

---

## DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Marisa HERRERA\*

---

Fecha de recepción: 11 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 28 de marzo de 2016

*“El tango es un sintagma de nuestras relaciones de género, toda la economía sexual se expresa en su repertorio. Pero ya pisamos el tembladeral y es hora de profundas transformaciones. Una sociedad renovada debe separar los derechos sexuales de los reproductivos, precisa vínculos igualitarios entre varones y mujeres y necesita el reconocimiento de la ‘diáspora de la sexualidad’ y de los géneros”.* (BARRANCOS, 2014: 12)

### Resumen

El presente artículo tiene como objetivo problematizar la incidencia, desafíos y nuevas tensiones que genera la implementación del Código Civil y Comercial en las relaciones de familia; tomándose como punto de partida algunas de las principales críticas y resistencias tradicionales que se han esgrimido en torno a los cambios normativos que propone esta normativa central en la vida cotidiana de las personas.

A su vez, se analizan los silencios, errores conceptuales y retos interpretativos que se derivan de normas flexibles destinadas a adecuarse de manera constante a los veloces cambios sociales. En este contexto, no se pierden de vista ciertos avances propuestos en el entonces Anteproyecto de reforma —siguiéndose una clara línea emancipadora e inclusiva sobre las diferentes formas de organización familiar— que han quedado fuera del texto

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Investigadora del CONICET. Profesora regular adjunta, Facultad de Derecho, UBA y Titular, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo. Correo electrónico de contacto: marisaherrera12@gmail.com.

aprobado y que siguen teniendo una presencia fuerte en la realidad social. ¿Qué postura adoptar o cuáles serían las interpretaciones posibles de conformidad con la obligada perspectiva constitucional-convencional que estructura el Código Civil y Comercial a modo de columna vertebral?

En definitiva, el presente trabajo pretende desentrañar los aciertos y desaciertos de la regulación ya vigente en el campo del derecho de las familias como insumo de relevancia para seguir aportando herramientas y reflexiones en esta búsqueda constante por acortar la brecha entre Derecho y Sociedad.

### Palabras clave

Código Civil y Comercial – cambio socio-legal – Derecho de las Familias – panorama jurisprudencial

## CHALLENGES IN THE IMPLEMENTATION OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE IN FAMILY RELATIONS

### Abstract

The present paper aims to discuss the impact, challenges and new tensions generated by the implementation of the Civil and Commercial Code in family relations; considering as a starting point some of the main criticisms and traditional resistances wielded around the normative changes proposed by this legislation that are central to people's daily lives.

Moreover, it studies the silences, conceptual errors and interpretative challenges resulting from flexible rules destined to adapt constantly to accelerated social changes. In this context, certain legal advances introduced in the Preliminary Project – following this emancipatory and inclusive line regarding diverse family structures that were later eliminated from the final version and still have a strong presence on social reality – were not forgotten in the analysis. What position should be taken or what are the possible interpretations in accordance with the mandatory constitutional-conventional perspective established by the Civil and Commercial Code as a backbone? Ultimately, the present work pretends to unravel the successes and failures of the current regulation in the field of Family Law as a relevant input to continue providing tools and reflections in the constant pursuit to reduce the gap between Law and Society.

## Keywords

Civil and Commercial Code – socio-legal changes – Family Law – jurisprudence prospect

### I. Palabras introductorias

¿Cuál es el lugar, el rol o la incidencia que tendrá el Código Civil y Comercial que hace poco ha entrado a regular la vida de los argentinos en esa “sociedad renovada” a la que alude BARRANCOS? El tiempo dirá; lo cierto es que una nueva normativa que regula la vida cotidiana de las personas suele generar ciertas resistencias —el conocido miedo al cambio o en el ámbito jurídico, el mantenimiento del *statu quo*— y no menos expectativas acerca de debates sorteados y otros tantos renovados.

En esta oportunidad nos queremos centrar en algunos de los desafíos que le esperan al campo de las relaciones de familia. Sucede que ha habido un tiempo para dar a conocer, explicar las razones y los interrogantes internos que se plantearon al redactar el entonces Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de conformidad con las bases constitucionales-convencionales que ya se esgrimían en el Decreto 191/2011 que creó la correspondiente Comisión. Esta fue una primera etapa que insumió varios años, desde el 2011, al mostrarse en cursos, congresos, jornadas y demás espacios académicos los diferentes textos que se elaboraban de manera provisoria en las diferentes temáticas que involucran el Derecho Civil y Comercial, después tras su presentación oficial al Poder Ejecutivo en marzo del 2012, durante el fuerte debate generado en las diferentes audiencias públicas y demás instancias que supone el trámite legislativo.<sup>1</sup>

Cabe señalar que el ámbito de las relaciones de familia fue el más criticado, en gran medida, porque el Código Civil y Comercial da cuenta de los avances rupturistas en la gran mayoría de las temáticas que integran ese vasto campo jurídico, desde la ley que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproducción Responsable (ley 25.673 de 2003), pasando por la Ley de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061 de 2005), la Ley Nacional de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (ley 26.485 del 2009); la denominada “Ley de Matrimonio Igualitario” (ley 26.618 de 2010), la Ley de Derecho a la Protección de la Salud Mental (ley 26.657 de 2010); la Ley de Identidad de Género (ley 26.743 de 2012); y la Ley de Acceso Integral a las Técnicas

---

<sup>1</sup> Para profundizar sobre las diferentes etapas por las que ha transcurrido el Código Civil y Comercial recomendamos compulsar HIGHTON DE NOLASCO (2015a: 22 y ss.), en especial el apartado 3 que se dedica al “Método”, “Claves del Código Civil y Comercial”.

de Reproducción Humana Asistida (ley 26.862 de 2013), por citar algunas normativas claves y así demostrar de manera elocuente que la regulación relativa al Derecho de Familia no podía seguir manteniendo ni los cimientos ni la estructura o edificación que ostentaba el régimen derogado. Que tenía que tratarse de un texto normativo que diera un vuelco de 180 grados al pasar de una mirada civilista clásica a una constitucionalizada-convencionalizada, es decir, que en su génesis se respete el principio de igualdad y no discriminación (en razón de la orientación sexual, del género, de recursos socioeconómicos, etc.); el de autonomía y desarrollo personal; el de autonomía progresiva directamente relacionado con el eje rector en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes como lo es el interés superior del niño; el de solidaridad familiar; siempre estando presente la noción de vulnerabilidad como un elemento transversal básico o elemental. Todo esto, sabiéndose como lo dijo Raúl Scalabrini Ortiz: *“Todo lo que no se legisla explícitamente a favor del más débil, queda implícitamente legislado a favor del más fuerte”*.<sup>2</sup>

Las críticas y por lo tanto, resistencias a la regulación proyectada y hoy vigente en el campo de las relaciones de familia fueron muy fuertes; hasta podrían llegar a rotularse de agresivas. Por traer un ejemplo, alguien que no pertenece al campo en estudio como GHERSI (2012) sostuvo que *“No solo nos preocupa —y mucho— respecto de la familia en sí, sino que esta es la base central de la organización social, con lo cual este nuevo modelo puede llevar también a la disgregación social y al individualismo, propios del neoliberalismo consumista, valores contrarios a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales”*. ¿Acaso que se regule un régimen de divorcio incausado sin exigencia de plazo alguno y sin tener que ventilarse de manera dolorosa intimidades de la pareja constituye un sistema individualista o, por el contrario, uno mucho más humano, ubicando a la justicia en el lugar que le corresponde y reconociendo que muy lejos está de tener que “reconciliar” a los matrimonios que ya no quieren —por las razones que sean— seguir sosteniendo un proyecto de pareja hipócrita? Esta afirmación proveniente de un autor que pertenece al Derecho Civil patrimonial nos conduce a otro interrogante. ¿Por qué será que el campo de las relaciones de familia se presta a que autores que serían *outsiders* se animen no solo a escribir sobre el tema sino, además, a plantear críticas tan severas que muestran más resistencias y negativas morales y religiosas que jurídicas? A lo cual deben adicionarse las consideraciones críticas de la doctrina clásica o tradicional que aún abunda en el Derecho

---

<sup>2</sup> Para profundizar sobre este cambio de paradigma en el Derecho Familiar argentino ver entre tantísimos autores GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA (2010); LLOVERAS y SALOMÓN, (2009); HERRERA (2013); KEMELMAJER DE CARLUCCI (2014a) y HIGHTON DE NOLASCO (2015b).

Familiar contemporáneo<sup>3</sup> y aquellas que se han plasmado en los medios masivos de comunicación.<sup>4</sup>

En este panorama complejo, toda esta primera etapa que va desde la redacción del Anteproyecto hasta la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial acontecido el primer día de agosto de 2015, estuvo signado en acompañar el proceso transformador que lleva todo cambio legislativo de fuerte impacto sociojurídico; es decir, en brindar los argumentos jurídicos —constitucionales-convencionales— cuya manda es obligatoria en virtud de lo dispuesto por el art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Lo expuesto, más allá del análisis en profundidad desde el punto de vista estrictamente jurídico sobre los ocho títulos que integran el Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de Familia”, íntimamente vinculados con varios aspectos que se regulan en el Libro Primero, en especial, sobre el comienzo de la existencia de la persona humana (art. 19), el ejercicio de derechos de las personas menores de edad (art. 26), lo relativo al campo de salud mental en materia de restricción a la capacidad civil (arts. 31 a 50), los derechos personalísimos (arts. 51 a 61), el nombre de las personas (arts. 62 a 72) y todo lo relativo a la “Representación y asistencia. Tutela y Curatela” (Capítulo 10 del Título I de Persona Humana); ciertas particularidades en el campo del Derecho Contractual (por ejemplo el art. 1002 sobre las inhabilidades para contratar); en materia de responsabilidad civil en lo que respecta a los daños cometidos por terceros (hijos, guardadores y otros encargados en los arts. 1754 a 1756), todo el Libro Quinto dedicado al Derecho Sucesorio tan emparentado con el Derecho de Familia que en algunas unidades académicas se las sigue enseñando de manera conjunta, y lo relativo al Derecho Internacional Privado de Familia en palabras de RUBAJA (2012).

La labor de dar a conocer el nuevo texto civil y comercial no fue nada sencilla porque implicó la destreza de una gran cantidad de acciones de diferente tenor y planos, incluso de carácter político, porque no hay que perder de vista que las leyes son, en definitiva, decisiones políticas. Concientizar en la necesidad de contar con un nuevo Código Civil y Comercial y la línea legislativa emancipadora e inclusiva de diferentes formas de

---

<sup>3</sup> Cfr. entre otros: BASSET (2013a), BERBERE DELGADO (2012), SOLARI (2012), SOLARI (2013), SOLARI (2014), PERRINO (2012) y STARÓPOLI (2012).

<sup>4</sup> Ver, entre otros tantos: “Salir del país con un hijo adolescente puede volverse una odisea”, consultado en [<http://www.lanacion.com.ar/1822485-salir-del-pais-con-un-hijo-adolescente-puede-volverse-una-odisea>] el 10/03/2016; “Salidas del país con menores, las novedades del Código Civil”, consultado en [[http://www.clarin.com/todoviajes/tips-de-viajes/viajes-con-chicos-codigo-civil\\_o\\_1424257929.html](http://www.clarin.com/todoviajes/tips-de-viajes/viajes-con-chicos-codigo-civil_o_1424257929.html)] el 10/03/2016; “Nuevas parejas, divorcio exprés y contratos prenupciales, las claves”, consultado en [[http://www.clarin.com/edicion-impresa/Nuevas-parejas-divorcio-contratos-prenupciales\\_o\\_1222677725.html](http://www.clarin.com/edicion-impresa/Nuevas-parejas-divorcio-contratos-prenupciales_o_1222677725.html)] el 10/03/2016; “Nuevo Código Civil: el impacto en la vida cotidiana de los argentinos”, consultado en [<http://www.lanacion.com.ar/1814707-nuevo-codigo-civil-el-impacto-en-la-vida-cotidiana-de-los-argentinos>] el 10/03/2016.

organización familiar que debía observar, fueron pilares de esta primera etapa. Esta habría culminado o al menos se habría pasado a otro estadio, tal como lo termina aceptando RIVERA (2015a: 895) al decir: “para algunos se ha sustituido un Código oligárquico, que no respetaba los derechos humanos ni los de las mujeres, liberal, individualista. Y el nuevo Código impregnado de constitucionalismo y de la influencia de los tratados de Derechos Humanos viene a ser una suerte de apertura a la luz que obviamente beneficia a quienes vivíamos — quizás sin darnos cuenta— en la oscuridad. Mientras que para otros la sustitución de los códigos Civil y Comercial por un nuevo texto que los unifica abre las puertas no a la luz sino virtualmente al apocalipsis. Se ha llegado a decir que sólo la Italia fascista optó por sustituir su Código Civil y Comercial por otro, que se rompe con la tradición jurídica argentina, se tiran por la borda ciento cincuenta años de doctrina y jurisprudencia, el nuevo código es un eslabón de una revolución cultural, casi todo lo que se regula en el nuevo código está mal, se da todo el poder a los jueces, etc.”, agregándose que “el debate entre los sostenedores de una y otra posición se hace casi imposible pues más que una polémica entre hombres de derecho, parece que asistiéramos a un enfrentamiento entre simpatizantes de equipos de fútbol históricamente rivales”. Como es sabido, toda rivalidad implica dos voces, miradas, posturas contrapuestas, por lo cual deben existir autores de un lado como del otro para la existencia del hecho negativo que expone este autor.<sup>5</sup> Ya con una mirada más componedora, agrega

---

<sup>5</sup> Ver en especial, RIVERA (2012a) en el que se sostiene de manera general que “El Derecho de Familia se mantiene dentro del Código, tal cual es nuestra tradición legislativa. Se pretende una modernización del mismo y su adaptación a las reglas supranacionales. Más allá de cómo esto se hace, a mi juicio muy desacertadamente, desde el punto de vista metodológico la decisión es irreprochable” (p. 38), misma línea adoptada en otros artículos como RIVERA (2012b) y RIVERA (2012c). Sobre este último trabajo destinado a exponer varias críticas referidas al campo del Derecho de Familia, cabe traer a colación la respuesta que ensaya KEMELMAJER DE CARLUCCI (2014b: 67-8) en lo relativo en particular al régimen matrimonial. En este sentido, se dijo: “Rivera entiende que el código civil y comercial no es todo lo tolerante que se declara, e imputa a los autores una especie de dogmatismo laicista, tan perjudicial como el religioso; afirma que ‘los codificadores han intentado imponer sus ideas; por ej., no se acepta la opción del covenant marriage (matrimonio blindado o matrimonio alianza) por el cual los cónyuges aceptan una relación vitalicia que impone mayores obligaciones’. La jerarquía intelectual de quien formula la crítica y la imputación de intolerancia impone responder. Acéptese, al menos, que el ejemplo que funda el aserto es erróneo: (a) La irrenunciabilidad del derecho a pedir el divorcio es la solución mayoritaria en el derecho comparado occidental; excepto algunos estados conservadores de los EEUU, muy religiosos, el resto se inclina por la nulidad de la renuncia. (b) Las razones de esta tendencia están claramente explicadas por la doctrina; un régimen que atribuya a los cónyuges la facultad de convertir un matrimonio civil en un matrimonio que recoge las pautas del matrimonio religioso está en abierta contradicción: (i) con la necesaria laicidad del Estado, al dotar de coercitividad civil a normas confesionales; (ii) con el principio de igualdad ante la ley (pues los efectos del matrimonio serían diferentes para unos y otros habitantes según sus diferentes creencias religiosas). c) No sorprende, pues, que esta sea la solución tradicional del Derecho argentino, tradición cuya aplicación tantas veces preconizan los detractores del proyecto. En efecto, el art. 199 del código disponía: “No pueden renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el

que “De ninguna manera la entrada en vigencia del nuevo Código anuncia la llegada del Apocalipsis como quieren algunos agoreros. Sus defectos se irán supliendo con la labor de la doctrina y la jurisprudencia y, en su caso, con alguna reforma parcial. Lo que realmente es criticable no es que tengamos un nuevo Código, sino cómo el Código ha sido puesto en vigencia. El período de latencia ha sido muy breve, con lo cual la comunidad jurídica no está preparada para aplicar esta nueva herramienta. Los programas de estudio no están adecuados, no hay manuales para los estudiantes y los ciudadanos no abogados están tan desorientados como la mayoría de estos”. Levándose adelante una mirada retrospectiva, se puede afirmar sin hesitación alguna, que tales temores quedaron en el plano teórico y no se plasmaron en la realidad. Los programas de estudio se adecuaron en la praxis más allá de los procesos administrativos de modificación curricular que insume tiempo, y los manuales y obras jurídicas no tardaron en llegar, incluso se llevó adelante una edición comentada de todo el Código Civil y Comercial de acceso gratuito.<sup>6</sup> Y si se está a la experiencia jurisprudencial, un panorama rápido por las distintas voces que se han escuchado en lo que va de vigencia del Código, permite afirmar que no se observa la “desorientación” que se mencionaba. Es más, ni la cuestión del derecho transitorio o la aplicación del derecho en el tiempo que regula el art. 7 generó desconcierto jurisprudencial, habiendo sido más un debate doctrinario —y en definitiva, para retrasar la puesta en marcha de la nueva legislación— siendo casi unánime

---

divorcio al juez competente”. La fórmula fue mejorada en el art. 230 conforme redacción impuesta por la ley 23515: “Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos”. La Corte Federal declaró constitucional esta norma el 5/2/1998, en un caso en el que el oficial del registro del estado civil y capacidad de las personas se negó a dejar constancia petitionada por los contrayentes en el sentido que ellos renunciaban anticipadamente a la facultad de solicitar el divorcio. (d) La respuesta coincide con el resto del sistema; así, por ej., el art. 531 inc.4 del Código civil redactado por Vélez declara condición especialmente prohibida de los actos jurídicos, la imposición de casarse o no casarse, separarse, divorciarse, etc. (e) También se inserta en otros principios consagrados por la reforma. Así, el art. 13, ubicado en el título preliminar, al regular la renuncia dice: “Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”. (f) Nadie está obligado a divorciarse; mientras ambos cónyuges permanezcan en sus propias convicciones, seguirán unidos; lo que uno solo no puede hacer, es prevalerse de una renuncia anticipada para obligar al otro a que permanezca atado cuando el proyecto de vida en común ha fracasado. (g) Si la crítica a la reforma apunta a dar validez a las cláusulas por las cuales las partes pactan que se obligan a convivir, a ser fieles, etc. el resultado no difiere. En efecto, la validez de estas cláusulas implicaría abrir las acciones de daños frente al incumplimiento de lo convenido, en clara contradicción con los derechos constitucionales en los cuales el proyecto se funda, entre otros, el derecho a la vida íntima”.

<sup>6</sup> Nos referimos a HERRERA, CAMELO y PICASSO (dir.) (2015), es decir, los 6 tomos en “PDF” del Código Civil y Comercial comentado, consultado en [<http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>] el 10/03/2016.

el principio de aplicación directa como bien defendió KEMELMAJER DE CARLUCCI (2015a)<sup>7</sup> y así lo hizo saber la Corte Federal en un caso en el que se debatía una cuestión de familia como lo es el apellido de los hijos.<sup>8</sup> En definitiva, y como se suele decir en forma coloquial, las fichas se suelen acomodar con el tiempo y el Código Civil y Comercial no ha escapado a esta aseveración.

Ahora bien, MIZRAHI (2015: VIII) en el prólogo a su obra “Responsabilidad parental” deja en claro que él no formó parte del equipo que tuvo a cargo la redacción del Libro Segundo y que esa situación *“al menos hoy, proporciona una ventaja indudable. Al no haber sido partícipe del Anteproyecto, me ha permitido tomar una distancia prudencial con el ordenamiento sancionado, tener una amplitud de miras y objetividad que, lamentablemente, no advertí en estudios recientes publicados por diversos autores de nuestro medio y que tuvieron una parte activa en la elaboración de las reformas. Es que una lectura de estos importantes trabajos se observa con claridad que se ha omitido señalar —tal vez de manera involuntaria— los errores y falencias de la nueva regulación; lo que es lógico que las tuviera en tanto estamos ante una obra humana”*. Al respecto, no es cierto que no se hayan explicitado algunas consideraciones críticas sobre el entonces Anteproyecto de reforma, puntualmente, esto ha sucedido en tres núcleos temáticos: 1) la modificación de la redacción del art. 19 sobre el comienzo de la existencia de la persona humana y en particular, la presión de la Iglesia Católica en la Cámara de Senadores;<sup>9</sup> 2) la incorporación que se hizo desde la comisión de reforma al denominado “deber moral de fidelidad”, también una modificación impulsada por ese mismo actor social de tanto peso aún en los

---

<sup>7</sup> Compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI (2015a); y en especial, el debate habido entre esta autora y nuevamente, RIVERA (2015b), RIVERA (2015c), RIVERA (2014); KEMELMAJER DE CARLUCCI (2015b), KEMELMAJER DE CARLUCCI (2015c), KEMELMAJER DE CARLUCCI (2015d). Si se trae a modo de ejemplo lo acontecido en materia de divorcio, temática sobre la cual se generó un arduo debate en torno a la aplicación del viejo código y su régimen de divorcio culpable o el nuevo código con su régimen de divorcio incausado, la jurisprudencia muestra unanimidad en la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial. Sólo un tribunal, la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza en fallo del 02/09/2015 (Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, “M., F. A. c. A., I. s/ divorcio vincular contencioso”, 02/09/2015), por mayoría, decreta el divorcio culpable de conformidad con lo dispuesto en el código derogado pero la Corte Suprema de Justicia provincial revoca en fecha 18/09/2015, desconociéndose precedentes que hayan seguido la postura mayoritaria de la Alzada mendocina y que sea la postura que se siga en un determinado departamento judicial.

<sup>8</sup> CSJN, “D. L. P. V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo”, 06/08/2015.

<sup>9</sup> Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, LAMM y HERRERA (2013); LABOMBARDA (2014); CERRUTTI y PLOVANICH DE HERMIDA (2014a); CERUTTI y PLOVANICH DE HERMIDA (2014b); QUINTANA (2014); MUÑOZ (2014); MOREA (2012); BERGEL (2012).



asuntos laicos relacionados con la familia y 3) la reincorporación del deber de convivencia como deber jurídico, también acontecido durante el debate en la Cámara de Senadores.<sup>10</sup>

Por fuera de esta observación, como ya se ha señalado, la primera etapa que va desde la redacción del Anteproyecto hasta la sanción del Código ha estado centrada en mostrar los aportes, aciertos y virtudes de la nueva normativa. Ahora se abre otra etapa nueva, que analizaremos en este trabajo. Sin perderse de vista que era necesario el brevísimo pasaje por ciertos acontecimientos del ayer para comprender con mayor exactitud las cuestiones pendientes y, en sí, los desafíos que se exponen en esta oportunidad.

A modo de aclaración final: todas las ideas que se esgriman a continuación van a merecer un estudio particular y en profundidad. Aquí solo se pretende dejar esbozados algunos desafíos, destacándose las razones por las cuales quedaron en ese estadio y no pudieron formar parte de la realidad jurídica que impone el Código Civil y Comercial.

## II. Los silencios incómodos

Quienes venimos trabajando hace tiempo<sup>11</sup> en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y sus implicancias jurídicas —sin perder de vista el impacto que tiene en otras áreas de la persona como sistema— somos conscientes de las fuertes falencias que se derivan de haber dejado librado al azar —es decir, a la interpretación judicial—, con el riesgo que conlleva cuando se trata de temas sensibles como lo es la naturaleza del embrión,<sup>12</sup> de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 del Código Civil y Comercial, más

---

<sup>10</sup> Las consideraciones críticas 2) y 3) se relacionan, por eso se las suele encontrar analizadas de manera conjunta o en los mismos trabajos como HERNÁNDEZ (2014), UGARTE (2015), SAMBRIZZI (2013), BASSET (2012), BASSET (2013b).

<sup>11</sup> En distintos proyectos de investigación como ser: el Proyecto de Interés Institucional sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “Lo nuevo y novedoso en el Código Civil y Comercial de la Nación: teoría y práctica en materia de técnicas de reproducción humana asistida”, Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015-2016. Dir. Marisa Herrera; Proyecto UBACyT 2013-2016 - “Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias”, Resolución (CS), N° 6932/13. Código del Proyecto N°: 20020120200106, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dir.: Marisa Herrera; Proyecto “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva socio jurídica. Bioética y Derechos Humanos”, Programación Científica UBACyT 2011-2014 —Grupo en formación—, Resolución (CS) N° 2657/11. Código de Proyecto: 20020100200050, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dir.: Marisa Herrera.

<sup>12</sup> Para profundizar sobre este panorama legislativo complejo, ver entre tantos otros HERRERA y LAMM (2015), y BERGEL (2012).

allá de que una disposición transitoria señala que una ley especial tendrá a su cargo la protección del embrión no implantado, y la fuerza normativa del resonado caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/12/2012<sup>13</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en fecha 26/02/2016 tuvo que volver a expedirse en el marco de un proceso de cumplimiento de sentencia para que efectivamente, se habilite la práctica de la fertilización in vitro en Costa Rica.<sup>14</sup>

El pasar de un texto como el proyectado que decía: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”*,<sup>15</sup> a uno que dice en la actualidad: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”*, dio lugar a la polarización de las dos posturas que habían estado presente en el mencionado caso Artavia Murillo y que por mayoría se concluyó que *“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.*

---

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica”, 28/12/2012.

<sup>14</sup> Aquí se ordenó por mayoría: *“Declarar que, (...) la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”*. También se dispone *“se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”* y *“Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación relativas a: a) que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción, de conformidad con lo dispuesto en el punto resolutivo tercero y el Considerando 26 de la presente Resolución (punto dispositivo segundo de la Sentencia), y b) la regulación de la FIV, y el establecimiento de sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, de conformidad con lo dispuesto en el punto resolutivo cuarto y los Considerandos 36 y 37 de la presente Resolución (punto dispositivo tercero de la Sentencia)”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, 26/02/2016, consultado en [[http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/Jurisprudencia\\_Search\\_avan.cfm?lang=es&nId\\_Estado=10](http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/Jurisprudencia_Search_avan.cfm?lang=es&nId_Estado=10)], el 10/03/2016).

<sup>15</sup> Cabe destacar que la última parte referida al “sin perjuicio...” fue una concesión a presiones provenientes del Arzobispado, por lo cual, el proyecto mismo mostraba ciertas tensiones. Sucede que tal agregado no quitaba la esencia de lo que se pretendía marcar: la implantación en la persona como elemento central para marcar o delimitar el concepto de persona humana, dejándose en claro que el embrión in vitro no ostentaba de tal calidad jurídica.

Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”. ¿Qué peso tiene esta decisión en el Estado argentino? Este pasó a ser un interrogante central y sobre el cual se debe construir toda normativa relativa al uso de las técnicas de reproducción asistida, en particular, lo referido a la fertilización in vitro. Esta línea es la que sigue la ley 26.862 de acceso integral en la que, justamente y con ciertas limitaciones, se dispone la cobertura de este procedimiento de alta complejidad. Por lo tanto, si las prepagas y obras sociales están obligadas a cubrir este tipo de tratamiento médico se parte de la base, o de manera implícita se entiende, que el embrión in vitro no es persona.

Ahora bien, así como se observa la fuerte resistencia de entender que el embrión no implantado o in vitro no ostenta el carácter o naturaleza jurídica de persona en Costa Rica, a tal punto que la máxima instancia regional en la materia debió expedirse nuevamente al respecto para conminar al Estado demandado a cumplir la sentencia dictada casi 4 años antes, en el derecho argentino también se observa tal reticencia. A tal punto, que se acaba de presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia contra el Estado Argentino por la sentencia de la Corte Federal del 01/09/2015<sup>16</sup> que confirma la negativa de la Corte de Justicia de Mendoza por mayoría, de cubrir el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) que permite seleccionar aquellos embriones que no son portadores de alguna enfermedad y que en algunas ocasiones, justamente por ello, el embrión no llega a desarrollarse por lo cual —como en el caso que ahora llegó a la Comisión— la mujer había tenido siete embarazos que se perdían a las pocas semanas de gestación. ¿La razón por la cual las instancias judiciales provinciales denegaron la cobertura del DGP? Considerar que este tipo de procedimientos implica manipular embriones, entendiéndolos que se trata de “personas” o “vidas humanas” para lo cual sostienen que el mencionado precedente Artavia Murillo contra Costa Rica no se aplica al Estado Argentino por no haber sido demandado el país. ¿Qué dirá la Comisión y posteriormente, la Corte Interamericana en un planteo que es vital para las prácticas de las técnicas de reproducción humana asistida en el país? ¿En qué reside tal importancia?

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, "L., E. H. c/ OSEP s/ Amparo", 01/09/2015; que ha sido comentado de forma crítica por distintos autores, como GARAY (2015), GIL DOMINGUEZ (2015a); y por otra parte ha tenido favorable recepción por LAFFERRIERE (2015) y QUINTANA (2015).

Mientras esto se resuelve en la máxima instancia judicial regional en Derechos Humanos, lo cierto es que este debate tiene un impacto negativo en la práctica y avance de proyectos legislativos que dependen de adoptarse una postura clara al respecto y que hacen al uso y acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. En la práctica, se siguen encontrando precedentes en los cuales se deniega la cobertura médica del DGP con la consecuente violación al derecho a gozar del avance de la ciencia que defiende el mencionado fallo Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. Así, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca en fecha 22/12/2015<sup>17</sup> siguió esta postura restrictiva al “revocar la medida cautelar concedida por la que se ordenó a la empresa de medicina prepaga demandada a brindar inmediata cobertura total e integral al tratamiento de fertilización in vitro por método ICSI, con más el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) a los embriones, en el término de dos días y bajo apercibimiento de aplicarle sanciones conminatorias en caso de demora, toda vez que el diagnóstico genético preimplantacional resulta inescindible del tratamiento de fertilización asistida, tal los términos en que la prestación fue solicitada y dicho estudio y acto médico implica la destrucción de determinados embriones y así de la persona humana de acuerdo al art. 19 del CCyC, corroborado por el art. 9 segunda parte, de la ley 26.994”. Por otro lado, persiste la resistencia a tratar el proyecto de ley<sup>18</sup> que cuenta con aprobación de la Cámara de Diputados en fecha 12/11/2014 y que, justamente, establecía un plazo decenal para la conservación de los embriones, permitiéndose acortar dicho plazo por decisión en este sentido de hacer cesar la criopreservación.<sup>19</sup> De este modo, se resuelve una cuestión clave que coloca en tela de juicio la efectiva satisfacción del acceso a las técnicas de reproducción asistida y consigo, al derecho humano a formar una familia, siendo este otro de los derechos humanos comprometidos en este tipo de prácticas médicas tal como se asevera en el reiterado caso Artavia Murillo. A la vez, también se presentó en la Cámara de Senadores en fecha 13/08/2015, un proyecto para regular la figura de la gestación por sustitución por parte de la entonces senadora mendocina Montero.<sup>20</sup> Un proyecto de esta magnitud que pretende regular una realidad social que se visualiza de manera palmaria a través de la cantidad ascendente de fallos que muestra el panorama jurisprudencial<sup>21</sup> y que ha llamado la

<sup>17</sup> Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, "F. M. B. y otro c/ Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas s/ leyes especiales", 22/12/2015.

<sup>18</sup> Proyecto de ley sobre gestación por sustitución, presentado el 13/08/2015, ingreso por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, expediente 2574-S-2015, fdo. Laura G. Montero.

<sup>19</sup> Para analizar en profundidad los aportes que propone este proyecto hacia una práctica sin obstáculos para las técnicas de reproducción asistida compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LAMM (2014).

<sup>20</sup> Se trata del proyecto de ley S-2574/15.

<sup>21</sup> Ver: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013, *La Ley*, cita online AR/JUR/24326/2015; Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”, 19/11/2013, *Microjuris*, cita online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567; Tribunal Colegiado de Rosario N° 7, “XXX”, 02/12/2014, *La Ley*, cita online AR/JUR/90178/2014; Juzgado Nacional

atención de la doctrina nacional,<sup>22</sup> así como medios masivos de comunicación citándose como ejemplo más reciente la nota titulada “Gestar a préstamo”<sup>23</sup> en la cual se alude a dos fallos, uno de Mendoza en el cual una abuela gesta sus tres nietos trillizos para su hija,<sup>24</sup> y otro más reciente de un juzgado de familia de Bariloche de fecha 29/12/2015, en el que se hace lugar al pedido de autorización judicial que le permite a una cuñada gestar a su sobrino con el aporte de material genético de los denominados “comitentes”, es decir, los que tienen la voluntad de ser padres que en este caso son su hermano y la esposa de éste.<sup>25</sup>

¿Acaso es posible abrir paso al debate legislativo sobre este tipo especial de técnica de reproducción humana asistida como es la gestación por sustitución cuando aún está pendiente la interpretación acerca de la naturaleza jurídica del embrión? Más allá de la operatividad del precedente citado de la CIDH, lo cierto es que esta incertidumbre obstaculiza poder avanzar hacia una problemática que cada día cuenta con mayor presencia en la realidad social y cuyo silencio legislativo, sin lugar a duda, perjudica a todos los integrantes en un proceso de gestación por sustitución, en especial, a las mujeres que gestan para otros. ¿Qué protección tienen? ¿Saben lo que implica gestar para otros? ¿Qué preparación las rodea? ¿Bajo qué condiciones físicas, psíquicas, sociales y médicas estarían aptas para poder llevar adelante este tipo de decisiones tan personales? ¿Qué lugar debería dársele al parentesco o relaciones de afecto sinceras? ¿Es mejor para todos los involucrados que haya una cercanía familiar o afectiva o, por el contrario, que sea un tercero alejado del grupo familiar comitente? Se trata, sin lugar a duda, de interrogantes que sólo pueden ser respondidos con responsabilidad si se lo hace desde la necesaria perspectiva interdisciplinaria.

---

de Primera Instancia en lo Civil N° 102, "C., F. A y otro c/ R. S., M. L.", 18/05/2015, *La Ley*, cita online AR/JUR/12711/2015; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, "N., N. O", 25/06/2015, *La Ley*, cita online AR/JUR/24326/2015; Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F", 29/7/2015, consultado en [<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n..pdf>] el 10/03/2016; Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, *La Ley*, cita online: AR/JUR/58729/2015; Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, "DATO RESERVADO, Expte. N° 10178-14", 29/12/2015; Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, "Herrera, Mónica y otro/a", 30/12/2015, consultado en: [<http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-trib-flia-no-3-lomas-de-zamora-prov-bs-as-gestacion-por-sustitucion-2015/>] el 10/03/2016.

<sup>22</sup> Confr. GIL DOMÍNGUEZ (2015b); GIL DOMÍNGUEZ (2015c); LAMM (2015); GALATI (2014); HOLZMAN (2013), entre otros.

<sup>23</sup> Consultado en [<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-293399-2016-02-28.html>] el 03/03/2016.

<sup>24</sup> Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, cita online: AR/JUR/58729/2015.

<sup>25</sup> Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, "DATO RESERVADO, Expte. N° 10178-14", 29/12/2015.

Como es sabido, la regulación de la gestación por sustitución fue propuesta en el Anteproyecto de reforma y quitada durante el debate en la Cámara de Senadores debido a la presión de dos voces contrapuestas: la Iglesia Católica y la doctrina nacional más conservadora y desde la otra vereda,<sup>26</sup> las feministas más radicales.<sup>27</sup> El Anteproyecto proponía en el entonces art. 562 un proceso judicial previo, en el que un juez después de tener en cuenta una cantidad de requisitos,<sup>28</sup> podía autorizar o denegar el pedido de homologación de un acuerdo de voluntades para la realización de la gestación por sustitución. Esta propuesta legislativa generó un fuerte debate y fue sacada del texto aprobado, sin decirse nada al respecto. De allí que uno de los principios a los que se suele apelar en los precedentes que se han dictado al respecto, todos a favor, es el conocido *“todo lo que no está prohibido, está permitido”*. Ahora bien, el interrogante que está detrás es cómo se vive un proceso tan complejo como el que involucra este tipo especial de técnica de reproducción asistida en este ámbito de silencio e incertidumbre legal. Situación que se complejiza aún más al observarse una mayor cantidad de modos de plantear y así blanquear la cuestión en sede judicial como ser a través de: acción de impugnación de la maternidad (que quien gesta no es la madre en términos jurídicos y que la determinación de la filiación debería estar en cabeza de quien prestó la voluntad procreacional que, por lo general suele ser quien aporta el material genético);<sup>29</sup> problematizar la inscripción de

---

<sup>26</sup> Ver BERBERE (2012), SELEME (2013), SAMBRIZZI (2011) y GALLI FIANT (2013).

<sup>27</sup> Como ejemplo de esta postura, en la mencionada nota periodística titulada *“Gestar a préstamo”* se acompaña una columna de opinión de una antropóloga TARDUCCI (2016), quien sostuvo *“En general se habla mucho de la necesidad de quienes quieren formar una familia, sobre todo cuando están en discusión reformas legislativas, pero muy poco de las mujeres que sirven como gestantes, que sería la parte vergonzante de la felicidad ajena. Hay quienes sostienen que puede ser una manera en que esas mujeres ganen autonomía al poder disponer de un ingreso importante de dinero. Pero también algunas investigaciones nos alertan acerca de mujeres muy pobres reclutadas como gestantes de manera similar a formas de servidumbre doméstica que sufren como empleadas del hogar y niñeras. Es una transacción por dinero que los fluidos intercambios de la globalización facilitan y que refleja y perpetúa las profundas desigualdades de género, clase, raza y nacionalidad presentes en el mundo contemporáneo”*.

<sup>28</sup> Los requisitos que se establecían eran los siguientes: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

<sup>29</sup> Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”, 19/11/2013, *Microjuris*, cita online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 102, “C., F. A y otro c/ R. S., M. L.”, 18/05/2015, *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/12711/2015

nacimiento para que el niño se inscriba a nombre de la comitente;<sup>30</sup> la acción declarativa de certeza;<sup>31</sup> la medida autosatisfactiva<sup>32</sup> o de manera más reciente, siguiéndose la propuesta que receptaba el Anteproyecto de reforma, apelar a la autorización judicial previa.<sup>33</sup> En este mar de inseguridad, cabe destacar que en un caso en el que también se hizo lugar, en definitiva, al planteo judicial para que la filiación quede determinada a favor de los comitentes, es decir, quienes quieren ser padres y prestaron la correspondiente voluntad procreacional, debieron interponer de manera previa una medida cautelar para que una empresa de prepaga brindara cobertura médica a los trillizos nacidos de una gestación por sustitución cuyo proceso había estado a cargo de su abuela.<sup>34</sup> Al respecto, el juez deja en claro que en este proceso cautelar “no determina la filiación jurídica de los niños, ni procura determinar el vínculo jurídico filial, sólo reconoce el derecho a la salud y su consecuencia inmediata, acceso a la cobertura médico-asistencial integral de tres niños pequeños a cargo de la obra social o prestación de medicina prepaga de aquéllos con quienes mantiene un vínculo biológico y hasta tanto se resuelva sobre la cuestión de aquella determinación jurídica”, agregándose que “tengo claro, con el grado de convicción suficiente que resulta atendible el pedido sin que ello implique juzgar respecto a la maternidad y paternidad de los niños”; pero sí se hace lugar al pedido de incorporación a la prepaga por encontrarse comprometido el derecho a la salud de personas menores de edad y por lo tanto “El interés superior del niño justifica la flexibilización de las rígidas normas previstas en la ley de rito; (...) en aras de una pronta solución y de la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados”.

---

<sup>30</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013, *La Ley*, cita online AR/JUR/24326/2015; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, “N., N. O”, 25/06/2015, *La Ley*, cita online AR/JUR/24326/2015.

<sup>31</sup> Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento”, 15/12/2015, *La Ley*, cita online AR/JUR/58729/2015; Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “M., C. K. s/información sumaria”, 04/11/2015.

<sup>32</sup> Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “A. V. O., A. C. G. Y J. J. F”, 29/7/2015, consultado en [<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA-PCIAL-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n..pdf>] el 10/03/2016.

<sup>33</sup> Tribunal Colegiado de Rosario N° 7, “XXX”, 02/12/2014, *La Ley*, cita online AR/JUR/90178/2014; Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, “DATO RESERVADO, Expte. N° 10178-14”, 29/12/2015; Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, “Herrera, Mónica y otro/a”, 30/12/2015, consultado en: [<http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-trib-flia-no-3-lomas-de-zamora-prov-bs-as-gestacion-por-sustitucion-2015/>] el 10/03/2016 (éste último precedente se trata de un proceso judicial previo pero con una gestación ya en curso).

<sup>34</sup> Nos referimos al fallo del Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento”, 15/12/2015, *La Ley*, cita online: AR/JUR/58729/2015.

En definitiva, como se puede observar, el Código Civil y Comercial si bien recepta las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera causa fuente filial (art. 558) otorgándole el espacio y autonomía legislativa que se merece, lo cierto es que la complejidad de la cuestión obliga a contar con una ley especial —así lo reconoce expresamente el propio Código en el art. 561— siendo que el Anteproyecto de reforma pretendía brindar una mayor cantidad de herramientas legales a modo de piso mínimo para evitar la situación de incertidumbre actual al dejar bien en claro que el embrión no implantado no es persona humana como así también regular la figura de la gestación por sustitución. En este sentido, el Código Civil y Comercial se quedó a mitad de camino, no por voluntad de quienes redactaron su antecedente directo, sino del juego de influencias, presiones y poderes que siempre están presentes en los temas que atañen a las familias, las mujeres y sus cuerpos.<sup>35</sup>

### III. ¿Errores de interpretación, conceptuales o ambas?

A los fines de demostrar la importancia que tiene dónde uno se para a fin de observar un conflicto judicial, traemos a colación dos cuestiones que se han dirimido en la jurisprudencia nacional ya vigente el Código Civil y Comercial. Se trata de dos controversias que, en definitiva, comparten un eje en común y que ha sido central en la reforma de las relaciones de familia. Nos referimos al régimen de divorcio incausado o sin expresión de causa y la consecuente derogación del divorcio causado, sea culpable u objetivo.<sup>36</sup>

La primera involucra un precedente en el que se debate el mantenimiento o no de la obligación alimentaria fijada bajo el régimen anterior a favor de una cónyuge considerada “inocente” por parte de su ex marido rotulado de “culpable”, y la subsistencia o no de dicha responsabilidad tras la vigencia del Código Civil y Comercial acaecida el 1° de agosto de 2015.

Puntualmente, se trata del Juzgado Nacional en lo Civil N° 92 de fecha 14/09/2015.<sup>37</sup> Aquí, una pareja que contrajo matrimonio el 08/09/1982 se divorcia el 03/05/2011 por culpa

---

<sup>35</sup> Para profundizar sobre este tema tan arduo y complejo recomendamos compulsar entre tantos otros: los diferentes trabajos compilados por el EQUIPO LATINOAMERICANO DE GÉNERO, AUTONOMÍA Y FEMINISMO SIGLO XXI (2012); BURIN y MELER (1998); MORÁN FAUNDES, SGRÓRUATA y VAGGIONE (2012); VAGGIONE, y MUJICA (2013); DONINI (2005); GERLERO (2009), Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015); ABRAMOVICH (2013); SEGATO (2014).

<sup>36</sup> Para comprender con mayor exactitud este pasaje, recomendamos compulsar entre tantos otros HERRERA (2014a), HERRERA (2014b), LLOVERAS (2013) y CHECHILE (2012).

<sup>37</sup> Juzgado Nacional en lo Civil N° 92, “M. L., N. E. c. D. B. E. A. s/ alimentos (Sentencia no firme)”, 14/09/2015, *La Ley*, cita online: AR/JUR/34186/2015.



exclusiva del marido demandado. Posteriormente, en fecha 14/08/2013 se fijó la suma de \$10.000 mensuales en concepto de alimentos a favor de la cónyuge declarada “inocente”. Esta obligación es cumplida por el demandado hasta el mes de agosto de 2015, fecha en que dejó de abonarla fundándose en la derogación del régimen de divorcio culpable y consigo, los alimentos al cónyuge inocente que establecía el derogado art. 207. Ante la intimación de pago realizada por la actora, el demandado contesta justamente, que en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial y la postura seguida por KEMELMAJER DE CARLUCCI en lo que respecta a la aplicación inmediata de la nueva legislación incluso en obligaciones periódicas como la alimentaria, consideraba que ya no se encontraba obligado a pagar alimentos por entender que no existía derecho adquirido alguno sobre alimentos futuros.

La jueza rechaza el planteo esgrimido por el demandado y hace lugar a la intimación fundándose, sintéticamente, en los siguientes argumentos: 1) que la regla genérica de aplicación inmediata de la nueva normativa —al igual que la excepción de retroactividad— “encuentran un límite en el propio art. 7 del CCyC, cual es la no afcción de derechos amparados por garantías constitucionales”; 2) que “Cuando la sentencia reconoce a favor del cónyuge (inocente o no) un derecho alimentario, este derecho por su especial naturaleza, forma parte del plexo de derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina”; 3) que “el derecho alimentario se funda en especial en el llamado principio de solidaridad familiar”; 4) que “La aplicación del principio pro homine es otra de las razones que justifican la decisión, principio que indica también la necesidad de amparar a la persona más débil o vulnerable de la relación jurídica que en principio, y a falta de prueba en contrario debe presumirse que es la alimentada”<sup>38</sup> y 5) que “el Código Civil y Comercial no puede aplicarse en el sentido de hacer cesar ipso iure el derecho alimentario del cónyuge inocente reconocido por sentencia firme, sin perjuicio de que las causas de extinción de este derecho se rigen por la nueva ley vigente, de

---

<sup>38</sup> Cabe destacar que otros autores llegan a la misma conclusión que en el fallo pero por otra vía como lo es el respeto por el derecho de propiedad, entendiendo que los alimentos a favor del cónyuge inocente es de carácter indemnizatorio como lo dicen MUÑIZ y PIAZZA (2015) al decir: “No obstante, no es posible descartar a priori la posibilidad de que en algún caso la aplicación de estas reglas no resulte en una privación de un derecho de propiedad. En tal sentido, no puede desconocerse que tal como se ha brevemente presentado en este comentario, la prestación alimentaria tiene un contenido indemnizatorio. Desde esta óptica, podría interpretarse que dicho deber reparatorio queda constituido al momento del divorcio y por lo tanto es regido por la ley anterior. Si por aplicación de la nueva normativa se privara de alimentos al cónyuge declarado inocente, o se redujera la cuota significativamente, sin que se prevea ninguna compensación en sustitución y no se tuvieran en cuenta los desequilibrios económicos entre ellos que hubieran sido causados por ruptura de la relación (que en la especie fue juzgada antijurídica y por culpa del otro cónyuge), podría justificadamente alegarse la privación de un derecho de propiedad, y consecuentemente la inaplicabilidad de la nueva ley en los propios términos del art. 7° del CCyC” .

*modo que el cónyuge obligado podrá entablar la acción pertinente alegando la modificación de las circunstancias o contexto fáctico —no meramente jurídico— que ha determinado la fijación de la cuota alimentaria con independencia de la responsabilidad del alimentante en la ruptura”.*

El interrogante clave que está detrás de este planteo consiste en indagar si los alimentos al cónyuge inocente tienen un fundamento de derechos humanos o constituye —según el ordenamiento jurídico derogado— una típica sanción al culpable. Se entiende que la respuesta correcta gira en torno a la segunda naturaleza, no a la primera, de allí que toda la construcción jurídica que se realiza en la sentencia en análisis sería errónea. Es más, si los alimentos al cónyuge inocente fueran o comprometieran un derecho humano, el Código Civil y Comercial no podría derogarlos y por lo tanto, debería haber mantenido el régimen causado porque su derogación traería consigo, impacto directo en la conculcación de derechos humanos y ello no es lo que ha sostenido la gran mayoría de la doctrina nacional y, de manera unánime, la jurisprudencia, que no ha procedido a dictar la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil y Comercial que receptan o estructuran el régimen de divorcio incausado.

En este sentido, siendo los alimentos una obligación periódica como bien lo señala la jueza, la regla que se impone es la que prevé el art. 7 sin excepción alguna porque los alimentos a favor del cónyuge inocente no comprometen garantía constitucional alguna. Ello no es óbice a que, por aplicación del propio Código Civil y Comercial y la noción de vulnerabilidad, debería haberse analizado si no se estaba ante una situación de necesidad como la que prevé el art. 434 inc. b.<sup>39</sup> Por otra parte, esta es la interpretación más coherente (art. 2 del Código Civil y Comercial) con una cuestión que destaca la propia jueza al sostener que las causas de cese de la obligación alimentaria deben ser resueltas a la luz de la normativa vigente, por lo cual, la aplicación inmediata es efectivamente la regla, tanto para el cese como para el tratamiento general de la cuestión. Justamente, una de las causales que prevé el art. 434 en su última parte es “si desaparece la causa que lo motivó”. Aquí la norma no distingue si sólo se refiere a la causa en sentido fáctico y no también jurídico como sería en el caso en análisis ante la modificación normativa. Por ello, y

---

<sup>39</sup> Expresa este inciso dedicado a enumerar uno de los supuestos de alimentos post divorcio: “a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441”. Agregándose en la última parte del articulado en análisis que “En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad”.

contrariamente a lo que dispone la jueza, no se puede distinguir ni por ende afirmar que sólo se refiere a cambios materiales o de hecho, cuando esta es una distinción que la normativa no hace y por lo tanto, se aplica el aforismo jurídico: “*Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*”, es decir, donde la ley no distingue, no es dable distinguir.

Varias de las críticas que aquí se esgrimen han sido receptadas por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 01/12/2015 que revocó el fallo de primera instancia y por lo tanto, concluyó que la calidad de inocente declarada en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye, en todo caso, una situación jurídica (...) y que, por tanto, de acuerdo a la pauta señalada por el artículo 7 del Código Civil y Comercial, sus consecuencias —entre ellas el derecho alimentario— se encuentran afectadas por la nueva ley hacia el futuro.<sup>40</sup>

El segundo precedente también coloca en tela de juicio, en definitiva, la real aceptación o no del régimen de divorcio incausado. Se trata de una contienda en materia de competencia que resuelve la Secretaría General 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 28/12/2015.<sup>41</sup>

Aquí el conflicto jurídico que se desata gira en torno al fuero que corresponde intervenir siendo que el juzgado civil patrimonial como otro de también civil pero con competencia exclusiva en familia, entienden que son incompetentes para dirimir en una demanda de daños y perjuicios por agravio moral y lucro cesante de un ex cónyuge contra el otro, siendo que la actora invoca supuestos actos ilícitos relacionados con su persona y bienes producidos durante y posteriormente a la ruptura del matrimonio, el que ya se encontraba disuelto por sentencia.

El magistrado del juzgado civil patrimonial declinó la competencia y remitió las actuaciones al magistrado que había entendido en el juicio de divorcio. Por su parte, la jueza de familia también rechaza su intervención al entender que de conformidad con el régimen jurídico ya vigente, es incompatible la acción de daños y perjuicios derivados del divorcio y por lo tanto, cualquier petición de daños debe tramitar ante la justicia civil patrimonial.

La Secretaría General N° 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil le da la razón al juez civil y patrimonial y por lo tanto, decide la radicación del expediente ante el juez que entendió en el divorcio, fundado en el principio de conexidad. Al respecto se sostiene de manera genérica que “*la conexidad con entidad suficiente para derogar en forma*

---

<sup>40</sup> Cámara Nacional Civil, Sala I, "M L, N E c. D B, E A s/ Alimentos", 01/12/2015.

<sup>41</sup> Cámara Nacional Civil, Secretaría General N° 1, "T., D. I. c/ K., G. F. s/daños y perjuicios", 28/12/2015.

*total o parcial la regla de la competencia se da en términos generales aun cuando, sin llegar a configurarse el supuesto de sentencias contradictorias, el nuevo proceso es consecuencia del anterior o tiende a modificar o a dejar sin efecto lo resuelto precedentemente. Se trata de una prolongación de la misma controversia, aunque se dirija contra otro demandado, y por esa vinculación, debe someterse al conocimiento del Tribunal que previno, que contará con los elementos arrojados en ambos procesos y permitirá la continuidad de criterio en la valoración de los hechos y el derecho invocados conforme el principio de la ‘perpetuatio jurisdictionis’”. Agregándose en lo particular que “En la especie, si bien es cierto que de los términos del escrito introductorio surge que la pretensión que da sustento al reclamo de la actora, en principio, no constituye en sí una cuestión de familia, este Tribunal habrá de compartir los argumentos vertidos por el Sr. Fiscal General (...), en el sentido de que esta causa se encuentra íntimamente vinculada al expediente que tramita ante el Juzgado Civil n° 8, pues no solo se trata de las mismas partes sino que el reclamo comprende determinados bienes que han sido incluidos en la propuesta reguladora efectuada en aquel proceso. Por ello, resulta conveniente que estas cuestiones sean sometidas al conocimiento del Magistrado que previno. Así, de lo actuado se desprende que la pretensión incoada se encuentra íntimamente vinculada a un proceso de divorcio, resulta conveniente someterla al conocimiento del Juez interviniente”; concluyéndose que “en el caso se verifican razones de conexidad que autorizan el pretendido desplazamiento de la competencia, a los fines de permitir una unidad de criterio en la valoración de los hechos y el derecho invocado”.*

Una vez más y en otro perfil del divorcio, se puede observar la resistencia a desterrar la idea o binomio “culpa-inocencia” del divorcio subjetivo que primó en el derecho nacional por tantísimos años, atando la noción de ilicitud —sobre la cual se edifican los daños en las relaciones de familia— a supuestas conductas negativas directamente relacionadas con el divorcio.

Precisamente, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca los días 1, 2, y 3 de octubre del 2015, por mayoría, se concluyó en la comisión n° 3 dedicada a los “Daños en las relaciones de familia” que “Son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales”, e íntimamente relacionado con ello y focalizado en un derecho-deber específico que siempre ha tenido un lugar de relevancia en el Derecho de Familia como lo es el deber de fidelidad que “En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado

*deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737)".*<sup>42</sup> De este modo, y tal como se lo ha expresado en tantas oportunidades, se entiende que se independiza el Derecho de Daños del régimen de divorcio o en otras palabras más elocuentes, que es incompatible el sistema de divorcio de incausado con la responsabilidad civil. En este sentido, se ha sostenido tras llevarse adelante un profundo análisis jurisprudencial sobre la última etapa de vigencia del código derogado que “*Si durante la vigencia del régimen de divorcio subjetivo en el que el deber de fidelidad era jurídico las voces jurisprudenciales eran críticas a la reparación del daño; fácil se advierte que pasado tal deber al plano moral como lo hace el CCyC, la conclusión ineludible es la imposibilidad de entrecruzar la reparación del daño con el régimen de divorcio incausado*” (HERRERA, PELLEGRINI y DUPRAT, 2015). Línea que se reafirma en otra ponencia que pertenece a la misma trilogía presentada en las jornadas académicas citadas, al concluirse que si “*durante la vigencia del código civil derogado, la reparación civil en el matrimonio se circunscribía al divorcio culpable, siendo casi inexistente en otras situaciones, tanto desde el punto de vista práctico como doctrinario sobre el cual había cada vez un menor interés. El CCyC recepta esta orientación al ser más estricto aún que la legislación civil derogada al suprimir de manera expresa los daños en el marco de los esponsales. ¿Sería un sistema legal coherente —preocupación que explicita el art. 2— que el CCyC sea más rígido aún en materia de daños en el matrimonio y no lo sea en campo del divorcio, siendo éste una de sus vertientes o especies?*” (HERRERA, PELLEGRINI y DUPRAT, 2015b). Perspectiva que se consolida en la tercera y última parte de esta trilogía al aseverarse que “*El CCyC no reconoce la procedencia de daños y perjuicios en el divorcio, y mantiene el criterio de la ley anterior ante la nulidad matrimonial (...). Este silencio normativo no es de igual entidad que en el contexto del Código Civil derogado, pues guarda relación con un sistema de divorcio incausado, alejado de la noción de culpa. Y al exponerse la finalidad de esta modificación en los Fundamentos del anteproyecto, se sostiene la improcedencia de daños derivados del vínculo matrimonial. Desde el contexto constitucional-convencional, fácil se comprende por qué el Código Civil y Comercial pone fin a otro acalorado debate de varios años y que desde hace algunos ha perdido, y con razón, entidad teórica y práctica. Así, la legislación vigente invita a concentrarnos en lo que realmente está habilitada y preparada para solucionar “los casos” jurídicos de conformidad con el art. 1 CCyC. Los odios, las angustias y broncas familiares quedan —como una gran cantidad de dolores— “exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 CN)*” (HERRERA, PELLEGRINI y DUPRAT, 2015c).

A pesar de estas sólidas voces, la doctrina tradicional y conservadora que siempre ha estado tan presente en el campo de las relaciones de familia no ha hecho una excepción en esta oportunidad. Como ejemplo, cabe traer a colación lo expresado de manera más

---

<sup>42</sup> Conf. Conclusiones de la Comisión 3 "Daños en las relaciones de Familia", de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, consultado en [<http://jndcbahianablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-03.pdf>], el 07/03/2016.

reciente por CÓRDOBA (2016: 1) quien afirma: *“Revisando el conjunto normativo del derecho positivo a efectos de interpretar: ‘las palabras de la ley’, armónicamente ‘conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente’ verificamos la existencia de regulaciones de cuya expresión resulta cuando es que la ley hace excepción, es decir cuando la ley inhibe la aplicación de una norma. En este caso de aquellas que imponen el deber de no dañar y su consecuente reparación. Así es que, como ejemplo, el art. 401 CCyC ordena que no hay acción para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura de la promesa de matrimonio. Clausula no prevista respecto del art. 431 CCyC. Si la ley no crea excepción habiendo podido hacerlo no puede crearse por invocación interpretativa, pues interpretar no es hacer la norma, interpretar es desentrañar su exacto significado aplicando las reglas que provee la ley misma. (...) De lo expuesto se concluye que el régimen de responsabilidad civil resulta de aplicación a las relaciones de familia en todo aquello que no encuentre limitación en norma expresa en contrario. Ninguna duda cabe que al establecerse el divorcio incausado, los incumplimientos a deberes conyugales no inciden en ello pero no es extensivo a las consecuencias de la responsabilidad civil, salvo en los casos previstos en la ley”*.

Precisamente, se trata de armonía a la luz de la coherencia que dispone el art. 2 del Código Civil y Comercial en materia de interpretación. En este juego o interacción, la balanza se inclina como lo hizo la mayoría en las mencionadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en las que se sostuvo de manera clara que no es posible plantear la reparación del daño vinculado, relacionado, o teniendo como causa fuente la ruptura matrimonial sino, por el contrario, los principios de protección a la persona en tanto tal, no en cuanto ex cónyuge. En este marco, fácil se observa que la decisión de la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil es errada, porque entender que hay “conexidad” entre el planteo de daños que se promociona y el divorcio ya decretado años atrás implica, en definitiva, seguir atado al divorcio, al pasado, a un sistema legal que en los hechos ha sido perverso al pretender demostrar que la justicia es hábil para meterse en la intimidad de los matrimonios y sentenciar quién es “culpable” y quien “inocente” de relaciones tan complejas como las de pareja, decretando un “dañador” y un “dañado”. ¿Cuáles son los límites y tensiones de la ley en la vida de pareja? Un interrogante que parecía verse sorteado en el Código Civil y Comercial pero que estaría latente a la luz de ciertas respuestas jurisprudenciales.

#### IV. Los desafíos de las normas flexibles o de textura abierta

En último lugar, y a los fines de movilizar y actualizar el debate centrado en los desafíos que propone el Código Civil y Comercial ya vigente en las relaciones de familia, se pretende destacar las virtudes de receptarse una metodología legislativa más porosa, de textura abierta o flexible.

No se duda que a realidades más complejas, las leyes deben tener una mayor posibilidad de adaptarse a ella para no quedar vetustas al poco tiempo de ser sancionadas. ¿Cómo lograr este poder de adaptación sin colocar en tela de juicio un principio fundamental como lo es la seguridad jurídica?

Si se analiza con detenimiento las disposiciones que integran el Libro Segundo del Código Civil y Comercial, se observa la cantidad de principios o reglas generales que se receptan. Por ejemplo, en materia de responsabilidad parental en el art. 639 en lo relativo al régimen de la adopción del art. 595, se explicitan cuáles son los principios generales sobre los cuales se edifican ambas figuras. La razón de ello es, precisamente, que tratándose de ámbitos tan dinámicos y cambiantes, es muy probable que se presenten en la realidad conflictos que no están expresamente contemplados en la legislación civil y comercial y que por imperativo legal, los jueces deben resolver a pesar de tal vacío. Es por ello que el Código Civil y Comercial a los fines de lograr una correcta interpretación con todo el sistema normativo que, como bien es sabido, comprende la mirada constitucional-convencional (conf. arts. 1 y 2), brinda como herramienta de gran valor al operador jurídico, mostrar cuáles son los derechos y principios de derechos humanos directamente involucrados y que deben ser respetados al elaborar la solución del caso que se presente. De allí que sea tan importante la formación que se tenga, la cual no puede estar ajena o no puede desarrollarse por fuera de la denominada “humanización” del Derecho Civil. En otras palabras, no hay nada por fuera de la doctrina internacional de los Derechos Humanos, todo —en definitiva— está contenido en ella, y esto marca un antes y un después en el modo de encarar, interpretar y resolver los conflictos civiles entre los que se encuentran, claramente, los de familias en plural.

Ahora bien, es entendible que esta perspectiva más amplia cause cierto temor, en especial para quienes se han formado en una teoría clásica del Derecho Civil fundado en la dogmática jurídica. ¿Cómo leer disposiciones de textura amplia como las que abundan en el campo de las relaciones de familia? Como los ejemplos suelen ser un buen ejercicio pedagógico, aquí nos centraremos en una normativa que ha generado bastante debate. Nos referimos al art. 26 del Código Civil y Comercial que si bien se encuentra en el Libro Primero, tiene una relación directa con las relaciones de familia.

Se trata de cómo se regula el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad, las que ostentan una nueva clasificación en el Código Civil y Comercial: niños/as aquellos/as que se encuentran en la franja de los 0 (cero) a los 13 (trece), y

adolescentes de los 13 (trece) a los 18 (dieciocho) años de edad, momento en el que se adquiere la plena capacidad civil (conf. art. 25).<sup>43</sup>

Veamos, el art. 26 expresa: *“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*.

Esta normativa involucra un principio general y algunas excepciones, siendo estas últimas las que han generado mayor debate; en particular, con respecto a tres situaciones fáctico-jurídicas: 1) adolescentes de 13 a 16 años y actos que no resultan invasivos ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad; 2) adolescentes de 13 a 16 años y actos que impliquen tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o esté en riesgo la integridad o la vida y 3) adolescentes de 16 a 18 años y actos que involucren el cuidado de su propio cuerpo. El interrogante clave que se colige consiste en desentrañar cómo juega esta clasificación en la práctica en un campo tan complejo como lo es el sanitario.

Para analizar la cuestión con mayor compromiso, nos parece pertinente traer a colación la Resolución de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación 65/2015 publicada en el Boletín Oficial en fecha 08/01/2016 que pretende resolver o al menos, brindar pautas de interpretación precisas sobre los diferentes actos médicos que podrían llevar adelante por sí o con el asentimiento de uno de sus progenitores, los adolescentes.

---

<sup>43</sup> Tantísima es la doctrina que se ha edificado en torno al art. 26 del Código Civil y Comercial, sólo a los fines de tener un excelente pantallazo general de los debates que genera, recomendamos compulsar a FERNÁNDEZ (2015).



De manera central o como puntapié inicial, se coloca de resalto que la salud es un derecho humano con todo lo que ello significa y a la par, que la doctrina internacional de los Derechos Humanos se centra en el principio *pro homine*, es decir, a favor de la persona que en el supuesto que compromete a personas menores de edad se entrecruza con el principio *pro debilis* o *pro minoris*. En este contexto, la resolución en estudio concluye de manera general que “El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) tiene como fuente normativa preexistente y de superior jerarquía a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por la Argentina, que contienen los estándares mínimos que deben respetar todas las normas del ordenamiento jurídico interno. Por ello, toda interpretación normativa debe hacerse de acuerdo a los principios *pro persona* (*pro homine*), de *progresividad* y no *regresividad*, *autonomía* e *igualdad*, entre otros”. Consideración general que trasladada al campo de los derechos sexuales y reproductivos significa “la subordinación legal a la Constitución y a las normas de derechos humanos, se traduce en la aplicación entre otros y fundamentalmente de los siguientes criterios interpretativos: interés superior y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNyA) presunción de la capacidad de todas las personas en todas las circunstancias, *pro persona*, *pro NNyA* (*pro minoris*) e *igualdad* y no *discriminación*”.

Entrando a analizar e interpretar el art. 26 en el ámbito señalado, es decir, con relación a lo previsto en los últimos tres párrafos en los que se diferencian franjas etarias y tipos de actos, se establece que “El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ‘invasivo que comprometa el estado de salud’ sino que además se lo asocia a tratamientos que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”. En esta línea, se agrega que “La evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica. El riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad. El artículo 26 del CCyC, califica la práctica en tanto que ‘comprometa el estado de salud’ del NNyA, o de que exista riesgo grave para la vida o afectación de la integridad física. Es decir, las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNyA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir. Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, estadísticas sanitarias, y otras fuentes autorizadas y de reconocida calidad”.

Por otra parte, también se lleva adelante una interpretación amplia del término “progenitores” que estarían habilitados para prestar el “asentimiento” en aquellos actos

que sean necesarios a los fines de, efectivamente, proteger el derecho a la salud de una población vulnerable como lo son las personas menores de edad. En este sentido, se entiende que *“en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento del NNyA, la interpretación adecuada del término ‘progenitores’ del artículo 26 del CCyC, (según el contenido del artículo 59 del CCyC; ley de derechos del paciente; decreto de la ley de salud sexual) en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNyA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud. De esta manera, cualquier “allegado” (artículo 59 del CCyC) o referente afectivo (artículo 7 Decreto 415/2006 reglamentaria de la ley 26.160) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos”*. Aquí se observa otra interpretación emancipatoria o ampliatoria a la luz de los derechos humanos comprometidos y en definitiva, la mirada sistémica y coherente que pregonan los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial.

Ingresando a aspectos más concretos como lo son tipos de actos y ciertas especificidades como son los adolescentes con discapacidad o lo relativo a la identidad de género, la resolución en estudio también avanza a los fines de obtener una unidad o unificación interpretativa.

En este sentido, y como principio rector o básico se entiende que *“las prácticas de salud sexual y salud reproductiva en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos —DIU—) no son prácticas “invasivas que comprometan el estado de salud” en los términos del artículo 26 del CCyC. Ello implica que desde los 13 años (salvo en los casos en que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma”*.

En lo relativo a los adolescentes con discapacidad, se recuerda el principio rector que rige en materia de capacidad: la presunción de la capacidad y la consecuente mirada restrictiva en torno a su restricción. Es decir, que *“la capacidad para el ejercicio de los derechos corresponde a todas las personas por igual, siendo las limitaciones a la capacidad de carácter excepcional, persiste en la atención sanitaria una fuerte “presunción de incapacidad” de las personas con discapacidad”, o en otras palabras, que “La restricción a la capacidad es excepcional y cobra vigencia estrictamente en los términos de la sentencia judicial que así lo declare”*. ¿Cómo juega el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos en este contexto? Sostener que por regla *“La discapacidad funcional, intelectual, psicosocial, sensorial o cognitiva no implican en sí mismas una “incapacidad jurídica”, y mucho menos en situaciones relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos como lo es el derecho a la salud”* y en el supuesto de que la persona tenga una sentencia de restricción a la capacidad *“que*

*involucre específicamente cuestiones de salud, se debe contemplar que estas sentencias no son permanentes y deben ser revisadas periódicamente”.*

En lo atinente a los adolescentes con restricción a la capacidad, es interesante destacar el cruce que se hace con el denominado “sistema de apoyos” que también regula el Código Civil y Comercial (conf. arts. 32 y 43). Al respecto, en la resolución se expone que *“En caso de que la persona no tenga designación de apoyo con el objeto de asistencia en salud y la persona solicite acompañamiento, podrá nombrar a alguien de confianza para que le asista. En los casos de personas sin restricciones a su capacidad de ejercicio, también tienen derecho a solicitar un sistema de apoyo. Las terceras personas deben acompañar la decisión de la persona. En ningún caso existe la sustitución de voluntad con consentimiento. El criterio para ser persona de apoyo no es otro más que la confianza y empatía. No se requiere título profesional de ningún tipo. Puede ser una persona allegada. La persona de apoyo puede ser una persona con discapacidad. Lo esencial es la elección y la aceptación por parte de la persona”.*

Por último, en materia de adolescentes e identidad de género, temática de relación directa con la noción de salud en sentido amplio, se recuerda el concepto de identidad de género en el siguiente sentido: *“La identidad de género no se corresponde ni con un determinismo biológico (anclado en la linealidad sexo, género y sexualidad) ni cultural (según el cual hay una distribución de características o atributos sociales entre mujeres y varones dada la asignación de roles en la sociedad). La identidad de género es expresión de una serie de prácticas de normas o pautas contingentes, situadas históricamente y variables. La persona se construye en su identidad de género en el mismo instante en que asume su género. No hay identidad de género previa al sujeto ni tampoco inmutable sino que hay posibilidad de dispersión en las diferencias de género”.*

Tras esta definición y como regla *“se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad auto-percibida son prácticas de cuidado del propio cuerpo, reguladas en el art. 26 del CCyC, se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG), en pos de una armonización constitucional y convencional de los criterios para la presunción de capacidad de adolescentes. Por ello, la interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales pro persona y pro minoris, implica preferir la aplicación del artículo 26 del CCyC que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de NNyA”.* Por lo tanto, se entiende que *“a partir de los 16 años el adolescente, equiparado a un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, puede petitionar los procedimientos que habilita la LDIG, prescindiendo de los requisitos que esta última prevé en su art. 11, ya que los procedimientos (Terapia de Hormonación e Intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género. De acuerdo con las reglas establecidas en dicho artículo, las prácticas solicitadas deberán ser catalogadas, de forma tal que solo aquellas que sean consideradas ‘invasivas que ponen en riesgo la salud’, deban*

*requerir que las/os adolescentes entre 13 y 16 años, sean asistidos por quienes ejerzan roles de cuidado”.*

Como se puede observar, el Código Civil y Comercial ha venido —en buena hora— a introducir modificaciones sustanciales en el modo de repensar una gran cantidad de relaciones jurídicas familiares y otras más como son las relaciones de las personas con el afuera, en este caso de las personas menores de edad con acciones vitales para su vida cotidiana. Disposiciones porosas, flexibles y abiertas pueden generar ciertos temores y a la par, abrir nuevos desafíos. El esfuerzo interpretativo que ha insumido el art. 26 del Código Civil y Comercial es un claro ejemplo de las virtudes de seguir profundizando en un debate ancestral y permanente como lo es lograr el equilibrio entre autonomía de la voluntad y orden público.

No se trata de prohibir cuando ello perjudica, vulnera o desprotege derechos humanos, sino de analizar las virtudes de legislaciones permisivas que a la par, promuevan la autonomía, la responsabilidad y la solidaridad.

## V. Brevísimas conclusiones provisorias

Todo cambio legislativo y más de este tenor, tan profundo e integral como el que trae el Código Civil y Comercial, no puede dejar de movilizar los sentidos en tantísimas direcciones y niveles.

Ya pasada la primera etapa de elaboración, debate —más o menos acalorados según las temáticas en cuestión— y los cambios propuestos y efectivamente consignados, se ha pasado a otra diferente en la que se deben tener en cuenta los aportes, es decir, los frutos de las modificaciones, sus impactos y sus disyuntivas, pero a la vez los desafíos que aún restan por lograr a los fines de alcanzar un ordenamiento jurídico cada vez más respetuoso de los derechos humanos de las personas, en especial, de los más vulnerables a los que el Código Civil y Comercial le dedica un lugar especial.

En este trabajo se tuvo por objeto esta segunda etapa, señalándose lo que se entiende como algunos “errores interpretativos”, las consecuencias negativas de ciertos silencios legislativos que aún perduran y las virtudes de receptor una metodología legislativa porosa o amplia. Se trata de tres niveles de análisis bien diferentes pero que coexisten y son hábiles, a nuestro entender, para inaugurar esta segunda etapa doctrinaria en la cual nos encontraríamos.

Se trata de seguir aportando para continuar la apuesta a un Derecho Civil de cara a la realidad, que no es otra cosa, en definitiva, en seguir bregando por acortar la brecha entre Derecho y Sociedad.

## Bibliografía

ABRAMOVICH, V. (2013) “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, 2013-I, fascículo n° 10, pp. 3-17.

BARRANCOS, D. (2014) “Prólogo”, en SEOANE, M., *Amor a la Argentina. Sexo, moral y política de Roca a CFK*, Buenos Aires, Octubre, p. 12.

BASSET, Ú. (2012) “El matrimonio en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 2012-E-912.

— — (2013a) “Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?”, *La Ley*, 2013-D-872.

— — (2013b) “Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción”, *La Ley*, 2013-F-1056.

BERBERE DELGADO, J. (2012) “El Derecho Filial en el proyecto de Código Civil y Comercial - Nuevos paradigmas”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 6, julio 2012, Buenos Aires, *La Ley*, pp. 141-148.

BERGEL, S. (2012), “El proyectado artículo 19 del Código Civil. Comienzo de la existencia de la persona humana”, *La Ley*, 2012-E-1350.

BURIN, M. y MELER, I. (1998) *Género y Familia. Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*, Buenos Aires, Paidós.

CERUTTI, M. y PLOVANICH DE HERMIDA, M. (2014a) “Comienzo de la existencia de la persona”, *La Ley*, Sup. Act. 27/03/2014, p. 1.

— — (2014b) “Persona humana: Comienzo de la existencia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, mayo de 2014, Buenos Aires, *La Ley*, p. 199.

CHECHILE, A. (2012) “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 57, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 167.

CÓRDOBA, M. (2016) “Daños y familia”, *La Ley* 2016-A-1159.

DONINI, A. (2005) *Sexualidad y familia. Crisis y desafíos frente al siglo XXI*, Buenos Aires, Noveduc.

EQUIPO LATINOAMERICANO DE GÉNERO, AUTONOMÍA Y FEMINISMO SIGLO XXI (comp.) (2012) *Autonomía y feminismo Siglo XXI*, Buenos Aires, Biblos.

FERNÁNDEZ, S. (2015) “Capacidad”, en HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (dirs.) *Código Civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 55-125.

GALATI, E. (2014) “Hacia la costumbre judicial de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de Familia*, N° IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 148.

GALLI FIANT, M. (2013) “Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra”, *Microjuris*, cita online: MJ-DOC-6195-AR | MJD6195.

GARAY, O. (2015) “El derecho a la fertilización asistida y la prestación médica no autorizada”, *La Ley*, 2015-E-424.

GERLERO, M. (comp. y coord.) (2009) *Derecho a la sexualidad*, Buenos Aires, Grinberg Libros Jurídicos.

GHERSI, C. (2012) “¿Qué modelo de familia queremos los argentinos? El Proyecto de Código Civil y Comercial: un modelo de disgregación y no de pertenencia”, *Microjuris*, cita online: MJ-DOC-5998-AR | MJD5998.

GIL DOMINGUEZ, A. (2015a) “Una herida mortal al Código Civil”, consultado en [[http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2015\\_09\\_01\\_archive.html](http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2015_09_01_archive.html)] el 10/03/2016.

— — (2015b) “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre de 2015, Buenos Aires, La Ley, p. 237.

— — (2015c) “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad”, *Revista de Derecho de Familia*, N° V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 133.

GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. y HERRERA, M. (2010) *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar.

HERNÁNDEZ, L. (2014) “El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, noviembre de 2014, Buenos Aires, La Ley, p. 37.

HERRERA, M. (2013) “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, *Revista Derecho Privado*, año II, número 6, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 109.

— — (dir.) (2014a) “El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado” en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 275-323.

— — (2014b) “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación*, primera parte, diciembre de 2014, Buenos Aires, La Ley - Thomson Reuters, p. 53.

HERRERA, M. y LAMM, E. (2015) “Técnicas de reproducción humana asistida”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, La Ley, pp. 295-452.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (dirs.) (2015) *Código Civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, consultado en [<http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>] el 10/03/2016.

HERRERA, M., PELLEGRINI, M. y DUPRAT, C. (2015a) “Derecho y Realidad: la improcedencia de reclamo resarcitorio por incumplimiento del deber moral de fidelidad según el contexto jurisprudencial previo al Código Civil y Comercial”, ponencia presentada a las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, consultado en [[http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herera-y-otras\\_DERECHO-Y-REALIAD.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herera-y-otras_DERECHO-Y-REALIAD.pdf)] el 07/03/2016.

— — (2015b) “Trilogía segunda parte. Daños antes y durante el matrimonio en el CCyC: una necesaria perspectiva integral y sistémica”, ponencia presentada a las XXV Jornadas

Nacionales de Derecho Civil, consultado en [[http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras\\_TRILOGÍA-SEGUNDA-PARTE.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras_TRILOGÍA-SEGUNDA-PARTE.pdf)] el 07/03/2016.

— — (2015c) “Responsabilidad civil y divorcio incausado: ¿compatibilidad o contradicción?”, ponencia presentada a las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, consultado en [[http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras\\_RESPONSABILIDAD-CIVIL.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras_RESPONSABILIDAD-CIVIL.pdf)] el 07/03/2016.

HIGHTON DE NOLASCO, E. (2015a) “Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número Extraordinario 2015, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 22.

— — (2015b) “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, cita online: AR/DOC/2598/2015.

HOLZMAN, D. (2013) “Filiación y voluntad procreacional: cuando el deseo de ser padres y el interés superior del niño se imponen”, *Revista de Derecho de Familia*, N° VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 69.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014a) “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *La Ley*, 2014-E-1267.

— — (2014b) “Capítulo Introductorio”, en *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

— — (2015a) *La aplicación del Código Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

— — (2015b) “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, *La Ley*, 2015-C-951.

— — (2015c) “La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, *La Ley*, cita online: AR/DOC/2588/2015.

— — (2015d) “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, *La Ley*, 2015-B-1146.



KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. HERRERA, M., y LAMM, E. (2014) “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”, *La Ley*, 2014-F-1075.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E. y HERRERA, M. (2013) “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, *La Ley*, 2013-A-907.

LABOMBARDA, P. (2014) “El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, mayo de 2014, Buenos Aires, La Ley, p. 184.

LAFFERRIERE, J. (2015) “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/4009/2015.

LAMM, E. (2015) “Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad”, *Revista de Derecho de Familia*, N° V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 137.

LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. (2009) *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad.

LLOVERAS, N. y RÍOS, J. (2013) “El divorcio incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012”, *Microjuris*, Buenos Aires, cita online: MJ-DOC-6394-AR | MJD6394.

MIZRAHI, M. (2015) *Responsabilidad parental*, Buenos Aires, Astrea.

MORÁN FAÚNDES, J., SGRÓRUATA, M. y VAGGIONE, J. (eds.) (2012) *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, Córdoba, Ciencia, Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

MOREA, A. (2012) “Consideraciones críticas al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 en los aspectos relativos al estatuto jurídico del embrión”, *La Ley*, cita online: AR/DOC/5089/2012.

MUÑIZ, C. y PIAZZA, J. (2015) “Alimentos en favor del "cónyuge inocente". Presente y ¿futuro?”, *La Ley*, cita online: AR/DOC/2152/2015.

MUÑOZ, G. (2014) “Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado”, *Derecho de Familia y de las Personas*, agosto de 2014, Buenos Aires, La Ley, p. 180.

PERRINO, J. (2012) “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, *La Ley*, 2012-A-580.

QUINTANA, E. (2014) “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, septiembre de 2014, Buenos Aires, La Ley, p. 212.

— — (2015) “Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/8/2015.

RIVERA, J. (2012a) “La recodificación del Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial I*, 2012-2, Rubinzal Culzoni, p. 11.

— — (dir.) (2012b) “La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 1.

— — (2012c) “La proyectada recodificación del Derecho de Familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, N° 6, Buenos Aires, La Ley, p. 3.

— — (2014) “Significación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, noviembre de 2014, Buenos Aires, La Ley, p. 1.

— — (2015a) “En defensa de los códigos (el viejo y el nuevo)”, *La Ley*, 2015-E-895.

— — (2015b) “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso”, *La Ley*, 2015-C-645.

— — (2015c) “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite Algunas propuestas”, *La Ley*, 2015-C-1112.

RUBAJA, N. (2012) “Actualidad en Derecho Internacional Privado de Familia”, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, N° 66, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 351.

SAMBRIZZI, E. (2011) “Maternidad subrogada. Reforma proyectada”, *La Ley*, 2011-F-1172.

— — (2013) “El relativismo moral y el derecho de familia”, *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, 2013-C, Buenos Aires, *La Ley*, p. 725.

SELEME, H. (2013) “La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”, *La Ley*, 2013-A-647.

SEGATO, R. (2014) *Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres*, Puebla, Pez en el árbol.

SOLARI, N. (2012) “Los medios de prueba en el juicio de filiación. Normas previstas en el Proyecto de Código”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, N° 11, diciembre de 2012, Buenos Aires, *La Ley*, pp. 5-9.

— — (2013) “Los modelos familiares en el Proyecto de Código”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 6, julio de 2013, Buenos Aires, *La Ley*, pp. 35-38.

— — (2014) “Sobre el carácter renunciable de la prestación compensatoria”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 6, julio de 2014, Buenos Aires, *La Ley*, pp. 8-11.

STARÓPOLI, M. (2012) “El interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, N° 11, diciembre de 2012, Buenos Aires, *La Ley*, pp. 19-28.

TARDUCCI, M. (2016) “Miradas diversas para una discusión pendiente”, consultado en [<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/293399-76833-2016-02-28.html>] el 22/02/2016.

UGARTE, L. (2015) “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *La Ley*, 2005-C-192.

VAGGIONE, J. y MUJICA, J. (comps.) (2013) *Conservadurismo, religión y política. Perspectiva de investigación en América Latina*, Córdoba, Ferreyra Editor.

## Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica”, 28/12/2012.

— — “Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, 26/02/2016.

Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, “M., F. A. c. A., I. s/ divorcio vincular contencioso”, 02/09/2015.

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, “F. M. B. y otro c/ Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas s/ leyes especiales”, 22/12/2015.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013.

Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”, 19/11/2013.

Tribunal Colegiado de Rosario N° 7, “XXX”, 02/12/2014.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 102, “C., F. A y otro c/ R. S., M. L.”, 18/05/2015.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, “N., N. O”, 25/06/2015.

Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “A. V. O., A. C. G. Y J. J. F”, 29/7/2015.

— — “C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento”, 15/12/2015.

Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, “DATO RESERVADO, Expte. N° 10178-14”, 29/12/2015.

Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, “Herrera, Mónica y otro/a”, 30/12/2015.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “M., C. K. s/información sumaria”, 04/11/2015.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 92, “M. L., N. E. c. D. B. E. A. s/ alimentos (Sentencia no firme)”, 14/09/2015.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, "M L, N E c. D B, E A s/ Alimentos", 01/12/2015.

— — Secretaría General N° 1, “T., D. I. c/ K., G. F. s/daños y perjuicios”, 28/12/2015.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “D. L. P. V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo”.

— — “L., E. H. c/ OSEP s/ Amparo”, 01/09/2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe “Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, 12/11/2015.