 9.

previsto en el artículo 67 bis de la ley 2393; c) en 1980, J.V.S. se casa con M.C.F. en la República del Paraguay; en 1989 es convertido en divorcio vincular el anterior divorcio por el Juzgado interviniente; d) en 1994 J.V.S. fallece en la provincia argentina de Córdoba.

El juicio sucesorio del causante J.V.S. es promovido con fecha 8/2/1994 por M.C.F., invocando su calidad de cónyuge supérstite, y con fecha 11/2/1994 también lo promueve su sobrino E.D.S.. No se denunció en este caso, la existencia de ascendientes ni de descendientes.

En Primera Instancia se resuelve no reconocer efectos territoriales en la República Argentina al matrimonio invocado por M.C.F., como fuente de su vocación hereditaria, entendiéndose que carecía, por ende, de legitimación para tramitar el sucesorio. Esta resolución es apelada por M.C.F.

La sentencia de Cámara de fecha 5/8/1994 confirma la sentencia de primera instancia. Entre sus argumentos hace mención a la teoría del desconocimiento de eficacia extraterritorial o de validez internacional de segundas uniones, expresada por el Dr. Barraquero, y sostenida, y en ciertos casos, sistematizada con algunas mejoras, por otros juristas reconocidos, tales como el Dr. Belluscio. Esta tesis es adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case*, “Rosas de Egea.” desde 1969 en adelante.

El Tribunal hace distinciones entre esta teoría y la de la nulidad. Entre estas diferencias, se enumera la circunstancia de que la nulidad se rige por la ley de celebración, mientras que la ineficacia se funda en la aplicación de la ley argentina; la nulidad tiene efecto internacional, debido a que la sentencia que anula un matrimonio extranjero debe ser reconocida por el resto de los países, a diferencia del desconocimiento de eficacia, con efecto solamente en nuestro país. También se visibiliza otra diferencia en que sólo la nulidad está sujeta a la legitimación activa y a la caducidad, no siendo así en el supuesto del desconocimiento de eficacia extraterritorial.

A su vez, manifestó que la doctrina plenaria no quedó sin efecto por las modificaciones introducidas legislativamente, ya que en éstas, se alude a casos de nulidad, que no son aplicables a este supuesto.

Entendió que el cambio de valoraciones producido por la sanción de la ley 23.515 que, al introducir la posibilidad de divorcio vincular en nuestro país, admitió que ya no integra el orden público interno la indisolubilidad del vínculo matrimonial, pero sigue vigente el principio de monogamia, el que se halla protegido por el

impedimento de ligamen. Se analizó la aptitud nupcial del causante al momento de contraer segundas nupcias en 1980, y se entendió que, en ese momento, él había conseguido sentencia de divorcio no dirimente en 1979, persistiendo el vínculo marital con su anterior cónyuge. Será en 1989 cuando el causante adquiere aptitud nupcial, al decretarse la conversión de su divorcio anterior, en vincular, careciendo esta sentencia de carácter retroactivo. Así, la Cámara entendió que el causante no tenía aptitud nupcial al celebrarse el segundo matrimonio en Paraguay, en 1980, desconociéndose sus efectos en la República Argentina, por aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado – artículo 11 del Tratado de Derecho de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1940.

Por apelación, llega el caso a la Corte Suprema, donde se analizó la satisfacción de los presupuestos de validez de una situación originada extraterritorialmente, que desplegará efectos en el foro, efectuando ese examen desde el derecho internacional privado de nuestro país. Así, de acuerdo a lo dispuesto en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, para el supuesto de connubio celebrado en otro país contratante, mientras subsistía algún impedimento dirimente –tal como la vigencia de un ligamen anterior, no obliga a los otros países contratantes el deber de no reconocer la validez, sino que queda a consideración del orden público internacional del Estado requerido determinar la respuesta adecuada al espíritu de su legislación.

La Corte entendió que el orden público internacional es un concepto intrínsecamente variable, que enuncia los principios sustanciales de una estructura jurídica relativos a una comunidad específica, de ahí que su contenido se forme con las opiniones y creencias predominantes en cada circunstancia histórica – social en un estado determinado. Por tanto, se debe aplicar el criterio de actualidad al efectuar el análisis jurídico del caso.

En referencia al principio de la disolubilidad del matrimonio por divorcio vincular, el alto Tribunal expresó que el mismo había sido introducido en el derecho matrimonial positivo de nuestro país jurisprudencialmente en forma inicial, para luego consagrarse legislativamente con la sanción de la Ley 23.515. Así, la ley citada receptó nuevas pautas de valoración sustancial al adoptar la ruptura del vínculo matrimonial anterior por divorcio - permitiendo recuperar la aptitud nupcial-, también extensible a los procesos en trámite y/o sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada tanto extranjeras como nacionales, susceptibles de ser

transformadas en sentencias de divorcio.

La Corte arriba a la conclusión de que, con motivo de las variaciones acaecidas en el derecho matrimonial argentino, y por aplicación de las pautas de actualidad del orden público internacional, ya no conformaría un interés para el sistema jurídico de nuestro país, oponerse frente a un matrimonio celebrado en el extranjero en las circunstancias que el mismo se llevó a cabo, o sea, con un impedimento de ligamen. Debido a estos fundamentos, el Alto Tribunal revocó la decisión judicial de la instancia anterior, otorgándole entonces legitimación a la recurrente (cónyuge supérstite en segundas nupcias) para iniciar la sucesión del causante.<sup>30</sup>

En este fallo, se observa el derrotero seguido en las apreciaciones jurídicas relativas a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, operadas en los principios de orden público en nuestro sistema jurídico. A la luz de los criterios innovadores que consideran al de la actualidad como una nueva perspectiva para evaluar los hechos examinados, se concluyó en que los principios de orden público son mutables, ya que obedecen a las creencias y a las convicciones imperantes en una comunidad específica.

Este criterio también lo sostuvo la Corte en el caso “Courouyan, Rodolfo sobre sucesión ab intestato”, de 14 de marzo de 2017. La cuestión versó acerca de la validez de un matrimonio celebrado extraterritorialmente en 1978, por la Sra Pellis y el Sr Courouyan, con impedimento de ligamen, ya que la contrayente se hallaba divorciada del Sr. Videla, en Argentina, en 1972, en los términos de la ley 2393, que no disolvía el vínculo matrimonial. El Sr. Videla fallece en 1983.

En Primera Instancia se reconoció el carácter de cónyuge supérstite a la sra. Pellis en el sucesorio del Sr. Courouyan. En cambio, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, sala J, revocó el fallo de la instancia previa, cuestionando la aptitud nupcial de la contrayente, argumentado que el matrimonio entre ambos fue celebrado estando vigente la unión matrimonial anterior de la sra Pellis, subsistiendo impedimento de ligamen.

La Corte revocó el anterior decisorio, remitiéndose por analogía al caso Solá, entendiendo que se halla consolidado el criterio jurisprudencial de que el orden público internacional no es una herramienta exegética inmutable, sino variable, aplicándose criterios de actualidad. Consideró que jurisprudencial y legislativamente, con la sanción de

la ley 23515, se introdujo el principio de la disolubilidad del matrimonio civil, careciendo la autoridad judicial de interés en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en época pasada en el extranjero, mediando un impedimento de ligamen.

Coincidimos con Scotti, en que, aunque hayan pasado tantos años desde la vigencia de la ley 23.515, que contempla el divorcio vincular, existan aún decisiones judiciales controvertidas en torno a este tema.<sup>31</sup>

## Reflexiones finales

El análisis del recorrido de los criterios relativos al reconocimiento de validez jurídica en el ámbito de nuestro país, al matrimonio celebrado extraterritorialmente con un impedimento de ligamen nos ha permitido establecer el modo, los mecanismos y fundamentos jurídicos delineados en esa trayectoria. Los criterios tan arraigados, pilares de instituciones que han sostenido, a través del Derecho, los vínculos matrimoniales, precursores de los familiares, han evolucionado, acompañando las variaciones profundas, operadas en el seno de nuestras comunidades.

Si bien estas directivas hacen a la idiosincrasia, usos y costumbres que sustentarán nuestro régimen legal, aún así, pueden ser modificadas, ya que no significa que sean pétreas e inmutables. Existe un carácter de variabilidad en los principios que nutren al orden público interno e internacional en lo atinente a la institución matrimonial en nuestro país. Luego de atravesar crisis culturales y sociales, que generen cuestionamientos jurídicos a la normativa establecida, a los perfiles doctrinarios o decisorios judiciales, la respuesta que la comunidad jurídica ofrece, es la de adaptarse a esos cambios.

Así van naciendo nuevos paradigmas jurídicos, novedosos carriles interpretativos en un contexto de acabados conocimientos de las figuras legales a la luz de criterios de actualidad, en beneficio de los operadores del Derecho, para garantizar un apropiado decisorio judicial que logre desentrañar los principios aplicables a las cuestiones planteadas.

Las soluciones deberán ser aportadas invariablemente, desde la óptica del valor intrínseco de la Justicia. Siempre es bueno considerar que, en momentos de desconcierto, son los valores los que guían.

<sup>30</sup> Fallos 319:2779 y JA 1997-IV, 654, con nota de María Josefa MÉNDEZ COSTA.

<sup>31</sup> Scotti, Luciana B. op cit en nota 16, p. 1.

# Gestación por sustitución

## Una laguna jurídica que vulnera derechos convencionales <sup>1</sup>

Por Martín Esteban Mason <sup>2</sup>

### Introducción

Las nuevas tecnologías nos sorprenden a diario en un mundo globalizado donde las familias no son ajenas a sus constantes avances. Como bien sabemos, el concepto de familia es amplio y lentamente inició un proceso de reconocimiento de derechos hace más de sesenta años, brindado protección por nuestros días a los matrimonios o uniones convivenciales entre personas de igual o distinto sexo o género y a proyectos de familias monoparentales o ensambladas, entre otras.

También, las relaciones de familia se vieron atravesadas a procesos de profundos cambios a partir del descubrimiento del ADN. Gracias a ello, muchas personas o familias que tenían y tienen dificultades para lograr el embarazo, pudieron concretarlo a través del uso de determinadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA).

Teniendo en consideración el desarrollo y considerable aumento de parejas, matrimonios y personas que comenzaron a acceder diversas TRHA, se inició un proceso en el que sin lugar a duda se requirió la intervención del derecho para garantizar y proteger los derechos de las personas, de las familias y de los niños y las niñas involucradas.

A partir de la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) el 1° de agosto del año 2015, el capítulo V del Libro Segundo es el encargado de regular en sus artículos 558 a 593 el instituto jurídico de la filiación.

Su principal novedad, fue la incorporación de la fuente de filiación por el uso de TRHA en el artículo 558 del CCyCN. A diferencia de la fuente de filiación por naturaleza o por adopción, queda establecida por la voluntad procreacional que se plasma a través del consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a ella, de acuerdo con lo previsto por los artículos 560, 561 y 562 del CCyCN.

La filiación mediante el uso de TRHA es autónoma dado que posee elementos que le son propios y hacen que no puedan ser aplicables normas vinculadas a la filiación por naturaleza o adopción.

Puede suceder que la maternidad y/o paternidad no siempre coincida con las personas que aportaron el elemento genético y/o biológico dado que las TRHA ponen en crisis la biologización de las relaciones familiares.

Como puede observarse, a diferencia de la filiación por naturaleza, que tiene su origen en el acto sexual, la filiación derivada de las TRHA lo tiene en un acto médico y ello hace que puedan disociarse los tres elementos de la identidad: lo genético, lo biológico y lo voluntario.

Su incorporación como fuente de filiación tuvo por objeto brindar respuestas legales claras y precisas ante una laguna jurídica de gran magnitud. Sin embargo, también trajo aparejados cuestionamientos por diversos sectores de la doctrina.

En consecuencia, podemos afirmar que somos espectadores y actores privilegiados de esta revolución que trajo resultados tanto positivos como negativos. Su temática y constante desarrollo resultan de suma importancia como sensibilidad ya que se vinculan con principios fundamentales de las personas que, como sociedad, aún debemos continuar debatiendo.

A raíz de ello, se han generado fuertes debates vinculados a determinadas temáticas abordadas, suprimidas u omitidas por nuestras y nuestros legisladores que se ven reflejadas en los casos que se presentan a diario ante nuestros tribunales.

Entre las cuestiones más álgidas, se encuentra la falta de regulación vinculada a la TRHA de gestación por sustitución (en adelante GS); tema elegido para realizar la tesis de maestría.

De la lectura del artículo 562 del CCyCN, pareciera que el elemento volitivo no resulta trascendental para establecer la filiación de las personas nacidas por el uso de las TRHA dado que emplaza como progenitor/a a quien dio a luz, principio previsto para la filiación por naturaleza.

Cabe recordar que el anteproyecto de CCyCN regulaba la GS en su artículo 563, permitiendo su desarrollo en forma altruista, mediante un proceso

<sup>1</sup> La presente tesis de maestría fue defendida con fecha 11/08/2023, interviniendo como director de tesis Federico Pablo Notrica, y como jurado las profesoras María Victoria Famá y Adriana Krasnow y el profesor Jorge Osvaldo Azpiri.

<sup>2</sup> Abogado, Magister en Derecho de Familia Derecho de

Familia, Infancia y Adolescencia y Especialista en Derecho Procesal, ambas carreras cursadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y docente de la materia Práctica Profesional de la carrera de grado de abogacía dictada en la mencionada casa de estudios.

judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización.

Sin, embargo, el artículo en cuestión fue suprimido<sup>3</sup>. Entre los principales argumentos, se destacó que, al englobar dilemas de carácter éticos y jurídicos de gran envergadura, ameritaba de un debate más profundo y de carácter interdisciplinario.

Con dicha decisión, lo que no se contempló es que la falta de regulación o su no prohibición iban a traer problemas más severos para familias, niños y niñas y en definitiva para jueces y juezas que se encontraron y encuentran con la labor de resolver respecto a reconocimientos filiales y, en definitiva, identidades de niños y niñas nacidos mediante el desarrollo de dicha práctica.

Ante ello, se generan interrogantes vinculados a su reconocimiento, a la validez del desarrollo de la práctica y principalmente a las consecuencias jurídicas que deben adoptarse en nuestro país en aquellos casos donde se ha acordado, llevado a cabo la técnica o más aún cuando el niño o niña nació o está por nacer como consecuencia de su realización en nuestro país o en caso de haber sido dado a luz producto de su práctica en el extranjero.

## II) Planteo del problema

Al no encontrarse regulada ni prohibida la GS, ya que se suprimió del anteproyecto, en el trabajo de investigación se planteó que se presenta un complejo escenario legal para todas las personas que intervienen y principalmente de los niños o niñas que han nacido o están por nacer producto de la realización de dicha TRHA. Por ello, entendemos que nos encontramos ante una laguna jurídica que vulnera derechos convencionales.

Por ello, planteamos que a raíz de la supresión del marco legal que regulaba la GS y de la redacción final del artículo 562 del CCyCN, se observa que el elemento volitivo no resulta trascendental para establecer la filiación de las personas nacidas por el uso de las TRHA dado que emplazaba como progenitor/a a quien dio a luz, principio previsto para la filiación por naturaleza.

A raíz de ello, con la actual redacción del artículo en cuestión, nos preguntamos si a priori ¿podrían quedar excluidos del acceso a las TRHA y específicamente a la GS las personas solteras, unidas en matrimonio o en pareja que posean una causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos/as por medios naturales o por el uso de otras técnicas como así también aquellas personas que simplemente no pueden gestarlo por imposibilidad en función del sexo, género, identidad de género u orientación sexual?

Ante este escenario normativo, las resoluciones administrativas y/o judiciales terminan siendo azarosas en virtud de que dependen de las valoraciones personales de quien interviene, de la interpretación que realice de las normas aplicables en función de los hechos descritos y probados, de la visión jurisprudencial que pueda estar prevaleciendo al momento de su redacción, de la injerencia política que las partes puedan tener y/o de la trascendencia pública que pueda tomar la resolución a dictar, de concepciones morales, religiosas, éticas y/o filosóficas. En definitiva, de posiciones ideológicas.

Teniendo en cuenta el planteo formulado, señalamos que para dar mayor seguridad jurídica a nuestra sociedad y por sobre todo a las personas que intervienen, las familias y los niños y las niñas, su reconocimiento o prohibición debe ser regulado a través de una ley especial.

## III) Hipótesis planteadas relacionadas al contexto jurídico vigente en nuestro país

En la tesis de maestría se plantearon dos hipótesis. La primera de ellas indicaba que al eliminar el texto que regulaba la GS, las y los legisladores consideraron que no corresponde otorgarle efectos y que por lo tanto no estará permitida hasta que se debata y sancione una ley especial que la regule. Por su parte, la segunda hipótesis planteada señalaba que ante el silencio normativo, correspondería el reconocimiento de efectos a las filiaciones producto de la utilización de dicha técnica tanto en nuestro país como en el exterior, dado que nuestro país decidió no

<sup>3</sup> El dictamen de la Comisión Bicameral eliminó la GS del texto definitivo del CCyCN por los siguientes motivos: "(...) En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del artículo 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 561. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre Relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La

especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma".

prohibir explícitamente su realización y reconocimiento.

A fin de verificar alguna de las hipótesis planteadas, se consideró que revestía de suma importancia poder comprobar si con la normativa vigente, el reconocimiento podía fundarse en la voluntad procreacional como eje central para solucionar los conflictos en materia de determinación de la filiación por el uso de las TRHA.

#### **IV) Primeras apreciaciones relacionadas al reconocimiento en forma altruista**

En el primer capítulo del trabajo de investigación, examinamos el concepto de bioética y la importancia que tiene en su vinculación con el derecho. Al arribar a dicha vinculación, analizamos la primera norma sancionada en nuestro país: la Ley N° 14.208 de Fertilización Asistida de la Provincia de Buenos Aires. Ésta, estableció los valores a proteger, reconociendo la infertilidad humana como enfermedad y la cobertura médica asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por la Organización Mundial de la Salud.

Luego de ello, analizamos la Ley Nacional N° 26.862 de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas de médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida con el objetivo de poder comprender los alcances de dichas normas que fueron y son los primeros antecedentes normativos que dieron lugar a la incorporación de las TRHA como una tercera fuente de filiación en el CCyCN.

Una vez que ingresamos a la regulación de fondo, comprobamos que la filiación mediante el uso de TRHA es autónoma dado que posee elementos que le son propios y hacen que no puedan ser aplicables normas vinculadas a la filiación por naturaleza o adopción.

Como consecuencia de ello, observamos que la filiación por el uso de TRHA, tiene su origen y queda establecida por un elemento central, tal como señalamos en la parte introductoria, la voluntad procreacional.

Posteriormente, analizamos el valor que tiene la voluntad procreacional para emplazar el estado filial en los casos de filiación cuyo origen proviene de TRHA. Al abordar el artículo 562 del CCyCN, tal como manifestamos al plantear el problema, observamos que el elemento volitivo no resulta trascendental para establecer la filiación de las personas nacidas por el uso de las TRHA dado que emplaza como progenitor/a a la persona que dio a luz, principio previsto para la filiación por naturaleza.

Luego de abordar el concepto y la importancia que tiene la voluntad procreacional al referirnos a TRHA, examinamos a la técnica motivo de investigación desde el plano terminológico y conceptual e hicimos un análisis y una síntesis del anteproyecto del CCyCN que regulaba expresamente a la GS. Asimismo, examinamos los motivos de su eliminación y las conclusiones a las que se arribaron en la XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizada en la Ciudad de Bahía Blanca en el año 2015.

Una vez sumergidos en el objeto de investigación, procedimos a analizar las distintas posiciones doctrinarias que existen respecto a la práctica de las TRHA en general y de la GS en particular y de las normas aplicables. De los argumentos que expone nuestra doctrina, observamos que existen varias posturas, pero dos de ellas se encuentran bien delineadas y en sus antípodas: una a favor, que puede tener sus limitaciones o no, como por ejemplo el altruismo y otra en contra del reconocimiento de las TRHA en general y/o específicamente de la GS.

Como consecuencia de ello, nos propusimos examinar pormenorizadamente los argumentos jurídicos, interdisciplinarios y también éticos y morales, en algún punto, con el fin de arribar a nuestras primeras conclusiones vinculadas al desarrollo de la práctica, al contexto jurídico actual, a la posibilidad de su reconocimiento y a las limitaciones que puede tener desde nuestra óptica.

Como punto de partida, al analizar dos posiciones que se encuentran en las antípodas, resaltamos que ambas coinciden en que la GS es una realidad y que la legislación actual ocasiona notables inconvenientes.

Asimismo, resaltamos que los acuerdos altruistas de GS celebrados en nuestro país se van a seguir llevando a cabo y en muchos casos llegarán a la justicia con el niño o niña nacido/a y que incluso las personas o parejas continuarán viajando al extranjero a formular acuerdos de GS de carácter comercial y regresarán al país con el niño/a nacido/a.

Por su parte, señalamos que cuando referimos a TRHA, el elemento fundamental para establecer la filiación es la voluntad procreacional. Es decir, el deseo de ser padre/madre, plasmado a través del consentimiento previo, libre e informado. Por lo tanto, concluimos que la GS no es una excepción y debe seguir la misma regla.

Además de ello, resaltamos que en un instituto tan importante para el derecho de familia como es la adopción, que tiene sus propias reglas y donde prima la voluntad por parte del/la/las/los pretensos

adoptantes, ello no es objeto de debate o crítica como para eliminarla.

En cuanto a los argumentos que utilizan algunos autores en contra del reconocimiento de la GS, destacamos que señalan que se trata de un contrato inmoral, ajeno a las buenas costumbres y que afecta la dignidad e integridad moral de la mujer.

Esto, nos hizo preguntar ¿qué es moral y qué no? ¿Quién tiene la sabiduría o conocimiento para definir conductas morales? ¿Cuáles son las buenas costumbres y cuáles son las malas en una sociedad democrática donde el concepto de familia no es cerrado y puede haber múltiples formas de constituirse? y finalmente ¿qué es la dignidad de la mujer y quiénes están capacitados o capacitadas para establecerla?

Al respecto, señalamos que seguir sosteniendo que la TRHA de GS constituye un modo de comenzar a existir no acorde con la dignidad del ser humano, que exige ser fruto de un acto de amor de los padres y madres y no resultado de una creación en un laboratorio, es un argumento poco sólido, arcaico y estático dado que no contempla las nuevas formas de constitución de la familia y más aún a partir de las posibilidades que brinda la ciencia y tecnología.

Destacamos que contrariamente a lo que sostiene Sambrizzi<sup>4</sup>, no hay un acto de amor más puro y de deseo de ser padre o madre materializado a través de un procedimiento tan extenso y complejo como el de GS a diferencia de un simple acto sexual; que en muchos casos puede no llegar a tenerlo.

Con respecto a la moralidad, señalamos que no dejan de ser un conjunto de creencias individuales o colectivas que orientan acerca del bien o el mal. El desarrollo de las TRHA en general o de la GS en particular, puede resultar moral para algunas personas e inmoral para otras. Sin embargo, expresamos que lo que debe analizarse es si afecta o no a terceros que participan o no de la práctica.

Con relación a esto último, compartimos el pensamiento de que la regla es que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros. En consecuencia, en ausencia de daño demostrable para

los niños y las niñas u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debería abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades<sup>5</sup>.

Por lo tanto, expresamos que sostener la prohibición en la inmoralidad de la práctica, es un argumento endeble siempre y cuando no afecte derechos de terceras personas. En el caso de la GS en forma altruista, habiendo consenso y consentimiento libre, de todas las personas que participan en ella, no podría objetarse la misma con dicho argumento.

Por otro lado, destacamos que quienes sostienen la existencia de afectación a la dignidad de la mujer<sup>6</sup>, parten de la idea de que la mujer está en condiciones desiguales para poder decidir por sí misma. Al respecto, consideramos que dicha posición, además de ser arcaica y con tintes patriarcales, atenta contra la Convención sobre eliminación de toda violencia contra la mujer (CEDAW) y en el ámbito interno la Ley N° 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, entre otras normas.

En cuanto a la dignidad del nacido o nacida, compartimos el criterio de que no advierten por qué la dignidad, que tanto preocupa a parte de la doctrina, puede verse afectada por el hecho de que será querido/a y educado/a por alguien distinto a quien lo gestó y parió, como también sucede en los casos de adopción.

En definitiva, destacamos que no se puede subestimar la capacidad de consentir de la persona gestante con libertad y conocimiento de las consecuencias, partiendo de una idea de vulnerabilidad y/o incapacidad para decidir por sí misma.

Relacionado con la explotación, adherimos al criterio de que la falta de regulación legal es funcional a ella. Al respecto, se dice que "(...) la preocupación ante la posible explotación de mujeres es válida en muchos contextos. Indudablemente, la prohibición o silencio de la ley va a la par con el aumento en el número de mujeres que pueden sufrir explotación

<sup>4</sup> Sambrizzi, Eduardo A., *La filiación en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, (2016), p. 51.

<sup>5</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", Buenos Aires, *La Ley* 2012-E-960, (2012), p. 2.

<sup>6</sup> Sambrizzi, Eduardo A., *La filiación en el Código Civil y Comercial*, op. cit., p. 51, Azpiri, Jorge O., "La filiación en el proyecto del Código Civil y Comercial, o.p., cit., p.2., Mosso,

Carlos José., "Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial", *El Derecho*, p. 167-961, conf. Sambrizzi, Eduardo A., "Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes", Buenos Aires, *La Ley* 22/08/2017, cita online Thomson Reuters: AR/DOC/2116/2017, (2017), p. 3 y Radakoff, Diana, "Comercialización de vientres de alquiler ¿una forma de esclavitud?", Buenos Aires, 28/03/2012, (2012), p. 5.

como consecuencia de esta práctica debido a que provoca que la GS se realice al margen de la ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias”<sup>7</sup>.

Por otro lado, resaltamos que la doctrina en contra del reconocimiento de la GS recalca que estamos en presencia de un contrato de objeto prohibido<sup>8</sup> en los términos del artículo 17 del CCyCN que establece: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

En este aspecto, adherimos con dicho criterio, pero encuadrado únicamente para los casos de GS de carácter onerosa o comercial, dado que obligarse a pagar sumas de dinero a cambio de la gestación y en definitiva un niño o niña encuadraría lisa y llanamente en un supuesto de venta o trata de niños/as, de acuerdo a lo previsto por el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por ende, concluimos que su reconocimiento, como futura regulación, solo puede ser con fines altruistas basado en la solidaridad familiar o afectiva.

Con relación al concepto de solidaridad familiar o afectiva señalamos que guarda íntima relación con la noción de autonomía y autodeterminación en donde los deseos de formar o ampliar una familia se ven cumplidos por la ayuda de otro u otra, con un vínculo fuerte entre ellos/ellas.

Asimismo, destacamos que, a la hora de reconocer derechos a los niños o niñas nacidos mediante el desarrollo de una GS comercial en el extranjero, la vara y ponderación debe ser distinta ya que se encuentran en juego derechos convencionales como son la identidad, la nacionalidad y/o el emplazamiento filial.

Por otro lado, pusimos énfasis en que tampoco se puede obviar que las mujeres o personas gestantes son libres para decidir siempre que tengan la

capacidad de hacerlo y que la forma de evitar abusos no radica en la prohibición o en el argumento de la cosificación<sup>9</sup>, sino en el control mediante una ley donde resida la verdadera protección.

Como se podrá observar, no hay absolutismos ni una verdad revelada razón por la que el carácter de onerosa o no tampoco va a garantizar el libre consentimiento por parte de la persona gestante.

Por lo tanto, consideramos que establecer normas claras, puede evitar un aumento de clandestinidad, abusos e injusticias. Sin embargo, tal como preveía el anteproyecto del CCyCN, si debe contemplarse una compensación a favor de la gestante vinculada a todos los gastos que conlleve el embarazo.

En definitiva, señalamos que compartimos el criterio de Camacho<sup>10</sup> y gran parte de la doctrina a favor de su reconocimiento que consideran que, como cualquier otra práctica, muchos conflictos pueden plantearse en los casos de GS. Sin embargo, potenciales malos manejos no permiten concluir que sea objetable éticamente.

Destacamos, que el problema no está en la práctica en sí misma, sino en la inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todos y todas las partes involucradas: la persona gestante y su grupo familiar más cercano, la o las personas que tienen la voluntad procreacional y el niño o niña fruto de ese acuerdo.

En cuanto al marco legal, coincidimos que, desde la consagración constitucional y convencional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por ley y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud o a su orientación sexual, queden al margen de la posibilidad de procrear y formar o ampliar una familia.

Siguiendo con los principios constitucionales y convencionales, el principio de igualdad y no

<sup>7</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución” o.p. cit., p.3.

<sup>8</sup> Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 7° Edición, 2016, p. 320-321, Baset, Úrsula, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?”, Buenos Aires, *La Ley* 02/05/2016, cita online: TR LALEY AR/DOC/1311/2016, (2016), p.8 y Pastore, Analía, “Maternidad subrogada: Análisis jurídico de una problemática actual”, conferencia pronunciada en el Seminario “Maternidad subrogada: Enfoque interdisciplinario de una problemática actual”, Instituto de

Bioética, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 80°. Aniversario, Buenos Aires, 15-06-18, p.19.

<sup>9</sup> Lafferriere Jorge N. y Eleta, Juan Bautista, “Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva”, Buenos Aires, *La Ley*, cita online AR/DOC/3317/2017, (2017), p.4 y Pastore, Analía, o.p. cit., p.16.

<sup>10</sup> Camacho, Javier Martín, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, disponible en: <https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

discriminación, consideramos que sin lugar a duda fue el puntapié inicial para repensar el modelo de familia clásico y tradicional, produciendo una ruptura en el derecho de las familias. Para ello, se tuvo y tiene una mirada inclusiva, democrática y plural, relacionado con el derecho de toda persona a vivir en familia, de la manera que mejor se piense, con libertad y autodeterminación.

Por ende, si un familiar o una amistad de años se ofrece a cumplir y acompañar ese anhelado sueño de formar o ampliar una familia cuando la persona o pareja tiene incapacidad para gestar ya sea por incapacidad física, riesgo en la salud o vida o razones fundadas en el sexo, género, identidad de género u orientación sexual y no se afecta derechos de terceros, no vemos razones para no reconocer su práctica y menos aún prohibirla.

Con relación a la identidad del niño o niña nacido/a, destacamos que no se vería afectada ya que en su faz estática se encontraría garantizada por el derecho a conocer su origen. Es decir, su realidad gestacional, quién fue la persona que lo gestó, todo lo que rodea a ese proceso e incluso revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial.

Por su parte, respecto a su faz dinámica, señalamos que no se puede proteger ni garantizar al igual que sucede en la filiación naturaleza o por adopción. El niño o niña, la irá construyendo con el paso de los años con su familia en una primera instancia y luego con la escuela, el club, los amigos, las amigas, el barrio, la universidad, el trabajo y demás espacios a los que pertenezca o participe.

Recalamos que su interés superior será protegido y satisfecho previamente fundado en el deseo de los pretensos progenitores/progenitor/progenitora y principalmente en el marco legal que le brinde seguridad jurídica y le garantice su filiación, de acuerdo a la realidad volitiva como plantea Lamm.

Finalmente, en cuanto al contexto jurídico actual, frente al silencio y falta de regulación, la consagración constitucional y convencional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, preliminarmente consideramos que la TRHA de GS se encuentra permitida por aplicación del principio de legalidad previsto por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. Por ende, se le deberán reconocer derechos filiatorios a los niños o niñas nacidos o por nacer, analizando cada caso en concreto y en forma minuciosa.

## V) Sistemas del Derecho Internacional:

Una vez analizadas las distintas posturas que existen con relación a la GS y esgrimir los fundamentos por los que adherimos a su reconocimiento en forma altruista, procedimos a identificar los distintos sistemas que existen en el derecho comparado para confrontarlos entre sí.

Observamos que las legislaciones varían notablemente desde la prohibición absoluta pasando por la permisión en forma altruista, con autorización judicial previa o emplazamiento judicial posparto, mediante diversas formas de contratación, con legislaciones aún más laxas que lo permiten hasta en forma onerosa y finalmente otras que se llaman a silencio como sucede en nuestro país.

Luego de ello, abordamos el papel que juega el orden público internacional en el derecho y específicamente a la hora de reconocer o no emplazamientos filiales de niños o niñas nacidos en el extranjero como consecuencia de la práctica de GS en forma comercial.

Al respecto analizamos el artículo 2634 del CCyCN y observamos que el principio es reconocer el estado filial establecido de acuerdo con el derecho extranjero de conformidad con el orden público argentino; es decir sin que vaya en contra oposición a alguna norma de nuestro CCyCN y normas de jerarquía superior.

Con relación a la filiación por TRHA, señalamos que la norma aclara que también integra dicho orden público y que en los casos donde se solicita el reconocimiento de estado o inscripción de la persona nacida en el extranjero mediante dicha práctica, la decisión deberá tener en cuenta el interés superior del niño.

Por lo tanto, con la legislación actual, concluimos que el juez o jueza interviniente deberá hacer una ponderación de los derechos en juego más aún cuando se trata de un niño o niña nacido en el extranjero que vive en nuestro país con su progenitor o sus progenitores volitivos.

En definitiva, consideramos que por un lado se encuentra el orden público argentino con su falta de regulación de la GS y por el otro el interés superior de la persona nacida, su derecho a la identidad, a una nacionalidad y por sobre todo a tener una familia que lo deseo traer a este mundo y con quien se está formando y desarrollando.

Con la finalidad de ver cómo el orden público actúa, abordamos cómo trabajó y resolvió el TEDH aquellos casos donde países como Francia, Italia,

Bélgica e Islandia<sup>11</sup> no hicieron lugar al reconocimiento de emplazamientos filiales de niños o niñas nacidos como consecuencia de la práctica de GS comercial en el extranjero con fundamento en la violación al orden público internacional. Asimismo, analizamos las implicancias que tuvieron varios de estos precedentes en el Derecho Español.

Del análisis de todo el material recabado, detectamos que pese a que cada país o estado tiene su margen de apreciación nacional a la hora de regular la GS, el reconocimiento de dicho tipo de filiaciones realizadas en el extranjero primaba ante la falta de consenso internacional y principalmente entendiendo que afectaba un aspecto esencial de la identidad de las personas; que se agravaba más aún cuando se trataba de derechos fundamentales de niños y niñas donde debía primar su interés superior como resaltó el TEDH en los casos abordados.

A su vez, observamos que tanto España como Francia, no reconocían este tipo de filiaciones porque a su entender contradicen el orden público internacional al provenir de un contrato que consideran inmoral y que resulta nulo de nulidad absoluta, en virtud de que las personas están fuera del comercio y no pueden ser objeto de las relaciones jurídicas y/o que es un acto jurídico realizado en fraude a la ley y en consecuencia al orden público de dichos Estados, por ejemplo.

Pese a la expresa prohibición, detectamos que en estos casos la exigencia del orden público se atenuaba al reconocer y/o inscribir en el Registro Civil, emplazamientos filiales que provienen de relaciones jurídicas establecidas en el extranjero bajo la aplicación de normas que regulan la GS, que de no reconocerse afectarían derechos humanos tales como la identidad, la nacionalidad, el derecho a la vida privada de los menores y su interés superior.

Sin embargo, también detectamos que el criterio del TEDH comenzó a variar a partir del precedente *Paradiso y Campanelli v. Italia*, y que dio su último giro con el antecedente islandés del año 2021.

<sup>11</sup> *Mennesson v. France* (2014), *Affaire Labassee v. France* (2014), *Foulon y Bouvet v. France* (2016), *Affaire Laborie v. France* (2017), *D. and others v.s Belgium* (2014), *Paradiso and Campanelli v. Italy* (2017) y *Valdis Fjölinsdóttir y otros c. Islandi* (2021).

<sup>12</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, “F., R. R. Y OTRO C/ G. P., M. A. S/Impugnación de Filiación”, Expte. N° 33.409/2017 de fecha 28 de octubre de 2020.

<sup>13</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°4, “T. A. s/ Adopción” y “S. T., A. y OTRO s/inscripción nacimiento”, 30 de junio de 2016, Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Civil, Sala H, “S. T., A. y OTRO s/inscripción nacimiento”, 26 de octubre de 2016, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°4, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 20/10/2017, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 15/03/2018, Publicado en: LA LEY 14/09/2018, Cita Online: AR/JUR/5414/2018, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación”, 28/08/2020, cita online: AR/JUR/35471/2020, Juzgado Nacional en lo Civil N° 81, “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/impugnación de filiación”, 14/06/2017, cita online: AR/JUR/37036/2017 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, 30/10/2018.

## VII) Análisis jurisprudencial en la República Argentina

Uno de los capítulos más importantes del trabajo de investigación fue el que consistió en recolectar y analizar los precedentes jurisprudenciales que hubo en nuestro país, con la finalidad de intentar obtener respuestas acerca de cuál es la postura que adoptaron nuestros tribunales ante el vacío legislativo y si con la normativa vigente se reconocen efectos a los procedimientos de GS realizados tanto en nuestro país como en el extranjero respecto a la filiación. Es decir, verificar si alguna de las dos hipótesis planteadas podía validarse.

Asimismo, analizamos si se ha autorizado o no la realización de la técnica motivo de investigación ante una petición judicial.

Del análisis de los casos relevados, observamos que la estrategia judicial elegida no fue homogénea dado que dependió de la situación fáctica de cada caso en particular y de la normativa vigente al momento de su judicialización. Por ejemplo, si el niño o niña había nacido en el país o por una GS en el extranjero, si se encontraba en curso el embarazo de la persona gestante o si se solicitaba la autorización judicial para dar inicio a la práctica de la TRHA de GS.

Detectamos que a excepción del precedente de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>12</sup> y los casos pendientes de resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>13</sup>, se han

Apelaciones en lo Civil, Sala H, “S. T., A. y OTRO s/inscripción nacimiento”, 26 de octubre de 2016, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°4, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 20/10/2017, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 15/03/2018, Publicado en: LA LEY 14/09/2018, Cita Online: AR/JUR/5414/2018, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación”, 28/08/2020, cita online: AR/JUR/35471/2020, Juzgado Nacional en lo Civil N° 81, “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/impugnación de filiación”, 14/06/2017, cita online: AR/JUR/37036/2017 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, 30/10/2018.

reconocido efectos a las filiaciones producto del uso de la TRHA de GS o se ha autorizado su práctica y reconocimiento filial basado en la voluntad procreacional de los pretensos progenitores<sup>14</sup>.

Entre los principales argumentos que reconocen efectos detectamos que se destacan, la voluntad procreacional de el/la/las/los pretensos progenitores y del consentimiento informado de la gestante, la aplicación del principio de legalidad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional y los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Menesson y Labassee* y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo*.

Teniendo en cuenta el análisis efectuado, afirmamos que con la normativa actual de silencio y la jurisprudencia mayoritaria, a priori efectivamente podrían acceder al uso de la técnica de GS las personas solteras, unidas en matrimonio o en pareja que posean una causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos/as por medios naturales o por el uso de otras técnicas y también aquellas personas que simplemente no pueden gestarlo por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual.

Por su parte, con relación a la redacción del artículo 562 del CCyCN, inferimos que no es causal o motivo suficiente para que exista una imposibilidad de emplazamiento filial en los casos de GS pese a que establezca principio de “madre cierta es” dado que lo que debe primar es la voluntad procreacional. Sin embargo, resaltamos que resulta necesario declarar su inconstitucionalidad y anticonvencionalidad dado que establece para los casos de TRHA el principio madre cierta es; es decir que el niño/a nacido es hijo/a de la persona que dio a luz.

Para fundamentarla, consideramos que la normativa actual no prohíbe el desarrollo de la TRHA de GS razón por la que teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional (principio de legalidad), está permitida. Asimismo, otro argumento central y determinante es la voluntad procreacional cuando referimos a los casos de filiación por TRHA dado que consiste en querer engendrar un hijo/a, darle afecto, cariño, cuidado y en definitiva asumir la responsabilidad de su formación integral en el marco del derecho a una

maternidad y a una paternidad libre, responsable y sin exclusiones irracionales, respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia.

Por otro lado, recalamos que encuentra su recepción convencional en nuestro artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional que dotó con dicha jerarquía a los Tratados de Derechos Humanos allí enunciados. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, protege y garantiza la integridad personal (artículo 5.1), la libertad personal (artículo 7.1), los derechos a la vida privada y familiar (artículo 11.2) a la igualdad y a no ser discriminado (artículo 24) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme artículo 17. Por su parte, el artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prevé que toda persona tiene el derecho a construir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.

Por último, destacamos que la Constitución Nacional en su artículo 14 bis, brinda protección integral a la familia. Al no definir qué es familia, el concepto debe aceptarse en sentido amplio teniendo en cuenta el principio de igualdad previsto por el artículo 16 y de legalidad del artículo 19 del ordenamiento constitucional.

### VIII) Conclusiones:

A raíz de la investigación desarrollada, el problema y las hipótesis planteadas en el capítulo introductorio, pudimos verificar que, ante el silencio normativo, corresponde el reconocimiento de efectos a las filiaciones producto de la utilización de dicha técnica tanto en nuestro país como en el exterior, analizando el caso en concreto, dado que nuestro país decidió no prohibir explícitamente su realización y reconocimiento.

Más aún en los casos en que el niño y/o niña ha nacido, cuya negativa a reconocer derechos implicaría la vulneración de derechos convencionales tales como la identidad, la nacionalidad, el interés superior y el derecho a tener una familia.

Sin embargo, tal como adujimos en la parte introductoria, consideramos que hay una necesidad urgente de regulación dado que no hay certeza en el

<sup>14</sup> Cabe señalar, que con posterioridad a la presentación de la tesis, el 07 de junio de 2023 salió el primer fallo que adquirió firmeza de un precedente que tramitó en la Provincia de Córdoba y denegó la homologación de un acuerdo y autorización judicial para llevar a cabo la TRHA de GS (“W., B. – C., L. E. – R. T., D. S.” SOLICITA HOMOLOGACION LEY 10.305”). Entre los principales argumentos, a los que adherimos, se destacan la

desigualdad que existía entre las partes peticionantes, la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la persona gestante, tanto en cuanto a su situación socioeconómica como desde lo psicológico y del cuidado médico. Asimismo, se destacó la falta de confianza que había para con la persona gestante, lo que podía evidenciar que se trataba de una obligación prestacional y no de un acuerdo altruista basado en la solidaridad familiar o de una amistad.

resultado de los procesos por más que mayoritariamente se esté resolviendo a favor del reconocimiento de la GS y sus efectos filiales. La inseguridad jurídica está latente y los derechos convencionales en juego no pueden quedar al arbitrio de nuestros jueces y juezas.

Por otra parte, tampoco podemos dejar de resaltar que, si el silencio normativo trajo aparejadas todas estas complicaciones, su prohibición al igual que sucede en España o Francia, podrían traer iguales o peores consecuencias. Ante esto, los y las principales perjudicadas son y serán las niñas o niños nacidos tanto en el país como en el extranjero producto de la práctica de la técnica motivo de investigación.

Lo cierto, es que el derecho no puede obviar conductas y decisiones personales o familiares que acontecen en nuestra sociedad. Como vimos, hay personas o familias que acuden a las TRHA para cumplir con su anhelado sueño de tener un hijo/a y ampliar o formar una familia. Claro está, que no todos o todas puede hacerlo si tienen incapacidad física, riesgo en la salud o vida o imposibilidad en función del sexo, género, identidad de género u orientación sexual.

Por ello, consideramos que resulta de vital importancia analizar las distintas alternativas, debatirlas y sancionar una ley especial.

Asimismo, recalcamos que no debemos perder de vista el fuerte impacto emocional que tiene el desarrollo de la TRHA de GS en todas las personas que están involucradas. Desde la persona gestante y su grupo familiar, pasando por la persona o pareja que pretende ser padre y/o madre y su familia como finalmente el niño o niña nacido en lo que refiere a su origen e identidad en su faz estática. A raíz de ello, sin lugar a duda cobra verdadera importancia la intervención de la multidisciplina y en particular de la psicología como abordamos específicamente en el capítulo 7 de la Tesis.

Llegando al final del trabajo de investigación, confeccionamos el Anexo I donde plasmamos datos cuantitativos sobre un trabajo de campo en que participaron 413 personas con el fin de verificar cuánta información se tiene con relación a la TRHA de GS y qué posición tiene nuestra sociedad frente a su práctica y su posible reconocimiento jurídico.

Finalmente, el trabajo de investigación presentado contiene un Anexo II donde formulamos una propuesta de proyecto de ley especial.

# La importancia de la adopción como figura jurídica subsidiaria para garantizar el derecho a vivir en familia <sup>1</sup>

Por Carlos Fernando Gramajo <sup>2</sup>

## 1. Impronta constitucional, convencional, legal y principiología del tema investigado

El tema que constituye la base de la investigación propuesta se adscribe dentro de una problemática más amplia y de la que debemos dar cuenta: la familia, como institución sociocultural y política. Es sabido que la misma ha experimentado cambios producto de las transformaciones a nivel global que se traducen en el presente en la coexistencia de una pluralidad de formas de vivir en familia.

En este escenario, se observa el pasaje de una visión singular de familia de base vertical a un modelo flexible que abre las puertas a los distintos tipos de familia que coexisten en el seno de la realidad social. Esta situación que se observa en la dimensión sociológica, motivó y motiva el desplazamiento del Derecho de Familia para dar paso a un modelo que abierto a la apertura y respeto por la diversidad se enmarca como Derecho de las Familias, Infancias y Adolescencias.

Así, se ha pasado de un tipo tradicional de familia de base matrimonial, heterosexual, con hijos, jerarquizada, desigual y a perpetuidad, a una pluralidad de estructuras familiares que trascienden a su propia organización, al género y a la orientación sexual de sus integrantes, así como a la dinámica particular vincular que asuman.

La evolución descrita se corresponde con el movimiento de cambio que se gestó en el plano de la comunidad internacional con el desarrollo de la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos, como medio orientado a reconocer y revertir los padecimientos sufridos por la humanidad como consecuencia de las guerras mundiales.

Un reflejo de lo que digo en el plano nacional se materializó con la reforma constitucional del año 1994, la cual trajo un cambio en el sistema de fuentes interno como se desprende de su estructura que pasa

a graficarse con una pirámide aplanada por convivir en su cúspide la Constitución Nacional con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (en adelante, IIDH) de igual jerarquía incorporados como normas directamente operativas en el Derecho Interno.

Para interpretar los múltiples sentidos de la institución familiar y asegurar su debida protección es fundamental que se tenga en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha establecido, de forma coincidente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de la vida actual.

Sin embargo, lo novedoso no es tanto la variedad de realidades familiares como el incremento de las personas que se acogen a distintos modelos familiares y, sobre todo, el reconocimiento social y jurídico como tales familias. Un reconocimiento que solo ha podido producirse dentro de nuevas referencias sociales, económicas, políticas, legales y culturales.

Así, las familias, en tanto agrupamientos sociales regidos por el principio de realidad, lejos de constituirse siempre como ámbitos perfectos, armoniosos y donde reina el amor, se presentan bajo un amplio abanico de posibilidades de existencia, que van desde aquellas que reúnen las condiciones adecuadas para el cuidado, crecimiento y desarrollo pleno de todas y todos sus integrantes, hasta – desafortunadamente– aquellas que son escenarios de maltratos, violencias y vulnerabilidades de derechos respecto de quienes debieran siempre proteger.

En el marco del cambio de modelo descripto, me interesó declinar el objeto en la adopción. Cabe recordar que esta fuente filial no fue captada por el Código velezano, al entender el autor originario que no respondía a una necesidad de la época. Su reconocimiento se ubica en el año 1948 con la ley 13.252; para integrarse al articulado del CC derogado a través de la ley 24.779 del año 1997.

El CCyCN contempla esa realidad y sigue la postura que admite como algo positivo la formulación de un concepto determinado de esta fuente filial, para así dejar en claro que la adopción es una fuente filial cuyo fin primario es procurar una familia al universo de NNyA privados de una vida familiar, como se

<sup>1</sup> La presente Tesis de Maestría fue defendida en fecha 23/10/2023. Fue dirigida por la Dra. Adriana Normí Krasnow. El jurado evaluador estuvo integrado por los Dres. Olga Orlandi, Carlos Arianna y María José Fernández.

<sup>2</sup> Abogado, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán; Máster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

desprende de los términos del art. 594, cuyo texto dice: *“La adopción es 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, cuando 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 este Código”*.

Esta norma mantiene la postura legislativa por la cual la adopción hace nacer el vínculo a partir de una sentencia judicial, con la salvedad que indica *“conforme las disposiciones de este Código”*.

Este párrafo obedece a una profunda innovación que se introduce en el art. 621 CCyCN por el cual se determina la facultad judicial de respetar, modificar o crear consecuencias jurídicas con algunos o varios miembros de la familia adoptiva o de origen. Significa que la sentencia que se dicte deberá indicar los alcances y efectos y entre ellos determinará el grado de parentesco que nace, se extingue o se mantiene respecto de la familia biológica —nuclear o ampliada— o la adoptiva.

El nuevo sistema adoptivo se formuló de modo tal de dar cabida a un emplazamiento —originario o sustituyente de uno anterior— que abarca a personas tanto menores como mayores de edad.

Sin embargo, justifico el universo singular de esta investigación a los NNYA sin cuidados parentales, en virtud de la plena vigencia de la CDN, de la ley 26.061, de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), las que establecen el estatus preferente de protección del que las personas menores de edad gozan, extremo que hace que el acento los coloque en ellas.

La República Argentina ratificó varios instrumentos internacionales de derechos humanos, muchos de los cuales están mencionados en el art. 75, inc. 22, CN, comprometiéndose a garantizar el ejercicio de ellos a todos los habitantes del país. Dentro de los destinatarios de dichos instrumentos están las personas que no alcanzaron la mayoría de edad, cuyos derechos deben ser pasibles de ser satisfechos en su mayor plenitud, incluyendo los económicos, sociales y culturales, a la par que también debe prevenirse su vulneración.

De aquel punto nodal asentado en la provisión de NNYA a matrimonios de adultos que carecían de descendencia, se corre el eje a este otro: de dotación de núcleo familiar idóneo para el desarrollo de la infancia y la satisfacción plena de sus derechos.

El cambio de paradigma es sostenido por el CCyCN a partir de la formulación de un ensamble entre el Sistema de Protección de Derechos y su consecuencia más extrema, el emplazamiento adoptivo en un grupo familiar distinto al de origen.

En este marco, cobra absoluta relevancia el derecho a la vida familiar como finalidad.

La adopción procura que se efectivice el derecho de los NNYA a vivir y desarrollarse en una familia distinta a la de origen, aunque también señala que los cuidados afectivos y materiales deberán ser procurados en primer término por el grupo originario, dotando de preferencia al mantenimiento de ese vínculo.

Consciente de que el estudio del tema resultaría insuficiente si no se realiza un análisis crítico de la relación dialéctica entre Derecho y realidad, en este trabajo también me propuse dar cuenta del cruce entre los derechos humanos de los NNYA sin cuidados parentales, las tensiones que se generan a su respecto y las respuestas u omisiones que provienen del Estado en sus distintas dimensiones.

## 2. Hipótesis de la investigación

Es por ello que la hipótesis de la investigación es: *“La adopción es el camino que procura hacer realidad el derecho humano de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia, cuando el cuidado y satisfacción de las necesidades afectivas y materiales no pueden ser proporcionadas por la familia de origen, extensa o referentes afectivos. Ese proceso, estructurado sobre la base de principios de fuente constitucional y convencional, debe ser respetado por el juez y por todos aquellos que intervengan como miembros del sistema judicial o colaboren con éste desde el ámbito externo. Con esta impronta y con el propósito de que los operadores jurídicos aborden cada caso con un criterio de razonabilidad, deberán encauzar su labor siguiendo un orden normo – socio - dikelógico del fenómeno jurídico adoptivo. Este compromiso se deberá complementar con los aportes de la interdisciplina”*.

## 3. Método investigativo y su anclaje en el tema estudiado

En relación al método a seguir en una investigación jurídica trialista, consideré que correspondía observar un orden socio – normo – dikelógico, permitiendo así una vinculación, integración y enriquecimiento recíproco entre las tres dimensiones del mundo jurídico. En esta línea, los repartos de potencia e impotencia (dimensión

sociológica) son captados para su interpretación e integración por la norma y valorados tanto los repartos y las normas por el valor justicia (dimensión dikelógica). El distinguir e integrar estas tres dimensiones importa imprimir una impronta dinámica al Derecho y esto permite sostener que la Teoría Trialista del Mundo Jurídico responde a una *complejidad pura*.

La interrelación de los ejes temáticos justificó la necesidad de acudir a un marco teórico que, si bien permitía fraccionar su abordaje, a su vez tornaba factible su interrelación con visión integracionista y práctica. Es por ello que hay una interconexión constante de los diversos aspectos que integran el fenómeno en estudio. Dicha interacción me permite afirmar que la vida en familia (o el cuidado de tipo parental alternativo) es fundamental para el adecuado desarrollo psicofísico emocional de una persona menor de edad.

La interacción entre la condición de las personas menores de edad como sujetos de derecho y los cuatro principios que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) –interés superior de niños, niñas y/o adolescentes (en adelante, NNYA); no discriminación; derecho a ser oído y derecho a la vida, supervivencia y desarrollo–, evidencian la necesidad de profundizar aquellas situaciones en que se vulneran derechos de las personas menores de edad de manera particular, como es el caso de las y los NNYA sin cuidados parentales. Es decir, quienes han sido separados de su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios por haber sido dictada una medida de protección excepcional de derechos conforme a los artículos 39 y siguientes de la Ley Nacional N° 26061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y sus pares locales, provocando su ingreso al sistema de cuidados alternativos.

Como punto de partida, es posible afirmar que toda/todo NNYA siempre necesita de una familia. Es decir que, para cualquiera de ellos, especialmente para los más pequeños, la privación de los cuidados de un referente adulto, de una relación estable que le proporcione seguridad, importa un daño en su persona, siendo la adopción cuando han fracasado todos los recursos que el Derecho aporta para preservar la permanencia en la familia de origen, el camino dirigido a garantizar el derecho a vivir en familia y con ello evitar o aminorar daños en el devenir.

Va de suyo que, en principio, la familia con la que tienen derecho a convivir es aquella que les ha dado la vida. De este modo, constituye un principio jurídicamente reconocido, tanto a nivel nacional como

internacional, la preservación de todo NNA en un núcleo familiar de origen, salvo su interés superior en concreto indique lo contrario. En estos supuestos, se procurará como instancia previa, recurrir a la familia ampliada o referentes afectivos para así conservar el continente de origen. Cuando esto no resulte posible y el recurso a las figuras delegadas de la responsabilidad parental – delegación del ejercicio de la responsabilidad parental o guarda a un pariente/referente afectivo – no fueran posibles o excedan la razonabilidad de su extensión en el tiempo -, deberá pensarse en la adopción.

En este marco, la labor de investigación me permitió reflexionar desde el marco conceptual establecido por el *corpus iuris* internacional de protección de derechos de NNYA en sintonía con el derecho interno, acerca de cómo hacer efectivo el derecho a vivir en familia por el camino de la adopción.

Ello, dado el impacto de la transversalización de los derechos humanos, hecho que importó la necesidad de redefinir a la adopción como una forma específica de realización del derecho humano a la vida familiar de los NNYA.

Como se desprende de la hipótesis de partida y de la descripción que precede, el tema de investigación elegido integra una de las problemáticas que aborda el Derecho de las Familias dentro de la rama del Derecho Privado, advirtiéndose, a su vez, la íntima relación que existe con el Derecho Procesal, con el Derecho Constitucional, y en especial con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En esta línea, la reforma constitucional del año 1994 produjo un cambio en la estructura del sistema de fuentes interno que vino unido al deber de pensar los sectores que integran el Derecho Privado en clave constitucional y convencional.

Estos cambios que se extienden al Derecho de las Familias, Infancias y Adolescencias, se -reflejan en la filiación adoptiva, puesto que se despliega con sustento en los principios que la tipifican y la distinguen; actuando como medios que permiten definir, orientar, complementar, y explicitar las normas que regulan el proceso adoptivo. Justamente, este rasgo distintivo es el que motivó el interés por emprender una investigación a través de la cual se puedan brindar respuestas a los problemas que se observan en relación a la operatividad de cada uno de ellos en este tipo de filiación.

Con este propósito, realicé un estudio en profundidad de cada uno de los principios estructurales, con especial énfasis en el interés superior del NNYA, el derecho a la identidad y el correlativo deber de respeto, el agotamiento de las

posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, la preservación de los vínculos fraternos, el conocimiento de los orígenes, el ser oído/a y que la opinión sea tenida en cuenta según la edad y grado de madurez que se vincula con el consentimiento del NNyA para su adopción.

La hipótesis trazada ha sido verificada. Ello, por cuanto toda vez que una persona menor de edad – por sí misma o a través de sus representantes – intenta definir en sede judicial su situación vincular, ejercita su derecho a la jurisdicción, el que además comprende el derecho a transitar por un proceso judicial debido, conducido por un juez natural y que persigue como objeto arribar a una sentencia justa y oportuna.

Por lo tanto, los procesos adoptivos constituyen la vía tendiente – en última instancia - a garantizar los derechos o intereses individuales de las personas menores de edad afectadas, y concluyen en el dictado de una resolución que pretende ser superadora del conflicto familiar que las aqueja.

#### **4. Desarrollo de las dimensiones trialistas del mundo jurídico**

##### **4.1. Dimensión normológica**

La labor realizada en esta dimensión, me permitió confirmar la importancia decisiva de los principios que estructuran el proceso de adopción bajo la dirección de un juez que guarde especial recelo de su cumplimiento, a fin de garantizar el derecho a la vida familiar de las personas menores de edad.

Su activismo – bajo ciertos parámetros, y medida, y en causas como en las que se dilucidan intereses superiores de esta clase de sujetos vulnerables - se sustenta en la finalidad del proceso que comanda, que es la de propender la más eficaz protección de los involucrados, quienes se encuentran privados de cuidados parentales.

Del abordaje efectuado surge el impacto de las medidas de protección excepcionales en la vida psíquica del NNyA.

Su reconocimiento como sujeto de derecho implica también su resignificación como sujeto en pleno crecimiento y anclado al ambiente y que, si bien es cierto que el objetivo de las medidas excepcionales es su protección y la recuperación del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados, no es menos cierto el hecho de que, forzosamente, estas medidas implican la privación de su medio familiar originario, lo que configura una de las circunstancias de mayor trascendencia vital para cualquier persona en desarrollo constante.

Ello me permite remarcar la gravedad que tiene la separación de un NNyA de su seno familiar, por sobre todo teniendo en cuenta que durante su nacimiento y primera infancia se encuentra en una situación de desvalimiento total, a tal punto que le es imposible vivir por sí mismo/a.

En ese marco, la persona necesita del auxilio de los integrantes del mundo adulto, quienes serán los encargados de brindarle el ambiente afectivo y social esencial, para que progresivamente sobrevenga la construcción de su regulación afectiva y la constitución de su propio psiquismo. Es justamente en este proceso de edificación que precisa de un vínculo saludable con integrantes del mundo externo que a su vez funcionan como espejos. Es decir, necesita de al menos un adulto permanente y estable que no le provoque la angustia de la pérdida, y que además le devuelva una imagen de sí misma.

Advertí que, en ocasiones, frente a la práctica concreta respecto a los procesos adoptivos, los operadores del sistema de protección integral se ocupan solo de la protección y la restitución de la necesidad y no de la restitución de la demanda. En consecuencia, lo que deben asumir no son sólo esas necesidades universales no satisfechas, sino también el modo en que esa insatisfacción se inscribió particularmente en ese NNyA, configurando su demanda.

El abordaje realizado me permitió verificar que la persona menor de edad en situación de cuidado alternativo se encuentra en doble estado de vulnerabilidad. El primero tiene lugar en su contexto familiar, y el segundo, deriva de la separación efectiva de sus vínculos primarios. Dicho de otro modo, no solo se trata de NNyA que ha sido vulnerado/as en sus derechos, sino que al mismo tiempo viven una segunda vulneración asociada a las consecuencias psicológicas derivadas de la escisión afectiva.

De allí que la decisión de aplicar una medida de protección excepcional requiere de un análisis previo, ágil, transdisciplinario, que busque y logre su resguardo, para garantizarle, al mismo tiempo, acciones y abordajes que minimicen el riesgo de provocarle mayores y nuevos daños.

Es por ello que la protección de la persona menor de edad, mientras dure la medida excepcional, no debe basarse solamente en cuestiones normativas, sino que debe ser acompañada y fundada en un abordaje integral de cuidado real y simbólico, que le garantice un ambiente de protección, atención y acompañamiento, ya sea que se encuentre en un dispositivo de cuidado alternativo institucional o en un dispositivo de cuidado familiar transitorio.

Así, las medidas de protección excepcional deben asegurarle que tenga la posibilidad de construir nuevos vínculos, nuevos apegos, reelaborar las pérdidas y con ellas superar duelos esperables y no patológicos, frente a futuras pérdidas inevitables de la vida.

El proceso de adopción, especie dentro del género “procesos de familia”, se caracteriza por regirse por principios que orientan la labor jurisdiccional familiar.

En este sentido, cabe destacar que los conceptos generales o particulares se reflejan en la actividad legislativa y se integran por la aplicación de principios propios del Derecho de las Familias que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal específico.

La descripción que precede, permite mostrar las razones que motivan la integración de las tres dimensiones abordadas, dado que los principios informantes del proceso de adopción están fuertemente determinados por un criterio lógico, sociológico y valorativo; que derivan de la relación funcional con los axiomas fundantes, o de los aportes de la doctrina y del Derecho Comparado.

En lo que hace a su aplicación práctica, tales principios no son excluyentes, sino que suelen complementarse, relacionarse y en muchos casos, subordinarse entre ellos, lo que genera que, no pocas veces, su caracterización posea conceptos ya presentes en otros principios. A su vez, en no pocos casos permiten adecuar la interpretación de una norma a sus estándares, por lo que su caracterización y explicación revisten notoria importancia.

Más allá de lo dicho, no puede soslayarse la normativización de los principios, caracteres o disposiciones generales que contiene el CCC vigente desde el 01 de agosto de 2015. Los mismos son pilares del proceso, dado que son el medio que permite orientar en cada historia de vida el camino a seguir en la búsqueda de una decisión que importe para la niña, el niño o adolescente en cuestión, un traje a medida.

En ese contexto, la adopción se presenta como el mecanismo que restituye derechos conculcados, siempre y cuando se hubieren aplicado y agotado todas aquellas medidas de protección pertinentes para que esa persona menor de edad pudiese permanecer con los miembros de su familia de origen –ya sea nuclear o ampliada– y no hubieren prosperado en el plazo previsto por la ley.

Por lo tanto, la declaración del estado de adoptabilidad tiene lugar cuando la familia, el Estado y la sociedad no pudieron cumplir con su obligación

de garantizarle al NNyA a ser parte de su organización familiar de origen.

El análisis efectuado me permite concluir en que la adopción es una figura subsidiaria que sólo tiene lugar tras varios intentos infructuosos de que ese NNyA sea cuidado e incorporado al seno de dicho grupo familiar.

Por ello, si bien desde una óptica del mundo adulto, podría entenderse a la adopción como la solución ideal, lo cierto es que, desde la mirada del NNyA, no siempre es así, sobre todo en los primeros momentos. En este sentido, advierto que si bien para la persona adoptante la filiación adoptiva es una elección que nace de su propia voluntad –ya sea de manera originaria o bien luego de atravesar determinadas circunstancias de la vida, pero elegida al fin–, para la persona adoptada menor de edad nunca la adopción es parte de su filiación elegida, más allá de que luego preste su consentimiento.

En este escenario, se le puede sumar el hecho de tener que lidiar con un alto costo de exigencia intrapsíquico, afectivo y vincular, en virtud de la puja interna entre su pasado vincular y su prometedor futuro relacional, pero totalmente desconocido e incierto.

En función de lo que se viene expresando, si bien entiendo que no existe una familia adoptiva ideal, soy consciente sobre el deber de procurar llegar a la persona o pareja capaz de asumir la función de ahijar, cuidar y proteger, conociendo y asumiendo esta función que importa aceptar e incorporar las normas y las significaciones subjetivas de los hechos de vulneración sufridos por él o ella con anterioridad y, en ciertos casos que resulte realizador del interés superior la preservación de ciertos vínculos con la familia de origen. .

Del análisis realizado se desprende que no es posible hablar del “proceso de adoptivo”, sino de los “procesos adoptivos”. Ello, por tratarse de una realidad compleja que congrega diversas variantes, según sus tipos y efectos, lo que origina un fenómeno interesante: la existencia de un conjunto de tutelas procesales diferenciadas (los procesos de adopciones) que, a su vez, albergan en su seno múltiples subdiferenciaciones. Opera como aglutinante, de todo este conjunto: las filiaciones adoptivas.

Todo lo que se viene esbozando, es el resultado del análisis profundo en perspectiva global y particular. En suma, del funcionamiento del instituto en el ámbito de la realidad social, diversa y multifocal.

## 4.2. Dimensión sociológica

Los resultados alcanzados en la dimensión normológica, abrieron el puente para declinar el abordaje a las dimensiones sociológica y axiológica, en correspondencia con la visión constitucional y convencional que impregna al sistema.

Dicho fenómeno generó en el Derecho de las Familias un giro en el eje de protección, que pasó de ser "*la familia*" para concentrarse específicamente en la "*persona*" que forma parte de esa familia. Desde esta perspectiva se antepone el interés individual, sin que esto importe el no considerar el interés familiar, sino interpretarlo en cada caso en sintonía con la protección de la persona que no es más hacer realidad la efectividad de sus derechos. Asimismo, en lo que aquí respecta, se modificó el paradigma en cuanto a NNyA, los que dejaron de ser objetos de tutela por parte del Estado, para ser considerados sujetos plenos de derecho.

Tal como mencionara a lo largo de este trabajo, los IIDH fueron la antesala de la reforma del sistema de fuentes interno no siendo ajeno al cambio, el instituto de la adopción.

Es con base en ello que el Derecho Procesal evolucionó, en razón de la necesidad de tomar en consideración, en su desarrollo y proyección, las citadas disposiciones internacionales constitucionalizadas.

De la investigación efectuada – en su faz sociológica - se desprende la necesidad de repensar constantemente las instituciones clásicas del Derecho de las Familias, entre las que se encuentra la filiación adoptiva, con el fin de evitar situaciones de desamparo, brindar soluciones justas y equitativas a los diversos conflictos que se pueden llegar a suscitar. Ello nos exige visibilizar a la familia no ya como una institución de carácter natural de origen biológico, sino como una invención humana cuya construcción es relacional y varía de sociedad en sociedad.

El paradigma de familia en el presente, impacta en la denominación de su área de estudio, resultando cada vez más frecuente la expresión como venimos diciendo de "*Derecho de las Familias*", en sintonía con los principios de pluralidad, autonomía y solidaridad familiar. Esta apertura es la que permite abrir el cauce a las distintas formas de familia que conviven en el presente y que pueden surgir en el devenir.

En retrospectiva, advierto que la adopción ha sufrido una transformación trascendental en cuanto a su finalidad, dado que primigeniamente fue concebida en interés del adoptante y tuvo por objeto asegurar la perpetuidad de su familia y del culto doméstico, para luego tener por fin transmitir su apellido y patrimonio.

Por el contrario, el instituto en el presente centraliza su propósito en la persona adoptada.

En este escenario, el CCyCN amplía la gama de derechos de los que gozan las personas adultas que pretenden adoptar, sin perjuicio de las conformaciones familiares en las que se insertan.

Amén de ello, se impone la necesidad de reforzar la equidad de las posibilidades de adoptar sin distinción de género ni elecciones sexuales y, una vez más, recordar que cuanto mayor sea la heterogeneidad de las organizaciones familiares, mayor será la posibilidad de seleccionar a la familia que mejor compatibilice con las necesidades particulares del NNyA en situación de adoptabilidad. La ley ya no nos impone límites. En ocasiones, ahora, ellos están dentro de nosotros.

Del confronto de los aspectos normológicos y sociológicos efectuado advertí los rasgos característicos del proceso adoptivo, a saber: a) *la aplicabilidad de normas imperativas a las relaciones familiares*; b) *las relaciones familiares preexisten, coexisten y subsisten al conflicto de la persona menor de edad sin cuidados parentales*; c) *la participación de personas vulnerables*, y d) *el involucramiento de la esfera íntima de los integrantes del grupo familiar*.

De dichos sesgos tipificantes se desprenden los caracteres del proceso adoptivo. Todo ello fue reflejado por el legislador en el CCyCN al regular lo atinente a los principios estructurantes del proceso de adopción, recogiendo los parámetros emergentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Del abordaje efectuado, surge que el proceso adoptivo debe ser un instrumento idóneo, capaz de reparar los derechos vulnerados de la infancia. Ello me permite concluir que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar procedimientos administrativos y judiciales efectivos, de arbitrar recursos eficaces, con miras a la satisfacción plena del interés superior del NNyA y al cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales.

Vimos cómo la tutela judicial efectiva de los derechos de la niñez y adolescencia desamparada impone al legislador diseñar mecanismos eficientes; y el punto de partida necesario para lograr una ingeniería procesal adecuada es la consideración de las connotaciones propias de la situación del NNyA en su familia de origen. Asimismo, concluí en que la tutela diferenciada, adquiere el carácter de criterio definitorio de las diversas cuestiones que deban resolverse en materia familiar, cuando se trata de este tipo de sujetos vulnerables.

La investigación efectuada evidenció la interrelación constante, y el diálogo recíproco que hay,

en el contexto del proceso adoptivo, entre el Derecho Privado – especialmente en materia familiar - y el Derecho Constitucional y Convencional.

En consecuencia, toda reglamentación que pretenda impactar en las relaciones entre adoptantes y adoptados para superar el test de validez, y de pertenencia supralegal, deberá evidenciar su coherencia y correspondencia normativa con los parámetros proyectados por el bloque de constitucionalidad federal, es decir, según las líneas que emanan desde la Constitución Nacional, y el plexo de principios que se desprenden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para cerrar la dimensión sociológica, destaco que a lo largo de la investigación verifiqué que los principios de este tipo de proceso, de fuente constitucional y convencional, como pilares de todo proceso de familia, reclaman ser respetados y aplicados por el juez y por todos aquellos que intervengan como miembros del sistema judicial o colaboren con éste desde el ámbito externo; para así arribar a decisiones que se ajustan a un criterio de razonabilidad.

### **4.3. Dimensión dikelógica**

La hipótesis trazada a la luz del marco teórico elegido exigió el análisis de los aspectos valorativos de la justicia familiar en lo que respecta a la vida familiar en la filiación adoptiva.

Así, referí a los aspectos más relevantes del derecho a vivir en familia de las personas menores de edad. Tras un profundo estudio, concluí que su importancia exige la puesta en marcha de las competencias de los componentes del aparato estatal y la evolución de sus perfiles.

En definitiva, hoy los efectores del sistema de protección integral requieren la apertura hacia este modelo estatal constitucional - convencional para cumplir con su fin específico: comprender y operar el Derecho, por sobre todo en asuntos de extrema sensibilidad.

Noté cómo este nuevo paradigma fortalece la independencia de poderes, es funcional a la democracia, y explicita el mandato constitucional y convencional.

En lo que al intérprete del proceso adoptivo se refiere, concluí en la exigencia ineludible de la motivación de sus decisiones, en base a la universalidad de fuentes jurídicas disponibles, al abordaje interdisciplinario y a la opinión y participación de sus destinatarios. Ello me permite hablar de una nueva cultura jurídica distante de normativismos, formalismos y legalismos que

tornan imposible, en el contexto actual, la legitimación y justificación institucional del Poder Judicial.

En este escenario, el activismo judicial adquiere relevancia, por ser el enfoque capaz de atender las múltiples y constantes exigencias de justicia que reclaman los NNyA sin cuidados parentales.

Una mención especial merece el lenguaje que debe utilizar el juez de familia para comunicarse con ellos, tanto en los actos orales como en las decisiones escritas que tomara. Sin perder el tecnicismo jurídico, debe recurrir al empleo de palabras que permitan la aproximación del órgano jurisdiccional, asegurándoles una cabal comprensión de las recomendaciones, consejos, medidas y disposiciones que se impartan.

Lo expuesto es de tal importancia, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha aprobado por resolución 2640/2023 del 10/10/2023 los lineamientos generales de sentencias claras que serán de aplicación en todos aquellos casos en los que se declare la admisibilidad de recursos extraordinarios federales; dispuso que la implementación de lo resuelto no demorará los trámites en curso, creó un grupo de trabajo interno permanente que tendrá a cargo, entre otras funciones, la de monitorear las sentencias dictadas por el Tribunal para recopilar los tecnicismos judiciales utilizados y detectar oportunidades de mejora continua en la redacción, debiéndose a tales fines elevar propuestas e informes periódicos a los ministros, a través de la Presidencia.

Dicho instrumento resolutorio se funda en el extremo de que el lenguaje claro es una política de estado que se ha impulsado en la Argentina desde hace veinte años, tanto en el ámbito federal, como nacional y en particular en las justicias provinciales.

Son precisamente las características señaladas las que demandan un complejo institucional especializado, que se integre por órganos multidisciplinarios, y auxiliares que colaboren con el juez en la toma de decisiones en casos difíciles.

Para ilustrar la complejidad de los casos de adopciones que llegan a los estrados judiciales, es relevante destacar que la Corte IDH dictó sentencia el 22/08/2023 en el caso caratulado María y Otros C/ Argentina.

Los hechos giran en torno a las violaciones cometidas durante el proceso de guarda y adopción del hijo de "María", una madre adolescente de 13 años. Los verdaderos nombres de las víctimas han sido mantenidos en reserva. En su informe de admisibilidad y fondo la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos (CIDH) observó que la Argentina no cumplió con su obligación de adoptar todas las medidas posibles para que "Mariano" permanezca con su familia biológica, como era su derecho, excluyendo injustificadamente a la familia extendida de "María", la cual había expresado la intención de adoptarlo semanas antes del parto. En su lugar, las autoridades judiciales entregaron al niño a un matrimonio en carácter de guardadores preadoptivos, sin base legal ni fundamentación alguna.

La madre y la abuela no recibieron asesoramiento para consentir sobre la adopción de manera previa, libre e informada, en especial teniendo en cuenta la situación de "María", niña gestante y víctima de violencia sexual. Tampoco se les otorgó una representación legal de oficio adecuada para presentar un recurso de manera oportuna. Una vez que tuvieron los medios para hacerlo, el Estado demoró un año en dar respuesta a la solicitud para restablecer el vínculo entre madre e hijo y, pese a que se ordenó un régimen de comunicación, el acceso al niño no estuvo exento de dificultades debido, en parte, a la falta de respuestas oportunas de las autoridades judiciales. A la fecha "Mariano" continúa en custodia de la familia adoptiva.

La Corte IDH concluyó que el Estado actuó en perjuicio de la dignidad de "María" como adolescente, mujer y madre y no garantizó el derecho a la familia y a la identidad de "Mariano", sin prevalecer el interés superior de la madre e hijo, lo cual causó un daño irreparable a sus derechos y su vínculo afectivo.

Por lo anterior, declaró al Estado responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, vida familiar, protección a la familia, igualdad y protección judicial, consagrados en los artículos 5, 8.1, 17, 11, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con sus artículos 19 (derechos del niño) y 1.1, y por la violación del derecho de "María" a vivir una vida libre de violencia, establecido en el artículo 7 de la Convención Belem do Pará.

La sentencia establece una serie de mecanismos de reparación, entre otros, reparar de manera integral a "María" y a su madre, garantizar el vínculo de la madre con el niño, e investigar las actuaciones y responsabilidad del personal judicial o administrativo que intervino en el caso. Además, recomendó la adopción de medidas de no repetición destinadas a garantizar que toda niña o adolescente tenga asistencia jurídica, multidisciplinaria y gratuita antes de consentir la entrega de su hijo o hija, así como medidas en políticas públicas y capacitación en materia de embarazo adolescente y de procesos de guarda o custodia de niños y niñas de madres

adolescentes.

Siguiendo las pautas trazadas por el máximo organismo jurisdiccional de la región, a la luz del caso mencionado, sólo así será factible llevar adelante la mentada justicia de protección, y de acompañamiento, que debe propiciar el juez en los procesos adoptivos.

Desde una dimensión valorativa, destaco que el vínculo adoptivo encuentra su razón de ser en la ley que lo consagra y lo regula, teniendo como finalidad la protección de la infancia que carece de un medio adecuado para su crecimiento y desarrollo físico y espiritual.

Como consecuencia de la adhesión de nuestro país a la CDN y a demás instrumentos afines, se vislumbra una nueva concepción de la adopción, en razón de lo cual se la consagra como un medio tendiente a efectivizar el derecho de todo NNyA a vivir en familia tras haberse descartado la viabilidad de respetar otro derecho humano como lo es permanecer con la familia de origen.

Los valores libertad e igualdad en el plano axiológico se traducen en el respeto de la dignidad y unicidad de cada persona. Desde esta visión, la definición de un vínculo adoptivo debe reposar en el reconocer a una niña – niña y adolescente el respeto de su unicidad y su identidad.

Desde este lugar, la filiación adoptiva debe ser inspirada en el principio supremo de justicia - criterio orientador del Derecho y en el interés superior del NNyA - criterio iluminador que se desprende de la filiación.

En suma, tras analizar y vincular la adopción al derecho de vivir en familia, insisto en la concepción de esta figura como la vía subsidiaria que permite la realización del valor amor y el despliegue del valor solidaridad.

Cerrando las ideas expuestas en la dimensión dielógica, creo que en todos los supuestos se debe reconocer el derecho a vivir en familia de la persona sin cuidados parentales, puesto que así se garantiza el respeto de su propio sendero de personalización, lo que le permite la concreción del valor supremo humanidad.

## 5. Conclusión

Las reflexiones finales del presente trabajo, pretenden dejar abierto un camino hacia nuevas preguntas, basadas en las perspectivas que se avizoran a partir de los despliegues sociológicos, normológicos y axiológicos que derivan de la

confluencia del Derecho de las Familias, el Derecho Constitucional y Convencional, y el Derecho Procesal en lo que al proceso adoptivo respecta.

La familia en la posmodernidad se convirtió en un espacio de personalización del individuo en cuanto tal.

La complejidad de las problemáticas que acaecen en su seno, lejos de requerir antagonismos entre ramas jurídicas que se disputen su regulación, requiere de un análisis complejo y profundo para hallar cuál es la disciplina o el conjunto de ellas que le otorgue al conflicto familiar - por sobre todo al tratarse de NNYA sin cuidados parentales - la mejor solución que se traduce en concebir a cada individuo como un fin y no como un medio. Esto no es más que poner en acto un proceso de familia humanizado, para así dignificar a la persona.

Como se dijo, el Derecho de las Familias se integra al Derecho Civil – en razón de la materia – aunque el contenido de las relaciones familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer, en muchos casos, contiendas de orden público. No dejan de ser relaciones de coordinación entre personas.

Justamente en supuestos de falta de coordinación de esas relaciones la reparación deriva del proceso familiar, estructurado sobre caracteres y principios propios que ponen de resalto la preeminencia que la humanidad como valor supremo y el valor justicia tienen en el Derecho de las Familias, junto con los valores subyacentes como el amor, la cooperación y la igualdad.

Concebido de ese modo, el proceso familiar adoptivo debe permitir una justicia de cercanía, cuyo fin último no solo es la justicia del caso, sino la convivencia armónica de los involucrados y por sobre todo la verificación de la garantía del derecho humano a vivir en familia.

Concluyo este artículo, con anclaje en el proceso de adopción, adhiriendo a lo dicho por Augusto Morello y María Silvia Morello de Ramírez, en su obra *El moderno Derecho de Familia. Aspectos de fondo y procesales*: “**...Esta excursión por la comarca de los problemas jurídicos de familia ha puesto de relieve sus asombrosas y cautivantes notas distintivas: a) una metodología de tratamiento interdisciplinario..., b) la simbiosis...interactuante del derecho de fondo y las técnicas instrumentales, c) un órgano con plurales apoyos internos y externos..., d) su dimensión transnacional (Tratados, Declaraciones...), e) la dimensión social, sensible,**

**de una tutela continua y efectiva que reniega de las discriminaciones, f) un engranaje procesal flexible y funcional. No parece poco**<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> MORELLO, Augusto Mario, y MORELLO de RAMÍREZ, María S., *El moderno Derecho de Familia. Aspectos de*

*fondo y procesal*, La Plata, Platense, 2002.

## Oferta de cursos 2024

Las admisiones para iniciar la cursada, tanto de la Carrera de Especialización como para la Maestría, se encontrarán abiertas hasta el 28 de febrero de 2024, y deberá completarse el formulario que se encuentra indexado a la web de la Facultad ([LINK](#))

Las fechas de inscripciones a cursos se abrirán -para todo el año 2024- entre la segunda quincena de febrero y la primera semana de marzo; fechas exactas a ser indicadas en la página web de los Posgrados. Corresponderá se tenga en cuenta que inscripciones se cumplirán estrictamente en el plazo indicado, no habilitándose la posibilidad de perfeccionarlas fuera de dichos días. Para el segundo cuatrimestre, durante el mes de agosto de 2024, se abrirá un nuevo llamado a inscripciones a cursos.

**Durante la cursada 2024 se dictarán los siguientes cursos obligatorios y optativos.**

Curso	Carga horaria	Docente/s	Fecha de inicio
Régimen patrimonial del matrimonio	24	Jorge Azpiri	Lunes 11 de marzo. 18 a 21hs
Adopción	12	María José Fernández	Jueves 14 de marzo de 18 a 21hs.
Control Penal de la Infancia	15	Mary Beloff	Lunes 18 de marzo de 18 a 21hrs
La Familia en el Derecho Penal	12	Noemi Goldsztein de Rempel	Martes 12 de marzo de 18 a 20 hs
Formas y Procedimientos de la liquidación de la comunidad conyugal. Conflictos y soluciones	12	Pedro Di Lella y María Cecilia Burgos Baranda	Martes 12 de marzo de 18 a 21hs
Compensación económica	12	Gabriel Bedrossian	Miércoles 13 de marzo de 16 a 18hs
Derecho de alimentos a los hijos y la convención sobre los derechos del niño	18	Oswaldo Pitrau y Cecilia Burgos Baranda	Jueves 14 de abril de 18 a 21hs
Uniones convivenciales: aspectos patrimoniales	12	Beatriz Biscaro	Jueves 18 de abril 18 a 21 hs
Uniones convivenciales: aspectos patrimoniales	12	Beatriz Biscaro	Jueves 18 de abril de 18 a 21 hs
Procedimientos en los juicios de Familia	18	Silvia Guhanon	Lunes 20 de mayo de 18 a 21hs
Bioética y familia	12	Marisa Aizemberg	Lunes 8 de abril de 16 a 18hs
Psicología general de la familia	18	Liliana H. Zanuso y Rosalía Bikel	Martes 23 de abril de 18 a 21hs
Las familias: intersecciones con el Derecho Sucesorio. La familia y el proceso sucesorio, socioafectividad, Pluriparentalidad y Legítima	12	Olga Orlandi	Martes 9 al de abril de 18 a 21hs
Violencia Familiar	18	Silvia García de Ghiglino, Fabiana Cicarelli, Karina Matera, Marta Ogly	Miércoles 13 de abril de 18 a 20hs

El Derecho Internacional Privado en el Derecho de Familia y Derecho sucesorio	12	Luciana Scotti	Miércoles 22 de mayo de 18 a 21hs
<b>Seminario:</b> “Escritura, elaboración y redacción de monografías y tesinas”	24	Marina Fucito	Jueves 16 de mayo de 15 a 18hs.
Fraude entre cónyuges	9	Lidia Hernández	Jueves 16 de mayo de 16 a 18 hs
Derecho constitucional de la Familia	18	Marcelo Alegre y Romina Faerman	Jueves 2 de mayo de 18 a 21hs
<b>Seminario:</b> abordaje interdisciplinario en la adopción	12	Alejandro Siderio y equipo docente interdisciplinario	Martes 4 de junio de 18 a 21 hs
Procesos de familia en la Provincia de Buenos Aires	9	Gustavo Halbide	Miércoles 19 de junio de 18 a 21hs.
<b>Seminario:</b> Mediación en los conflictos familiares: Taller teórico-práctico	12	Andrea Podesta y Lea Levy	Miércoles 14 de agosto de 16 a 18hs
Sociología de la familia: histórica y sistémica	18	Andrea Gastón y Walter Giribuela	Jueves 15 de agosto 18 a 21 hs
Convivencias de Pareja	15	Néstor Solari	Jueves de agosto de 18 a 21 hs
Filiación	18	María Victoria Famá	Lunes 12 de agosto de 18 a 21 hs
<b>Seminario</b> “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida desde un abordaje contemplativo de vulnerabilidad, cuidado y género”	12	Adriana Krasnow	Martes 13 de agosto de 16 a 18 hs
Psicología evolutiva del niño y el adolescente	18	Muriel Maymark y Ana Nuciforo	Martes 13 de agosto de 18 a 21 hs
Derecho Familiar Comparado	15	Pedro Di Lella y Cecilia Burgos Baranda	Miércoles de agosto de 18 a 21 hs
La familia en el Derecho Laboral, Tributario y de la Seguridad Social	12	Liliana Litterio, Patricio Urresti y Juan M. Patricio Santos	Martes 24 de septiembre de 18 a 21 hs
<b>Seminario:</b> “Técnicas de argumentación escrita para trabajos de investigación y tesis”	18	Marina Fucito	Jueves 26 de septiembre de 15 a 18hs
Los Derechos del Niño y Adolescente. Responsabilidad parental. Tutela y Curatela.	24	Beatriz Garbini y Estela Morano	Jueves 26 de septiembre de 18 a 21 hs
<b>Seminario:</b> “Técnicas de argumentación escrita para trabajos de investigación y tesis”	18	Marina Fucito	Jueves 26 de septiembre de 15 a 18hs
Intervención de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales. Representación e intervención procesal directa	12	Gustavo Moreno	Lunes 26 de septiembre de 18 a 21hs

Procedimiento de Familia. Cuestiones Complejas	15	Mabel De los Santos y Patricia Bermejo	Miércoles 18 de septiembre de 18 a 21 hs
Restitución internacional del Niñas Niños y Adolescentes	9	Nieve Rubaja	9. Miércoles 4 de septiembre 18 a 21 hs
Derecho Matrimonial	18	Carlos Arianna	Martes 22 de octubre 18 a 21 hs
<b>Seminario:</b> infancias e identidad de género	9	Litardo Emiliano	Jueves 3 de octubre de 18 a 21hs
Los Derechos del Niño en el Derecho Internacional y de los Derechos Humanos	12	Laura Giosa	Lunes 21 de octubre de 18 a 21 hs
Responsabilidad civil en el Derecho de Familia	12	Graciela Lovece y Celia Weingarten	Lunes 21 de octubre de 18 a 21hs
Algunas herramientas de la planificación sucesoria: El testamento, la indivisión forzosa y la cesión de derechos hereditarios	12	Cristina Tamborenea	Miércoles 2 de octubre de 18 a 21 hs
Capacidad jurídica y sistemas de apoyo en el CCYCN y normas concordantes	12	Agustina Palacios	Miércoles 23 de octubre de 18 a 21hs
La adopción en la práctica judicial. Intervenciones en asuntos difíciles	12	Maira Revsin	Jueves 7 de noviembre de 18 a 21 hs
Abuso sexual infantil: perspectiva médico-forenses que la dicta	12	Virginia Berlinerblau	Martes 12 de noviembre de 18 a 21hs

## **Información Institucional**

**Directora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia**

Dra. Lidia Beatriz Hernández

**Director de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia**

Dr. Luis Ugarte

**Subdirector de la Carrera de Especialización y de la Maestría en  
Derecho de Familia Infancia y Adolescencia**

Dr. Néstor Solari

**Coordinador de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia**

Mg. Sebastián Fortuna

**Coordinador de la Carrera de Especialización**

Dr. Roberto Campos

### **Publicación y edición:**

Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

[http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae\\_der\\_familia\\_inf\\_adole.php](http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae_der_familia_inf_adole.php)

Carrera de Especialización en Derecho de Familia

[http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/carr\\_esp\\_derfamilia.php](http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/carr_esp_derfamilia.php)

Departamento de Posgrado - Facultad de Derecho - UBA

Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, 2do piso, C1425, CABA

Mail: [cedfamilia@derecho.uba.ar](mailto:cedfamilia@derecho.uba.ar) / TEL: (5411) 5287-6787

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/bodfys/>

**ISSN 2718- 868X**