

## ENTREVISTA A MARISA HERRERA\* \*\*

### Lecciones y Ensayos: *¿Qué es y qué función cumple el Derecho de Familia?*

**Marisa Herrera:** Desde el punto de vista clásico o dogmático es el conjunto o grupo de normas –muchas de ellas están en el Código Civil pero no todas: un típico ejemplo son las leyes de violencia familiar– que se ocupan y preocupan por regular las relaciones de familia; es decir, los derechos y deberes entre los diferentes integrantes de un grupo familiar, en tanto formen parte de ella o, de manera excepcional, aunque no lo sigan siendo (un ejemplo: la obligación alimentaria que subsiste en cabeza de los padres aún cuando se haya extinguido el vínculo debido a una sentencia de privación de “patria potestad”).

*¿Qué función cumple?* La misma que el derecho en general, el de pautas de convivencia, límites, prohibiciones o determinadas “autorizaciones” pero centrado en un ámbito sensible como lo son las relaciones familiares en clara interacción con el derecho de cada persona a desarrollar el modelo de vida –y de allí de familia– que quiera por aplicación del conocido art. 19 de la Constitución Nacional.

### LyE: *¿Qué valoración le merece el Derecho de Familia argentino vigente?*

**Dra. Herrera:** El Derecho de Familia es esencialmente dinámico, en constante movimiento y por lo tanto, eminentemente crítico del *statu quo*, lo que se traduce en un constante interés o búsqueda por acortar la brecha existente entre derecho y realidad.

Desde la obligada mirada contemporánea y no tradicional, a la cual invita otra obligación, la perspectiva de Derechos Humanos, es necesario que el Derecho de Familia se modernice en su contenido, lo cual implica una fuerte revisión crítica a su “valoración”. Hablar de “pluralidad” en las formas de organización familiar que muestra la realidad social implica preguntarse sobre el papel que cumple o incumple el derecho para estar a tono con este complejo panorama y entretejido social. Esto

\*Abogada, recibida con diploma de honor (UBA), especialista en Derecho de Familia (UBA) y Doctora en Derecho (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho de Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho-UBA) y Profesora Titular de Derecho de Familia (Facultad de Derecho-Universidad de Palermo). Investigadora del CONICET, Investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja” (UBA) y Directora e integrante de Proyectos de Investigación UBACyT y CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (Facultad de Derecho-UBA) y Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho-UBA). Autora de numerosas publicaciones en su especialidad.

\*\*La presente entrevista fue realizada por Jonathan Matías Brodsky.

es, de base, una valoración bien distinta a la que aún prima en el derecho, centrado en la familia matrimonial, heterosexual, cuyo objetivo primordial es tener hijos derivados del acto sexual y recién si ello no es posible, por adopción. Este es un modo de construir familias, pero no el único; siendo que comparte el escenario con otras tantas formas de estructuras familiares fundado en el principio de libertad, autonomía personal o vida íntima, por el cual cada persona puede desarrollar el proyecto autobiográfico que desee y dentro de este contexto, forjar lazos de afecto del modo que mejor le parezca, teniendo como límite la no afectación de derechos de terceros (una vez más, el mencionado art. 19 de la Constitución Nacional).

De este modo, la columna vertebral del Derecho de Familia ha cambiado y ello implica, de por sí, una valoración bien diferente: de una visión tradicional, conservadora y religiosa, a una plural, flexible y laica.

**LyE:** *El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación supone una reforma total: de aprobarse, derogaría y reemplazaría íntegramente el cuerpo vigente desde 1871. ¿Es necesaria, o apropiada, una reforma de esta magnitud del Derecho de Familia? ¿Qué ventajas considera que acarrearía, o qué inconvenientes podría generar?*

**Dra. Herrera:** Estoy muy comprometida con la reforma, por lo cual confieso que me es difícil observar o destacar “inconvenientes” ya que, en mi opinión, lo que podrían ser “inconvenientes” para algunos son –justamente– las principales virtudes de haber logrado una reforma sustancial y de raíz en un campo donde existen resistencias a mover algunas piezas a partir del miedo infundado, además de tramposo, de que así se “desmorona” la familia. Se trata de un proyecto cuyas virtudes se podrán observar al poco tiempo (por ejemplo, dejar de tener planteos de inconstitucionalidad que en los últimos tiempos han aumentado teniendo muchas veces acogida favorable, con lo que ello implica en el marco de un sistema de control de constitucionalidad difuso, como los casos de legitimación activa y plazos para plantear acciones de filiación, o el tener que esperar un plazo para divorciarse o la desigualdad de los hijos según sus padres estén o no casados por citar algunos ejemplos más comunes). Pero en especial, me interesa destacar las virtudes a largo plazo. ¿Cuál es el temor de que cada persona pueda delinear el tipo de familia que quiera en libertad y cuyos límites se centren en dos pilares totalmente en consonancia con los Derechos Humanos como lo son la solidaridad y la responsabilidad?

¿En qué se puede materializar estas virtudes a largo plazo? Es sabido que la ley tiene un fuerte valor simbólico, pedagógico y en definitiva, cultural. Si bien las llamadas leyes “especiales” o complementarias lo han tenido –solo cabe mencionar a modo de ejemplo la Ley 26.618 que ha extendido la institución del matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes– más lo es, cuando la reforma involucra *in totum* la legislación “madre”,

la columna vertebral del Derecho Privado, su Código Civil que se ocupa, entre tantísimas cuestiones, de regular el día a día de las personas. De este modo, modificar de raíz, es decir, desde los cimientos, los pilares sobre los cuales se ha edificado el Derecho de Familia vigente centrado o inspirado en principios del Derecho Canónico y pasar a que se construyan sobre principios de Derechos Humanos como la igualdad, libertad y la dignidad, implica una modificación sustancial, un cambio de perspectiva profundo.

Volviendo a los cambios a corto e incluso, a mediano plazo, además de los obvios o directos en las prácticas judiciales (por ejemplo, no se podría más plantear una batalla campal a través de las causales “culpables” de divorcio como sucede en las telenovelas en que siempre hay un “bueno” y un “malo”), habrá otros tantos que a modo de “efecto cascada” colaborarán, en definitiva, al cambio cultural aludido. Por citar algunos, en la enseñanza del Derecho de Familia y la obligación de ocuparse de temas que realmente preocupan y ocupan la realidad social; en los textos o materiales de lectura y formación de los operadores; en la necesidad de profundizar en ciertas herramientas como la mediación familiar que hace tiempo vienen mostrando sus virtudes; la implementación en todo el país de la idea de especialidad con todo lo que ello significa en el ámbito organizacional judicial, etc.

**LyE:** *¿Cómo cree que influiría en la familia argentina la reforma proyectada en materia de divorcio, particularmente la objetivación absoluta de las causales y la inmediatez y sencillez con que se podría obtener?*

**Dra. Herrera:** La reforma propone más que una “objetivación” de las causales de divorcio, se juega por un régimen único de carácter incausado. ¿Qué quiere decir? Un divorcio sin expresión de causa. A la justicia no le debería interesar hurgar en las razones –dolorosas o no– por las cuales los cónyuges o uno de ellos pretenden poner fin al vínculo matrimonial. En este contexto, no solo se flexibiliza, aligera y simplifica la regulación de fondo, sino también el proceso.

De esta manera la reforma recepta una práctica ya cotidiana. Cuando los cónyuges llegan a tribunales, en la gran mayoría de los casos, ya están “internamente” divorciados, por lo tanto, esta idea del régimen actual de un juez al mejor estilo “Roberto Galán” que pretende “reconciliar” a los cónyuges está totalmente alejada de la realidad social. ¿Cuál es la razón por la cual se puede creer que una persona totalmente ajena a la vida de las parejas tiene un determinado “don” (o “poder”) de reconciliar un lazo afectivo que los propios protagonistas no pudieron o quisieron recomponer? Esta idea del juez “todopoderoso” hace tiempo que está –y en buena hora– en crisis. ¿Cómo puede hacer el juez para lograr tal reconciliación? Como lo dice el Código Civil vigente en su art. 215, manifestándole en una audiencia privada los cónyuges al juez las razones por las cuales se hace “moralmente imposible la vida en común”. Es interesante cómo uno observa que al dar en la Facultad ciertos

temas como este referido al divorcio, la gran mayoría de los alumnos se sonríe y esgrime algún comentario crítico, como si se estuviera leyendo un artículo en el que se regula el sulky como medio de locomoción.

**LyE:** *¿Qué puede decirnos de la consagración de la fidelidad como un mero deber moral y no jurídico? ¿Podría la infidelidad constituir un daño resarcible desde la perspectiva de la responsabilidad civil?*

**Dra. Herrera:** En una primera versión del Anteproyecto, no se mencionaba de manera expresa el “deber moral de fidelidad” al entender que un Código Civil solo debe regular aquellos deberes de cuyo incumplimiento deriva una sanción o consecuencia en el plano jurídico. En este contexto, ningún Código Civil tiene una norma que diga que se debe ser buena persona, ya que no habría una sanción en el plano jurídico para aquellas personas que serían consideradas “malas personas” (¿por quién y sobre la base de qué parámetros?). Sin embargo, toda legislación y más una de tanta complejidad como lo es el Código Civil, es el resultado de ciertos consensos. Ciertos sectores —claramente, conservadores y defensores del “statu quo”— se opusieron fuertemente a que el deber de fidelidad quedara excluido del texto civil, por lo cual, se lo introdujo de manera expresa pero alegándose que se trata, precisamente, de un deber moral. ¿Por qué un “deber moral” y no jurídico? Porque en el régimen jurídico vigente, la sanción a la fidelidad permite que tras un proceso judicial contencioso, un cónyuge sea considerado “inocente” y el otro (“el infiel”), culpable, con efectos bien disímiles para uno y para otro sobre la base de esta conducta que habría significado una violación a un deber jurídico como lo es la fidelidad. Derogado el sistema de divorcio culpable, la fidelidad y otros deberes como el de convivencia no tienen razón de ser, quedando en el ámbito de la libertad, autonomía y derecho a que cada pareja desarrolle el proyecto conyugal que les parezca conveniente. ¿Y si fueran “swingers”? Está dentro de este halo de autonomía. ¿Y si ambos son “infieles” y se perdonan? Está dentro de este halo de libertad. ¿Y si quieren ser fieles? Está dentro del derecho de cada pareja construir su matrimonio sobre las bases de los principios que entiendan pertinentes.

En este contexto jurídico, si la fidelidad no es un deber jurídico y su incumplimiento no constituye una violación a una obligación jurídica, no se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil. El proyecto de reforma se ocupa de manera especial de aclarar alguna duda que podría derivarse de mencionar de manera expresa a la fidelidad aunque lo es como deber moral. De este modo, en los Fundamentos que acompañan al Proyecto se afirma que “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”. El Proyecto es contundente: no es posible reparar el daño

derivado de la infidelidad de un esposo porque, justamente, no constituye un daño jurídicamente reparable.

**LyE:** *En el ámbito patrimonial-matrimonial, ¿es conveniente que los contratantes tengan libertad para pactar un régimen de separación de bienes?*

**Dra. Herrera:** Es incongruente un régimen que permita la libertad de desarrollar el proyecto de vida en lo personal y no en lo patrimonial. Cierta “apertura” al régimen de bienes en el matrimonio es una manda constitucional, siempre con ciertos resguardos: y eso es lo que se ha proyectado. Por un lado, el régimen legal supletorio –si los cónyuges no pactan– es el actual, es decir, el de “comunidad”, el que mejor responde a la idea de “proyecto de vida en común” en el plano económico. En segundo lugar, si los cónyuges son menores de edad, estos no pueden tener otro régimen que el de comunidad, pudiendo decidir virar al régimen de separación recién cuando adquieran la mayoría de edad. En tercer lugar, una incorporación sustancial que plantea la reforma: la regulación de la figura de la compensación económica que tiende, precisamente, a compensar económicamente al cónyuge que se ha visto desfavorecido en ese plano a causa del matrimonio. Esta figura se deriva del mencionado principio de solidaridad –uno de los pilares sobre los cuales se edifica todo el régimen en materia de familia– en el ámbito económico, mediante una figura hábil para “corregir” cualquier posible desvío en la implementación de un determinado régimen.

**LyE:** *Uno de los cambios más importantes que traería el Proyecto es su regulación de las llamadas “uniones convivenciales”. Al respecto, una de las críticas que más fuertemente ha resonado en la doctrina es la relativa a los importantes efectos que se impondrían de forma imperativa a quienes no desean someterse a ese régimen. ¿Qué principios inspiran esta solución, y qué opina de ella?*

**Dra. Herrera:** Nuevamente se debe tener en cuenta el juego o peso y contrapeso entre los principios de libertad, solidaridad y responsabilidad. Me explico. A primera vista se podría afirmar que las uniones convivenciales no deberían ser reguladas ya que deberían quedar sujetas a la libertad de las personas y que, precisamente, debido a esta libertad, optaron por no contraer matrimonio. Ahora bien, ¿es justo que una persona, por el solo hecho de no haber pasado por el registro civil, no sea reparado en el daño sufrido por la muerte de su conviviente quien resultó atropellada por un auto? Además, ¿es justo beneficiar al autor del hecho debiendo pagar una menor indemnización sí, por el contrario, la persona fallecida hubiera estado casada? ¿Es justo que los hijos de una pareja no casada no puedan beneficiarse de la protección de su vivienda a través de la figura del bien de familia porque sus padres no están casados, y los vecinos menores de edad del piso de al lado sí, porque sus

padres sí contrajeron nupcias, implicando esta situación una abierta discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales? ¿Y que una mujer se entere de que su pareja vendió la vivienda que hasta ese momento era el hogar familiar cuando ya está con un pie fuera porque no se le debe pedir el asentimiento previo o al menos anoticiarla? ¿O que los herederos de una persona que vive en pareja con otra hace tantísimos años la saquen de la vivienda que compartió hasta entonces con el fallecido porque al no ser heredera no puede alegar el derecho real de habitación del cónyuge (conviviente) supérstite, siendo que la vivienda es considerada un derecho humano y sujeto a una protección especial? Estos interrogantes, como tantos otros, permiten observar que el silencio legislativo cuasi total (porque el régimen vigente reconoce ciertos derechos y otros lo han sido por decisión jurisprudencial, con la discrecionalidad que ello significa), o sea, la aplicación lisa y llana y sin ninguna limitación de la libertad, conlleva una abierta injusticia, amén de cierta clara discriminación como en el caso de los hijos.

En este contexto, el desafío gira en torno a cómo regular; no si regular o no este tipo de uniones, sino a cómo alcanzar un régimen equilibrado entre el principio de libertad por un lado, y de solidaridad y responsabilidad por el otro.

De este modo, el Proyecto reconoce solo algunos derechos y deberes, aquellos directamente relacionados con derechos humanos como lo es la protección de la vivienda u obligaciones que se derivan también de manera directa de la noción de solidaridad.

Al solo efecto de pretender traer confusión y desprestigiar la reforma, se instaló la idea de que “es lo mismo el matrimonio que las uniones convivenciales”. Eso es falso y fácilmente comprobable. Las uniones convivenciales no generan un estado civil, no crean ninguna relación de parentesco, no generan obligación alimentaria, tampoco otorgan derechos hereditarios y menos aún, hacen nacer un régimen de bienes. ¿En este contexto se puede esgrimir alguna idea de “equiparación”? La respuesta negativa está a la vista.

**LyE:** *¿Qué relevancia e implicancias tiene la recepción en el Proyecto de la voluntad procreacional como fuente de filiación?*

**Dra. Herrera:** La voluntad procreacional es el elemento o eje central de la tercera fuente filial que introduce el Proyecto. Así como Vélez reguló en el Código Civil originario la filiación biológica o por naturaleza, y años más tarde –en 1948– se recepta la filiación adoptiva, se ha entendido que era momento de regular la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). ¿Por qué es una tercera fuente filial cuyo centro gira en torno a la noción de voluntad procreacional? Porque observa tantas diferencias con las otras dos fuentes filiales que amerita tener un tratamiento propio. Para poder comprender este panorama filial más complejo gracias al avance de la ciencia médica, es necesario distinguir

en términos de identidad (principal derecho humano involucrado en el este campo), la identidad biológica, de la identidad genética, y la identidad volitiva o voluntaria. Cuando un hijo nace del acto sexual, las tres vertientes o aristas señaladas están en las mismas personas; es decir, estas dos personas son los padres (si están casados, por la presunción que se deriva del matrimonio; y si no se está, por reconocimiento) porque lo biológico, genético y volitivo se concentra en ellos. En la filiación adoptiva ya la cuestión se complejiza un poco, porque lo genético y biológico está en la familia de origen (los padres) y el elemento volitivo en los adoptantes, priorizando el Derecho a los fines de la maternidad/paternidad este último, pero sin perder de vista la relevancia de los otros elementos que se ponen de manifiesto en el derecho a conocer los orígenes. En las TRHA la cuestión se complejiza aún más, ya que estas técnicas pueden practicarse con material genético de la pareja o con material de un tercero, lo que acontece cuando se trata de una pareja del mismo sexo: si son dos mujeres, es necesario material genético de un tercero, y cuando se trata de dos hombres, se ingresa a un supuesto especial como lo es el de la gestación por sustitución. En todos estos casos en los que se utiliza material de un tercero, la identidad genética está en cabeza de una persona (el donante), la identidad biológica (en quien lleva al niño y que además puede, a su vez, portar su material genético) e identidad volitiva (aquella persona que no aporta el material pero quiere ser el padre). Típico caso: yo estoy casada con un hombre, él no tienen semen de calidad y recurrimos a un banco de semen: el interrogante sobre la filiación es quién es el padre. Y lo es mi marido porque si bien el niño que nace no tiene su material genético, aquél ha nacido gracias a la “voluntad procreacional” y es este el elemento central para otorgar vínculo filial cuando se trata de niños nacidos de TRHA. Como consecuencia de ello, por ejemplo, si transcurrido un tiempo el marido se divorcia, no puede pretender impugnar su paternidad alegando que no lo une con el niño vínculo genético alguno, porque no es el dato genético lo que le importa a la ley para asignar paternidad cuando se trata de TRHA, sino la voluntad procreacional debidamente prestada.

**LyE:** *La recepción de la gestación por sustitución, o “maternidad subrogada”, ha sido uno de los puntos más discutidos del Proyecto. ¿Por qué es necesario o deseable que la ley admita y reglamente esta institución?*

**Dra. Herrera:** Este ha sido uno de los temas más sensibles que plantea la reforma en el campo del Derecho de Familia y la Bioética. Confieso que la gran mayoría de las críticas que han sido esgrimidas a la regulación proyectada en el campo del Derecho de Familia, han provenido principalmente de un mismo sector: el tradicional y conservador que hasta hace un tiempo monopolizaba el Derecho de Familia. En el tema de la gestación por sustitución, la crítica no solo viene de ese sector, sino también de algunas voces feministas, por lo cual, se le ha prestado especial atención a esta mirada crítica.



A la hora de preguntarnos qué hacer o qué postura seguir al respecto, las posibilidades eran tres: prohibir, silenciar o regular; se optó por esta tercera al considerar que regular es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer geste para otro/s. Ni el silencio de la ley, ni la prohibición expresa pueden evitar que ello suceda. Regular implica controlar y así se puede brindar un mínimo de protección a la mujer que gesta, al niño que nace y a aquellos que prestan su voluntad procreacional para ese nacimiento, es decir, quienes quieren ser padres. Tengamos en cuenta que hoy, sin ley, esta técnica se realiza no solo en el extranjero (India, Ucrania, California, Rusia, etc.) sino en nuestro propio país, quedando todas las partes sometidas a una situación de incertidumbre jurídica en la que son más factibles los abusos de todas las partes y en la que el interés superior del niño no se ve resguardado. ¿Cuál es ese interés? El de asegurarle vínculo filial con aquellas personas que lo han buscado, deseado y querido como hijo/a. La regulación que se proyecta reconoce la complejidad que esta técnica encierra, por ello es el único supuesto de TRHA que exige, en forma previa, una autorización judicial que la convalide. O sea, que ningún médico puede proceder a llevar adelante esta práctica sin una decisión judicial que lo autorice tras haber evaluado varias cuestiones de manera previa. Será el juez, junto al equipo interdisciplinario, quien deberá verificar si se cumplen determinados requisitos que aseguren los derechos de todos los involucrados, incluso y primordialmente, los del niño que vaya a nacer. La mujer gestante tendrá que prestarse a exámenes médicos y psicológicos que reflejen su capacidad psíquica y física para enfrentar este procedimiento; tendrá que haber tenido al menos un hijo propio para poder saber los riesgos e implicancias a los que se enfrentará en un embarazo y posterior parto; no puede aportar sus óvulos evitando de este modo los arrepentimientos; no recibirá una retribución por esta gestación, lo que no impide que se le reconozcan los gastos razonables que un embarazo implica (gastos médicos, de traslado); y lo más importante –y acá está el verdadero control para impedir abusos de mujeres en estado de vulnerabilidad– no podrá gestar para otros más de dos veces. Por parte de los comitentes, al menos uno de ellos debe aportar su material genético, ambos deben prestar el consentimiento previo, informado y libre que, debidamente homologado por el juez, será la causa fuente que determine que ellos son los padres de ese niño.

**LyE:** *En relación a la filiación post mortem en las THRA, se prevé la posibilidad –bajo ciertas condiciones– de implantar el embrión en la mujer habiendo fallecido su cónyuge o conviviente. Esta ha sido una disposición del Proyecto muy cuestionada en la materia. ¿Qué opina usted al respecto?*

**Dra. Herrera:** Esta disposición ha sido cuestionada, como tantas otras –o la gran mayoría en el campo de familia– por el mismo sector. Es que cuando se parte



de una mirada totalmente opuesta a la que ha primado hasta ahora, centrada en los derechos humanos y principalmente en las nociones de libertad con solidaridad y responsabilidad, los cambios son muchos, como así las resistencias, y la fertilización “post mortem” no ha quedado al margen de este democrático debate. En primer lugar, es dable destacar que la filiación “post mortem” es un supuesto excepcional que se regula para resolver qué sucede con la filiación del niño ante la posibilidad fáctica –por aplicación de la crioconservación– de que este sea concebido o implantado después de fallecido uno de sus progenitores. ¿Puede suceder que en pleno tratamiento de fertilización en el que se ha avanzado y se tienen embriones pero que aún no fueron implantados, la pareja de la persona que se los va a implantar se muera? El ideal es que nadie fallezca y que el tratamiento siga su curso –nadie duda de ello– pero la realidad es más compleja y puede ocurrir que, lamentablemente, la persona muera en pleno tratamiento. Esto es lo que prevé el proyecto de reforma, al igual que lo hace en el campo de la filiación adoptiva.

Al respecto, se ha afirmado –de manera errónea– que la fertilización “post mortem” implica traer al mundo niños “huérfanos”. Ello no es así. Se suele decir que son niños “huérfanos” aquellos que carece de ambos padres y en la “post mortem”, los niños tienen un progenitor, es decir, integran una familia monoparental, forma de familia constitucionalmente válida. ¿Acaso alguna vez se declaró la inconstitucionalidad de la adopción por persona sola, familia en la que los niños se desarrollan directamente en una familia con un solo adulto responsable?

Como regla, el proyecto dispone que no habrá relación jurídica entre el niño que nazca por el uso de las TRHA y la persona fallecida, salvo o como excepción, si concurren dos requisitos: 1) que la persona fallecida así lo haya dejado expresado en el formulario en el que prestó su consentimiento, o en un testamento; 2) que la implantación del embrión en la mujer se produzca dentro del año de producido el deceso. Siendo la voluntad procreacional un elemento central en la filiación derivada de las TRHA, si la persona lo previó e igualmente quiere que siga adelante el proyecto parental con su pareja, a pesar o aún si llegara a pasarle algo por lo cual perdiera la vida, el Proyecto entiende que debe dársele relevancia a esta manifestación.

La reforma no promociona ni favorece la filiación *post mortem*; solo regula un supuesto especial, y de manera restrictiva, para el supuesto excepcional de que la persona fallezca durante el tratamiento. Sin ley, los casos que han llegado a la justicia han sido resueltos según el criterio personal del juez. Ya que se regulan las TRHA, no debería desaprovecharse esta oportunidad para evitar inseguridad jurídica en un tema tan sensible.

Como se adelantó, cabe destacar que el Código Civil vigente prevé el supuesto también excepcional de la adopción “post mortem”: ¿qué sucede si en pleno proceso de adopción, otorgada la guarda de un niño a un matrimonio, uno de los integrantes fallece? La ley dice que el proceso sigue su curso, y que el niño genera vínculo también con la persona fallecida y por ende, no solo lo hereda sino que

además puede llevar su apellido. Incluso de esta misma manera lo ha resuelto la Corte Federal en un precedente del 26/09/2012, en el que se hace lugar a la adopción “post mortem” a favor de una persona ya fallecida en el marco de una adopción unipersonal, siendo que durante el proceso de adopción aconteció el deceso de la guardadora, único referente afectivo del pretense adoptado. ¿Por qué el legislador puede prever el supuesto excepcional del fallecimiento durante la adopción y no durante el tratamiento médico de TRHA? Con un plus: si la Corte Federal admite el vínculo filial “post mortem” ya sin progenitor –ni uno– a cargo; con más razón podría entenderse que en beneficio del niño sería en su interés que este pueda nacer pero en el marco de una familia monoparental. ¿Acaso sería mejor que no nazca antes de hacerlo en una familia monoparental? Fácil se observa cómo, si se analiza bien la reforma, todas las decisiones que se adoptan no son para restringir, coartar o violar derechos sino, por el contrario, para ampliarlos; ya que aquellos que no quieran llevar adelante el proceso de reproducción asistida cuando su compañero fallece, es claro que no estarán obligados a hacerlo; solo que en el Proyecto se permite en el caso de tener la intención de proseguir con el proyecto parental estableciéndose ciertos requisitos a modo de pautas claras. Solo eso; una vez más, nada para alarmarse creyendo –sin conocer el proyecto a fondo– que se destruyen familias o se violan derechos de niños y adolescentes en masa.

**LyE:** *En materia de adopción y responsabilidad parental, ¿entiende que el articulado del Proyecto serviría a una mejor protección del interés superior del niño? En tal caso, ¿qué innovaciones destacaría por su relevancia?*

**Dra. Herrera:** El Proyecto introduce varias reformas en estos dos campos o instituciones ya clásicas del Derecho de Familia desde una visión, nuevamente cabe resaltar, “no clásica”. En materia de “responsabilidad parental”, ya la denominación es una novedad porque se modifica la noción de “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, como lo hacen tantas legislaciones del Derecho comparado más contemporáneas. Una vez más, si el lenguaje no es neutro, el concepto de “patria potestad” se encuentra más que perimido. Es que si los hijos son sujetos de derecho y no objeto de manejo por parte de los adultos –padres– es evidente que la “potestad” y el “poder” de los padres no es la nota característica o básica que tipifica la relación entre padres e hijos en el marco de la obligada “democratización de las familias”. Esto está directamente relacionado con el llamado “principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes”, que no es otra cosa que aceptar –con total acierto– que no es lo mismo un bebé de meses, que un niño de 5 años, que uno de 9, que uno de 12 que un joven de 17 años. Si ello es así desde el punto de vista psicosocial, ¿por qué el Derecho no puede también dar respuesta o advertir estas diferencias? Es por esta razón que en el campo de la Bioética y en todo lo relativo al ejercicio de los derechos personalísimos, se ha creado la figura de la “competencia”,

la cual considera que una persona menor de edad puede prestar consentimiento para determinados actos y estos ser totalmente válidos a pesar de tratarse, desde el punto de vista de la capacidad civil, de un “incapaz de hecho relativo”. Receptar el principio de autonomía progresiva en el nuevo Código Civil implica introducir modificaciones en el régimen de la “responsabilidad parental”, ya que habría ciertos derechos que podrían ser ejercidos por los hijos y no ya estos reemplazados o sustituidos por sus padres a través de la figura de la representación legal.

Esta no es la única modificación y tampoco la más relevante. Otra que también merece ser destacada dentro del vasto campo de la “responsabilidad parental” se refiere al sistema del cuidado de los hijos tras la separación o ruptura de la pareja de adultos. Así, el régimen vigente prioriza a un padre sobre el otro; en especial, a las mujeres si se trata de una relación heterosexual, ya que la ley prefiere que la “tenencia” de los hijos menores de 5 años quede bajo su cuidado. La Ley de Matrimonio Igualitario confirmó la “puesta en alerta” de este tipo de preferencias fundadas en el género que lo único que logran es reafirmar roles estereotipados y tradicionales, por los cuales las mujeres “naturalmente” tienen un “don” para lo doméstico y entre ello, para criar a un hijo. ¿Qué pasa cuando se trata de un matrimonio conformado por dos mujeres o dos hombres? Ahí la Ley 26.618 dijo que la variable a ser tenida en cuenta para dirimir algún conflicto sobre la “tenencia” (otro concepto perimido, ya que la “tenencia” se utiliza para los objetos como la tenencia de armas y no para los sujetos, los hijos en este caso), es el interés superior. ¿Acaso este principio no debe ser el eje para dirimir cualquier tipo de conflicto, sea en el marco de una pareja de igual o de diverso sexo? Hoy los hombres en una relación heterosexual están en peor condición jurídica que las parejas del mismo sexo lo cual es contradictorio con la idea de “igualdad” que campea en la regulación del matrimonio, valga la redundancia, igualitario.

En este contexto revisionista, el interrogante gira en torno a cuál es el régimen jurídico que mejor se condice con la idea de que no debe haber preferencia por un padre sobre otro, sino que ambos sigan tan presentes en la vida de los hijos aún después de la ruptura de la pareja o, en otras palabras, que tal corte incida lo menos posible en el vínculo de los padres con sus hijos y que, así, se pueda dar cumplimiento con un principio básico de derechos humanos cuando se trata de niños y adolescentes como lo es el derecho a permanecer y ser cuidados por ambos progenitores y por igual. En el Derecho comparado contemporáneo el régimen que cada día tiene mayores adeptos es el del cuidado compartido, es decir, que se mantenga el mismo sistema de fuerte presencia de ambos padres en la vida de los hijos con independencia del lugar físico o a pesar de que los niños puedan tener dos hogares en los cuales arraigar su centro de vida. De este modo, la biparentalidad es el principio general ante la ruptura de la unión entre los padres y la uniparentalidad (el cuidado a cargo de uno solo), la excepción.

En el campo de la filiación adoptiva, los cambios que introduce la reforma también son varios y todos ellos de gran relevancia. Aquí solo voy a compartir algunos que me parecen, en mi opinión, los más importantes. En primer lugar, se habla de los benditos “tiempos” en la adopción. Justamente, el Proyecto establece o marca los tiempos que deberían durar los procesos para que un niño no se pase viviendo años en un hogar sin regresar con su familia de origen pero tampoco decidir su ingreso a otro núcleo familiar a través de la adopción. Para ello, se recepta el proceso de declaración de la situación en adoptabilidad, en la cual los padres son parte de este proceso con pleno derecho de defensa, y precisamente por ello, como tienen plena intervención en esta etapa, ya en el proceso de adopción propiamente dicho no es necesario que participen. En esa instancia, la ruptura con la familia de origen o al menos que el niño pueda permanecer con ellos ya está decidido en el proceso de declaración. Así, procesos claros, con objetivos precisos, implican una mejor organización procedimental que favorece la cuestión del tiempo.

Otro de los cambios es que, si bien se mantiene el doble régimen de adopción simple y plena, se permite la flexibilización de ambos. Que la adopción plena pueda dejar subsistente el vínculo jurídico con algún pariente de origen; lo que vendría a dar respuesta a los casos en que por razones extremas los hermanos deben ser adoptados por familias diferentes y si se decide la adopción plena, entre los hermanos se extingue el vínculo jurídico y si se opta por la simple, ella no permite crear vínculos jurídicos con la familia adoptiva –y por ende, los padres de los adoptantes no son los abuelos de los adoptados–. En este contexto, el régimen actual sería una especie de “manta corta”, o me tapo los pies y tengo frío en el pecho o a la inversa. La idea es pensar figuras con las cuales se pueda cubrir todo el cuerpo, es decir, ser todo beneficio y no tener que admitir ciertas pérdidas; máxime en el campo de la adopción en el que suele haber historias de vulnerabilidad detrás y por ende, al flexibilizar los tipos de adopción (una plena menos plena o una simple más plena o con la posibilidad de crear lazos jurídicos con algún pariente o varios de los adoptantes) se pretende que la adopción sea una figura a la medida de la complejidad jurídico-afectiva que se presente, tendiente a sumar y no restar vínculos.

Por último, se amplía y así se mejora la incidencia del desarrollo del derecho a conocer los orígenes en la adopción, ya que al profundizarse sobre este derecho el que ha adquirido autonomía desprendiéndose del derecho a la identidad, principalmente la doctrina, ha realizado varias y acertadas críticas. Por ejemplo, el derecho a acceder al expediente de adopción por parte del adoptado está habilitado actualmente a los 18 años de edad. Ello estaba pensado cuando la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años y por ende, era un supuesto de mayoría anticipada. Con el tiempo, la edad en la que se adquiere la plena capacidad civil bajó a los 18 años, por lo cual, es evidente que tal normativa quedó poco “novedosa” al facultar al adoptado a conocer su historia desde un momento obvio, la mayoría de edad. Esta mirada crítica fue entrecruzada con el mencionado principio de autonomía

progresiva de niños y adolescentes. ¿A qué edad el adoptado debería legalmente quedar autorizado a poder conocer sus orígenes por iniciativa propia? La reforma responde: a ninguna. Entiende que de conformidad con el principio de autonomía progresiva, no es necesario establecer de manera fija una edad determinada, siendo que cada historia de adopción y, en definitiva, cada persona tiene su propio grado de madurez; por lo cual, no se recepta una edad determinada sino que se lo deja abierto al desarrollo madurativo de cada uno, entendiendo que la mera decisión del adoptado de conocer su historia, constituye una presunción de madurez ya que ha exteriorizado su interés y que este debe ser audible. Ello no quiere decir que no deba resolverse acerca del cómo es el proceso —con qué ayuda o colaboración— para acceder a este conocimiento o revelación sobre su historia de adopción. Una vez más, las nociones de libertad con responsabilidad y solidaridad se dejan ver de manera clara.

**LyE:** *Usted fue una de las profesoras convocadas por la Comisión de Reformas para colaborar en la redacción del Anteproyecto. ¿Cómo describiría su experiencia y qué puede contarnos del modo en que se ha trabajado?*

**Dra. Herrera:** Más allá de la sanción o no del Proyecto, ha sido y aún es para mí, una experiencia única. Lo que he aprendido —en muchísimos sentidos, no solo desde el punto de vista académico— en estos dos años de trabajo intenso, jamás lo hubiera logrado ni en el mejor posgrado. Los debates internos que hemos tenido en los equipos de trabajo, realmente fueron de una riqueza que hubieran merecido ser grabados y tener así una “pieza” o excelente herramienta para diferentes estudios. Las diferentes versiones en la redacción de los articulados, el tema de la técnica legislativa, las críticas que se esgrimieron, las que se aceptaron y las que no y por qué, y también, cómo nos ha unido desde lo humano el defender con convicción y pasión un trabajo colectivo.

Familia ha generado mucho debate. Muchos de ellos, un poco “subidos de tono”, al igual que sucedió por ejemplo con el debate sobre el divorcio o para tener un recuerdo más cercano, el del matrimonio igualitario. Ahora me viene a la mente una anécdota. En el último Congreso Internacional de Derecho de Familia que se realizó en Mar del Plata en octubre del 2012, en un salón colmado con más de mil personas, se expusieron las principales líneas del proyecto y se abrió a preguntas que por la cantidad de gente, debían ser por escritas indicando a quien iban dirigidas. Allí estábamos Aída Kemelmajer, integrante de la Comisión de Reformas y quien comandó el equipo de Familia; Nora Lloveras, de la Universidad Nacional de Córdoba; y yo. La pregunta esgrimida por un titular de Familia y Sucesiones de la UBA iba dirigida a mí, claramente la más “débil” del panel, que decía más o menos así: “A la Dra. Herrera, de todas las cantidades de críticas que se le han hecho a Familia, cuál se digna o cuál piensa o va a reconocer?”. Con esta pregunta se inauguró la primera rueda de respuestas y contestó Aída Kemelmajer diciendo, más

o menos lo siguiente: “De todas las críticas esgrimidas en el campo del Derecho de Familia, el 95% son ideológicas, y esas son imposibles de aceptar, reconocer o consensuar; el 5% restantes, las que son jurídicas, se acaba de enviar un archivo que se llama “ajustes” a la Bicameral para que tenga en cuenta los cambios que se proponen”. Entre los “aprendizajes” que me ha dejado –y aún me deja– la reforma, es el de optimizar el esfuerzo, saber en qué ámbitos y con qué personas, el intercambio y el debate pueden ser realmente fructíferos y enriquecedores y en cuáles, no vale la pena malgastar el tiempo tan preciado para construir, sin odios ni resentimientos.

**LyE:** *Para finalizar, ¿quisiera dejarnos una última reflexión sobre el Proyecto de reforma respecto del Derecho de la Familia?*

**Dra. Herrera:** Así como el tiempo nos ha dado la razón con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario, el Proyecto de reforma, si por fin se convierte en ley, será la fiel aplicación de lo que tan genialmente ha dicho la francesa Elisabeth Roudinesco en su obra “La familia en desorden” cuando asevera: “(...) a los pesimistas que suponen que la civilización corre el riesgo de ser devorada por clones, bárbaros bisexuales o delincuentes de suburbios, concebidos por padres extraviados y madres vagabundas, haremos notar que esos desórdenes no son nuevos –aunque se manifiesten de manera inédita– y, sobre todo, que no impiden la reivindicación actual de la familia como el único valor seguro al cual nadie puede ni quiere renunciar. Los hombres, las mujeres y los niños de todas las edades, todas las orientaciones sexuales y de todas las condiciones la aman, la sueñan y la desean”. Esto es, ni más ni menos, lo que pretende la reforma en el campo del Derecho de Familia; una familia en plural en la que cada uno pueda armarla, amarla, soñarla y deseirla como quiera, en libertad.

**LyE:** *Doctora Herrera, muchas gracias.*