

Los derechos Humanos y el derecho familia *Los nuevos paradigmas para el siglo XXI*

Nora Lloveras¹
Marcelo Salomón²

***A los juristas costarricenses, por su labor constante en la construcción
de un mundo más humano y un “Continente” más justo***

Sumario

1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO EXPRESIÓN JURÍDICA
2. LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES: UNA PERSPECTIVA ACTUAL
 - 2.1. El Derecho Constitucional de Familia
 - 2.2. Los nuevos paradigmas del Derecho Constitucional de Familia
3. LAS NORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA FRENTE AL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL FAMILIAR
 - 3.1. La recepción de la autonomía de la voluntad
 - 3.2. De la “familia matrimonial” a las “diversas formas familiares”
 - 3.3. La filiación: verdad biológica y transparencia
 - 3.4. De la “Patria Potestad” a la “Responsabilidad Parental”
 - 3.5. El Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente
 - 3.5.a. El interés superior del niño: principio global y rector de la CDN
 - 3.5.b. El interés superior del niño: el concreto interés del NNA
 - 3.6. Los deberes y derechos del matrimonio
4. LOS OPERADORES DEL DERECHO DE FAMILIA FRENTE AL NUEVO PARADIGMA Constitucional Familiar
5. CONCLUSIONES

¹ Lloveras, Nora. Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Agregada a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ta de Apelaciones Civil y Comercial Córdoba. Poder Judicial Córdoba. Mail: noval@arnet.com.ar

² Salomón, Marcelo. Docente de Derecho Constitucional. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Investigador Categorizado SECyT. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Juez de Conciliación de la Provincia de Córdoba. Argentina.

LOS DERECHOS hUMANOS y EL DERECHO DE fAMILIA

Los nuevos paradigmas para el siglo XXI

1. Los Derechos Humanos como expresión jurídica

Los Derechos Humanos constituyen el escenario de un permanente debate, construcción y reflexión, desde la segunda mitad del siglo XX al presente; en especial, se persigue elaborar el contenido sustancial de los principios que logren la efectivización de los derechos humanos, tanto en su faz estática como dinámica.

Asimismo, el clásico principio de la no intervención en los asuntos internos de los Estados comienza a dejarse de lado cuando gobiernos locales torturan, asesinan o discriminan a su población por razones políticas, sociales, raciales o culturales, originándose fácticamente la fiscalización externa. Como respuesta, se consolida la concepción de que se debe facultar a los organismos internacionales para intervenir en cuestiones internas de los Estados, cuando se vean violados o fuertemente comprometidos los Derechos Humanos.

A partir de ese cambio de concepción mundial, se genera una creciente corriente de integración entre los Estados del orbe, reflejada en lo que se ha llamado los “tratados de integración humanitaria”. Paralelamente a los mencionados tratados, se han creado

3 Cf: Díez de Velosio, Manuel, Las Organizaciones Internacionales, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

diferentes organismos y estamentos internacionales para procurar y acrecentar la
*Nora Lloveras*¹

*Marcelo Salomón*²

protección de estos derechos denominados “esenciales” y “universales”³.

El espectro temático de esta corriente de integración respecto de los Derechos Humanos se viene profundizando en forma creciente. Obsérvese que cada vez son más los tratados de Derechos Humanos que prescinden de contingencias bélicas o análogas, tratando — por ejemplo— de focalizar, contener y proteger las diferentes etapas biológicas del ser humano, las distintas inserciones sociales de este en su vida diaria de interrelación, de las que derivan los derechos del niño, los derechos de la edad avanzada, los derechos de la mujer, el derecho a ser diferente, entre otros.

En este sentido, utilizamos la voz “Derechos Humanos” que es autosuficiente para comprender a todas las personas titulares de derechos en general y en las relaciones familiares.

La nueva concepción de los Derechos Humanos constituye la base o el pilar del denominado “Derecho Humanitario”, que expresa un consenso progresivo en el mundo sobre el contenido de los Derechos Humanos y, en especial, sobre la construcción de principios rectores que fundan la interpretación de estos.

Desde esta nueva construcción del “Derecho Humanitario”, la defensa de los Derechos

Humanos comporta inexorablemente un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos y que conlleva una necesaria reformulación de todos los sistemas jurídicos.

En esta línea, se perfila el principio “Pro homine” que contempla un conjunto de pautas y criterios que el operador y el intérprete jurídico (institucional, gubernamental, judicial,

entre otros) deben observar al aplicar una norma, al resolver un caso, o al diseñar y aplicar políticas públicas; a fin de encontrar la solución que sea más beneficiosa para el desarrollo pleno de la persona a la que se le destina la norma, la solución o la política trazada y que, a su vez, la aplicación de dicha norma, solución o política, coadyuve a la consolidación institucional y social del sistema de Derechos Humanos.

El maestro Bidart Campos, al referirse al Principio Pro Homine, enseñaba que

[...] este principio indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma —internacional o interna— ⁴.

El principio “Pro Homine” y sus derivados⁵ son directrices jurídicas para hacer efectivos los derechos humanos de cada persona, tanto

y respeto que debe imperar en un genuino Estado social y democrático de Derecho.

El “Derecho Humanitario” adquiere cabal importancia a partir de la internacionalización de los valores jurídicos que se plasman en los tratados internacionales, especialmente los tratados de Derechos Humanos y que impactan directamente en los ordenamientos jurídicos locales. Este dato —no menor— no puede ser soslayado en el análisis que efectuamos.

Los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente conforman un mínimo fundamental, primario, común y comprensivo de los órdenes nacionales e internacionales.

Este reconocimiento internacional y la consolidación de los Derechos Humanos en las legislaciones internas de cada país, y de los bloques regionales y/o continentales, abre una nueva perspectiva jurídica en el análisis de las relaciones de familia.

4 Bidart Campos, Germán J., Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “Pro Homine”, En: El Derecho Constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectiva, Coordinadores: Bidart Campos, Germán J.; Gil Domínguez, Andrés, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 12.

5 Entre otros, el “Principio Pro Active”, el “Principio de Progresividad de los Derechos Humanos”, el “Principio de la Irreversibilidad de los Derechos Humanos”, el “Principio Favor Debilis”, etc.

frente al Estado como en la trama de sus relaciones sociales, entre las que se encuentran las relaciones familiares.

Así, ponemos de realce que uno de los aspectos claves a destacar de la concepción del Derecho Humanitario es que la protección de los derechos humanos se torna exigible por parte de cualquier individuo, de cualquier persona y respecto de cualquier sujeto pasivo.

Además, esta concepción del Derecho Humanitario trata de propender al desarrollo pleno de la personalidad y del proyecto individual de vida de cada uno de los ciudadanos, dentro de un marco de tolerancia

Por ende, las constituciones nacionales de los países firmantes de los tratados de Derechos Humanos establecen —en la gran mayoría— la recepción interna de esos tratados internacionales, expresando de esta forma: los valores, principios y normas que reflejan

la esencia del proceso asociativo comunitario, estableciendo “mínimos inesquivables” por los integrantes y operadores de la comunidad.

Estas normas fundamentales sirven, así, de regla de reconocimiento para todo el sistema normativo; lo que nos encamina al plano de la validez de las normas.

En el caso argentino, es a través del art. 75 inc. 22 CN por el cual ingresan los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino y por él se establece el rango jerárquico, constitucional o suprallegal, según el caso. No obstante, debemos destacar que los tratados no son leyes: son tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes o con jerarquía constitucional, según el caso⁶.

Por esta norma —75, inc. 22 Constitución Nacional⁷—, en el Derecho Argentino se otorga textura constitucional a la “jerarquía normativa”⁸ de los tratados allí mencionados y de los que en el futuro devengan con ese

A modo ejemplificativo, la “vida argentina” constitucional de los tratados de Derechos Humanos incidió directamente en la supremacía constitucional configurada por la Constitución Argentina; en tanto que se agregó a la Constitución como norma suprema el denominado “bloque de constitucionalidad” compuesto por los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional: la CN y los Tratados de Derechos Humanos —el “Bloque”— componen un conjunto renovador y pujante hacia un derecho diferente de valores, principios y garantías que redefinen todo el orden jurídico⁹.

En síntesis, la acogida constitucional de un

6 Cfr.: Ekmekdjian, Miguel Angel, Manual de la Constitución Argentina, Lexis Nexis, 6ta. Ed., Bs. As., 2007, p. 37. Examinando el tema de la supremacía constitucional en el marco del art. 31 C.N.

7 Para mayor abundamiento, véase: Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, LL, 3era. ed., Bs. As., 2006, Comentario al art. 75 inc. 22 C.N., p. 710 y ss.; Gómez, Claudio Daniel, Constitución de la Nación Argentina, Mediterránea, Córdoba, 2007, Comentario al art. 75 inc. 22 C.N., p. 607 y ss.; Sagües, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, 3era. ed., Bs. As., 2003, p. 259, n° 284.

8 Sobre el tema ver, entre otros, Vega, Juan C. y otros, Jerarquía constitucional de los tratados internacionales, Ed. Astrea, Bs. As., 1996. Colautti, Carlos, Los tratados internacionales y la Constitución Nacional, Ed. La Ley, Bs. As., 1998.

9 Para estudiar la problemática y realidad normativa que se deriva del “bloque de constitucionalidad” recomendamos, por la profundidad en el análisis, Manili, Pablo L., El bloque de constitucionalidad, La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino, Ed. La Ley, Bs. As., 2003.

rango por el procedimiento que se establece en la Constitución Nacional, otorgando así firmeza y autonomía ante posibles cambios de criterio jurisprudencial.

Esta recepción constitucional de los tratados de Derechos Humanos es una bocanada de aire fresco y renovado a los ordenamientos jurídicos internos de cada país, lo que demanda y exige una revisión amplia y vasta de sus instituciones.

El acogimiento constitucional de los principios, valores e instrumentos del derecho internacional provoca un fortalecimiento del derecho interno y le otorga completitud axiológica a los Derechos Humanos regulados por el ordenamiento local.

número destacado de tratados de Derechos Humanos, en los ordenamientos jurídicos de los países firmantes, significa un avance axiológico y un puente hacia la reformulación de la supremacía constitucional valorativa del Derecho de Familia con base en el principio pro homine que emana del Derecho Humanitario y se perfila como faro paradigmático de las legislaciones actuales.

2. Los Derechos Humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual

El impacto de los Derechos Humanos en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección y no a la institución de la familia en sí.

Con este giro, la “familia” no es el centro de la protección legislativa, sino que es la “persona” en sus diversas relaciones familiares la que debe contemplarse en la tutela.

Estos cambios sociales, históricos, axiológicos, científicos —entre otros— deben ser legislados, reconocidos y receptados por las sociedades, en tanto, en general, existe consenso en que el “derecho” de una sociedad debe reflejar la realidad —los valores— que hay en ella¹⁰.

Es decir que el derecho positivo como creación

Estos factores que —como ya dijimos— provocaron el reconocimiento de los Derechos Humanos, la reformulación de las relaciones familiares y el cambio, en general, de concepción respecto de la persona, fueron principalmente —a nuestro entender— sociales y científicos o tecnológicos, sin desconocer que influyeron factores económicos, entre otros¹².

Uno de los factores relevantes que disparó el nuevo diseño de las relaciones familiares fue y es el factor social, que motivado por el proceso de globalización, trajo la aceptación

10 Roca Trias, Encarna, Derechos humanos y Derecho de Familia, En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia,

“El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Libro de Ponencias, p. 10, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Facultad de Derecho, Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

11 Cfr.: Lloveras, Nora, La filiación en la Argentina y en el MERCOSUR, Costa Rica y el Perú, Editorial Universidad, Bs. As., 2007, p. 35 y ss.

12 Respecto del Derecho Francés, calificada doctrina destaca que la última reforma al derecho de familia francés indicó, como motor de cambio, tres mutaciones o evoluciones relevantes: por un lado la evolución social, exteriorizada por divorcios, uniones libres, y recomposiciones familiares, fenómenos que conforman una especie de “desmatrimonialización”, y que demandan una mayor autonomía familiar y una mayor responsabilidad del individuo miembro de la pareja; por otro lado la evolución biológica – científica –, que impacta en la mayor duración de la vida humana y de las parejas, conjuntamente con la coexistencia de varias generaciones, amén de los procesos de procreación asistida; y finalmente la evolución jurídica, como proceso de cambio operado por la influencia de las convenciones internacionales en los ordenamientos jurídicos internos (Bellucio, Augusto César, Nuevas bases para la reforma del derecho de familia francés, LL 2000-B-1293).

social no puede permanecer ajeno a los fenómenos sociales que se gestan y se exteriorizan en la sociedad que regula. Entiéndase bien lo que puntualizamos: no propiciamos que el derecho positivo recepte todo lo que acontece en la realidad social de una comunidad; sino que, como compendio de reglas básicas de esta, refleje el conjunto de valores, principios y creencias que la conciencia social media tiene internalizada y asume como sentimiento y razón propias.

Desde esta perspectiva, la reglamentación jurídica de la “familia”, o con mayor acierto de las “relaciones familiares”, tiene su justificación en la protección de los Derechos Humanos de los individuos que la componen, acrecentados en el ámbito internacional por diversos factores¹¹.

del fracaso matrimonial, la tolerancia de otras formas familiares, la modificación de la fuente laboral que en numerosas oportunidades reconoce distancias importantes, la supresión de fronteras, la inclusión de la mujer en el mercado laboral, la asunción por parte de los hombres de funciones que antes eran

encomendadas socialmente a la mujer, la sensibilización de la sociedad respecto de determinados temas, el rol del Estado frente a los Derechos Humanos, entre otros.

Otro factor de importancia, que coadyuvó a delinear las pertenencias familiares, lo constituye el avance científico y técnico, que genera el acceso a conocimientos que desbordaron con creces las legislaciones vigentes. En este sentido, ponemos de relieve el impacto que origina el descubrimiento del

ADN que permite el ingreso a la verdad biológica o la identidad biológica y que conlleva al planteamiento de la verdad objetiva; también las técnicas de fertilización asistida, la clonación en diversas áreas, la extensión de la vida por el progreso de la medicina, la revolución en las comunicaciones vía Internet, celular, satelital, la evolución de los medios de transporte, entre otros puntos.

Estas transformaciones sociales, técnicas o científicas, y el creciente reconocimiento internacional de los Derechos Humanos

para el debate y génesis de las propuestas transformadoras es la comunidad internacional¹⁴.

Conforme a la nueva realidad que estos factores generan y que se exteriorizan en la comunidad internacional, a modo de ejemplo y avanzando primariamente nuestras reflexiones, se nos presentan diversos interrogantes generales¹⁵:

¿Cuál es la respuesta que el Derecho debe darles a las familias? ¿Qué incidencia ostenta

13 Véase: Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, La curatela: ¿"compartida"? , Publicado en: Actualidad Jurídica de Córdoba, Febrero de 2008 – Año III – Vol. 46, Cba, 4944; Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, El adoptado pleno frente a la sucesión del abuelo biológico como un llamado más, Publicado en: LLLitoral 2008 (abril), 273. Fallo comentado: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial n° 8 de Paraná (JCivyComParana) (n° 8) – 2006/04/07 – T., M. E. y otro.

14 Se expresa desde la doctrina que "la globalización reina en los ámbitos espacial, temporal y material, eliminando todas las diferencias posibles, y alcanza asimismo a la propia doctrina jurídica; aunque cada campo lejos está de poder desenvolverse con libertad: de una u otra manera, todo aparece condicionado por los poderes del mercado y los medios de comunicación de masas. Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, la señalada globalización jurídica ha permitido un conocimiento a escala mundial de los derechos fundamentales que asisten a los sujetos" Mizrahi, Mauricio Luis, Globalización, familia y derechos humanos, LL 2005-A, 1005.

15 Cfr.: Fanzoloto, Eduardo Ignacio, Derecho de Familia, Advocatus, Córdoba, 2007, t. 1, p. 43 y ss. Se exploya sobre el concepto jurídico de la familia en el mundo occidental.

fomentan en mayor medida el cambio jurídico en las relaciones familiares.

Ahora bien, podemos destacar que la construcción internacional de estándares o mínimos morales o éticos respecto de los Derechos Humanos exteriorizan la necesidad de cambio en la visión o abordaje de las pertenencias familiares¹³.

Frente a todas estas transformaciones, no alcanza con reconocer que existen cambios sociales y científicos o técnicos, sino que es necesario generar un ámbito jurídico que constituya una "piedra de toque" para avanzar sobre los mínimos necesarios, a fin de asentar las futuras regulaciones del derecho de familia, es decir de las relaciones familiares. Y es que, por sí solos los factores sociales y científicos, sin el debate jurídico internacional, hubieran devenido insuficientes para generar el cambio de paradigma de la regulación de las relaciones familiares. El ámbito más propicio

la protección de los derechos humanos por un lado y la protección de las familias como grupos intermedios entre el Estado y los seres humanos por otro? ¿Qué implicancias tiene la libertad de los individuos en la constitución de formas familiares no contempladas en la familia protegida por las legislaciones? ¿Cuál es la extensión jurídica de la pertenencia familiar? ¿Cuál es el mapa de regulación

de la vida familiar que debe imperar en una sociedad determinada?¹⁶.

Tomando como base los interrogantes precitados, se plantean diversos cuestionamientos en punto de la conceptualización de la familia¹⁷, de los grupos familiares, de la clasificación de los grupos familiares, de la aceptación de estos o de su rechazo, de las bases que regulan tales grupos, de la tendencia legislativa asumida por el Estado (regula, no regula, abstiene,

sanciona, entre otras), del criterio a adoptar sobre las minorías, entre otras controversias¹⁸.

Entendemos que un punto de inicio para arribar a algunas respuestas globales a esos y a otros interrogantes, lo constituye la necesidad de analizar e identificar, en cada momento histórico y social, la existencia de los consensos éticos-jurídicos respecto de las nuevas valoraciones de los comportamientos familiares que requieren legislarse¹⁹.

jurídico de la intimidad personal, en la intervención del Estado y su medida, en el criterio de autoridad, en la extensión y contenido de la solidaridad familiar, en el rol de la autonomía de la voluntad, entre muchos otros aspectos.

2.1. El Derecho Constitucional de Familia²¹

Antiguamente las constituciones eran la fuente

16 Cfr.: Belluscio, Augusto Cesar, Manual de Derecho de Familia, Astrea, 8va ed., Bs. As., 2006, T. I, p. 7 y ss nº 2; Sobre la protección a la familia Ver: Cafferata, José Ignacio, Derecho de Familia, Mediterránea, Córdoba, 2005, t. 1, p. 315 y ss.

17 Cfr.: Azpiri, Jorge O., Derecho de Familia, Hammurabi, Bs.As., 2000, p. 27, nº1. Se explaya sobre el concepto de familia, su esencia jurídica, los orígenes y la evolución histórica, y la relación entre el estado y la familia.

18 Cfr.: Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Astrea., 3ra ed. Bs.As., 1998. t. I, p 30, nº 9 y ss.

19 Fleitas Ortiz de Rozas, Abel; Roveda, Eduardo G., Manual de Derecho de Familia, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, p. 14 y ss. Aluden a la constitucionalización y a la protección de la familia en las convenciones Internacionales.

20 Cfr.: Córdoba, Marcos, Director; Vilma R. Vanella, Coordinadora, Derecho de Familia, Parte General, LL. Bs. As., 2002, p. 1 y s.

21 Lloveras, Nora; Salomón Marcelo, El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación. J.A. 2005-II-888. Lexis Nexis, Bs. As., Argentina. Citar Lexis Nº 0003/01120605 .

En esta línea de razonamiento, el Derecho de Familia debe ajustarse a la realidad social, amoldarse al cambio social operado, en tanto no puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico, sino que la familia es el seno, el importante ámbito del desarrollo del proyecto vital de la persona humana y, por ende, de la materialización de los Derechos Humanos de cada uno de sus integrantes²⁰.

Es decir, al no ser la familia una institución autónoma e independiente de sus integrantes, el constante enaltecimiento y reconocimiento de los Derechos Humanos de estos —niño, mujer, anciano, persona con discapacidad, individuo—, nos inclina a repensar el concepto de la familia, de las relaciones familiares y del efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos de cada uno de los integrantes en las diferentes relaciones familiares que puedan gestarse.

Mas claramente: estamos obligados a repensar los esquemas de regulación de los Derechos Humanos en las relaciones familiares, buceando, entre otros, en el rol

del derecho público y tutelar de la relación entre el individuo y el Estado, en tanto el derecho privado —regulado por el Código Civil, Código de Familia, o instrumentos similares— reglamentaba exclusivamente las relaciones de los particulares. Esta línea divisoria diferenciaba en forma tajante la

relación persona-persona (derecho privado), y persona-Estado (derecho público).

La internacionalización de los Derechos Humanos y el principio de la centralidad de la persona como se concibe actualmente, provocan cambios en las instituciones jurídicas, en tanto los derechos de la persona comienzan a tener una nueva entidad logrando articular el Derecho Público (que aporta su teoría de los Derechos Humanos) y el Derecho Privado (que aporta su teoría de los Derechos Personalísimos)²².

Así, y en forma progresiva, se perfila un mayor diálogo o relación entre el derecho público y el derecho privado, configurándose lo que se

llama el “derecho privado constitucional” que intenta armonizar, complementar, relacionar, integrar la Constitución con las normas del derecho privado.

La expresión “Derecho Constitucional Privado” apunta a señalar lo que se ha denominado un giro copernicano en la historia del Derecho y de las constituciones modernas, en tanto se intenta tutelar de modo prioritario a la persona humana²³.

En suma, el Derecho Privado Constitucional o el Derecho Constitucional Privado²⁴ refieren a una interrelación entre la Constitución y el Derecho Privado, acentuado aún más por la inclusión de numerosas materias de derecho privado a la Constitución por vía de la inserción de los tratados de Derechos Humanos²⁵.

El campo del Derecho de Familia es un campo propicio y fértil para reconceptualizar las viejas valoraciones y amoldarlas a los nuevos parámetros que emanan del Derecho Constitucional Privado Familiar²⁶, tales como: las uniones de hecho de diverso sexo o de tendencia sexual análoga, los derechos de la mujer y de los niños y adolescentes, las

normas del matrimonio en su vastísimo campo, el abordaje de las vicisitudes de las parejas tanto matrimoniales como de las nominadas de “hecho”, la noción de “culpa” en

las relaciones familiares, la responsabilidad parental, la procreación médicamente asistida, las cuestiones de género²⁷, la aplicación de la teoría general del daño a las relaciones familiares especialmente en la vida doméstica o interna, el régimen filiatorio²⁸, entre otros²⁹.

Se perfila sistemáticamente en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países, una visión crítica de las regulaciones atinentes al Derecho de Familia³⁰, teniendo a la vista el nuevo paradigma constitucional del Derecho de Familia emergente del Bloque de Constitucionalidad: las viejas instituciones y soluciones no se adecuan a la nueva valoración de intereses admitida por las constituciones a partir de la incorporación de los tratados de Derechos Humanos³¹.

Así, verbigracia, se lee —entre otros— en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 6) que: “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a

22 Lorenzetti, Ricardo Luis, El Derecho Privado como protección del individuo particular, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, nº 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 54.

23 Mosset Iturraspe, Jorge, Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, nº 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 54.

24 Ya sea que se hubiere operado la privatización del derecho público o la constitucionalización del derecho privado, más allá de que los nominemos indistintamente. Sobre esta dicotomía, expone Rivera que “es una pregunta que ha sido desarrollada por numerosos doctrinarios: determinar si existe un Derecho Constitucional Civil o un Derecho Civil Constitucional, es decir, si las disposiciones que tratan cuestiones de Derecho Privado en la Constitución son normas de Derecho Privado o si son normas de Derecho Público. Se expresa ante este cuestionamiento que aún constitucionalizados, los principios de Derecho Civil no dejan de ser Derecho Civil, y éste debe ser interpretado conforme a sus principios, so riesgo de desnaturalizarlo” (Rivera, Julio César, El derecho Privado Constitucional, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, nº 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 36).

Desde otro sector se expresa que “El derecho constitucional civil parte de la base de que el contenido material o marco genérico lo aporta el derecho constitucional, y que lo civil arroja una connotación configuradora de complementariedad de la base o plataforma que genera lo constitucional. Por lo tanto, es la Constitución como norma jurídica fundamental, la que establecerá mediante su fuerza normativa los principios axiales que servirán de cimiento para que el derecho civil realice el correspondiente aporte”. Gil Domínguez, Andrés, El concepto constitucional de familia, RDF 1999-15-31, Lexis nº 0029/000281 ó 0029/000286

25 Cfr. en un tema novedoso y debatido: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, La filiación “presuntiva” y la filiación “verdadera”: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas. En: Revista de Derecho de Familia. Marzo/abril 2007, p. 111. nº 36. Dirección: Cecilia P. Grosman. Lexis Nexis. Bs. As. 2007.

26 Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, El adoptado pleno frente a la sucesión del abuelo biológico como un llamado más, Publicado en: LLLitoral 2008 (abril), p. 273. Fallo comentado: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial nº 8 de Paraná (JCivComParana)(Nro8) ~ 2006/04/07 ~ T., M. E. y otro.

recibir protección para ello”; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.3) se expresa que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.1) reza que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.1) se menta que

[...] se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea posible del cuidado y la educación de los hijos a su cargo [...]

Igualmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.1) se indica que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 16.1) se estatuye que

[...] los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las

relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres[...]”³².

Este nuevo paradigma fomentado por los tratados de Derechos Humanos modifica la concepción del Derecho de Familia en tanto que ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público, sino que es Derecho Constitucional integrado a las normas propias del Derecho de Familia.

Esta mixtura del Derecho Constitucional y el Derecho de Familia merece y exige una revisión y un ajuste técnico desde la perspectiva de los Derechos Humanos que venimos desarrollando.

Reflexionar sobre la regulación de las familias desde el Derecho Constitucional es pretender plasmar la realización efectiva y concreta de los Derechos Humanos de cada uno de los integrantes, que redundará en la salud social de la comunidad.

La incorporación de los tratados de Derechos Humanos, con rango constitucional en algunas legislaciones y con rango suprallegal en otras, plantea una serie de interrogantes en particular, que enunciaremos solo a título ilustrativo: ¿La patria potestad y la capacidad progresiva son compatibles?, ¿transitamos desde la patria potestad hacia la responsabilidad parental?, ¿qué rol juega la

27 Sobre género: Lloveras, Nora; Cantore, Laura, Género, Diversidad Sexual y Derechos Humanos, Revista Jurídica del Perú. Pioner de Doctrina de Normas Legales. Derecho Privado. Fascículo nº 7, Julio 2007, Lima, Perú, p. 219, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, Perú, 2007; Lloveras, Nora; Cantore, Laura, Género y Derechos Humanos. Su recepción en los Tratados Internacionales, En: Revista Sociodisea, Año V, nº 8, noviembre-diciembre, Incip, Córdoba, 2007, p. 22.

28 Cfr. Sobre el sistema vigente: Grosman, Cecilia P., Colaboradores: Arianna, Carlos; Ilundain, Mirta; Iñigo, Delia B.; En: Código Civil y Normas complementarias, Dirección: Alberto J. Bueres; Coordinación: Elena I. Highton; T. I-B, Familia, comentario a los arts. 240 y ss., Hammurabi, Bs.As., 2006, 1era ed., 1era reimpr.

29 Para quien pretenda profundizar en el estudio de la problemática constitucional de diferentes institutos del Derecho de Familia, puede verse con provecho: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, t. I y t. II.

30 Cfr: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs.As., 2006, T.I, p. 705. Sobre el derecho de identidad se explayan en numerosos casos, buceando en una posición crítica.

31 Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, El adoptado pleno frente a la sucesión del abuelo biológico como un llamado más, Publicado en: LLLitoral 2008 (abril), p. 273. Fallo comentado: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial nº 8 de Paraná (JCivComParana) (nº8) ~ 2006/04/07 ~ T., M. E. y otro.

32 A ello debemos sumar otra gran cantidad de normas que emanan de estos y otros tratados internacionales e instrumentos sobre Derechos Humanos que hacen expresa alusión a la situación que reviste una persona dentro de las relaciones familiares, sea como hijo/a, como padre/madre, abuelo/a, guardador/a, esposo/a, etc., normas cuyo análisis y desarrollo abordaremos a lo largo de esta obra.

autonomía de la voluntad de cónyuges?, ¿puede hablarse de “la” familia o de la familia en sus diversas formas y en su caso la

Como instrumento relevante mencionamos a la CDN, que importa un tránsito fundamental del

33 Cfr. Sobre el derecho de identidad: Lloveras, Nora, El derecho de familia y el derecho de identidad en el MERCOSUR, En: Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados. Directora: Cecilia P. Grosman. Coordinadora: Marisa Herrera. Bs. As. 2007. Lexis Nexis. p. 211.

34 Cfr.: Lloveras, Nora, La filiación en la Argentina y en el MERCOSUR, Costa Rica y el Perú, Editorial Universidad, Bs.As., 2007, p. 50 y ss.

35 Véase una interpretación en esta línea: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, La inconstitucionalidad de usufructo paterno- materno. Una mirada desde el derecho humanitario, 12/12/2007. Lexis Nexis. Número especial: Protección de la Familia. JA 2007 – IV, fascículo 11. p. 48.

36 Cfr.: Lloveras, Nora, Las acciones de filiación y el principio de la cosa juzgada, Actualidad Jurídica. Familia y Minoridad. Córdoba. Noviembre 2007. Año III. Vol. 42. Revista 43. p. 4534. Córdoba - Argentina.

37 Referimos y utilizamos en la presente obra, la expresión el “Derecho Constitucional de Familia”, a pesar de entender claramente que se trata del “Derecho Constitucional de las Familias”, por haberse constituido la primera de las locuciones, en un punto habitual de identificación del tema, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

situación de la persona de los NNA?, ¿la filiación biológica y la filiación adoptiva se ven afectadas por los tratados Internacionales de Derechos Humanos y en particular por la CDN³³?, ¿los alimentos responden al principio de solidaridad familiar?, ¿cómo debería entenderse el interés superior de los Niños, Niñas y Adolescentes -en adelante NNA-³⁴?, ¿debe pensarse en un régimen económico de la familia que contemple especialmente al niño, niña o adolescente?

Todos estos interrogantes podrían originar que se sostenga que existe un vacío legal en el derecho de familia escrito —es decir en el régimen de las relaciones familiares³⁵—.

Sin embargo como venimos de reseñar, en los tratados Internacionales de Derechos Humanos deben encontrarse las respuestas a numerosos interrogantes que se dirimen de modo continuo³⁶.

Así, el Derecho Constitucional de Familia³⁷ se presenta como un conjunto de principios, creencias y valores que como mínimo ineludible (fruto del orden público constitucional) debe ser observado por los poderes públicos al regular y aplicar las normas que estructuran las relaciones familiares.

Estado intervencionista al Estado garantista,

que aglutina los principios constitucionales e internacionales humanitarios, destacando la función de las familias, posicionando al NNA como sujeto de derecho y como eje de protección.

Por ello, las relaciones familiares deben ser observadas, analizadas, diagnosticadas, interpretadas, dirigidas y, en general, examinadas desde el Bloque de Constitucionalidad, que conforman los nuevos paradigmas del Derecho de Familia^[38]: más claro, los tratados de Derechos Humanos no son una abstracción y los operadores jurídicos deben aplicar los imperativos constitucionales.

El Derecho Constitucional de Familia, entonces, conlleva la necesidad de contrastar o compatibilizar armónicamente las regulaciones legales de segundo grado con los derechos, valores y principios que emanan de la Carta Magna como “conjunto normativo”, es decir, como unidad sistemática de normas que se correlacionan y coordinan las unas con las otras y que por claro imperativo de supremacía constitucional se irradian de manera vinculante hacia las normas infraconstitucionales³⁹, entre las que se encuentra el Derecho de Familia⁴⁰.

Más allá de las dudas y temores que puede plantear la aplicación efectiva de los Derechos Humanos, tal como acontece en casi la totalidad de los países del mundo, debe actualizarse y adecuarse a la perspectiva que irradia la doctrina del derecho humanitario, con especial atención y cuidado al nuevo Paradigma Constitucional Familiar —que conlleva y puede desplegarse en un sinnúmero de “paradigmas” circunscriptos a temas y áreas diferentes—⁴¹.

No dudamos en afirmar de manera categórica que la búsqueda de la efectiva materialización de los Derechos Humanos es el motor de la evolución —y en algunos casos de la revolución— del Derecho de Familia en la nueva e inexorable perspectiva constitucional⁴².

La evolución, el cambio, la reforma —y para algunos casos la revolución⁴³—, tanto social, como biológica, científica, axiológica, sociológica y jurídica, y la incorporación y desarrollo de los Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno, provocan la necesidad de repensar, reformular, rehacer y modificar las regulaciones de las relaciones familiares, con la nueva mirada constitucional.

En suma: la evolución social en las sociedades y en el pensamiento “social”, acompañados del avance en los conocimientos técnicos y científicos, además de la creación de mínimos

jurídicos inderogables y consensuados a nivel mundial respecto de la protección de los Derechos Humanos y la incorporación de esos mínimos inderogables a los distintos ordenamientos jurídicos, provocan la imperiosa necesidad de repensar el Derecho de Familia o de las familias, para concebirlo como un “Derecho Constitucional de Familia” y no como una simple manifestación, rama, especialidad o materia derivada del tradicional Derecho Privado —tal como lo expusimos más arriba—.

Finalmente, el desafío y la función del “Derecho Constitucional de Familia” consiste en receptar la nueva visión de las relaciones familiares que se observan en la realidad, demarcando en el ordenamiento jurídico argentino andariveles, itinerarios, marcos referenciales; así, dentro de estos rumbos y derroteros, los operadores jurídicos —muy especialmente el Congreso Nacional— deben diseñar, instrumentar, aplicar y garantizar a través de las diferentes normas reglamentarias y las políticas sociales básicas, el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos de cada una de las personas que interactúan en las relaciones familiares.

2.2. Los nuevos paradigmas del Derecho Constitucional de Familia

El Derecho Constitucional de Familia o de las Familias, como método jurídico de análisis, es un prisma que persigue revelar la observancia al orden constitucional por parte del derecho

38 Cfr.: Garzón, María, El derecho a la identidad de los menores adoptados durante el período 1975/1983, en: Miradas Alternativas, Directora: María de los Ángeles Bonzano de Saiz, Centro de Documentación Histórica del Archivo del Poder Judicial, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2005, Año 2, nº 3, p. 33 y ss.

39 Así lo hemos expresado: Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, La curatela: ¿“compartida”?, Actualidad Jurídica de Córdoba, Febrero 2008 – Año III – Vol. 46, Córdoba, 2008.

40 Para un análisis mas detallado véase: Belluscio, Augusto C., Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia, LL 1995-A, 936.

41 Desde hace tiempo bregamos por la consolidación de esta nueva doctrina. Cf: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, El derecho de familia y los Derechos Humanos: una perspectiva obligatoria, en: Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 2001.

42 Cfr: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, La “nueva” norma de la Carta Orgánica de Villa Carlos Paz. La Unión Civil entre personas de igual o distinto sexo. Una mirada desde el Derecho Constitucional de Familia, Diario Comercio y Justicia. Leyes y Comentarios. Jueves 20 de diciembre de 2007. Córdoba. p. 3.

43 Cfr. en el derecho extranjero: Lloveras, Nora; Orlandi, Olga. Costa Rica. Revisión de la cosa juzgada en las sentencias de filiación. Constitucionalidad del art. 98 bis, inc. m), del Código de Familia de Costa Rica. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinario de Doctrina y Jurisprudencia. 2008-I, p. 196. Directora: Cecilia P. Grosman, Bs.As., Lexis Nexis.

reglamentario de familia actual contenido en los códigos civiles o códigos de familia y en las leyes reglamentarias. Por ende, sostenemos convencidos que el nuevo Paradigma Constitucional Familiar contiene expresas instrucciones que deben observarse al momento de reglamentarse las relaciones familiares, entre las que se destacan:

- a. En cuanto a la familia, la necesidad de regular las diferentes formas familiares con base en la libertad de elección y a la no discriminación.
- b. En orden a los diferentes sujetos titulares de las relaciones familiares, la equiparación total del hombre y de la mujer, como titulares de esas relaciones jurídicas familiares tanto en los derechos cuanto en las obligaciones.
- c. En orden a la vinculación de los sujetos titulares de relaciones familiares y al contenido de los derechos y deberes de que devienen titularizados, debe consagrarse la solidaridad familiar, la que muchas veces puede exceder los vínculos sanguíneos más próximos.
- d. En orden a la patria potestad, más modernamente “responsabilidad parental”, establecer mecanismos alternativos —incluidos los judiciales— para que el hijo menor adulto pueda debatir la decisión de sus padres o de su progenitor ejerciente, en torno a los actos que impacten de modo decisivo en sus derechos humanos fundamentales, conforme a la capacidad progresiva de los menores, en lo cual se debe tomar en cuenta su grado de madurez, principalmente.
- e. En orden a la filiación, la observancia del principio de transparencia en su determinación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica, evitando en la

determinación, como en la búsqueda filiatoria —referida en el sistema de acciones—, todos los caminos y procedimientos que se exhiben como obstáculos para obtener aquella transparencia mencionada.

- f. En cuanto al régimen económico de la familia fundada en el matrimonio, instaurar el principio de la libertad de opción del régimen patrimonial matrimonial, siempre observando el sistema de tutela económica para los menores, incapaces y adultos requirentes de auxilio.
- g. En cuanto a la vivienda familiar, debe reglamentarse un régimen propicio a la estabilidad del “techo” familiar; instaurar la inmunidad jurídica de la vivienda, sin perjuicio de establecer sistemas en que también la vivienda como único bien valioso del núcleo familiar autoriza a posicionarse como requirente de un crédito.
- h. En orden a los sujetos más débiles que integran el sistema familiar, instrumentar acciones positivas para la protección amplia y efectiva de sujetos destinatarios de amparo especial como el niño, la mujer, las personas de edad, las personas con capacidades diferentes, etc.
- i. En el mismo sentido, cada vez son más frecuentes y habituales las voces que se levantan en el derecho global para reclamar modificaciones en el derecho interno, o resaltar la concreción de los derechos humanos ya sea en el derecho reglamentario de familia o en las manifestaciones jurisprudenciales que los expresan⁴⁴.

3. Las normas del Derecho de Familia frente al nuevo Paradigma

Constitucional Familiar

Teniendo como norte el paradigma constitucional que emana del Derecho Constitucional de Familia, abordaremos someramente: la recepción de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia; la necesidad de tolerar diversas formas familiares; el rol de los deberes personales y el régimen de bienes del matrimonio; la concepción de la responsabilidad parental; el interés superior y prevaleciente de la niñez; y el principio de verdad y transparencia en la filiación.

3.1. La recepción de la autonomía de la voluntad

En primer lugar, entendemos que las normas del Derecho de Familia deben reconfigurarse con base en el principio de autonomía de la voluntad, que tienen como sustento la nueva axiología del “nuevo” orden público familiar.

La autonomía de la voluntad configura un marco de actuación de los individuos exenta de interferencias e intervenciones, bien por el Estado o por otros individuos, pero limitadas a valores sociales esenciales y comprometidos, que connotan aquel margen de actuación. Desde el punto de vista jurídico, esta limitación a la autonomía de voluntad se encuentra configurada por los llamados principios de orden público⁴⁵.

En concreto, “autonomía de la voluntad” indica “poder de decisión”. Este “poder de decisión”,

calificadas por el Estado como de “orden público”.

Entonces, en contraposición al concepto de autonomía de la voluntad, se sitúa un conjunto de valores socialmente “aceptados” que pretende otorgar un ámbito de reserva a la actuación de los particulares (los límites a la autonomía de la voluntad lo constituyen, esencialmente, el derecho imperativo, el orden público y las buenas costumbres). Este conjunto de valores resguardados socialmente configura el contenido de los principios de orden público.

Así, podemos indicar que existe una función inversamente proporcional entre los conceptos de orden público y autonomía de la voluntad; ya que, de aumentar el contenido del orden público, se disminuye la potestad de actuación de la autonomía de la voluntad, y si se aminora el contenido de los principios del orden público, se amplía, en consecuencia, el “poder de decisión” que implica ejercer la autonomía de la voluntad.

Los ciudadanos gozamos de potestades y facultades para desarrollar nuestros proyectos de vida —los incluyen la elección íntima y personal de las relaciones familiares a cultivar— sin que el Estado pueda interferir en estos de manera discrecional, ya sea acotando, limitando, impidiendo o restringiendo el contenido del ejercicio de la autonomía personal.

44 Véase: Roca Trias, Encarna, Derechos humanos y derecho de familia; Wills Rivera, Lourdes. Protección de los derechos constitucionales de la familia; Losing Norberto. Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos en la pareja del mismo sexo. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Mendoza, 1998, Libro Profesores Invitados.

45 Sobre la relación e influencia del orden público en la reglamentación de los derechos véase: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo; Derecho de Familia y Derecho Constitucional, en prensa, Editorial Universidad, Bs.As, 2008.

esta posibilidad de disponer sobre ciertos aspectos de la vida personal transcurre y se manifiesta en los diferentes ámbitos del desarrollo personal. Pero este desarrollo personal se encuentra limitado jurídicamente por las disposiciones deliberadamente

Con esta afirmación, y desde una concepción interdisciplinaria, debemos tener también en cuenta que

[...] la preponderancia en la búsqueda de autonomía e individualización, como indicador de madurez y bienestar, trasciende las fronteras del género masculino, provocando transformaciones en las relaciones intrafamiliares [...]

Y de la misma forma se llega a la conclusión de que

[...] se desbarata una forma de estructuración de la familia tradicional: la familia patriarcal, en la cual el jefe de familia tiene poder de control y decisión sobre los otros miembros⁴⁶.

En consecuencia, este cambio se comienza a materializar en el Derecho de Familia; por lo cual se expresa en este sentido que

[...] el derecho de familia contemporáneo no se concibe como dirigido a imponer modelos de virtud personal; vale decir que no es admisible que obstruya la libre elección y materialización de los proyectos y estilos de vida de los individuos⁴⁷.

La formación de un proyecto de vida auto referencial, dibujado en todos sus contornos por los propios “partícipes” del proyecto de vida, es la plena recepción de la realidad imperante. Por esto, permitir por la ley a los miembros de las diversas formas familiares crear su proyecto de vida, es una opción sana que el legislador debe autorizar.

En conclusión, se debe otorgar más espacio a la autonomía de la voluntad en las relaciones

familiares con base en el reconfigurado orden

En este sentido, debe tenerse claro que, a la luz de los Derechos Humanos la familia — desde el punto de vista jurídico—, no tiene en sí misma ningún reconocimiento legal superior del que se atribuye a los individuos que forman parte de ella; que la familia como tal no es una “institución” ni un “centro de imputación jurídico con autonomía”; que las bases de cualquier regulación son los derechos fundamentales de los ciudadanos que no cambian de condición de estar integrados en un grupo familiar⁴⁸.

Así, la regulación de la familia que se presenta fundada solamente en la “familia matrimonial”, no observa más allá de algunas normas ocasionales, regulaciones sobre las diversas formas familiares como las uniones de hecho, la familia ensamblada, uniones de idéntico o análogo sexo, grupos convivenciales, entre otros⁴⁹.

Si se observa con detenimiento las legislaciones de la mayoría de los países occidentales, el derecho concebía una forma familiar: la familia matrimonial entre un hombre y una mujer, otorgando consecuencias disvaliosas a otras formas familiares como por ejemplo el “concubinato”.

Actualmente la tendencia mundial es la tolerancia de otras formas familiares como la recepción de la familia matrimonial entre dos hombres, entre dos mujeres, la familia ensamblada, la familia monoparental, las uniones de hecho o convivenciales de distinto o igual sexo y otras formas familiares.

Con ello queremos destacar que las

46 Grinfeld, Gabriela; Racana, María Fernanda, El surgimiento de nuevas voces. Una aproximación a las dinámicas familiares en la posmodernidad, En: Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, nº 15, p. 129 y ss. 47 Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 2001, p. 72.

3.2. De la “familia matrimonial” a las “diversas formas familiares”

constituciones y el derecho humanitario llaman al derecho reglamentario a respetar, tolerar y admitir el proyecto de vida autoreferencial de cada persona y la configuración de diferentes formas familiares.

3.3. La filiación: verdad biológica y transparencia

Este principio de verdad y transparencia —clásicamente enunciado solo como de “verdad”— expresa básicamente la exigencia y necesidad de estructurar en el derecho reglamentario (jurídicamente) las relaciones familiares con nitidez, sin modificar la realidad de su origen ni de su desarrollo, de suerte tal que si operan cambios en la relación familiar, estos cambios se transparenten y la persona pueda acceder siempre a conocer tanto el origen, como la evolución de esa relación familiar determinada.

La sinceridad y conformidad de la relación familiar con la realidad de su génesis y evolución tiene una doble orientación: se dirige tanto a fortificar los vínculos establecidos entre las personas, cuanto a posibilitar el conocimiento completo de la fractura o quiebre de la relación familiar. Estas dos caras del principio de verdad y transparencia en las relaciones

vicisitudes que se presenten —como el divorcio, etc. —, entre otras situaciones.

El principio de la verdad es el prisma desde el que se observa el derecho a la identidad personal, fundamentalmente en el aspecto filiatorio.

La identidad integra el núcleo central de los llamados derechos personalísimos del ser humano, y dicha identidad se constituye con una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí.

El abordaje interdisciplinario claramente expone, de manera sintética, los contenidos de la identidad en tres grandes grupos: biológicos, sociales y jurídicos.

Una equilibrada ponderación de estos factores biológicos, sociales y jurídicos lleva inexorablemente a reconocer y dar una regulación normativa a la realidad biológica, psicológica y emocional del hombre, y es en ese contexto donde se inserta la filiación

48 Cfr: Roca Trias, Encarna, Derechos humanos y Derecho de Familia, En: X congreso internacional de Derecho de Familia, “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Libro de Ponencias, p. 14, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Facultad de Derecho, Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

49 En cambio, si se observa un lento reconocimiento a las diversas formas familiares en normas del ámbito previsional o de la seguridad social, y muchas de estas modificaciones son fruto de claros precedentes jurisprudenciales. Véase, entre otros: Grosman, Cecilia; Martínez Alcorta, Irene, Familias ensambladas, Universidad, Bs. As., 2000, p. 31 y ss; Gil Domínguez, Andrés, El concepto constitucional de Familia, En: Revista Derecho de Familia, nº 15. Kemelmajer de Carlucci, Aída, El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. (Dirección). T. I, II, III. Edit. Rubinzal Culzoni.

familiares desembocan necesariamente en la visión de una sociedad más fuerte, en tanto la verdad y transparencia de los lazos e historias individuales y comunes, ayudarán a promover y consolidar la salud general de todos.

La verdad y transparencia debe operar como principio rector constitucional, tanto en la constitución de las relaciones familiares y cuasi familiares —como la tutela, la curatela—, cuanto en la modificación de esas relaciones familiares, es decir en su evolución, en las

jurídica como consecuencia directa e inseparable de la identidad personal.

Sostenemos convencidos de que no es viable la construcción de la identidad personal, familiar y social, si la misma no se basa, fundamenta y consolida en la verdad histórica personal de cada uno de nosotros.

La verdad histórica personal no debe ser presumida, estimada, diseñada, manipulada o ignorada; la verdad histórica —por dolorosa, disvaliosa, inaceptable o rechazable que se la

pueda considerar— es el punto inicial de la construcción sana y genuina de la identidad personal.

Un sistema jurídico que priorice la búsqueda, vigencia y consolidación del Derecho Constitucional Humanitario, no puede establecer normas que impidan o contradigan la construcción de la identidad personal — tanto en su faz estática como en su faz dinámica— de cada uno de sus integrantes⁵⁰.

A nuestro modo de ver, desde este paradigma debe ser vista y diseñada la filiación jurídica. Más claramente: la verdad histórica, en su manifestación biológica, debe constituir el pilar central del enclave normativo de los vínculos filiales⁵¹.

La verdad como axioma y principio rector excede largamente la pertenencia íntima e individual de cada uno de nosotros; mientras que el acceso a la verdad, la búsqueda de esta, la ponderación y estima de ella, constituye un valor y un derecho que pertenece a la sociedad toda y que esta debe proteger y fortalecer⁵².

La verdad histórica es la base de la identidad personal, familiar y social de toda la comunidad

reformulación de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial de cara al derecho de identidad del hijo (art. 259, 260 C.C.)⁵⁴, ni la procreación médicamente asistida y todas sus exigencias y consecuencias, ni la instrumentación del derecho de identidad (328 C.C.)⁵⁵, ni el problema de la irrevocabilidad de la adopción plena⁵⁶, o la calificación de quienes pueden gozar del carácter de adoptantes, entre otros temas.

Con este norte, debe consolidarse la prueba biológica que asegure la paternidad cierta y no “presumida”. Por lo tanto, la extracción del material biológico para la obtención de la prueba en el juicio de filiación, no exige en la actualidad ninguna conducta abusiva, incómoda, degradante o humillante de la persona que no quiere someterse a la prueba.

En el actual esquema axiológico, normativo y procesal, los jueces de los procesos de filiación están autorizados a ordenar, realizar y de ser necesario recurrir a la fuerza pública, para recaudar la prueba pertinente; ya que la prueba biológica debe ser dirimente en todo juicio de filiación, y las personas estarán obligadas a someterse a ellas, por lo que el juez podrá y deberá ordenar el sometimiento a tales pruebas⁵⁷.

50 La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc.

51 Lo hemos sostenido desde hace tiempo: Lloveras, Nora. La identidad personal: lo dinámico y lo estático en los derechos del niño. En: Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Revista nº 13, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 65 y ss.

52 Sobre las consecuencias patrimoniales del derecho a la verdad. Ver: Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad patrimonial?, JA 2004-III-392.

y, como tal, es obligación del Estado y sus operadores darle la regulación jurídica que permita su efectivo desarrollo.

Se observa, verbigracia, que el sistema de filiación biológica y adoptiva que ha sufrido importantes cambios en las últimas dos décadas⁵³ y, no obstante, no contiene ni resuelve situaciones como la necesaria

Por otra parte, no puede desconocerse que en la filiación por naturaleza o biológica, el derecho a la identidad se debe preservar, ya que están en juego el derecho del hijo a conocer su origen y preservar su identidad,

[...] junto al deber de la sociedad de garantizar el emplazamiento filial con el objeto de asegurar las responsabilidades de los

progenitores, que se priorizan frente a la libertad e inviolabilidad de la persona que puede esgrimir quien es imputado como padre, que en todo caso no puede conculcar el derecho del hijo a que se declare su filiación⁵³.

Por consiguiente, la identidad biológica importa el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y

genética particular así como los transmisores

3.4. De la “Patria Potestad” a la “Responsabilidad Parental”

La capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes como elemento esencial en la ponderación de intereses, la condición de sujetos de derechos y el interés superior de los NNA, presentan necesariamente una reformulación del contenido de la “patria potestad”, hacia una “responsabilidad parental” en donde el NNA sea el centro de atribución de derechos, y la función de los padres consista en que el NNA se desarrolle

53 Para analizar la regulación de la filiación, véase, con provecho para todos: Mendez Costas, Josefa, La filiación después de la reforma constitucional, LL1995-E-1034; Medina, Graciela, La adopción, T. I, p. 29 y ss, Santa Fe, 1998, Rubinzal Culzoni.

54 Cf. Bidart Campos, Germán, La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?, La Ley, Suplemento Constitucional, 17/03/00; Gil Domínguez, Andrés, ¿Existe una familia basada en la hipocresía?: La discriminación prevista en el artículo 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión, La Ley, Suplemento Constitucional, 17/03/00.

55 Cfr.: Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana, Procreación Humana artificial: un desafío bioético, Depalma. Bs. As. 1995, p. 285 y ss.

56 Cf: Salomón, Marcelo J., Fuentes Juan, Heredia Luis, Revocación de la adopción plena: un debate pendiente, J.A. Ed. Esp. “La nueva Ley de Adopción”, 16/09/98.

57 Véase en Costa Rica: la Ley 8101/2001. Ley de Paternidad Responsable. Esta ley 8101 cambia la política pública en cuanto a la investigación de la paternidad, aprobada el 16 abril de 2001; tiene como principal objetivo facilitar la investigación de la paternidad, y la declaración de tal, evitando los tediosos procesos. El pilar de la nueva normativa es la certeza del ADN y la obligatoriedad de la realización y sometimiento a esta. Cfr.: Lloveras, Nora, La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú, Universidad, Bs.As., 2007, p. 297 y ss.

58 Grosman, Cecilia; Ariana, Carlos, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, LL 1992-B-1193 y ss.

de esta —los progenitores o padres— y el entorno del medio en que se expresan los genes, que importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición en el mundo externo y social de la persona.

No puede el derecho reglamentario imponer restricciones, trabas o frenos a la búsqueda de la verdad biológica y a la transparencia en la filiación.

Por lo tanto, entendemos que son inconstitucionales las restricciones a la legitimación en las acciones de filiación así como también entendemos que son inconstitucionales los plazos de caducidad de las acciones que obstruyan, impidan, restrinjan la búsqueda de la verdad biológica y de la transparencia de las filiaciones.

para poder ejercerlos más correctamente.

En este juego de intereses y de ejercicio del “poder de decisión” que implica la autonomía de la voluntad, debemos hacer las siguientes aseveraciones: la autonomía de la voluntad de los padres está restringida por el interés superior del menor, y la autonomía de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes deben ser tenidas esencialmente en cuenta conforme su capacidad progresiva.

En este razonamiento, los padres no son “libres” para ejercer plenamente la autonomía de la voluntad y su “poder de decisión” por sobre los NNA, sino que están condicionados a ejercerla exclusivamente para salvaguardar

los intereses preferentes y prioritarios de los NNA.

Los NNA, por su parte, ejercerán la autonomía de la voluntad —antes impensado—, a fin de “administrar” sus propios intereses, siempre teniendo en mira el grado de madurez alcanzado conforme el desarrollo físico, psíquico y espiritual del menor.

La responsabilidad parental concibe la plena “igualdad” de los padres y la “no discriminación de ninguno de ellos, en el deber de educación de los hijos”.

Por lo tanto, la responsabilidad parental tiene su eje en las siguientes premisas:

- a. igualdad de los padres y no discriminación de ninguno de ellos
- b. interés superior de los NNA c la capacidad progresiva de los NNA
- d. reemplaza la facultad de corrección por el deber de educación y formación

3.5. El Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente

La tendencia mundial hace emerger de las entrañas del derecho el interés superior del niño como determinante de las decisiones judiciales.

El art. 3 de la CDN dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas, privadas, los tribunales, los órganos legislativos o las autoridades administrativas, deberá atenderse primordialmente al interés superior de los niños, niñas y adolescentes⁵⁹.

Este interés superior del niño plasmado en numerosas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, incs. 1; 9º incs. 1 y 3; 18, inc. 1; 20 inc. 1; 21, 37, c y

cc.), también es objeto de debate a propósito de su eventual confrontación con el interés de la familia, proponiéndose desde algún sector de opinión que opere en su reemplazo la cláusula de interés familiar —concepto también complejo—, no como dicotomía con el interés individual, sino ciertamente humanizado y concretado en el propio interés del sujeto⁶⁰.

Sostiene Azpiri⁶¹ que

[...] es posible que “el interés superior del niño” quede como una idea un tanto abstracta, pero no es dable concretarla más porque perdería el carácter de principio rector para la resolución de los derechos en pugna.

La doctrina, la jurisprudencia y las leyes, en general, exhiben una amplitud sobre este interés superior del niño, que en numerosas oportunidades este interés superior pareciera ser diferente, es decir se habla de diferentes contenidos. En función del interés superior del niño, se arriba a soluciones, propuestas, políticas públicas, que parecieran no comprender ese interés del NNA.

En la presente obra, nos ceñimos a expresar nuestra forma de pensar, que importa una doble visión, especialmente en función del derecho constitucional: la conceptualización del interés superior del niño y la implementación práctica de tal interés, es decir, como se realiza.

3.5.a. El interés superior del niño: principio global y rector de la CDN

El interés superior del niño es un principio rector de la CDN, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir antes que el interés de los padres biológicos, antes del interés de los hermanos, antes del interés de los guardadores, antes del interés de los tutores, antes de todo otro interés.

La primacía del interés del menor, o del NNA, se sobrepone al interés de todos, como resultado de que ese interés del NNA se emplaza como prioridad en toda cuestión a decidir sobre los sujetos de derecho que son los NNA. Y no solo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además, es el mejor interés del NNA.

Este interés del NNA que está “primero”, además es el “mejor” interés que le corresponde a la vida del NNA de que se trate, conforme a todas las circunstancias singulares que rodean su vida: por eso está “primero”, antes que otros intereses, y es “superior” porque es el mejor interés para la protección y desarrollo de su vida.

Esta visión exige que no se invoque retóricamente el amparo del NNA a través de la protección de su interés superior —solamente—, sino que se protejan sus derechos. Es decir, que el interés superior del niño, que es el prisma desde el cual se canaliza

la protección global, comprenda claramente esa protección de los derechos del NNA⁶².

Este concreto interés del NNA, se define respecto al singular, preciso, irrepetible y puntual NNA, en el caso en que el juez resuelva algún planteo, en el diagnóstico de una hipótesis probable que se somete a un equipo técnico, a algún operador psicoterapéutico, en el dictamen o asesoramiento de un operador del sistema jurídico o legislativo, o en el diseño del perfil de una política pública dirigida a un área física de un municipio determinado, o de una provincia o región singulares, entre otros ámbitos de actuación.

Queda claro que el interés superior del niño debe concretarse teniendo en cuenta ciertos principios que de él se derivan —según el campo de que se trate— y numerosas pautas que orienten el caso que se define.

Así por ejemplo, en la adopción del principio del interés superior, se siguen el principio de la inseparabilidad de los hermanos, el principio de reinserción en la propia familia, entre otros.

Por su parte, las pautas que orienten el caso que se define, verbigracia en el ámbito de la atribución de la responsabilidad parental —

59 Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, Matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 2001, p. 150 y ss.

60 Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, Matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 2001, p. 150 y ss.

61 Azpiri, Jorge O., Juicios de filiación y patria potestad. Colección Procesos Civiles 11, Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 46.

3.5.b. El interés superior del niño: el concreto interés del NNA

Desde otro ángulo, el interés superior del niño se dirige a determinar en la situación concreta cómo debe darse y contemplarse ese beneficio del NNA, proveyendo una solución específica que abarque todas las circunstancias familiares, fácticas, históricas, culturales, sociales, políticas, axiológicas, económicas, que convergen en la vida del NNA⁶³.

patria potestad—, deberá contemplarse la edad del hijo o de la hija, la capacidad progresiva que ostenta, si ambos padres asumen los roles de tales en la vida del hijo, desde qué tiempo han asumido esos roles, si ambos le dispensan la atención y contención necesarias, si están en condiciones ambos o uno de asumir las decisiones que correspondan en la esfera personal o patrimonial, si se trata de una familia con varios hijos, si ya hay hijos mayores de edad, qué historia se registra concretamente en esa trama familiar en cuanto a la contención de los NNA, si el hijo tiene hermanos o medio

hermanos, u otros parientes, los recursos económicos de ambos padres, entre otras.

Se ha sostenido que puede conceptuarse el interés del niño

[...] como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido este por el que más conviene en un momento dado, en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular⁶⁴.

Como expresan Gil Domínguez, Famá y Herrera, aun cuando se pretenda elaborar

3.6. Los deberes y derechos del matrimonio

Analizamos seguidamente el estatuto personal derivado del matrimonio y las consecuencias o secuelas económicas de la unión conyugal, en el marco del presente trabajo.

Si los deberes contenidos como integrantes del matrimonio en las legislaciones se estatuyen para cumplir una finalidad supuesta por el ordenamiento jurídico —desarrollo de la familia derivada del matrimonio—, no observamos obstáculo alguno para que los esposos estatuyan sus propios objetivos y metas mediante el uso de su poder de decisión.

62 En este sentido: Ignacio Campoy Cervera, Universidad Carlos III de Madrid (España), Conferencia dictada en el curso de Post Grado de "Familia, derecho de familia y salud mental. La discapacidad psíquica: una cuestión de derechos humanos", Tema: "Niñez y discapacidad". La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de protección. Desafíos en el Siglo XXI", Instituto de Familia del Colegio de Abogados de Mar del Plata, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mar del Plata, con el auspicio de la Procuración General de la S.C.J.B.A. y de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado en Mar del Plata, Argentina - 18 y 19 de abril de 2008.

63 En este sentido: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs.As., 2007, p. 84 y ss.

64 Biocca, Stella M., Interés Superior del Niño, En: Revista Derecho de Familia, nº 30 (marzo.- abril 2005), p. 23, Dirección: Cecilia Grosman. Lexis Nexis. Bs. As.

criterios para circunscribir el alcance del principio de interés superior del niño y contribuir a una mayor precisión del concepto, algún grado de indeterminación resulta inevitable, e inclusive bienvenido⁶⁵.

La ley argentina 26061 entiende por interés superior de la NNA la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, consignando como pautas principales: su condición de sujetos de derecho; su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; su "centro de vida" como el lugar en el que NNA hubieran transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia⁶⁶.

La concepción rígida de los deberes emanados del matrimonio desconoce la realidad de la familia matrimonial en su faz actual. Cada matrimonio concibe los deberes de una forma distinta, aplicándolos y desaplicándolos según su ámbito de intimidad.

No existe ninguna razón válida para evitar que los matrimonios "pacten" formalmente lo que ya "ejercen" en la práctica.

La dispensa de uno o todos los deberes personales que prevén las legislaciones por el uso de la autonomía de la voluntad⁶⁷ debe considerarse seriamente por el legislador⁶⁸.

65 Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs. As., 2006, T.I, p. 49.

66 Mas allá de considerarlo un principio rector de toda la materia de filiación, y de cierta abstracción, el interés superior del niño se encuentra definido por el art. 3 de la ley argentina 26.061 de la siguiente manera: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño o adolescente la máxima satisfacción, integral, y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños, y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustaran el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación, y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

67 En contra: "los derechos no pueden ser constituidos, modificados o extinguidos por una voluntad negocial". Derecho de Familia, Parte General, Director: Córdoba, Marcos M.; Coordinadora: Vilma R. Vanella, La Ley, 2002, p. 37.

68 Se ha expresado "El matrimonio de la ley 23.515 se aproxima al contrato, se le parece – y mucho – e incluso está en curso o rumbo de llegar a serlo de veras [...]" Barbero, Omar U., Naturaleza del matrimonio en el derecho civil argentino, a partir de la ley 23.515, En: Derecho de Familia, Libro Homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa, Eduardo A. Zannoni; Francisco A. M. Ferrer; Carlos H. Rolando, Coordinadores, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 123.

La doctrina expresó que

[...] pueden ambos de común acuerdo limitar o suprimir estos deberes legales, pero basta la voluntad unilateral de uno de ellos en sentido contrario para extinguir toda dispensa y renacer incólume el deber matrimonial tal como está expresado por la ley. Esto quiere decir que la dispensa no puede consistir en una renuncia irrevocable a exigir el cumplimiento de los deberes⁶⁹.

La base del matrimonio está implícita en cada matrimonio, en cada proyecto de vida, en cada familia, y no es necesario que el legislador imponga un proyecto de vida, una forma definida en todos sus contornos, de "cómo" debe ser la familia que "autoriza" el ordenamiento jurídico.

En este sentido Gil Domínguez, Famá y Herrera expresan:

[...] anticipamos nuestra convicción acerca de la necesidad de eliminar la consagración de los deberes-derechos del matrimonio y sus

ordenamiento civil, con excepción del deber alimentario, que podría materializarse tras la ruptura matrimonial en una especie de prestación compensatoria ante una desigualdad económica manifiesta al estilo del derecho español⁷⁰.

La libertad individual debe ser el eje de la formación de un proyecto de vida que recepte la autonomía de la voluntad de los integrantes de la familia que se pretende formar.

Desde otro costado podemos razonar de la siguiente forma: el orden público está concebido para responder a una escala de valores. El contenido del orden público tiene un sujeto al que debe proteger, que puede ser un individuo, una institución, un conjunto de valores, o principios generales.

Entendemos que los deberes personales del matrimonio tienen como objetivo proteger tanto a los individuos que forman la unión matrimonial como los fines supuestos por el Código Civil para la institución matrimonial.

Ahora bien, si los individuos sujetos de protección deciden dispensarse de esa protección, y en uso de la autonomía de la voluntad prescinden de los deberes personales, y si la finalidad supuesta por el Código está cubierta por la realización de los individuos y la formación de una familia autorregulada, entonces: los deberes personales no tendrían razón de ser y pueden ser dispensados.

Los sujetos de protección y la finalidad supuesta consienten voluntariamente en dejar de lado la legitimidad de los deberes personales.

Si los individuos de un matrimonio no creen en que la realización de los deberes personales cumpla una función digna de protección, entonces, los deberes no tienen base suficiente para cobrar vigencia.

Las constituciones, asentadas, en general,

Con estas reflexiones, estamos en condiciones de afirmar que se debe autorizar a los cónyuges a que dispensen el cumplimiento de los deberes personales previstos en el ordenamiento jurídico.

La libertad y la autonomía de la voluntad, son la base de la formación de un proyecto de vida auto referencial.

Cada familia, cada matrimonio “vive” su realidad, “pacta” su compromiso, “concibe” su proyecto, “forja” su destino, y desde allí debemos pensar en autorizar a los integrantes de la familia, expresar esas vivencias, pactos, concepciones y destinos, ya que se respetaría la voluntad no solo de la persona, sino de la relación familiar.

Desde otra perspectiva, se impone un nuevo rediseño del derecho reglamentario de las relaciones económicas del matrimonio.

Entendemos que los preceptos

69 Di Lella, Pedro, Comentario al art. 198, En: Código Civil Comentado, Derecho de Familia, Directores: Francisco A. M. Ferrer; Graciela Medina; María Josefa Méndez Costa, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, T. I, p. 128 y ss. Manifiesta el autor: “Queremos decir con esto que el que dispensó a su cónyuge, por poner un caso extremo, del deber de fidelidad, al punto de consentir la unión sexual de éste con otra persona, no podrá imputar esta conducta como una violación del deber matrimonial, pero el cónyuge podrá siempre volver sobre su voluntad exigiendo del otro que cumpla con lo que la ley impone y éste no podrá negarse fundado en que habría sido dispensado de ese deber”.

70 Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, t. I, p. 251.

sobre la base del respeto por los proyectos de vida, del respeto a la libertad y del respeto a la intimidad, autorizarían, en principio, los convenios por los cuales se prescindan de los deberes personales del matrimonio. Solo así se concebiría la formación de un proyecto de vida auto referencial.

Los deberes personales del matrimonio no pueden exigirse compulsivamente y su cumplimiento coactivo resulta axiológicamente disvalioso por cuanto significaría forzar situaciones que no se compatibilizan con la realidad de los matrimonios.

constitucionales denotan andariveles en los cuales el Parlamento puede transitar y pergeñar el nuevo régimen patrimonial del matrimonio.

Así creemos que se debe:

- a) establecer un régimen patrimonial matrimonial con opciones a definir por los cónyuges
- b) determinar un régimen primario de protección

c) fijarse un régimen supletorio cuando los cónyuges no utilicen las opciones que el sistema les brinda⁷¹

d) existencia de un régimen de publicidad que otorgue seguridad al sistema de opciones de regímenes patrimoniales matrimoniales.

A modo de conclusión, podemos afirmar que no violentaría el orden constitucional la dispensa de los deberes matrimoniales por el uso de la libertad, la autonomía de la voluntad y la intimidad.

Como pauta genérica para el derecho de familia reglamentario en general, debe posibilitarse por los parlamentos, a los cónyuges la determinación del régimen patrimonial matrimonial, previéndose un sistema subsidiario para la hipótesis en que no se celebre la opción.

4. Los operadores del Derecho de Familia frente al nuevo Paradigma

Constitucional Familiar

Desde diferentes ámbitos de actuación, el operador del Derecho de Familia debe tender a hacer realidad los diferentes derechos

familiares⁷². Esta imposición es aún mayor para los poderes públicos, ya que son ellos

constitucionalmente y al Poder Ejecutivo coadyuvar en la realización de los valores del itinerario constitucional, ya que debe al realizar la administración general de la Nación, instrumentarlos bajo el ideario de este itinerario con políticas sociales básicas. Finalmente, el rol más importante del Poder Judicial se define inserto en el control de constitucionalidad, ya que como poder que controla es el titular último del juicio de compatibilidad constitucional entre el actuar del Parlamento y el Poder Ejecutivo respecto de los mandatos constitucionales.

La Corte Interamericana ha expresado que [...] la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos los derechos que les asignan los diversos instrumentos internacionales (entre ellos, los económicos, sociales, y culturales), debiendo los estados Parte adoptar medidas positivas para asegurar la protección de tales derechos⁷³.

Sin lugar a dudas, desde la jurisprudencia se viene marcando el nuevo rumbo que debe asumir el Derecho de Familia. Así, entre muchos otros, se pueden leer pronunciamientos que interpretan cabalmente los principales institutos de las relaciones familiares.

Por ello, frente a la manifiesta parálisis de los otros poderes estatales, en especial del Poder Legislativo, valoramos este activismo del Poder Judicial pues también es uno de los

⁷¹ Un ejemplo del derecho comparado es el derecho español cuando establece en el art. 1316 del Código Civil que "A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales".

quienes de manera directa establecen las grandes pautas jurídicas y de actuación de las relaciones familiares.

Poderes del Estado y este, el Estado, debe desenvolverse dentro de la legalidad constitucional.

Por el diseño constitucional de reparto de atribuciones, en general, corresponde al Poder Legislativo dictar las normas reglamentarias de los derechos consagrados

No dudamos en afirmar que, al cabo de estos últimos años, el fortalecimiento de los derechos constitucionales familiares ha provenido del Poder Judicial; ahora bien,

anhelamos que los restantes poderes del Estado —en especial el Poder Legislativo— se comprometan y consustancien con su “obligación constitucional”, decidiéndose adecuar la reglamentación de las relaciones familiares a la nueva textura constitucional, resguardando en cada una de ellas los derechos humanos básicos de sus integrantes, sin discriminación y respetando la intimidad y el proyecto de vida personal.

5. Conclusiones

A manera de síntesis, consignamos las siguientes conclusiones.

1. El “Derecho Humanitario” adquiere cabal importancia a partir de la internacionalización de los valores jurídicos que se plasman en los tratados internacionales, especialmente los tratados de Derechos Humanos, y que impactan directamente en los ordenamientos jurídicos locales.
2. Los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente conforman un mínimo fundamental, primario, común y comprensivo de los órdenes nacionales e internacionales.
3. El principio “Pro Homine” y sus

personal, en la intervención del Estado y su medida, en el criterio de autoridad, en la extensión y contenido de la solidaridad familiar, en el rol de la autonomía de la voluntad, entre muchos otros aspectos.

5. La defensa de los Derechos Humanos comporta inexorablemente un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos, y que conlleva una necesaria reformulación de todos los sistemas jurídicos.

6. La construcción internacional de estándares o mínimos morales o éticos, respecto de los derechos humanos, exteriorizan la necesidad de cambio en la visión o abordaje de las pertenencias familiares.

7. El Derecho de Familia debe ajustarse a la realidad social, amoldarse al cambio social operado, en tanto no puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico; sino que la familia es el seno, el importante ámbito del desarrollo del proyecto vital de la persona humana y, por ende, de la materialización de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes.

8. El Derecho Constitucional de Familia se presenta como un conjunto de

72 No solamente nos referimos a la actuación desde los poderes públicos, sino a todo el espectro social, iniciándose en el propio ámbito familiar, pasando por el ámbito escolar o los diferentes espacios de interacción social. 73 CIDH, 2002-VIII-06-17-2002, del 28/08/2002.

derivados son directrices jurídicas para hacer efectivos los derechos humanos de cada persona, tanto frente al Estado, como en la trama de sus relaciones sociales, entre las que se encuentran las relaciones familiares.

4. Deben repensarse los esquemas de regulación de los Derechos Humanos en las relaciones familiares, buceando, entre otros, en el rol jurídico de la intimidad

principios, creencias y valores que, como mínimo inderogable —fruto del orden público constitucional— debe ser observado por los pode-

res públicos al regular y aplicar las normas que estructuran las relaciones familiares.

9. El Derecho Constitucional de Familia debe receptar la nueva visión de las relaciones familiares que se observan en

la realidad, demarcando en el ordenamiento jurídico argentino: andariveles, itinerarios, marcos referenciales; pues dentro de estos rumbos y derroteros, los operadores jurídicos deben diseñar, instrumentar, aplicar y garantizar a través de las diferentes normas reglamentarias y las políticas sociales básicas, el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos de cada una de las personas que interactúan en las relaciones familiares.

10. El nuevo paradigma constitucional familiar contiene los siguientes ineludibles mandatos:

- En cuanto a la familia, la necesidad de regular las diferentes formas familiares.
- En orden a los diferentes sujetos titulares de las relaciones familiares, la equiparación total del hombre y de la mujer.
- En orden a la vinculación de los sujetos titulares de relaciones familiares y al contenido de los derechos y deberes de que devienen titularizados, debe consagrarse la solidaridad familiar.
- En orden a la patria potestad, establecer mecanismos alternativos — incluidos los judiciales— para que el hijo menor adulto pueda debatir la decisión de sus padres o de su progenitor ejerciente.
- En orden a la filiación, la observancia del principio de transparencia en su determinación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica.
- En cuanto al régimen económico de la familia fundada en el matrimonio, instaurar el principio de la libertad de opción del régimen patrimonial matrimonial, siempre observando el sistema de tutela

económica para los menores, incapaces y adultos requirentes de auxilio.

- En cuanto a la vivienda familiar, debe reglamentarse un régimen propicio a la estabilidad del “techo” familiar.

- En orden a los sujetos más débiles que integran el sistema familiar, instrumentar acciones positivas para la protección amplia y efectiva de sujetos destinatarios de amparo especial como el niño, la mujer, las personas de edad, las personas con capacidades diferentes, etc.

11. La actuación del operador del Derecho de Familia debe tender a hacer realidad los diferentes derechos familiares, sobre todo esta obligación se impone a los poderes públicos, ya que son ellos quienes de manera directa establecen las grandes pautas jurídicas y de actuación de las relaciones familiares.

12. Los roles del Estado, como tutor del bien general, respecto de los derechos humanos y las relaciones familiares:

- El Poder Legislativo debe adecuar las normas reglamentarias a los derechos consagrados constitucionalmente.
- El Poder Ejecutivo debe coadyuvar en la realización de los valores del itinerario constitucional, ya que debe al realizar la administración general de la Nación, instrumentarlos bajo el ideario de este itinerario con políticas sociales básicas.
- El Poder Judicial debe ejercer el control de constitucionalidad ya que como poder que controla es el titular último del juicio de compatibilidad constitucional entre el actuar del Parlamento y el Poder Ejecutivo respecto de los mandatos constitucionales.

13. El Derecho Constitucional de Familia debe ser analizado, reinterpretado y aplicado,

desde una perspectiva diferente, innovadora y progresista, que es la que se impone para los tiempos que vienen y que emana del derecho constitucional humanista

