

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas

Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
xxii, 412 páginas. -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-129-9

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: noviembre de 2019

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Avenida José María Pino Suárez núm. 2

Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc

C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México

Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek
Presidente

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	VII
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	
Nota editorial	XIII
Nicolás Espejo Yaksic Ana María Ibarra Olguín	
CAPÍTULO 1	
La constitucionalización del derecho familiar	1
Nicolás Espejo Yaksic	
CAPÍTULO 2	
Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino	49
Marisa Herrera	
CAPÍTULO 3	
Derechos, libertad, autonomía y matrimonio. El legado constitucional e internacional de <i>Obergefell vs. Hodges</i>	95
Rosa Celorio	

CAPÍTULO 4	
La Constitución de la Familia	115
Douglas NeJaime	
CAPÍTULO 5	
El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflejo de las mutaciones del derecho de familia	165
Karyna Batista Sposato	
CAPÍTULO 6	
La constitucionalización del derecho de familia en Chile. Una mirada a través del derecho a la identidad	191
Leonor Etcheberry Court	
CAPÍTULO 7	
La responsabilidad parental en la Constitución británica. El caso de Charlie Gard.....	229
Rachel Taylor	
CAPÍTULO 8	
La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes.....	277
Mónica Arango Olaya	
CAPÍTULO 9	
El derecho procesal familiar y los derechos de la infancia en Europa y los Países Bajos	321
Ton Liefwaard	
CAPÍTULO 10	
Constitución y familia en México: nuevas coordenadas.....	351
Ana María Ibarra Olguín Sofía del Carmen Treviño Fernández	
Colaboradores	405

Presentación

El derecho de familia involucra los problemas más difíciles y sensibles del derecho. Los intereses que ahí se defienden no son económicos, son disputas sobre los afectos, sobre la *parentalidad* y las necesidades que surgen en el seno familiar. Para estos casos no hay respuestas sencillas, ni pueden darse soluciones totalizadoras. El juez que se enfrenta a estos conflictos debe ponderar cuidadosamente los intereses en juego y tratar de equilibrar entre todos estos valores. Además, la familia es el espacio donde se forma el niño, donde adquiere su sentido de identidad y la confianza para proyectarse en la sociedad. Es también en el seno familiar, donde se generan las relaciones más íntimas, pero no por eso, alejadas de la protección del derecho y de los derechos humanos. Por si fuera poco, los avances tecnológicos han modificado las formas de procreación que dejan muy por detrás la regulación tradicional de figuras como la filiación.

A estas dificultades se suma el proceso de expansión del derecho constitucional. Aun antes de la reforma de derechos humanos de junio de

2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había emprendido ya el reto de resolver estos conflictos con perspectiva de derechos humanos. Primero, al reconocer al interés superior del niño como un principio implícito en los derechos de los niños establecidos en el artículo 4o. de la Constitución y, posteriormente, que los modelos de familia merecen protección constitucional. Desde luego, la reforma de derechos humanos permitió introducir al orden nacional el amplio catálogo de derechos establecidos en convenciones y tratados, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de Belém do Pará, instrumentos que trastocan profundamente las relaciones familiares. En efecto, la Suprema Corte se ha comprometido desde hace diez años con la defensa de los derechos humanos y, a partir de ese paradigma, ha revisitado prácticamente todas las instituciones familiares.

Es por eso que celebro ampliamente que el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se interese en el derecho familiar como derecho constitucional, y el que una de sus líneas de investigación consista precisamente en indagar la intersección entre familia y derechos humanos. Además, en ese programa de investigación, el Centro tendrá la tarea de reconstruir toda la doctrina que la Corte ha establecido en el tema. Es imprescindible analizar, sistematizar y difundir diez años de trabajo de la Corte mexicana en la protección de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, mujeres, adultos mayores, parejas del mismo sexo, personas *trans* y personas con discapacidad.

Esta obra inaugura la empresa del Centro de Estudios Constitucionales de redimensionar al derecho de familia. *La constitucionalización del derecho de familia* pretende posicionar al derecho de familia, ahí, con los derechos humanos. Al mismo tiempo explica el cambio paulatino que ha tenido esta rama del derecho. Da gusto notar que en este proceso, la Suprema Corte no ha estado sola. Los artículos que integran la obra dan cuenta de experiencias en el derecho comparado sobre estos procesos de cambio, ya sea porque al derecho de familia se ha incorporado un cúmulo importante de derechos humanos o porque el derecho constitucional

se ha visto enriquecido con la jurisprudencia generada en el derecho familiar. Los caminos que se han recorrido en otros países tampoco han sido fáciles. Los textos sugieren que es momento de generar una nueva dogmática para el derecho de familia, una que se articule a partir de estas nuevas coordenadas.

En México es urgente abrir este debate y, a partir del mismo, cuestionar las reglas que siguen anquilosadas en códigos y prácticas que impiden a las personas ejercer a cabalidad sus derechos. La Corte en México ya ha acusado de recibo del proceso de transformación del derecho de familia, más aún, ha sido un agente de cambio importante. Es imprescindible que a este proceso se sumen otros actores, principalmente la academia de nuestro país. Esta primera obra de la línea Derecho y Familia es una invitación para emprender ese esfuerzo.

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota editorial

Esta obra da cuenta de la progresiva constitucionalización del derecho familiar. Este proceso puede ser conceptualizado como la constante y sucesiva precisión en torno a las normas explícitas y nociones implícitas a nivel constitucional relacionadas con la vida familiar; la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos —que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar— y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; así como el desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto).

En particular, los textos incluidos en esta obra precisan los distintos alcances conceptuales, dogmáticos y jurisprudenciales derivados de la creciente relación entre el campo del derecho constitucional y del derecho familiar, en una perspectiva comparada. Con ese objetivo en mente, se da cuenta de una serie de innovaciones teóricas y avances jurisprudenciales observables en distintas jurisdicciones, en especial, las de Argentina,

Brasil, Chile, Colombia, los Estados Unidos de América, Holanda, México y el Reino Unido. Sin constituir una revisión exhaustiva de tales avances doctrinarios y jurisprudenciales, los autores de esta obra abren un debate de largo aliento sobre las discusiones más destacadas que, en el campo de las relaciones familiares, la protección de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución, están teniendo lugar dentro y fuera de México.

Siguiendo el ejemplo de trabajos colectivos similares,¹ este libro presupone que —a pesar de las dificultades propias e implícitas al análisis comparado en el ámbito del derecho familiar—,² dicho análisis constituye una avenida fértil para el desarrollo del derecho a nivel local. A diferencia de los procesos de armonización, cuyo fin es la estandarización de los sistemas jurídicos,³ el análisis comparado busca determinar la forma en que diversas jurisdicciones responden a la creación, funcionamiento, disolución e interacciones permanentes de las familias. Al hacerlo, el trabajo comparado puede decirnos mucho respecto a las sociedades en que operan los sistemas jurídicos, distinguir similitudes y diferencias entre ellos, a la vez que orientar debates y posibles soluciones implícitas en el ordenamiento jurídico doméstico.⁴ Ese es el espíritu de este libro.

¹ Cfr., entre otros, CHoudRY, S. y HERRING, J. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2019; EEKELAAR, J. y GEORGE R. (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Nueva York, Routledge, 2014 y; MACLEAN, M., (ed.), *Family Law and Family Values*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford-Portland Oregón, Hart Publishing, 2005.

² En este sentido, por ejemplo, BRADLEY, D., "A Note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics", *Oxford University Comparative Law Forum*, Vol. 6, No. 4, 2005. (sosteniendo que el derecho familiar es un discurso político que apunta a variaciones en política económica y social y que reflejan diferencias importantes en los procesos culturales y políticos).

³ Algunos esfuerzos en este sentido en, BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.), *European Challenge in Contemporary Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2008 y ANTOROLSKAIA, M., "Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality", en 22(4) *Child and Family Law Quarterly*, No. 397, 2010, pp. 397-421.

⁴ SUTHERLAND, E. (ed.), *The Future of Child and Family Law. International Predictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 2-3.

Avances y experiencias sobre constitucionalización del derecho familiar

Un capítulo general respecto a la constitucionalización del derecho familiar abre esta obra. En éste, Nicolás Espejo precisa el sentido y alcance de tal proceso, prestando especial atención a cuatro cuestiones que parecen estar relacionadas al mismo: *a)* La definición y características centrales de la constitucionalización del derecho familiar; *b)* la identificación de algunos procesos sociales que pueden explicar su emergencia y progresiva aceptación por parte de los sistemas jurídicos, *c)* la interpretación de las nociones implícitas sobre la familia en la jurisprudencia constitucional y de los órganos de tratados internacionales de derechos humanos (y derivados de tales procesos) y; *d)* la revisión de algunos precedentes constitucionales en Argentina, Colombia, México y Brasil, vistos por el autor como reflejos indiciarios de un incipiente proceso de constitucionalización del derecho familiar en América Latina.

A la presentación general le sigue el detallado trabajo de Marisa Herrera sobre la constitucionalización/convencionalización del derecho familiar argentino. El texto de Herrera da cuenta de un progresivo proceso de democratización de las relaciones familiares en la Argentina, reforzado por un conjunto de precedentes judiciales y normas especiales dictadas con base en los mandatos de derechos humanos y que permitieron sancionar un nuevo Código Civil acorde a los principios de igualdad y no discriminación, pluralidad, libertad y autonomía. En dicho proceso, la incorporación de los estándares derivados de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (convencionalización) parece haber jugado un rol clave.

Si bien existe una serie amplia de derechos fundamentales que han estado al centro del proceso de constitucionalización del derecho familiar, los derechos de libertad e igualdad parecen haber sido especialmente relevantes para el anclaje de este proceso en el ámbito del matrimonio.

Rosa Celorio analiza aspectos históricos e innovadores en el tratamiento constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en asuntos vinculados a los derechos humanos y al matrimonio en la sentencia de *Obergefell vs. Hodges* (2015), que legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos. El capítulo avanza consideraciones sobre el potencial impacto jurídico de la Corte en cuatro áreas en concreto, que incluyen el alcance de los derechos constitucionales en el matrimonio; la interpretación de la Constitución conforme a los tiempos y el papel de las Cortes en la definición de derechos individuales; la introducción de derechos individuales y no explícitos en la interpretación constitucional; y la naturaleza de la libertad, autonomía, y la prohibición de la discriminación en la Constitución de los Estados Unidos.

En un sentido similar, aunque más amplio, Douglas NeJaime centra su análisis en lo que él llama la "relación dialógica" entre el derecho de familia y el derecho constitucional de ese mismo país, específicamente, en materia de matrimonio y la parentalidad de gays y lesbianas. Para NeJaime, la doctrina constitucional ha moldeado las disputas de derecho de familia sobre los contornos del reconocimiento marital y parental. Con todo, y contrariamente a lo que denomina "narrativas convencionales" en torno a la relación jerárquica entre derecho constitucional y familiar, su trabajo plantea cómo la disputa sobre el significado del matrimonio y la parentalidad en el derecho de familia ha moldeado, a su vez, la comprensión de estas instituciones para efectos de la doctrina constitucional.

Parte de las transformaciones descritas por Celorio y NeJaime, en los capítulos segundo y tercero respectivamente, en el ámbito del reconocimiento constitucional de los matrimonios entre personas del mismo sexo han encontrado eco en el sistema jurídico brasileño. Como indica Karyna Sposato, el derecho brasileño ha adoptado la tesis de la preponderancia normativa de la Constitución con profundas rupturas en la tesitura conceptual clásica del derecho privado. El capítulo cuarto ahonda, con un análisis integral, sobre las profundas transformaciones dogmáticas

experimentadas en Brasil en el campo del derecho constitucional, en general, y en el del derecho de familia, en particular. El ejemplo más fuerte de este proceso de consolidación de un orden familiar plural se encuentra en el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional brasileña, en 2011, de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar. Sposato explica que, desde entonces, la jurisprudencia ha consolidado el reconocimiento extensivo de dichas familias, con base en la prohibición de todo tratamiento discriminatorio.

Contar con el reconocimiento legal de nuestra identidad personal constituye una garantía constitucional esencial. Siguiendo lo resuelto por la jurisprudencia constitucional chilena, Leonor Etcheberry revisa cómo el derecho a la identidad se vincula estrechamente con la dignidad humana e incluye, entre otras cosas, la seguridad de conocer el origen propio y aspirar al reconocimiento social que se deriva de tal proceso. Así entendido, el derecho a la identidad conforma un derecho fundamental clave para el ejercicio de la vida familiar, entre otras materias, para los procesos de reclamación de filiación y determinación de la maternidad/paternidad. Como lo demuestra la consolidación jurisprudencial en Chile, la defensa del derecho a la identidad ha sido utilizada para cambiar la interpretación de la jurisprudencia respecto de la acción de filiación en contra de los herederos del presunto padre cuando éste ha fallecido. Con todo, Etcheberry advierte, en este quinto capítulo, que la misma claridad no se puede afirmar respecto a otras materias, tales como el ejercicio de acciones de impugnación y reclamación del hijo en contextos de técnicas de reproducción asistida. En esos casos, según la autora, la constitucionalización cobraría una importancia aún mayor, dada la presencia de una laguna legal verdadera en el sistema jurídico chileno.

Una de las materias en las que los procesos de constitucionalización del derecho familiar parece haber sido particularmente fértil es la de la responsabilidad parental y los derechos de la niñez. Esta cuestión es tratada en el sexto capítulo por Rachel Taylor, en su detallado análisis de uno de los casos más polémicos en este campo y que generó gran atención

internacional: el caso de Charlie Gard. Como explica Taylor, este caso plantea una cuestión fundamental de principio constitucional en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad parental por los niños y, con ello, exhibe un agudo dilema con respecto a la propia naturaleza de la autoridad parental y su relación con las responsabilidades del Estado. A pesar de lo doloroso y extremo del caso, las decisiones de los tribunales en el mismo habrían confirmado una cuestión esencial del derecho inglés: que, si bien los padres tienen derechos y autoridades privilegiados en la crianza de los hijos, tal responsabilidad debe entenderse de forma *colaborativa* y con base en el *mejor interés de los niños*. Sin embargo, Taylor advierte que el caso Gard podría llevar a un socave futuro de la función primaria o privilegiada de los padres *versus* el Estado. Las salvaguardas en contra de ese posible exceso, en todo caso, no se encontrarían en defender la inmunidad de los padres, sino en el respeto del derecho a la vida familiar, que es el fundamento de las decisiones que toman los jueces y que, a su vez, concede al Estado la responsabilidad de proteger a los niños y sus derechos.

Al igual que Taylor, Mónica Arango se concentra en el papel que la Constitución ha dado a los niños respecto a sus padres, representantes o tutores en las relaciones familiares y cuál es el alcance de sus derechos. En el séptimo capítulo, Arango revisa 28 años de jurisprudencia constitucional que ha supuesto un giro estructural sobre el contenido del derecho a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes (NNA), a partir del principio de su interés superior. El capítulo sostiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha dotado progresivamente al derecho a la autonomía de los niños de un contenido que impone límites al ejercicio de la patria potestad (responsabilidad parental), en el marco de las disposiciones que reconocen a la familia en el centro de la sociedad y los derechos de los niños como fundamentales. Así pues, el ejercicio de la patria potestad, tradicionalmente, concedía a los padres y tutores un poder de decisión casi absoluto, mientras que ahora la jurisprudencia constitucional otorga a los NNA un amplio margen de participación en la toma de todo tipo de decisiones.

Estos aspectos sustanciales en la consolidación de una constitucionalización coherente e integral del derecho familiar son complementados por el foco procesal o procedimental, elaborado en el octavo capítulo, a cargo de Ton Liefwaard. El autor se detiene en las principales evoluciones procedimentales observadas en el derecho de infancia en Europa y el Reino de los Países Bajos. Liefwaard presta atención particular a dos conceptos que han surgido en las últimas décadas y que tienen implicaciones en el estatus legal procesal de los niños en el derecho familiar: una justicia adaptada para los niños y el acceso a la justicia para estos. El capítulo permite advertir la relevancia de ambos conceptos para aspectos directamente asociados a la constitucionalización del derecho como: la capacidad legal y la legitimación de los niños y las niñas; la representación legal del padre, la madre y otras personas, así como su participación y el acceso a la información en los procedimientos de derecho familiar; incluso, a la información sobre el peso que se le da a las opiniones de los niños para la adopción de una decisión que los afecte, entre otros.

Finalmente, Ana María Ibarra y Sofía Treviño analizan la experiencia mexicana de evolución del derecho de familia a partir de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución mexicana y del importante trabajo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En el capítulo se hace una reflexión en torno a la consolidación de un proceso de constitucionalización dinámico: un proceso en el que el derecho constitucional ha penetrado en el derecho de familia, pero en el que este último también ha permeado el desarrollo de nuevas doctrinas de derecho constitucional y del derecho en general. Para Ibarra y Treviño los problemas de derecho familiar se han traducido en conflictos de derechos constitucionales, dejando atrás concepciones más tradicionales de la familia. Esta transformación define la ruta para un nuevo derecho de familia basado en los principios constitucionales de interés superior del menor, autonomía, libertad e igualdad.

Los editores de esta obra esperamos que estos trabajos constituyan una contribución sistemática al derecho constitucional y familiar, un campo

que resulta esencial para los derechos de las personas, con miras al desarrollo dogmático y al debate profundo sobre la jurisprudencia mexicana.

Nicolás Espejo Yaksic
y Ana María Ibarra Olguín

CAPÍTULO 1

La constitucionalización del derecho familiar

Nicolás Espejo Yaksic*

* LCJS (Diego Portales); M.St. (Oxford) y Ph.D. (Warwick); Investigador Asociado del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Visiting Fellow* del Exeter College (Universidad de Oxford) e Investigador Asociado del Centro de Estudios Justicia y Sociedad, de la Universidad Católica de Chile.

I. Introducción

En años recientes, la doctrina latinoamericana ha comenzado a prestar atención a las formas en que los sistemas jurídicos definen y regulan la vida familiar y su relación con el derecho constitucional.¹ Inspirados en la *Constitucionalización del Derecho*, especialistas del derecho de familia y derecho de la infancia han comenzado a incorporar un análisis dogmático que se relaciona directamente con principios, reglas y precedentes.² Algunos autores han comenzado a desafiar los fundamentos dogmáticos

¹ BIDART CAMPOS, G. J., *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998, Vol. 5, 1998 (Ponencias profesores invitados), pp. 16-22; CHÁVEZ ASENCIO, M., *Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 7a. ed., México, Porrúa, 1998 y; GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho constitucional de familia*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 2006.

² SOTO KLOSS, E., "La familia en la Constitución política", *Revista Chilena de Derecho*, No. 21, 1994, pp. 217-225; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. J., *Los Derechos Humanos en las relaciones familiares*, en LLOVERAS N. y HERRERA, M. (dirs.); BENAVIDES SANTOS, D. y PICADO A. M. (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010 y; Cfr., ÁLVAREZ PERTUZ, A., "Constitucionalización del Derecho de Familia", *Revista Jurídicas CUC*, No. 7, 2011, pp. 27-51.

que justificaron la regulación de la vida familiar en los términos de una concepción orgánica de la familia y un reconocimiento desigual de los derechos individuales de todos sus miembros (particularmente, mujeres y niños). Así, es posible distinguir trabajos que destacan el impacto de las reformas constitucionales en la regulación de las familias en el derecho civil y de familia,³ así como aquellos que se centran en el impacto primario del derecho internacional de los derechos humanos (ampliamente incorporados en las constituciones latinoamericanas) sobre el derecho de familia.⁴ Asimismo, algunos autores ahondan en la transformación de la base biológica de la paternidad, asunto particularmente importante para la determinación de la responsabilidad parental.

Las inquietudes académicas sobre las transformaciones en la asignación de los derechos de los padres en la región han sido estimuladas, en gran medida, por las uniones o matrimonios de personas del mismo sexo y por las técnicas de reproducción asistida.⁵ Basada en la aparición de nuevas configuraciones de familia reconocidas por la ley, así como por el incremento en el uso de tales tecnologías, parte de la doctrina ha sustentado el abandono de la mera paternidad biológica.⁶ Al adoptar un rumbo similar al de las configuraciones actuales de paternidad en Inglaterra,

³ ZANNONI, E. A. *Derecho de Familia*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 22 y ss.; PARRA BENÍTEZ, J., "El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, No. 97, 1996, pp. 47-52; CALVO CARVALLO, M. L., "Familia y Estado: Una perspectiva constitucional", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, No. 15, 2000, pp. 163-65 y; DE LA FUENTE LINARES, J. C. F. J., "La protección constitucional de la familia en América Latina", *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2012, pp. 6-29.

⁴ BELOFF, M., "Quince años de la vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño en Argentina", *Justicia y Derechos del Niño*, No. 10, 2008, pp. 11-44; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. J., "Los derechos humanos en las relaciones familiares del S. XXI: Los caminos de la jurisprudencia argentina", en LLOVERAS N. y HERRERA, M. (dirs.); BENAVIDES SANTOS, D. y PICADO A. M. (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, pp. 73-115.

⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-617/14, de agosto de 2014. En la que rechaza la decisión de denegar la adopción de un niño basada en la homosexualidad de la peticionaria —pareja de la madre del niño—. En Argentina, estos debates se generaron a partir de la promulgación de la Ley No. 26.618 (2010) que considera el derecho de cada persona para contraer matrimonio, independiente de su sexo (art. 2o.).

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M. y LAMM, E., "Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis", en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ED.) y LEPIN MOLINA, C. (COORD.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Una mirada transdisciplinaria*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013, pp. 127-63 y; JARUFE CONTRERAS, D., "Las filiaciones 'no biológicas' derivadas

Gales⁷ y el sistema europeo de derechos humanos,⁸ estos autores han recomendado un cambio de la concepción tradicional de paternidad natural/biológica/adoptiva. En el caso de las técnicas de reproducción asistida, dicha situación parece sugerir el reconocimiento de un tipo de paternidad derivada de la voluntad procreacional.⁹

Paralelamente, la doctrina ha contribuido a comprender, de mejor manera, las transformaciones dogmáticas desarrolladas a propósito de la autonomía de los niños, el ejercicio de sus derechos y la incorporación de su interés superior como la consideración primordial en todos los asuntos que los pudiesen afectar. Estos trabajos van desde un análisis de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la legislación nacional¹⁰ y a nivel constitucional¹¹ —pasando por una crítica de las interpretaciones constitucionales prevalecientes sobre la autonomía moral y política de los niños¹²— hasta quienes han intentado depurar el significado y el uso interpretativo del mejor interés del niño.¹³ Sin perjuicio de ciertas diferencias, estos autores han defendido la posición

de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)", en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ED.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *op. cit.*, pp. 67-104.

⁷ HOUSE OF LORDS, *Re G (Children)* [2006] UKHL 43. En particular, el famoso reconocimiento de la Baronesa Hale de tres formas de paternidad natural: genética, gestacional y psicológica. Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060726/child-1.htm> [consulta: 15 de diciembre 2018].

⁸ TEDH, caso *Lebbink vs. The Netherlands*, Ap. No. 45582/99 (2005) 40 EHRR 18, párr. 37 y; TEDH, caso *Görgülü vs. Germany*, Ap. No. 74969/01 (2004).

⁹ KEMELMAJER, A., DE CARLUCCI, A., HERRERA M. y LAMM, E., "Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis", en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ED.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *op. cit.*, p. 130. Para una opinión contraria, CORRAL, H., "Maternidad subrogada: Sobre la pretensión de formalizar la filiación mediante la adopción o recepción de su práctica en el extranjero", *Ibidem*, pp. 165-88.

¹⁰ Véase GARCÍA-MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Prefacio de L. Ferrajoli, t. I., 2a. ed., Bogotá, Temis, 1999.

¹¹ GONZÁLEZ CONTRÓ, M., "La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes", en *Cuestiones Constitucionales*, No. 20, enero-junio 2009, pp. 229-253.

¹² LOVERA, D. y CODDOU, A., "Niño, adolescentes y derechos constitucionales: De la protección a la autonomía", *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF No. 11, 2009, pp. 11-54.

¹³ CILLERO, M., "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño", *Justicia y Derechos del Niño*, Universidad Diego Portales, No. 1, 1999, pp. 46-63; COUSO, J., "El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", *Revista de Derechos del Niño*, No. 3, 2006, pp. 145-166; LOVERA, D., "Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas", *Justicia y*

legal y moral que considera a los niños como titulares de derechos y que estos derechos establecen límites a la autoridad estatal y parental; que los niños tienen una autonomía progresiva o dinámica, y que sus voces deben ser escuchadas y consideradas.

Finalmente, en el ámbito de los derechos y deberes parentales, la nueva doctrina del derecho de familia ha proporcionado un apoyo sustancial en las transformaciones tanto legales como jurisprudenciales, entregando una distribución más igualitaria de la crianza de los hijos. En algunos casos, se ha enfocado en las justificaciones históricas a favor de la familia orgánica, destacando las relaciones de poder ejercidas por los hombres sobre mujeres y niños.¹⁴ En otros casos, la nueva doctrina se ha concentrado en la necesidad de reconocer instituciones legales que podrían fortalecer la corresponsabilidad entre los padres (como la custodia compartida),¹⁵ así como en los efectos del divorcio y de la separación en los cónyuges y en los niños.¹⁶

El desarrollo de esta creciente doctrina relacionada con las interacciones entre las normas constitucionales —particularmente, los derechos fundamentales— y el derecho internacional de los derechos humanos, ha ido acompañado de una serie de desarrollos específicos en el ámbito de la dogmática y la interpretación constitucional en las relaciones familiares —así como en las reformas legales— que dan forma a aquello que puede ser definido como la constitucionalización del derecho de familia. En lo que sigue, intentaré precisar el sentido y alcance de este proceso,

Derechos del niño, No. 10, 2008, pp. 45-62 y GARRIDO, R., "El interés superior del niño y el razonamiento jurídico", *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2013, pp. 115-147.

¹⁴ JARAMILLO, I. C., "FAMILIA", en MOTTA, C. y SÁEZ, M. (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, t. I, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, pp. 267-361. Para un análisis histórico de tal concepto, debates legales y reforma a la familia en Colombia, véase: JARAMILLO, I. C., *Derecho y familia en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad de Los Andes, 2013.

¹⁵ Véase LATHROP, F., *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, 2008; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La guarda compartida. Una visión comparativa", *Revista de Derecho Privado*, 2012, pp. 181-186.

¹⁶ ESPEJO, N. y LATHROP, F., "Dissolution of Marriage in Latin America: Trends and Challenges", en EEKELAAR, J. y GEORGE R. (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Nueva York, Routledge, 2014, pp. 133-137.

prestando especial atención a cuatro cuestiones que se relacionan con él: a) La definición y características centrales de la constitucionalización del derecho familiar; b) la identificación de algunos procesos sociales que pueden explicar su emergencia y progresiva aceptación por parte de los sistemas jurídicos; c) la interpretación de las nociones implícitas sobre familia en la jurisprudencia constitucional y de los órganos de tratados de derechos humanos (y que se derivan de tales procesos) y; d) la revisión de algunos precedentes constitucionales en Argentina, Colombia, México y Brasil que son indiciarios de un incipiente proceso de constitucionalización del derecho familiar en América Latina.

II. La constitucionalización del derecho familiar.

Concepto y características

La constitucionalización del derecho puede ser entendida como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente "impregnado" de normas constitucionales.¹⁷ Como señala Domínguez, este proceso implica dos cosas. De un lado, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. De otro lado, importaría la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares.¹⁸ En esta luz, la interpretación del texto constitucional presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque inclinado por una lectura extensiva de la

¹⁷ GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano". Traducción de José María Lujambio; en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2009, p. 49.

¹⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., "La constitucionalización del Derecho", en NAVARRO Beltrán, E. (ed.), *20 años de la Constitución Chilena*, Santiago de Chile, ConoSur, 2001, p. 37. Véase, más generalmente, FAVOREAU, L., *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Traducido por M. Correa Henao. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia, 2000; y FERRAJOLI, L., "El paradigma normativo de la democracia constitucional", en MARCILLA CÓRDOBA, G., *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Constitución y que hace posible extraer de ella "innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política".¹⁹

La constitucionalización del derecho puede ser entendida, también, como la extensión de una forma específica de interpretación constitucional. En esta concepción —como la de Dworkin—, la interpretación constitucional garantiza los derechos requeridos por la mejor concepción de los ideales políticos establecidos en la Constitución, incluso cuando ello lleve a reconocer y aplicar derechos que no están formal o expresamente reconocidos por ella.²⁰ El papel de los tribunales en la búsqueda de derechos no expresamente consagrados en las constituciones ha sido un tema importante en la discusión académica en los países de tradición continental, bajo la denominación de "neoconstitucionalismo". En el paradigma neoconstitucional los jueces son de suma importancia, ya que el sistema legal debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Así como la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución "invasiva" o "entrometida", la tarea judicial debe desarrollarse también en aspectos de la vida social (como las relaciones familiares). En este sentido, el neoconstitucionalismo genera una explosión de actividad judicial y supone o requiere algún grado de activismo judicial, en gran medida superior a lo observado anteriormente.²¹

En el ámbito del derecho privado, el proceso de constitucionalización se manifiesta en tres dimensiones específicas: a) la primacía constitucional, toda vez que sustituye el principio de superpotencia de la ley propio de los códigos decimonónicos; b) el ámbito de aplicación de los derechos

¹⁹ GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 54.

²⁰ DWORKIN R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 72-81.

²¹ Véase CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, y; COMANDUCCI, P., "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 16, 2002, pp. 90-112.

fundamentales sea por estar llamados a regir con eficacia horizontal como por su marcada y extendida internacionalización y; c) las vías procesales para su tutela. Con ello, como sugiere Lathrop, queda en evidencia la importancia de la justicia constitucional en el proceso de constitucionalización del derecho, a tal punto de ser considerada como una de las condiciones de su verificación.²² A su vez, y llevado al ámbito del derecho de familia —particularmente en el ámbito latinoamericano—, se ha sostenido que el proceso de constitucionalización se sustenta en tres elementos comunes:

- i. Una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar;
- ii. la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; y
- iii. el desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto).²³

Si bien esta descripción del proceso de constitucionalización del derecho de familia parece útil para una comprensión inicial y simple en la materia, es importante evitar una excesiva simplificación de un fenómeno que parece algo más complejo. En una lectura rápida, el proceso de constitucionalización del derecho familiar puede ser visto como la mera coincidencia entre el derecho constitucional y el derecho familiar, cada vez que el primero dicta (limita, precisa) nuevas direcciones para la regula-

²² Véase LATHROP, F., "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno", *Estudios Constitucionales*, año 15, No. 1, 2017, pp. 329-372 y; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Codificación y constitucionalización del Derecho Civil", en MARTINIC, M. D.; RÍOS, S. y TAPIA, M., *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1193-1213.

²³ Cfr. ESBORRAZ, D., "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*. No. 29, diciembre de 2015, pp. 15-55.

ción familiar. Como ha sugerido NeJaime,²⁴ esta narrativa no logra capturar la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional. Con ello, se deja de apreciar cómo el derecho de familia y el derecho constitucional a menudo ocupan el mismo espacio, contribuyen a comprender los mismos problemas e interactúan de maneras mutuamente constitutivas. En especial, una lectura demasiado vertical de la relación entre derecho constitucional y derecho familiar oscurece las maneras en las que el derecho de familia ejerce una influencia sobre el derecho constitucional: el derecho de familia configura el terreno en el que ocurre la adjudicación constitucional, estructura el conflicto constitucional y puede, en ocasiones, reorientar el razonamiento constitucional.

III. Transformaciones sociales y familia. Un contexto para la comprensión de los debates jurídicos en torno a la constitucionalización del derecho familiar

Son múltiples las transformaciones sociales cuya comprensión puede resultar útil para un mejor entendimiento de los debates jurídicos específicos que tienen lugar en el seno del proceso de constitucionalización del derecho familiar. Sin perjuicio de ello, me interesa destacar cuatro fenómenos que, en mi opinión, resultan especialmente relevantes para comprender la irrupción de la constitucionalización del derecho familiar, a saber: *a*) los procesos de individualización y la agencia individual; *b*) el nuevo estatus legal de la mujer y, en general, de las identidades de género; *c*) el reconocimiento de la subjetividad legal de la infancia (sus derechos) y; el desacoplamiento entre parentalidad y reproducción natural, dados los avances tecnológicos.²⁵

²⁴ NEJAIME, D., "The Family's Constitution", *Faculty Scholarship Series*, 5226, Yale Law School, 2017, pp. 415-416. [La traducción al español, "La Constitución de la Familia", se encuentra en el capítulo 4 de esta obra].

²⁵ No se trata, por cierto, de una lista exhaustiva de las transformaciones sociales que explican la constitucionalización del derecho familiar. En especial no toco en este trabajo —no porque no sean importantes— aspectos específicos sobre la vida familiar en el marco de la interculturalidad y que

1. Individualización y fragilidad de la esfera íntima

Hasta mediados del siglo XX, la familia moderna estaba fuertemente regulada con base en roles asignados en función del género. Sin embargo, a medida que los procesos de individualización (profundización de las ideas de agencia individual y elección personal) se fueron consolidando, las fronteras entre lo femenino y los masculino, así como nuestra comprensión de la maternidad, la paternidad y la infancia, han sido redefinidas.²⁶ Transformadas por la *democratización de las relaciones humanas*, en general, las relaciones personales se ven, en esta óptica, orientadas menos por deberes o roles tradicionales que por la elección activa y la negociación entre los propios individuos.²⁷ La intimidad, entonces, se ve transformada desde un conjunto de obligaciones sociales y convenciones hacia una suerte de "democracia negociada entre las parejas".

Con todo, la progresiva individualización del espacio íntimo genera, como contracara, su propia fragilidad. En la medida en que las relaciones generadas por asociación son "puras" (desde que la relación es desarrollada y escogida por la pareja por su propio mérito), serán siempre condicionales y dinámicas (o como indica Giddens: "hasta nuevo aviso").²⁸ Así, la belleza de esa libertad en el amor (y en el desamor) coincide

son esenciales, por ejemplo, para un abordaje pertinente respecto a los pueblos indígenas o las familias en el contexto de la movilidad humana (migrantes, desplazados, solicitantes de asilo, etc.). Estimo que estas cuatro categorías pueden explicar parte importante de los debates que surgen en la actualidad en el cruce entre derecho constitucional y derecho familiar.

²⁶ Véase GIDDENS, A., *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Cambridge, Polity Press, 1992.

²⁷ *Ibidem*, p. 58. La teoría de la individualización (o "destradicionalización") ha sido criticada por diversas razones, entre las que destacan, su obsesiva fijación en el individualismo, en perjuicio del valor y significación de los compromisos diarios y las relaciones de cuidado que se mantienen en las familias de sociedades liberales; su falta de sensibilidad respecto de la vigente asimetría en la asignación de funciones intrafamiliares entre hombres y mujeres y; el etnocentrismo de su construcción sociológica, basada en un modelo de familia blanca y de clase media como punto de referencia de las transformaciones sociales. *Cfr.*; GROSS, N., "The Detraditionalization of Intimacy Reconsidered", en *Sociological Theory* 23, 2005, pp. 286-311 y; GILLIES, V., "Raising The Meritocracy: Parenting and The Individualization of Social Class", *Sociology*, vol. 39, 2005, pp. 836-837.

²⁸ GIDDENS, A., *Modernity and Self-Identity*, Cambridge, Polity Press, 1991, pp. 88-90.

también, al menos en una parte importante, con el estilo de vida de los habitantes de *Eutropia*: esa ciudad invisible de Calvino en la que sus habitantes, en cuanto se sienten presa del hastío y ya no pueden soportar su trabajo ni a sus parientes ni su casa ni su vida, se mudan a la ciudad siguiente, donde cada uno de ellos conseguirá un nuevo empleo y una esposa distinta, verán otro paisaje al abrir la venta y dedicarán el tiempo a pasatiempos, amigos y cotilleos diferentes.²⁹ Y es que, cuando se trata de seres humanos, es difícil evitar hablar de los compromisos y las dependencias, aunque no figuren, como indica Bauman, por escrito ni hayan sido refrendados formalmente. Los actos de consumo tienen un final bien definido; sólo duran ese período y ni un momento más. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de las interacciones humanas.³⁰ Imagine-mos, como propone Sennett, a un amante que declara: "No te preocupes por mí. Sé cuidar de mí mismo. No necesito nada de ti'. A ese amante, lo pondríamos de patitas en la calle". Pues nunca alguien que no necesita nada tomará en serio nuestras necesidades. "En la vida privada, la dependencia une a los individuos".³¹

Como consecuencia de lo anterior, la consolidación de la esfera emocional en el ámbito de la intimidad es experimentada, a su vez, como una acelerada desinstitucionalización del núcleo familiar. O, en palabras de Axel Honneth, como una tensión entre el ámbito de los derechos, por un lado, y de los afectos, por el otro.³² Si para las parejas los sentimientos de mutua atracción quedan fuera de su control intencional, afectando la proyección o certeza de la relación, las demás relaciones familiares también se ven expuestas a modificaciones importantes. En el caso de

²⁹ CALVINO, I., *Las ciudades invisibles*, Madrid, Siruela, Biblioteca Calvino, 2015.

³⁰ BAUMAN, Z., *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Traducción de Mirta Rosenberg y Jaime Arrambide, Buenos Aires, FCE, 2005.

³¹ SENNETT, R., *El Respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Barcelona, Anagrama, 2003, p. 109.

³² HONNETH, A., "Between Justice and Affection: The Family as a Field of Moral Disputes", en *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*, Cambridge, Malden, Polity Press, 2007, p. 148. En un sentido similar, BECK U. y BECK-GERNSEIM, E., *The Normal Chaos of Love*, Cambridge, Polity Press, 1995.

las relaciones entre padres e hijos, estas parecen cada vez menos determinadas por las expectativas de roles convencionales y más por sentimientos personales en contextos de quiebre familiar. Lo anterior genera una situación paradójica: relaciones entre adultos progresivamente frágiles, inestables o inviábiles, por un lado, y relaciones entre padres e hijos que después de la separación entre los adultos, pretenden no verse afectadas e incluso, fortalecidas.³³

Tomadas en conjunto, la individualización y la fragilidad de la esfera íntima han llevado a una resignificación fundamental de algunos de los presupuestos fundamentales de la institución familiar, tales como la relativización o banalización del divorcio (vista ahora como una experiencia subjetiva, personal y no como una cuestión de "estatus social"),³⁴ la noción de parentalidad (inspirada ahora por criterios de dependencia y relación, más que por una atribución genética o biológica de la responsabilidad moral),³⁵ entre otras.

2. El nuevo estatus de la mujer y la identidad de género en sentido amplio

Tan pronto como la familia moderna consolidó su marco de referencia en el ámbito de la esfera emocional, sólo faltó la progresiva inclusión de la mujer al mundo del trabajo formal para disolver, definitivamente, la legitimidad de los roles intrafamiliares asociados al trabajo doméstico y la crianza. Desprovista ya de su "marco legitimante", en función del otrora

³³ En este sentido, comentando datos de Inglaterra y Gales, MACLEAN, M., "Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation", en MACLEAN, M. (ed.), *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 1-7.

³⁴ DEWAR, J., *Law and the Family*, Londres, Butterworths, 1992, pp. 52-53 y; THERY, I., *Le démariage. Justice et vie privée*, París, Odile Jacob, 1993, pp. 128-139.

³⁵ BARTON, C. y DOUGLAS, G., *Law and Parenthood*, Londres, Butterworths, 1995; EEKELAAR, J., "Rethinking Parental Responsibility", *Family Law*, vol. 31 2001, pp. 426-443; SMART, C., *Personal Life: New Directions in Sociological Thinking*, Cambridge, Polity, 2007; y GILOMORE, S., HERRING, J. y PROBERT, R., "Parental Responsibility: Law, Issues and Themes", en *Responsible Parents and Responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 1-20.

poder patriarcal otorgado por la dependencia económica de la mujer, la distribución de roles al interior de la familia experimentó una constante y acelerada transformación.³⁶

A tales cambios derivados de la inclusión de la mujer a la fuerza laboral formal se han sumado otros procesos paralelos de significancia equivalente. Sea en su vertiente liberal, cultural, socialista o radical, el feminismo ha revelado y cuestionado la manera en que el derecho ha contribuido a producir y reproducir a la familia como orden natural.³⁷ A su vez, el movimiento jurídico-político en pro de la igualdad de derechos o derechos diferenciados o reforzados a favor de la mujer ha transformado radicalmente algunas las categorías conceptuales clásicas de la familia moderna. Entre otras materias, la reformulación del concepto de discriminación basado en criterios objetivos,³⁸ los derechos sexuales y reproductivos,³⁹ y una nueva caracterización de la violencia en el espacio íntimo,⁴⁰ han abierto un proceso de redefinición de las expectativas, roles y poderes en las relaciones de pareja en general y de las relaciones conyugales, en particular.⁴¹

³⁶ FLAQUER, L., *El destino de la familia*, Barcelona, Ariel, 1998; JELIN, E., *Pan y afectos. La transformación de las familias*, Buenos Aires, FCE, 1998, pp. 85 y ss.

³⁷ Véase FRIEDAN, B. *The Feminine Mystique*, Nueva York, Dell Publishing and Co., 1963; GILLIGAN, C., *In a Different Voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; JAGGAR, A. M., *Feminist Politics and Human Nature*, Oxford, Rowman and Littlefield Publishers Inc., 1983; MACKINNON, C., *Sex Equality*, 2a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2007. Para una presentación global del feminismo en la teoría y práctica jurisprudencial en América Latina, *cfr.* MOTTA, C. y SAEZ, M. (eds.), *La Mirada de los Jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, t. 1, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

³⁸ *Cfr.*, Art. 1o., Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

³⁹ COOK, R., "International Human Rights and Women's Reproductive Health", *Studies in Family Planning*. No. 24, 1993, pp. 73-86; CORREA, S. y PETCHESKY, R., "Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective", en SEN, G., GERMAIN, A. y CHEN, L.C. (eds.), *Population Policies Reconsidered: Health, Empowerment and Rights*, Nueva York, Harvard Center for Population and Development Studies, 1994, pp. 107-126.

⁴⁰ *Cfr.*, en particular, TEDH, Caso *Opuz vs. Turquía*. Ap. No. 33401/02, ECHR 2009; y, recientemente, TEDH, Caso *Eremia y Otros vs. República de Moldova*. Appl. No. 3564/11, ECHR 2013.

⁴¹ *Cfr.*, SMART, C. *The Ties that Bind: Law, Marriage, and the Reproduction of Patriarchal Relations*, Londres, Routledge, 1984.

En otras palabras, sitiado por un nuevo estatus de la mujer (en cuanto portadora de derechos de autonomía) y la presión por una redefinición de los roles intrafamiliares, el espacio íntimo familiar ha experimentado, desde mitad del siglo XX, una vertiginosa transformación. Desde el punto de vista de las relaciones íntimas entre los adultos, la consolidación del paradigma de igualdad y no-discriminación ha llevado a una permanente reformulación de los principios y reglas que ordenan los conflictos patrimoniales y personales.⁴² A su vez, la consolidación del principio del daño al interior de la esfera íntima ha significado una clara reformulación de los límites de la intervención del Estado en materias tradicionalmente excluidas del escrutinio y regulación públicos. De este modo, mientras ha mantenido su posición de privilegio y protección, la esfera íntima ha dejado de ser una licencia de irresponsabilidad u opresión.⁴³

Finalmente, desde el punto de vista de las relaciones filiales entre adultos y los niños, el reconocimiento de la emancipación sexual y reproductiva de la mujer ha generado, a su vez, mayor conciencia sobre la dimensión opresiva del rol reproductivo de la mujer,⁴⁴ o bien, respecto de la opresión derivada del control masculino sobre dichas funciones reproductivas.⁴⁵ En ambos casos, las consecuencias sobre el modelo familiar moderno clásico son evidentes, generando las respectivas tensiones y redefiniciones propias del acoplamiento entre autonomía individual, cuidado, igualdad, reproducción y crianza.⁴⁶

Al igual que en el caso de las transformaciones impulsadas por el nuevo estatus de la mujer, nuevos patrones de intimidación han sido creados por familias LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales), generando una

⁴² GLENNON, L., "The Limitations of Equality Discourses on the Contours of Intimate Obligations", en WALBANK, J., CHOUDRY, S. y HERRING, J., *Rights, Gender and Family Law*, Londres/Nueva York, Routledge, 2010, pp. 169-198.

⁴³ ECKELAAR, J., *Family Law and Personal Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 85.

⁴⁴ Véase FIRESTONE, S., *The Dialectic of Sex*, Nueva York, Bantam, 1970.

⁴⁵ RICH, A., *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution*, Nueva York, WW Norton, 1981; y O'BRIEN, M., *The Politics of Reproduction*, Boston, Routledge-Kegan Paul, 1976.

⁴⁶ HERRING, J., "Relational Autonomy and Family Law", en WALBANK, J., CHOUDRY, S. y HERRING, J., *op. cit.*, pp. 257-275.

presión constante sobre el reconocimiento de derechos relacionales en el derecho de familia.⁴⁷ Impulsados por la irrupción de la política de la identidad,⁴⁸ padres y madres LGBT han combatido aquellos prejuicios asociados a la construcción exclusivamente heterosexual de la parentalidad, así como a los enclaves jurídicos que los sostienen.⁴⁹ Como consecuencia de lo anterior, la esfera de intimidad, tradicionalmente protegida por los supuestos de heterosexualidad, ha dado paso a nuevas formas de prácticas familiares que poseen el potencial de fracturar y desestabilizar los presupuestos heteronormativos del derecho de familia moderno.⁵⁰ Junto con ello, las luchas jurídicas en torno al reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género han permitido precisar, de mejor forma, la relación entre autoridad o responsabilidad parental y el ejercicio progresivo de la autonomía de los niños, niñas y adolescentes. El caso del reconocimiento al nombre social y la identidad y expresión de género de los niños transexuales, de forma compatible con las autoridades y restricciones al ejercicio de la responsabilidad parental, constituye un claro ejemplo de ello.⁵¹

3. Los derechos de la infancia y la responsabilidad parental

Un tercer factor fundamental para comprender las transformaciones de la intimidad radica en la evolución en la construcción social de la

⁴⁷ BALL, C. A., *The Rights to be Parents: LGBT Families and the Transformation of Parenthood*, Londres/ Nueva York, New York University Press, 2012; y SMART, C., "Same Sex Couples and Marriage: Negotiating Relational Landscapes with Families and Friends", *The Sociological Review*, vol. 4, No. 55 2007, pp. 687-702.

⁴⁸ GUTMANN, A., *Identity in Democracy*, Princeton/Oxford, Princeton University, 2003, p. 13.

⁴⁹ BENITEZ PIRAINO, D., *Filiación y Mujeres Lesbianas*, Santiago de Chile, Rubicón Editores, 2018; y RIVERS, D., "In The Best Interests of the Child: Lesbian and Gay Parenting Custody Cases, 1967-1985", *Journal of Social History*, 2010, pp. 917-943.

⁵⁰ BUTTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, 2a. ed., Nueva York, Routledge, 1999, p. 86; y FOLGERO, T., "Queer nuclear families? Reproducing and transgressing heteronormativity", *Journal of Homosexuality*, No. 54, 2008, pp. 124-149.

⁵¹ GAUCHÉ MARCHETTI, X. A. y LOVERA PARMO, D., "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 25, No. 2, pp. 359-402; y ESPEJO YAKSIC, N. y LATHROP GÓMEZ, F., "Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género", *Revista de Derecho UCN* (Coquimbo), Vol. 22, No. 2, 2015, pp. 393-418.

infancia.⁵² A pesar de encontrarse generalmente superadas como categorías conceptuales básicas en el contexto de la familia moderna, dos ideas centrales han ejercido un poder central en la definición de infancia: la primera idea es que los niños son *propiedad* de sus padres (o si no, son cosas sobre las cuales se ejerce dominio pleno, a lo menos, una extensión de los padres).⁵³ La segunda idea es que los niños son adultos *incompletos*, esto es, seres que aún no poseen las competencias y capacidades que caracterizan a los seres humanos, en propiedad.⁵⁴

En contra de dichas ideas, se ha ido imponiendo la de que los niños son agentes sociales, que dan forma a sus propias circunstancias, a la vez que son influenciados por instituciones como la familia y la escuela,⁵⁵ así como portadores de derechos fundamentales.⁵⁶ A su vez, y desde la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, una serie de modificaciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales han ido consolidando una nueva concepción del estatus de la infancia: un estatus en el que los niños son considerados, a la vez, como portadores de derechos y sujetos de protección integral.⁵⁷ Así, en su

⁵² Véase JAMES, A. y PROUT, A. (eds.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, Londres, Falmer Press, 1997.

⁵³ Para una justificación contemporánea de esta idea, *cfr.*, NARVESON, J., *The Libertarian Idea*, Temple University Press, Philadelphia, 1998, pp. 272-274 y; NOZICK, R., *The Examined Life: Philosophical Meditations*, Nueva York, Simon & Schuster, New York, 1989, p. 28.

⁵⁴ LOCKE, J., "Some Thoughts Concerning Education", en AXTELL, J. L. (ed.), *The Educational Writings of John Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963, párt. 41 y; STEINER, H., *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994, p. 248. Para una revisión crítica de la tesis de John Locke sobre la infancia, *cfr.*, ARCHARD, D., *Children Rights and Childhood*, 2a. ed., Londres/Nueva York, Routledge, 1993, pp. 1-15.

⁵⁵ QVORTUP, J., BARDY, M., SGRITTA, G. y WINTERSBERGER, H. (eds.), *Childhood Matters: Social Theory, Practice and Politics*, Avebury, Aldershot, 1994; y CORSARO, W. A., *The Sociology of Childhood*, California, Pine Forge Press, 1997.

⁵⁶ FARSON, R., *Birthrights*, Londres, Collier Macmillan, 1974; HOLT, J. C., *Escape from Childhood: The Need for Rights of Children*, Harmondsworth, Penguin, 1975; y; EEKELAAR, J., "The Emergence of Children's Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 6, 1986, pp. 161-182. Una presentación general de esta transformación en la filosofía política y moral en, ARCHARD, D. y MACLEOD, C. M., *The Moral and Political Status of Children*, Oxford University Press, 2002.

⁵⁷ EEKELAAR, J., "The Importance of Thinking that Children Have Rights", en ALSTON, P., PARKER, S. y SEYMOUR, J. (eds.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, 1992, pp. 221-235; CILLERO, M., "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Prefacio de

formulación más acabada, y en la actualidad, el *interés superior del niño* (ISN) se ha llegado a concebir como la priorización de los derechos (intereses) de los niños, por sobre otras consideraciones (inclusive, otros derechos). En otras palabras, el ISN no busca determinar qué es lo que la *justicia* determina en cada caso sino, en cambio, qué es lo que demandan específicamente *los derechos* de los niños en cada situación concreta.⁵⁸ En otras palabras, del ISN se deriva un derecho sustantivo, esto es, a los niños les asiste un poder, derivado de una posición jurídica privilegiada, para buscar la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de terceros, respecto del respeto de los propios intereses de los primeros. Tales restricciones, a su vez, se manifiestan concretamente en la obligación jurídica de maximizar los intereses de los niños (y no de los adultos, incluidos sus padres) como una consideración primordial en toda decisión que se adopte al respecto.⁵⁹

Como es de esperar, esta posición dual de la infancia —en cuanto sujetos portadores de derechos y sujetos de protección especial— genera tensiones tanto al interior del espacio familiar como en relación al mundo exterior. Los derechos de los niños refuerzan, a la vez que limitan, la esfera íntima, reconociendo la existencia de un espacio privilegiado para la protección ejercida a través de la responsabilidad parental, al tiempo que dotan a los niños de garantías para ejercer sus derechos básicos al desarrollo, y progresivamente, sus derechos de autonomía.⁶⁰ De este

Luigi Ferrajoli, 2a ed., t. 1, Bogotá/Buenos Aires, Editorial Temis/Ediciones Depalma, 1999, pp. 69-85; FORTIN, J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009; DAVIS, S. M., *Children's Rights Under the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001 y; MACDONALD, A., *The Rights of the Child*, Bristol, Family Law, 2011.

⁵⁸ S (BD) v S (DJ) (Infants: Care and Consent) [1977] 1 A11 ER 656 y; Re K (Minors) (Wardship: Care and Control) [1977] 1 A11 ER 647.

⁵⁹ ARCHARD, D., *Children: Rights and Childhood*, 2a. ed., Nueva York, Routledge, 2004, p. 62. Véase, más generalmente, ONU, Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 62o. periodo de sesiones, U.N. Doc CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013).

⁶⁰ EEKELAAR, J., "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", *International Journal of Law and the Family*, No. 8, 1994, pp. 42-61; y ESPEJO, N., "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en ESPEJO, N. y LATHROP, F. (coords.), *Responsabilidad Parental*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017, pp. 33-52.

modo, el espacio íntimo se ve enfrentado, ahora, al desafío de ponderar o balancear los derechos (intereses) de todos los integrantes del núcleo familiar, incluidos los niños, a la vez que busca evitar una excesiva *juridificación* de las relaciones de cuidado y amor que están en su base.⁶¹

4. Familia y reproducción médicamente asistida (RMA).

La reproducción médicamente asistida (RMA) consiste en la utilización de distintas técnicas médicas destinadas a lograr la reproducción humana a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.⁶² Como es fácil de advertir, la RMA agrega nuevas complejidades a las relaciones humanas al opacar la frontera entre las bases biológicas y sociales de la familia.⁶³ Junto con la donación de espermios, los recientes avances en las ciencias biomédicas —como la fertilización *in vitro* y la investigación de embriones, entre otras— generan dilemas morales y prácticos relacionados con los derechos humanos en general y los derechos vinculados a la vida familiar, en particular. Así, por ejemplo, aspectos esenciales asociados a los derechos fundamentales —como la determinación de quién y desde cuándo es titular del derecho a la vida— surgen como discusiones jurídicas derivadas de la aplicación de las TRA.⁶⁴ Del mismo modo, el desarrollo de la RMA ha permitido distinguir entre las dimensiones biológicas y sociales de la parentalidad, o si se quiere, entre el parentesco (*parentage*) y la

⁶¹ HONNETH, A., "Love and Morality: On the Moral Content of Emotional Ties", en HONNETH, A., *op. cit.*, nota 33, pp. 163-180.

⁶² OMS, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, s. l., Organización Mundial de la Salud, 2010. Disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

⁶³ TAYLOR, B., "Whose Baby Is It? The Impact of Reproductive Technologies on Kinship", *Human Fertility*, No. 8, 2005, pp. 189-195.

⁶⁴ *Cfr.*, Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 186-187.

parentalidad (*parenthood*). Así, la RMA tiene el poder de redefinir las ideas de "maternidad" y "paternidad" como procesos biológicamente integrados, puesto que, a la luz de la evolución del derecho comparado contemporáneo, un solo hijo podría llegar a tener, al mismo tiempo, un padre genético, una madre genética, una madre gestacional y un padre social o psicológico.⁶⁵

En otras palabras, el desarrollo de la RMA está generando no sólo dilemas de tipo biomédico.⁶⁶ La dinámica evolución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparada e internacional, la regulación legal de los límites, posibilidades y consecuencias normativas de las relaciones afectadas especialmente por las TRA, dan cuenta del débil andamiaje conceptual del derecho de familia actual, y la necesidad de anclar estos debates a una base conceptual más compleja.⁶⁷

IV. Familia y complejidad. Nociones implícitas en el sistema constitucional.

Precisar un concepto único de familia no es tarea fácil. Ello es consecuencia de los distintos enfoques utilizados para lograr una definición más o menos precisa de ella. En un *enfoque formalista*, la familia se define en términos de algunos rasgos observables de sus miembros (como el matrimonio o la existencia de niños). En un *enfoque funcional*, la familia se determinará sobre la base de la verificación del cumplimiento de ciertas funciones específicas, realizadas materialmente por un grupo de personas (como el cuidado, o la manutención económica). Por último, la familia puede ser definida con base en criterios de *autoidentificación*, caso en el

⁶⁵ HOUSE OF LORDS. *Re G (Children)*, 26 de julio de 2006. UKHL 43., párrafos 34-35 y 43; TEDH. Caso *Lebbink vs. The Netherlands*, 30 de septiembre de 2003. Appl. No. 45582/99 40, párr. 37 y; TEDH. Caso *Görgülü vs. Germany*, 26 de mayo de 2004. Ap. No. 74969/01.

⁶⁶ Una crítica al enfoque exclusivo en lo biomédico, THOMPSON, C., *Making Parents: The Ontological Choreography of Reproductive Technologies*. Cambridge, MA, The MIT Press, 2005.

⁶⁷ SPENCER, J. y DU BOIS-PEDAIN, A. (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

cual, cada grupo o unidad social podrá proveer de una definición de aquello que la constituye (como la amistad, la comunidad u otra forma de relación social estrecha).⁶⁸

Junto con los enfoques anteriores, la idea de familia también puede describir varios "estados" o "posiciones sociales objetivas" asociadas a ella. Cada una de las cuales tendrá efectos para su reconocimiento legal posterior. Así, es posible hablar, por ejemplo, de *familia nuclear* (padres e hijos dependientes); *parentesco* (un grupo mayor de personas relacionadas por sangre o matrimonio) o; simplemente *hogares* (un alojamiento compartido en grupo).⁶⁹ Finalmente, la noción de familia también puede ser utilizada para designar "prácticas socioculturales más amplias" (prácticas familiares), basadas en el reconocimiento de una divergencia entre la noción ideológica de la familia nuclear y la multiplicidad de formas en que las personas desarrollan sus vidas (sus usos y costumbres).⁷⁰ Entre esas costumbres y prácticas podemos identificar un conjunto de relaciones, tales como las denominadas *familias globales*⁷¹ o relaciones en que se vive *separados y juntos*⁷² (donde las parejas tienen una relación sexual monógama, pero viven en lugares separados). Del mismo modo se advierte la emergencia de *familias de elección*, en las que las personas forman un círculo de afinidad que puede o no involucrar a niños, con un fuerte significado simbólico para sus miembros.⁷³

La opacidad respecto al concepto de familia ha llevado a preferir una noción compleja en torno a ella. Así como resulta absurdo argumentar que una sociedad se caracteriza por un solo tipo de "individuo", también

⁶⁸ HERRING, J., *Family Law*, 6a. ed., Harlow, Pearson, 2013, pp. 2-5.

⁶⁹ HERRING, J., PROBERT, R. y GILMORE, S., *Great Debates in Family Law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, p. 1.

⁷⁰ MORGAN D., *Rethinking Family Practices*, Londres, Palgrave Macmillan, 2011.

⁷¹ Cfr., BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E., *Distant Love*, Cambridge/Malden (Massachusetts), Polity Press, 2014.

⁷² HASKEY J. y LEWIS J. "Living-Apart-Together in Britain: Context and Meaning", *International Journal of Law in Context*, Vol. 2, No. 1, 2006, pp. 37-48.

⁷³ Cfr., ELLICKSON, R., *The Household: Informal Order Around the Heart*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

resulta un sinsentido sostener que existe un solo tipo de familia. Las familias no sólo son complejas, sino también infinitamente variables y en un constante estado de fluidez a medida que las personas que las componen envejecen, mueren, se casan, reproducen o viajan.⁷⁴ Una vez que surgen nuevas configuraciones familiares, no es posible continuar con el tratamiento de familias como si ellas fueran a encajar en un modelo idealizado u orgánico.⁷⁵ En su lugar, es mejor hablar de *familias complejas*: configuraciones familiares que surgen de acuerdos formales (como el matrimonio o los acuerdos civiles) o informales (como las uniones consensuales); familias monoparentales; familias extensas y; nuevos arreglos familiares que se crean después del divorcio, nulidad, viudez o socios de distribución.⁷⁶

1. La familia en las constituciones latinoamericanas. Hacia una definición

En un nivel más bien formal, la regulación de la familia a nivel constitucional en la región permite distinguir tres concepciones constitucionales de la familia que, siguiendo a Herrera,⁷⁷ pueden ser descritas de la siguiente manera: *a*) un modelo *restrictivo* (de familias "naturales", en el que sólo hombres y mujeres son reconocidos entre sí como aptos para contraer matrimonio o entrar en relaciones civiles *de facto*);⁷⁸ *b*) un modelo *intermedio* (donde la constitución entrega protección a todas las formas de familia, pero sólo reconoce el matrimonio entre un hombre y una mujer);⁷⁹

⁷⁴ Cfr., GITTENS, D., *The Family in Question: Changing Households and Familiar Ideologies*, Basingstoke, Macmillan, 1993.

⁷⁵ Un modelo orgánico pone énfasis en el bien de la unidad familiar a costa de la individualidad de sus miembros; y, frecuentemente, está asociado un orden jerárquico tradicional. Así: DEWITT J., NASH SWISHER P. y FRETWELL WILSON R., *Understanding Family Law*, 4a. ed., Nueva Jersey, New Providence, Lexis Nexis, 2013, p. 7.

⁷⁶ ARRIAGADA I., "Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas", *Revista de la CEPAL*, No. 77, 2002, pp. 143-161.

⁷⁷ Cfr., HERRERA, M., "La Familia en la Constitución 2020, ¿Qué Familia?", en GARGARELLA, R. (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 85-94.

⁷⁸ Constitución de Honduras, Art. 112.

⁷⁹ Constitución de Brasil, Art. 226 y Constitución de Ecuador, Art. 67.

y *c*) un modelo *amplio* (donde la Constitución establece un mandato amplio de protección integral de la familia, manteniendo espacio para todos los tipos de familia, matrimonio o relaciones civiles).⁸⁰

Junto a esta posible caracterización constitucional general, los textos constitucionales de América Latina consagran una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones familiares. Por ejemplo, el reconocimiento a principios como la protección integral de la familia,⁸¹ los derechos y deberes de los padres para con los niños,⁸² y la igualdad entre hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio.⁸³ Algunas constituciones han reconocido, además, los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos,⁸⁴ así como la inviolabilidad del hogar y la intimidad de la vida familiar.⁸⁵ Finalmente, otros textos constitucionales han consagrado, adicionalmente, el derecho de los niños a vivir libres de abuso y violencia.⁸⁶

A tales normas constitucionales ha de sumarse la consideración por una serie de disposiciones establecidas en tratados de derechos humanos, los cuales suelen ser considerados como integrantes del bloque de constitucionalidad de los países de la Región.⁸⁷ Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer

⁸⁰ Constitución Federal Argentina, Art. 14 bis.

⁸¹ Constitución Federal de Argentina, Art. 14 bis; Constitución de Colombia, Art. 42.

⁸² Constitución Federal de Brasil, Art. 229; Constitución de Costa Rica, Art. 53; Constitución de Paraguay, Art. 53; Constitución de Colombia, Art. 42 (inc. 4).

⁸³ Constitución de Perú, Art. 6; Constitución de Uruguay, Art. 42; Constitución de Costa Rica, Art. 53; Constitución de Colombia, Art. 42.

⁸⁴ Constitución de Chile, Art. 19, No. 10; Constitución de Perú, Art. 13.

⁸⁵ Constitución de Chile, Art. 19, No. 5; Constitución de Ecuador, Art. 23.8; Constitución de Colombia, Art. 42.

⁸⁶ Constitución Federal de Brasil, Art. 227; Constitución de Colombia, Art. 44; Constitución de Uruguay, Art. 41.

⁸⁷ Para un completo y lúcido análisis de la forma en que diversos instrumentos internacionales, incluida la Convención Americana de Derechos Humanos, conforman el bloque de constitucionalidad y su relevancia para el derecho familiar ver, en especial, el trabajo de Marisa Herrera, "Constitucionalización/convenionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino", publicado en este libro en el segundo capítulo; y GIL DOMÍNGUEZ, A., "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Año LXXXI, No. 63, 3 de abril de 2017.

(CEDAW), de 1979 (arts. 5.b y 16), y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 (arts. 3o., 5o., 7o., 9o., 10o., 18, 20 y 21), que disponen, junto a una serie de derechos específicos, dos obligaciones generales de particular relevancia: *a*) la obligación de garantizar la igualdad *real* o *material* entre los cónyuges, eliminando la figura de la *potestad marital* y toda otra forma de discriminación contra la mujer en el ámbito de las relaciones familiares; y *b*) la referencia al *interés superior del niño* (ISN), como parámetro primordial a tener en cuenta en todas las medidas concernientes a las niñas y niños y que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos.

Sin embargo, y a pesar de la existencia de estas normas constitucionales expresas, lo cierto es que la familia no ha sido conceptualizada claramente en ninguna de las constituciones de América Latina, tanto históricas como vigentes. Se trata, en consecuencia, de nociones implícitas que se derivan tanto de las normas constitucionales directas, como del bloque de constitucionalidad más amplio de cada sistema jurídico.⁸⁸ Así, las cortes constitucionales de la región han ido desarrollando una progresiva jurisprudencia respecto a las nociones implícitas de la familia que se derivan del texto constitucional. En este sentido, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) ha apelado a la diversidad o pluralidad de posibles formas familiares actuales, evitando reducir la interpretación sobre la protección constitucional de la familia a un modelo funcional: aquella familia constituida por padre, madre e hijos, y normalmente asociada a la existencia previa de un matrimonio. Como ha indicado la SCJN:

si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a *la familia*, entonces, dentro de un

⁸⁸ ESBORRAZ, D., *op. cit.*, *supra* nota 23, pp. 17-18.

Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.⁸⁹

Conociendo de amparo por actos discriminatorios de parte del Centro Naval de Perú en contra la hijastra de un socio (a la que se le denegó carné familiar en calidad de "hija" y se le concedió solo uno de "invitada especial"), el Tribunal Constitucional de Perú se pronunció de un modo similar, indicando que:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.⁹⁰

En una línea similar, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado una serie de precedentes que cuestionan los supuestos heteronormativos de la familia, para abrirse a concepciones mucho más amplias.⁹¹ Tales

⁸⁹ SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 235.

⁹⁰ Tribunal Constitucional De Peru, Exp. N° 09332-2006-PA/TC (30/11/2007), párr. 7.

⁹¹ Véase, en especial, el capítulo de Mónica Arango sobre la constitucionalización del derecho de familia en Colombia, capítulo 8 de este libro.

concepciones incluyen la protección constitucional de la vida familiar a parejas del mismo sexo,⁹² el matrimonio igualitario⁹³ y su expansión a relaciones familiares construidas más allá de la consanguinidad o afinidad, tales como la familia de crianza o la familia monoparental,⁹⁴ entre otras. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que:

No obstante estar sometida a un proceso de constante evolución primeramente verificado en la realidad de la que hace parte, la Corte ha definido la familia 'en un sentido amplio', como 'aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos'.⁹⁵

Estas sentencias permiten advertir que el concepto de familia no se restringe solamente a la protección constitucional de aquellas personas que han contraído matrimonio o que se encuentran unidas por consanguinidad. Más bien, los aspectos característicos de la vida familiar se relacionan con la existencia de "algún grado de interdependencia mutua, de vidas compartidas, de cuidado y amor, o de compromiso y apoyo", a diferencia de aquellas "relaciones superficiales y transitorias".⁹⁶ En cuanto derecho humano fundamental, la esencia de la vida familiar, como derecho fundamental, se constituye por "el amor, la confianza, la dependencia mutua y la interacción social sin restricciones".⁹⁷

⁹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹⁶ House of Lords, Caso *Fitzpatrick vs. Sterling Housing Association Ltd* [2000] 1 FCR 21, UKHL, p. 32 y 35.

⁹⁷ House of Lords, Caso *Secretary of State for Work and Pensions vs. M* [2006], UKHL, párr. 5.

2. La familia en el derecho internacional de los derechos humanos

El Sistema Universal de Derechos Humanos ha tenido una posición en línea con las definiciones interamericana y europea sobre la familia. En el caso *Hendriks vs. Netherlands*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dejó en claro que la familia sobrevive la separación y el divorcio, a los propósitos del artículo 23 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁹⁸ Esta progresiva separación entre familia y matrimonio es reforzada por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas al referirse al tipo de relaciones de cuidado que la ley puede conceder a un adulto, en el marco de relaciones familiares cubiertas por el artículo 5o. de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.⁹⁹ En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha sostenido:

En circunstancias normales, los padres de un niño pequeño desempeñan una función esencial en la realización de sus derechos, junto con otros miembros de la familia, la familia ampliada o la comunidad, incluidos los tutores legales, según sea el caso. Ello se reconoce plenamente en la Convención (especialmente en el artículo 5) junto con la obligación de los Estados Partes de ofrecer asistencia, en particular servicios de atención infantil de calidad (especialmente el artículo 18). El preámbulo de la Convención se

⁹⁸ "In examining the communication, the Committee considers it important to stress that article 23, paragraphs 1 and 4, of the Covenant sets out three rules of equal importance, namely, that the family should be protected, that steps should be taken to ensure equality of rights of spouses upon the dissolution of the marriage and that provision should be made for the necessary protection of any children. The words "the family" in article 23, paragraph 1, do not refer solely to the family home as it exists during the marriage. The idea of the family must necessarily embrace the relations between parents and child. Although divorce legally ends a marriage, it cannot dissolve the bond uniting father - or mother —and child— this bond does not depend on the continuation of the parents' marriage. It would seem that the priority given to the child's interests is compatible with this rule". En HRC, Caso *Hendriks vs. the Netherlands*. No. 201/1985, 27 de julio de 1988, párr. 10.3.

⁹⁹ CDN. Art. 5. "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

refiere a la familia como 'el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños'. El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño.¹⁰⁰

A nivel interamericano, la Corte IDH, siguiendo a su par europea, ha sostenido que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. A su vez, el Tribunal ha reiterado que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio, a la vez que rechaza una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención, al no existir un modelo específico de familia (la "familia tradicional").¹⁰¹ En un sentido similar, la Corte IDH ha indicado:

El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.¹⁰²

¹⁰⁰ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. 40o. periodo de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006, párr. 15.

¹⁰¹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 239, párrs. 142 y 145.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 120. Véase, también, Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 98. En un sentido similar, CIDH. *Derecho del Niño y de la*

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la evolución dogmática y jurisprudencial ha supuesto el abandono de un concepto tradicional de familia, construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la unión conyugal, en pos de incluir otras relaciones "familiares" fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio. Así, un niño nacido de ese tipo de relaciones es *ipso iure* parte de esa unidad "familiar" desde el mismo momento y por el sólo hecho de su nacimiento.¹⁰³ Aunque, como norma, la cohabitación puede ser un requisito para tal relación, otros factores pueden servir también como excepciones para demostrar que una relación es lo suficientemente constante como para crear *de facto* "vínculos familiares".¹⁰⁴ La existencia o inexistencia de la "vida familiar" es, en esencia, una cuestión de hecho, que depende de la presencia real, en la práctica, de *vínculos personales y estrechos*.¹⁰⁵

Como es posible advertir, los aportes más contemporáneos del derecho a la precisión de un concepto de familia son extremadamente relevantes, en especial en lo referido a una apertura progresiva a nuevas formas de constituir vida familiar. A pesar de ello, es importante no concluir que, a la hora de contar con un concepto jurídico de familia o vida familiar, el derecho sólo utilice una concepción funcional de ella. Como se ha visto, puede haber familia allí donde no hay matrimonio o parentesco (consanguinidad) y en la medida en que se den los demás requisitos de intimidad, cuidado y estabilidad. Con todo, lo cierto es que los sistemas jurídicos siguen reconociendo un espacio importante al enfoque formal. Así, por ejemplo, una pareja casada será considerada familia, aun cuando

Niña a la Familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. OEA/Ser.LV/II. Doc. 54/13. 17 de octubre de 2013. Original: Español.

¹⁰³ TEDH, Caso *Keegan vs. Ireland*, Sentencia de 26 de mayo de 1994. Ap. No. 16969/90, párr. 44; TEDH, Caso *Elsholz vs. Germany* [Gran Cámara], Sentencia de 13 de julio de 2000. Ap. No. 25735/94, párr. 43; TEDH, Caso *Yousef vs. the Netherlands*. Sentencia de 5 de noviembre de 2002 [Final 5 de febrero de 2003]. Ap. No. 33711/96, párr. 51.

¹⁰⁴ TEDH, Caso *Kroon and Others vs. the Netherlands*. Sentencia de 27 de octubre de 1994. Ap. No. 18535/91, párr. 30.

¹⁰⁵ TEDH, Caso *K and T. vs. Finland*, Sentencia de 27 de abril de 2000. No. 25702/94, párr. 150; TEDH, Caso *Lebbink vs. The Netherlands*. Sentencia de 1 de junio de 2004. Appl. No. 45582/99, párr. 36.

dicha relación no sea cariñosa, estable o comprometida. Ello sugiere que, a la hora definir a la familia, el derecho contemporáneo parece emplear, concurrentemente, los enfoques funcionales y formales, prefiriendo una suerte de jerarquía en la que las parejas casadas o en acuerdos civiles siguen ejerciendo un rol de privilegio.

V. Algunas tendencias jurisprudenciales en América Latina

La emergente constitucionalización de las relaciones de familia en América Latina se puede observar en una serie de precedentes constitucionales,¹⁰⁶ sobre tres cuestiones con impacto directo en el derecho de familia: orientación sexual, identidad de género y filiación. A continuación se destacan algunos ejemplos —no exhaustivos— derivados de la jurisprudencia constitucional de Argentina, Brasil, Colombia y México, y que pueden ser indiciarios de la progresiva constitucionalización del derecho familiar en América Latina.¹⁰⁷

Como observación general previa, se advierte que Argentina parece liderar los principales debates doctrinarios en derecho de familia (con una Constitución promulgada en 1995). De hecho, este país cuenta con la legislación civil más moderna de la región, gracias a un nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigor en 2015. Por su parte, la Constitución de Colombia, de 1991, funciona en concierto con un Código Civil de 1873. Esto se complementa con algunos de los precedentes constitucionales más abundantes y ricos del continente. A su vez, México, como Brasil, es una nación federal y, por lo tanto, presenta una diversidad especial de

¹⁰⁶ En los sistemas legales de Latinoamérica, los precedentes judiciales no tienen el mismo valor normativo que en la tradición del derecho común. El valor normativo de las decisiones judiciales depende de muchos factores, incluyendo la jurisdicción en la cual fue dictada (por ejemplo, si fue dictada en jurisdicción civil o constitucional). La principal prevención aquí señalada es que las decisiones judiciales, tal vez con excepción de las que emanan de los tribunales constitucionales, a menudo carecen del poder vinculante de las regulaciones legislativas.

¹⁰⁷ Esta sección de basa en un trabajo reciente elaborado junto a Fabiola Lathrop. *Cfr.*, ESPEJO, N. y LATHROP, F., "Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America", en CHOUDRY, S. y HERRING, J. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2019, pp. 128-157.

leyes civiles. Aunque el Código Civil Federal mexicano se remonta a 1928 (y la Constitución a 1917), unos veinte códigos civiles locales coexisten con esa legislación. En este contexto, los precedentes que emanan de la SCJN resultan particularmente útiles en la unificación de criterios. Por último, aunque la Constitución de Brasil de 1988 es algo más antigua que el Código Civil brasileño (de 2003), esa nación ha desarrollado un sólido precedente judicial sobre igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual y en asuntos matrimoniales y parentales.

1. Orientación sexual y matrimonio

En Colombia, una sentencia de 26 de julio de 2007¹⁰⁸ de la Corte Constitucional declaró inconstitucional la expresión "un hombre y una mujer" del artículo 113 del Código Civil, disposición que define el matrimonio,¹⁰⁹ destacando la ausencia de una figura contractual que permita la formalización de la unión entre parejas del mismo sexo. La Corte declaró que: "los integrantes de la pareja homosexual deben disponer de la posibilidad de optar que actualmente no tienen, pues *falta una institución de índole contractual* que, en su caso, concrete el vínculo jurídico que dé lugar a la constitución formal y solemne de su familia." A mayor abundamiento, la Corte sostuvo que "la consideración de los derechos de las personas homosexuales *no contradice el reconocimiento constitucional* del matrimonio heterosexual y de la familia originada en su celebración ni su expresa protección, por la sencilla razón de que ese reconocimiento y esa protección no sufren mengua por el simple hecho de que se establezca una institución que permita formalizar, como vínculo jurídico, la relación entre dos personas del mismo sexo".¹¹⁰ Adicionalmente, la Corte afirmó

¹⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia, Rol C-577/11, 26 de julio de 2007.

¹⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, Art. 113: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente."

¹¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Rol C-577/11, párr. 4.5.3.2. Esta Corte ha fallado previamente que el sistema de protección en curso para parejas heterosexuales debe ser aplicado para las parejas

que "la Constitución *no es un orden cerrado y estático* y menos puede serlo en una materia que [...] está sometida a una constante evolución",¹¹¹ instando al Congreso del país a emitir, antes del 20 de junio de 2013, una ley que, de forma sistemática y organizada, regulara una institución contractual como alternativa a la unión de facto.

Finalmente, la Corte extendió los efectos de esta última sentencia a las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, se encontraran en alguna de las cuatro situaciones siguientes: primero, que hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual. Segundo, que hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil. Tercero, que hayan celebrado un matrimonio civil, pero que el registro civil se haya negado a inscribirlo; y, cuarto, a todas aquellas que formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil en el futuro. Esta sentencia declara inconstitucionales las regulaciones civiles sobre el matrimonio, a pesar de lo dispuesto en la propia constitución nacional, que podría impedir que personas del mismo sexo contraigan dicho vínculo.¹¹²

En Argentina, antes de la promulgación de la Ley 26.618, de 21 de julio de 2010, que establece el llamado "matrimonio igualitario", hubo varias sentencias emitidas tanto por los tribunales de primera instancia como por los tribunales superiores que fallaron sobre la constitucionalidad de las regulaciones que restringen el matrimonio a parejas de distinto sexo. Si bien algunos pronunciamientos rechazaron la legalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo, otros declararon inconstitucionales las

del mismo sexo de igual forma, resolviendo que la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, era inconstitucional. *Cfr.* Sentencias C-098/96, 7 de marzo de 1996 y C-075/07, 7 de febrero de 2007.

¹¹¹ *Ibidem.*

¹¹² Corte Constitucional de Colombia, Art. 42.1: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla."

regulaciones civiles sobre la exclusividad del matrimonio heterosexual. Entre estos últimos, destacan los siguientes.

El 10 de noviembre de 2009¹¹³ se acogió una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Dicha sentencia declaró inconstitucionales los artículos del Código Civil que limitan el matrimonio a parejas de distinto sexo. La decisión señaló que, negar el matrimonio de dos personas del mismo sexo no constituía *per se* una ilegalidad. Sin embargo, agregó que la presunción de legalidad de los actos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no implicaba que tales actos fuesen legítimos. En este sentido, al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal manifestó que la decisión eliminaría "un obstáculo ilegítimo que limitaba la igualdad y la libertad, impedía el pleno desarrollo de las personas y su participación efectiva en la política, la vida cultural, económica y social de la comunidad, y que alienta la perpetuación del comportamiento homofóbico".¹¹⁴ Todo lo cual estaba en clara oposición al régimen constitucional argentino.

Del mismo modo, el 19 de marzo de 2010, un Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas que limitan el matrimonio a parejas de distinto sexo y ordenó que se autorizara el matrimonio de dos personas del mismo sexo que habían solicitado una cita para una ceremonia de matrimonio: "Como se señaló en las cláusulas precedentes, ya sea desde la perspectiva del derecho a la protección de la autonomía personal o del derecho a la igualdad basado en el derecho a la no discriminación, las normas sobre el derecho a contraer matrimonio [...] *no cumplen los requisitos constitucionales* en la medida en que extinguen ese derecho para los peticionarios en ausencia de circunstancias que puedan hacer que dicha prohibición sea legalmente tolerable".¹¹⁵

¹¹³ Juzgado No. 15, Contencioso, Administrativo y Tributario. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Partes: FA. c. GCBA, Publicada en: LA LEY 30/11/2009.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. XVIII.

¹¹⁵ Juzgado No. 13 Contencioso, Administrativo y Tributario. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Partes: C., M. y otro c. GCBA, Párr. 10, Publicada en: DFyP 2010 (mayo).

En el caso de México, el 3 de junio de 2015, la Suprema Corte abordó la orientación sexual de las personas que deseaban casarse, haciendo alusión a las reglamentaciones sobre procreación. La SCJN dictaminó que la ley de cualquier entidad federal que considere que el propósito del matrimonio es la procreación o que lo defina como una relación entre un hombre y una mujer, es inconstitucional. Afirmó que "pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es *discriminatorio*, pues *excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales* que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacerla distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso."¹¹⁶ Esta sentencia consolidó un precedente previo sobre el tema y proporcionó una base sólida para el reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo en todo México.¹¹⁷

En Brasil, las uniones de personas del mismo sexo se reconocen como un núcleo familiar y el matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido. Esta situación comenzó a consolidarse después del 5 de mayo de 2011, cuando el Supremo Tribunal de Justicia aceptó dos acciones declarativas de inconstitucionalidad y reconoció a las uniones homoafectivas como entidades familiares con los mismos derechos y deberes que las uniones heterosexuales estables.¹¹⁸ El Tribunal aplicó el párrafo 2 del artículo

¹¹⁶ SCJN, Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 43/2015 (10a.), párr. 157. Reg. digital: 2009407.

¹¹⁷ Anteriormente, esta Corte dictaminó que ciertas disposiciones, que en la práctica discriminan a las parejas del mismo sexo, son inconstitucionales. El 29 de enero de 2014 concluyó que la exclusión implícita de las parejas del mismo sexo del seguro de salud y maternidad en el contexto de las normas de seguridad social era inconstitucional. *Cfr.*, SCJN, Segunda Sala. Amparo en Revisión 485/2013, de 29 de enero de 2014.

¹¹⁸ STF, ADI 4.277 y ADPF 132, REL. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011. Los efectos de este fallo fueron vinculantes y *erga omnes*. La decisión sirvió para reafirmar fallos previos relacionados con la materia, como una decisión de 2001 que reconocía a las uniones del mismo sexo como familia por primera vez en el contexto de los derechos de herencia (Rio Grande do Sul, TJRS, AC 70001388982, 7o. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001). Anteriormente, el Supremo Tribunal había reconocido la existencia de una asociación *de facto* para las personas vinculadas en una unión del mismo sexo (STJ, Resp 148.897/MG, 4o. T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998).

50. de la Constitución Federal que establece: "Los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros que surgen del régimen y de los *principios* por ella adoptados, o de los *tratados internacionales* de los cuales forma parte la República de Brasil". En cuanto a la posibilidad de interpretar el artículo 1.723 del Código Civil de manera discriminatoria, el Tribunal consideró necesario recurrir a la técnica de "*interpretación conforme a la Constitución*". Desde entonces, los precedentes han permitido la transformación de uniones estables en matrimonio;¹¹⁹ posteriormente, el 25 de octubre de 2011,¹²⁰ el Supremo Tribunal de Justicia otorgó la autorización irrestricta para contraer matrimonio.

2. Identidad de género

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional dictó tres importantes fallos en los últimos años. Esta jurisprudencia es particularmente relevante ya que incorpora el enfoque de los derechos del niño y pide al Ejecutivo que tome medidas especiales para proteger su interés superior.

En sentencia de 16 de julio de 2013,¹²¹ la Corte examinó un caso en el que no se había registrado el estado intersexual de un bebé recién nacido en el certificado de nacimiento (el espacio para "nacimiento, sexo" se dejó en blanco). Esta falla impidió que el niño se registrara en la oficina de registro civil y, en consecuencia, que pudiera recibir beneficios del sistema subsidiado de seguridad social. La Corte declaró que la: "exigencia de señalar el sexo masculino o femenino del recién nacido en la parte genérica del certificado de nacimiento, es *legítima y necesaria*"; pero que "*La indeterminación del sexo no puede ser obstáculo* para el ejercicio del derecho a

Además, en 2010, ese tribunal permitió que una pareja del mismo sexo adoptara dos hijos (STJ, REsp 889.852/RS, 4o. T., Rel. Luis Felipe Salomao, j. 27/04/2010).

¹¹⁹ TJRS, AC 70048452643, 8o. C. Cív, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.

¹²⁰ STJ, REsp 1.183.378-RS, 4o. T., Rel. Min. Luis Felie Salomao, j. 25/10/2011.

¹²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-450A/13. Bogotá, 16 de julio de 2013.

la personalidad jurídica"; no existiendo *"ninguna razón constitucional que justifique que bebés y niños cuyo sexo no pueda ser identificado al nacer, no sean registrados y permanezcan ocultos frente al Estado y la sociedad"*. Agregando que: *"La tensión entre el interés del Estado de identificar y registrar a los ciudadanos para efectos de ubicarlos en la sociedad y la familia, y garantizarles todos sus derechos y, de otro lado, el derecho a la identidad, y a la identidad sexual de las personas intersexuales o con ambigüedad genital que no se clasifican en el momento de su nacimiento como hombres o mujeres, debe resolverlo el legislador sin perder de vista el interés superior del menor"*.¹²² En resumen, la Corte dictaminó que la denegación de atención médica o la demora injustificada por parte del sistema para satisfacer las necesidades de los niños, especialmente los jóvenes intersexuales, es reprochable, ignora sus derechos fundamentales y es inconstitucional cuando se basa en la ausencia de registros de nacimiento.

En segundo lugar, el 28 de agosto de 2014, la Corte emitió un fallo¹²³ sobre la situación de un recién nacido que, de acuerdo con el diagnóstico médico, presentó una "ambigüedad sexual". El bebé se registró inicialmente como mujer. A la edad de cinco años, sus padres cambiaron su nombre por uno masculino y a los seis años de edad lo sometieron a un proceso para cambiarle el sexo a varón, buscando intervención quirúrgica, con lo que, supuestamente, el niño estuvo de acuerdo. Se pidió a la Corte que interviniera a la luz de la demora de las autoridades de salud pública para autorizar esa operación. La Corte concluyó que el niño gozaba de autonomía y que sus preferencias debían tenerse en cuenta, por lo cual no era procedente el consentimiento sustituto de los progenitores para ser operado. No obstante, la Corte dictaminó que el consentimiento del menor de edad por sí solo no era razón suficiente sobre la cual el Tribunal podría ordenar a un centro de atención médica que realizara la cirugía de adecuación o asignación de sexo. Sostuvo que para que se emitiera una orden de este tipo debía existir un diagnóstico correcto, ausente en el presente

¹²² *Ibidem*, párrs. 4.5.3, 4.6.1. y 4.6.2. (Cursivas propias).

¹²³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622/14. Bogotá, 28 de agosto de 2014.

caso. Por tanto, afirmó que el sistema de salud había violado el derecho del niño a una identidad sexual, a la atención médica —el derecho a un diagnóstico— y a una vida digna, fallando contra tal centro por "no adelantar *prioritariamente* la evaluación de su caso y no tomar oportunamente las *medidas necesarias* para que el proceso de reasignación de sexo que desea el menor cumpla con un consentimiento informado, cualificado y persistente".¹²⁴

Por último, el 13 de febrero de 2015,¹²⁵ la Corte abordó la naturaleza de los procedimientos necesarios para corregir la identidad de género de una persona. En este caso, una persona que se había sometido a una cirugía de cambio de sexo solicitó un cambio de nombre y sexo en los registros de nacimiento existentes y otros documentos de identidad. Se pidió a la Corte que interviniera en la medida en que dicha petición había sido presentada ante las autoridades administrativas en lugar de las judiciales. La Corte sostuvo que las autoridades administrativas habían instituido una práctica en la que una persona transgénero sólo podía solicitar un cambio de sexo a través de un proceso judicial (jurisdicción voluntaria). En especial, la Corte señaló que esto "puede erigirse en un *obstáculo adicional* a los que ya enfrentan las personas transgénero para lograr ser reconocidas y aceptadas como tales por el resto de la sociedad." El proceso judicial requiere que una persona actúe por medio de un abogado, lo que se transforma en una barrera de acceso: "representa un *trato discriminatorio* respecto de las personas cisgénero que formulan la misma pretensión, y a quienes se les permite efectuar tal corrección mediante escritura pública".¹²⁶ Así, la Corte concluyó que, si bien, la medida adoptada podría haber tenido un propósito constitucional legítimo, es decir, proporcionar seguridad y certeza a los cambios realizados por la oficina de registro civil, tales requisitos eran innecesarios considerando otros medios que no crean dificultad o discriminación, incluidos los cambios introducidos mediante escritura pública firmada ante un notario.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 2.6.4.1. (Cursivas propias).

¹²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-063/15. Bogotá, 13 de febrero de 2015.

¹²⁶ *Ibidem*, párrs. 7.2.3 y 7.2.4. (Cursivas propias).

En el caso de México, la sentencia de 6 de enero de 2009¹²⁷ se refiere a una solicitud de modificación del nombre y género. El individuo había sido criado, educado y legalmente registrado como hombre, aunque al nacer presentaba ambiguos órganos sexuales externos. Sin embargo, a lo largo de los años, sus características sexuales secundarias se habían desarrollado y presentado como las de una mujer. El tribunal de primera instancia ordenó al registro civil enmendar el registro de nacimiento por medio de una anotación en el margen, así como anotar un nuevo nombre femenino y el género. Sin embargo, el juez no consideró necesario modificar los registros originales ni ordenó la publicación o certificación del estado del solicitante. El peticionario interpuso un recurso de amparo directo, alegando la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal que establece el procedimiento de corrección de los registros de nacimiento mediante anotaciones en el margen.

La SCJN notó que, aunque algunos de los derechos personalísimos involucrados, como la identidad sexual y la intimidad, no estaban explícitamente establecidos en la Constitución mexicana, ellos "se desprenden de manera implícita de los tratados internacionales suscritos por México, y por ende, deben concebirse como derechos derivados del reconocimiento al *derecho a la dignidad humana*, pues sólo a través de su pleno respeto podremos hablar de un ser humano en toda su dignidad".¹²⁸ Consecuentemente, la SCJN declaró inconstitucional la disposición. Observó que aunque la disposición proporcionaba un medio para enmendar el certificado de nacimiento en términos de nombre y sexo, el hecho era que, al limitar tales correcciones a una anotación en el margen —dada la naturaleza pública de dicho cambio— la ley constituía "una *injerencia en su intimidad y vida privada*, ya que, se insiste, tendrá que exteriorizar, en muchas de sus actividades, su condición anterior, lo que, a su vez, genera eventuales *actos discriminatorios* hacia su persona en aspectos laborales o en sus relaciones sociales".¹²⁹

¹²⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo directo civil 6/2008. Relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS. 6 de enero de 2009.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 90. (Cursivas propias).

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 98-99. (Cursivas propias).

Finalmente, el 5 de febrero de 2015 se emitió un decreto que modificó y adicionó diversas disposiciones al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal con el propósito de reconocer legalmente la identidad de género. Esta ley requiere que el cambio esté documentado en el registro de nacimiento original y que se emita un nuevo certificado de nacimiento que refleje únicamente la información modificada. El registro original se mantiene bajo sello y no puede ser publicado o emitido a menos que así lo ordene un tribunal de justicia o un ministerio del gobierno.

3. Derechos de los niños y relaciones familiares

Por último, se presentan algunas sentencias referidas a los derechos de los niños que involucran la constitucionalidad de disposiciones sobre filiación por nacimiento (México, Colombia y Argentina), adopción (Colombia), y multiparentalidad (Brasil). Estas resoluciones reflejan las tensiones entre el derecho civil y la realidad de la composición familiar en América Latina.

3.1. Filiación por naturaleza

En México y Colombia, las legislaciones mantienen en su letra una fuerte protección del vínculo biológico. En el momento de la promulgación de sus constituciones se priorizó la "verdad biológica", que permitía la investigación sin restricciones de la paternidad y la maternidad. La realidad material ha reemplazado esta dependencia de los vínculos biológicos y/o genéticos, poniendo el acento en los vínculos afectivos y sociales cuya preservación es más relevante que la verdad biológica revelada en una prueba de ADN.

En el caso de México, la tendencia parece ser hacia una mayor cercanía entre el derecho a preservar la identidad y el derecho a saber quiénes son los

padres biológicos. Así, en sentencia de 18 de octubre de 2005,¹³⁰ la SCJN conoció de una contradicción de tesis jurisprudencial. Por un lado, un tribunal inferior había dictaminado que en una demanda por investigación de paternidad la muestra genética requerida no podía tomarse de forma coercitiva; por otro lado, un tribunal distinto determinó que el derecho del menor a poder establecer su identidad prevalecía sobre el derecho de sus padres a negarse a proporcionar voluntariamente una muestra de sangre. La SCJN falló a favor del uso de la fuerza sobre la base del interés superior del niño y del derecho del niño a la información sobre el origen biológico y la identidad de sus padres. Declaró: "La importancia de ese derecho fundamental a la identidad *no sólo radica en la posibilidad de conocer el nombre y el origen biológico* (ascendencia), sino que, a partir de ese conocimiento, puede derivarse en primer lugar, el derecho del menor a tener una *nacionalidad* y, por otra parte, el derecho del menor, constitucionalmente establecido (artículo 4o), de que sus ascendientes *satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral*".¹³¹

El 28 de mayo de 2014,¹³² la SCJN confirmó su posición al escuchar argumentos sobre una nueva contradicción de la ley. El tribunal querrelante afirmó que la existencia de un registro que contenía una filiación no representaba ningún obstáculo para la admisión de pruebas genéticas. El tribunal demandado, sin embargo, argumentó que tal evidencia no era admisible en la medida en que la paternidad había sido previamente reconocida. Si la evidencia fuera admitida —argumentó el tribunal—, la paternidad existente debería considerarse nula e inválida para garantizar que los derechos del demandado no se vean perjudicados irreparablemente. En resumen, el caso versó sobre la contraposición entre dos derechos: el derecho del niño a una identidad y el derecho del padre a la

¹³⁰ SCJN, Primera Sala. Contradicción de tesis 154/2005-PS. Marzo de 2007, Reg. digital: 20018.

¹³¹ *Ibidem*, Considerando 5. (Cursivas propias).

¹³² SCJN, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Contradicción de tesis 430/2013. 28 de mayo de 2014. Reg. digital: 2007454.

intimidad. La SCJN dictaminó que: "Dentro de un vínculo familiar es imprescindible que la persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres, a fin de ejercer su *derecho a la identidad biológica*"; agregando que: "Lo anterior significa que cuando *la realidad de un vínculo biológico no se encuentra reflejada en el plano jurídico*, debe reconocerse el derecho de la persona (sea mayor o menor de edad) a lograr el estado de familia que corresponde con su *relación de sangre*".¹³³

Este fallo fue categórico en cuanto a la imposibilidad de tener dos paternidades: "En los casos en los que la pretensión del actor es establecer una nueva filiación jurídica, debe decirse que mientras que el propio ordenamiento no permita o reconozca la escisión y distinción de este cúmulo de relaciones jurídicas, la seguridad jurídica y el propio interés superior del menor exigen que *sea uno solo el vínculo paterno-filial que les da origen*. Es decir, *no podría darse el caso de que hubiera dos paternidades legales simultáneas*".¹³⁴ Esta posición es contraria al enfoque de algunos fallos brasileños que se examinan más adelante (multiparentalidad).

En sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 10 de noviembre de 2010,¹³⁵ se puede observar la prevalencia de criterios "sustantivos" frente a criterios "adjetivos" (o de procedimiento) para facilitar la tramitación de una solicitud de filiación al redefinir el concepto del "interés actual" del peticionario. La Corte dictaminó que el derecho a la personalidad jurídica: "confiere a su titular la *potestad de exigir que la verdadera filiación prevalezca sobre la puramente formal o ficticia*".¹³⁶ En este caso, al peticionario se le dijo en el contexto de un juicio que cuestionaba la paternidad, que su acción estaba condenada al fracaso debido a que carecía

¹³³ *Ibidem*, párrs. 75-76. (Cursivas propias).

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 84. Esta cuestión fue confirmada en una sentencia de 8 de agosto de 2011 (Contra-dicción de tesis 355/2011, Tribunales de Circuito del Décimo Periodo), que se refiere al caso de un padre que, después de haber reconocido voluntariamente a su hijo y desempeñado sus funciones como tal durante 11 años, afirmó que el niño no era su hijo y presentó una demanda contra la madre para impugnar la paternidad. Esta solicitud fue denegada por el Tribunal de primera instancia, pero se otorgó en apelación, lo que llevó a la madre a recurrir de amparo ante la SCJN.

¹³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-888/10. Bogotá, 10 de noviembre de 2010.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 14. (Cursivas propias).

del interés actual de demandar, a pesar de haber presentado la petición dentro del plazo de 20 días después de obtener los resultados de una prueba de ADN que sugería que era muy poco probable que la niña que había reconocido fuera suya.

La Corte indicó que, si bien el caso podría resolverse mediante una interpretación legalmente admisible, podrían producirse violaciones de los derechos fundamentales si la disposición se interpretaba como "*conferirle una eficacia inferior a la óptima* a los derechos a la libertad para decidir el número de hijos, a la personalidad jurídica, a la filiación y acceder a la administración de justicia".¹³⁷ La Corte indicó que la interpretación razonable de la voz "interés actual" para impugnar la paternidad comenzaba a contabilizarse cuando emerge la primera duda sobre la existencia de tal vínculo filial, una vez que la persona había sido reconocida como hijo.

La Corte Constitucional se ha referido a la caducidad de impugnaciones a la filiación —aunque en sentidos diversos— en función de la proporcionalidad de la interpretación de la disposición legal. En sentencia de 15 de febrero de 2012,¹³⁸ señaló que la interpretación constitucionalmente válida de una norma "es aquella en la que *el término de caducidad de la impugnación de la paternidad se empieza a contar a partir de la fecha en la cual se tuvo conocimiento cierto* a través de la prueba de ADN de que no se era el padre biológico".¹³⁹ En sentido opuesto, el 28 de junio de 2013,¹⁴⁰ sostuvo que "en el caso concreto, si bien existe una prueba de que el actor no es el progenitor del menor Juan Diego, la inactividad de éste durante 8 años, implica que aceptó su rol como padre del citado menor"; y que "frente a la posible configuración de un defecto sustantivo por desconocer el mandato constitucional que señala que se le debe dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas (...) *en este caso efectivamente la declaratoria de la caducidad de la acción no es desproporcionada* (...) ya que

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 24.

¹³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-071/12. Bogotá, 15 de febrero de 2012.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 9.2.2.1. (Cursivas propias).

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-381/13. Bogotá, 28 de junio de 2013.

‘La aplicación de dicha norma tiene como fin *proteger la seguridad jurídica y preservar la estabilidad de las relaciones filiales*’.¹⁴¹

En Argentina, una sentencia de 16 de abril de 2008¹⁴² declaró inconstitucional el artículo 259, párrafo 2, del Código Civil vigente en el momento, ya que limitaba el plazo en que un marido podía impugnar la paternidad a un año a partir del nacimiento, a menos que no estuviese al tanto de dicho nacimiento. En este último caso, la acción prescribía en el plazo de un año desde que se da cuenta de la existencia del niño. En este fallo, se admitió la impugnación de la paternidad dentro del matrimonio, afirmando que no existía un vínculo biológico de parentesco entre padre e hija. La sentencia estableció que "las restricciones impuestas a los derechos individuales, en el caso del derecho a establecer la verdadera filiación, tienen *un límite sustancial que se deriva de los principios de razonabilidad y proporcionalidad*",¹⁴³ y que dicho artículo contenía una limitación irrazonable que violaba el derecho a conocer la verdad biológica, que es un componente del derecho a la identidad personal, junto con el derecho a establecer vínculos legales de filiación entre personas relacionadas biológicamente, y el derecho a probar el verdadero estado familiar.

3.2. Filiación por adopción

En Colombia, el 19 de febrero de 2016,¹⁴⁴ la Corte Constitucional resolvió el caso de una mujer identificada como Y que nació como resultado de una relación extramatrimonial entre YSA y GCZ. AAL y su cónyuge, ACZ, la habían mantenido, dado que, en el momento de su nacimiento, su madre biológica (YSA) era menor de edad. El padre biológico de Y, GCZ, era el hermano de su "padre adoptivo" (ACZ) y su tío biológico, pero nunca había asumido su rol de padre. Después de alcanzar la mayoría de

¹⁴¹ *Ibidem*, párr. 7.3. (Cursivas propias).

¹⁴² Cámara De Familia 2 (Córdoba), Partes: G., D.E. v. FN.O. y otra. Publicada en: Lexis No. 70053706.

¹⁴³ *Ibidem*, Sección II. 1. (Cursivas propias).

¹⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-071/16. Bogotá, 19 de febrero de 2016.

edad, Y y ACZ decidieron legalizar su parentesco a través de la adopción.¹⁴⁵ Si bien esa solicitud fue inicialmente rechazada por el tribunal de familia, posteriormente fue aceptada por otro tribunal. El problema surgió cuando el último fallo proponía que el apellido de Y cambiara al de su "padre social" y al mismo tiempo ordenaba el nombre de la madre biológica en el registro de nacimiento, eliminando así el vínculo filial y familiar con su madre. En respuesta, Y apeló, y solicitó que se revocara la supresión del nombre de su madre biológica con la que había "llevado a cabo relaciones normales como madre e hija". Sin embargo, el tribunal de apelación reafirmó la decisión, dictaminando que uno de los efectos de la adopción total es la extinción de todas las relaciones de sangre anteriores.

La Corte declaró que las resoluciones precedentes que impidieron la adopción deberían haber interpretado las normas existentes sobre la adopción de una persona mayor de edad de manera más sistemática y armónica, sobre todo porque nunca fue intención de las partes extinguir los vínculos parentales entre la hija y la madre biológica. Señaló: "la adopción pretendía reconocer un *vínculo real* que se había formado durante años entre adoptado y adoptante" que permitiría retribuir "el *amor, cariño* y *apoyo* que le había brindado su padre adoptante durante su crecimiento y proceso de formación mediante las obligaciones que surgen de la filiación".¹⁴⁶

Además de abrirse a la idea del parentesco social y subrayar la validez de las relaciones afectivas como fuente de efectos civiles, esta decisión también requiere una revisión de los impactos clásicos de una de las instituciones con los fundamentos más sólidos del derecho de familia: la adopción.

¹⁴⁵ El artículo 69 del Código de la Infancia y de la Adolescencia colombiano (de 2006) permite la adopción de los mayores de edad, siempre que el adoptante haya tenido bajo su cuidado personal al adoptado y que, tanto el adoptante como el adoptado hayan convivido por lo menos dos años antes de que el adoptado cumpla 18 años.

¹⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-071/16. Bogotá, 19 de febrero de 2016, párr. 66. (Cursivas propias).

La Corte estableció que no puede afectar desproporcionadamente el derecho a la identidad y el derecho a la vida familiar, borrando vínculos anteriores. Este elemento podría abrir el camino para la reincorporación de algunos tipos de adopción derogada en varios sistemas jurídicos latinoamericanos, bajo los cuales persisten los lazos legales entre un niño y sus padres biológicos (adopción simple).

3.3. Multiparentalidad

Algunos fallos en Brasil y Argentina están allanando el camino a la "pluricrianza" o "multiparentalidad". No se refieren directamente a la constitucionalidad de una disposición, pero abren dimensiones previamente desconocidas: admitir que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales.

En Brasil, esta situación se ha planteado en el ámbito judicial. El fallo de la Octava Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande reconoció, en 2015, la "multiparentalidad" a raíz de una solicitud de un matrimonio conformado por dos mujeres, y un hombre, quienes habían celebrado un "pacto de filiación". Los tres peticionarios se habían comprometido recíprocamente al ejercicio del poder familiar, la herencia, la custodia, las visitas y las obligaciones de sustento. La Cámara revocó la decisión del tribunal inferior que rechazó la solicitud y declaró procedente "el pedido de reconocimiento de la multiparentalidad en relación a la hija, debiendo rectificarse el registro civil, a fin de que *conste también como progenitora la esposa de la madre, con inclusión de los respectivos abuelos maternos*".¹⁴⁷

En Argentina, este problema ha surgido en el ámbito administrativo. En 2015, se presentaron dos casos ante el registro civil sobre niños nacidos

¹⁴⁷ Cámara Civil Octava de Justicia (Río Grande Do Sul), L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad, 12/02/2015. Pág. 12. JPOE No. 70062692876 (No. CNJ: 0461850-92.2014.8.21.7000) 2014/CÍVEL. (Cursivas propias).

mediante técnicas de reproducción humana asistida en el marco de un matrimonio compuesto por dos mujeres. La persona que proporcionó el material genético era amigo de la pareja que también desempeñaba el papel de padre; los niños fueron criados por los tres adultos. En ambos casos, el registro civil correspondiente aceptó el reconocimiento ofrecido por el hombre y emitió un nuevo certificado de nacimiento, lo que refleja el triple vínculo de filiación.¹⁴⁸

VI. Conclusiones

Este trabajo ha intentado proporcionar una visión general respecto a la constitucionalización del derecho de familia, en su dimensión dogmática y jurisprudencial. Al hacerlo, se ha buscado explicar cómo el derecho de familia moderno se ve continuamente desafiado por contextos sociales dinámicos, complejos y en profunda transformación individual y social. La familia "estática" que la mayoría de los Códigos Civiles de América Latina contemplaron en el siglo XIX, es reemplazada por una que cambia constantemente, se adapta a los planes individuales de sus miembros y se inserta en el imaginario de ellos como un propósito legítimo, pero no termina por abarcar ni satisfacer en su totalidad sus proyectos individuales.

Estos desafíos requieren que los sistemas legales se ajusten periódicamente, para reformular sus reglas y disposiciones sobre la base de nuevos principios fundacionales. En este proceso, la tarea del intérprete es fundamental y, especialmente, la de los tribunales llamados a declarar la conformidad de estas disposiciones a la Constitución Política. En este contexto, la constitucionalización del derecho de familia parece estar jugando un papel primordial en la protección de los derechos humanos dentro de

¹⁴⁸ *Cfr.*, PERALTA, M. L., "Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, No. 68, 2014, pp. 53-70; y HERRERA, M., DUPRAT, C. y PELLEGRINI, M. V., "Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Código Civil y Comercial*, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2015, pp. 93-110.

las relaciones familiares; un proceso que puede contribuir, entre otros aspectos, a la incorporación progresiva de las normas internacionales de derechos humanos a la legislación nacional.

No obstante, el análisis de este embrionario proceso de constitucionalización no debe aceptarse indiscriminadamente. Los principios constitucionales y los derechos fundamentales son difíciles de precisar y, en muchas ocasiones, la comprensión y aplicación de aquello que las normas constitucionales establecen puede resultar un proceso espinoso. Los tribunales y las cortes con jurisdicción constitucional no se encuentran blindadas, tampoco, a las presiones políticas y a unas condiciones inadecuadas de acceso a la justicia para grandes proporciones de la población. En especial, las minorías insulares. Ello podría generar una falsa sensación de primacía constitucional o de justicia constitucional en el ámbito familiar.

Del mismo modo, si bien el derecho de familia parece estar cada vez más *anclado* en el derecho constitucional, el derecho de familia deberá proporcionar un conjunto mucho más sólido y preciso de principios y normas jurídicas específicas y especiales que justifiquen su propio dogma. El derecho penal y el derecho civil constituyen buenos ejemplos de campos jurídicos en los que se ha avanzado en la aplicación de principios y derechos constitucionales fundamentales, al tiempo que de un sólido desarrollo doctrinal y normativo. El siguiente paso para la consolidación de la constitucionalización del derecho familiar, en consecuencia, puede estar en el fortalecimiento de dos procesos concurrentes. De un lado, la consolidación de líneas jurisprudenciales sólidas y coherentes en materia de familia, basadas en los principios y reglas esenciales del Estado constitucional y democrático de derecho. Del otro lado, el desarrollo de una doctrina y legislación altamente especializadas en el campo familiar, que puedan también informar la interpretación constitucional y llenar —de acuerdo con la Constitución— los vacíos pendientes, para una justa y adecuada regulación de la vida familiar.

CAPÍTULO 2

Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias.

La experiencia del derecho argentino

Marisa Herrera*

* Doctora en Derecho UBA. Investigadora CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho UBA. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación en temas de familia, infancia y adolescencia.

I. Preludio

El presente ensayo busca evidenciar la incidencia del derecho constitucional/convencional en el derecho de las familias —el plural no es casual—; es decir, cómo ello ha impactado en el ordenamiento jurídico argentino que ostenta modificaciones sustanciales en este ámbito del derecho.

Argentina se ha animado a responder un interrogante clave: ¿cómo debería ser una regulación estadual/nacional acorde con los principios y propósitos de derechos humanos que recepta la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su interpretación a cargo del mencionado tribunal regional? Para tal fin, se tomará de base la experiencia legislativa argentina que comenzó a mediados del 2000 mediante la sanción de una gran cantidad de leyes icónicas que se sintetizan por orden cronológico ascendente en el apartado III, siendo la obra legislativa cumbre que sintetiza esos avances legislativos el Código Civil y Comercial

(CCyC) en vigencia desde agosto del 2015. Dado este claro papel de sintetizador de varios avances legales en clave de derechos humanos en el campo jurídico de las relaciones de familia, infancia y adolescente, será el cuerpo normativo central sobre el que versa el presente ensayo.

Sucede que la denominada "constitucionalización del derecho civil", que impacta —con mayor o menor fuerza— en los Estados que han ratificado la aludida Convención, interpela de manera profunda la regulación del derecho de familia, siendo más preciso hablar del derecho de las familias.

¿Cuál es el denominador común de todas las reformas legislativas cuya obra cumbre ha sido el CCyC, que ha producido una verdadera revolución copernicana en el campo de las relaciones de familia, infancia y adolescencia desde la perspectiva civilista? La obligada óptica constitucional/convencional en la que la "Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Corte IDH) ocupa un lugar central.

Esta experiencia legislativa es hábil para indagar y profundizar, a través de un caso testigo, cuáles son los cimientos sobre los que se debería edificar un régimen jurídico que responda a la diversidad de formas de organización familiar que observan las sociedades contemporáneas. Esta ha sido una preocupación clara del legislador argentino al redactar el Código Civil y Comercial, de allí el interés por compartir el modo en que se lo hace; es decir, destacar las principales decisiones de política legislativa para acercar las normas infraconstitucionales a mandas superiores, y mostrar cuáles han sido las modificaciones más sobresalientes, auspiciadas por la doble e inescindible perspectiva constitucional/convencional, a los fines de ser un aporte valioso a un debate pendiente en la región y que se habría complejizado en el contexto político actual en el que vuelven a soplar vientos conservadores.

Más allá de esta disquisición no menor,¹ en esta oportunidad, se invita a compartir algunas de las tantas discusiones —varias de ellas muy acaloradas— desatadas en el derecho argentino a los fines de lograr un modelo legislativo tendiente a acortar la brecha entre Ley-Derechos Humanos y Realidad Social.

II. Base convencional regional

De manera general, es dable destacar que el derecho civil argentino viene observando desde hace varios años una metamorfosis estructural auspiciada por la doctrina internacional de los derechos humanos, es decir, en atención a la clara decisión de colocar a los derechos humanos como centro de la escena jurídica mediante la sólida construcción teórico-práctica edificada sobre ciertos pilares, destacándose de manera harto sintética, las siguientes consideraciones elementales: 1) la superioridad normativa de la Constitución y los instrumentos internacionales/regionales de derechos humanos y su consecuente condicionamiento normativo en los demás niveles normativos inferiores;² 2) vinculado a ello, la consolidación del denominado "bloque de la constitucionalidad federal" que se integra también con las decisiones consultivas y jurisdiccionales de la máxima instancia judicial regional que interpreta la CADH;³ 3) la

¹ En la Argentina el retroceso en término de derechos humanos es elocuente. Como muestra de ello, es dable destacar que se ha presentado un nuevo proyecto de reforma del Código Civil y Comercial (conf. Decreto 182/2018 que crea una "comisión *ad honorem*" integrada por Julio César Rivera, Ramón D. Pizarro y Diego Botana, Agustina Díaz Cordero en el carácter de Secretaria Académica y Marcelo Alejandro Rufino como Secretario *ad hoc*) cuya primera modificación consiste en quitar las palabras derechos humanos de los dos primeros artículos del código vigente. Más adelante se retomará esta cuestión al analizar qué dice o cómo comienza el Código Civil y Comercial vigente desde mediados de agosto del 2015.

² Por mencionar alguna de las doctrinas más actuales: DESCALZI, J. P., "Neoconstitucionalismo, razonabilidad decisoria y multiculturalismo", *LL Cita Online AR/DOC/47/2019*. Disponible en: <http://bit.ly/2lr6dKf>. Asimismo, en el ámbito que nos convoca, una de las primeras obras que se animó a abordar el impacto del proceso de constitucionalización: GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V. y HERRERA, M., *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

³ Para profundizar, a modo de ejemplo, se recomienda compulsar: GIL DOMÍNGUEZ, A., "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *LL Cita Online: AR/*

profundización de las nociones de interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos;⁴ y 4) la interacción ineludible entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ostentando estos últimos el carácter de operativos y no meramente programáticos.⁵

En este contexto, es dable destacar que la Corte IDH desde sus comienzos en 1979, se dedicó a emitir Opiniones Consultivas, iniciando su papel jurisdiccional recién en 1987 en el que se abocó a delitos de lesa humanidad, por lo que la responsabilidad internacional de los Estados Parte se centraba en el derecho penal humanitario, al encontrarse comprometidas fuertes restricciones a la vida, la libertad y la dignidad. Como lo ha expresado quien fuera presidente en el período 2010-2014, el peruano García Sayán: "la democratización de las conciencias en América Latina hace que se haya generalizado y extendido la percepción de los derechos, llegando a la Corte algunas materias que hace algunos años hubiese sido impensado que llegaran: derechos a la orientación sexual, métodos científicos de fertilización, asuntos de acceso a la información y otros, lo que da cuenta de que cada vez hay más gente que sabe que si sus derechos no fueron satisfechos en el fuero interno, existe una instancia internacional."⁶

DOC/856/2017; y Ernesto P. F. Sebastián, "El control de convencionalidad y el efecto útil de los tratados sobre derechos humanos", *SJA Cita Online*: AR/DOC/4371/2017.

⁴ Entre otros tantos, véase: PINTO, M., "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CABA, CELS, 2004, pp. 163-173; y VÁZQUEZ, L. D. y SERRANO, S., "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", IJ-UNAM, s.f., s.l. Disponible en: <http://bit.ly/2mYi2bf>.

⁵ Sólo por nombrar algunos de los tantos trabajos en la temática: BAZÁN, V., "Hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", *LL Cita Online*: AR/DOC/13/2015; y FERNÁNDEZ, Silvia E., "Acceso a derechos sociales. Legitimaciones colectivas", RDF 82, 5 *Cita Online*: AR/DOC/4079/2017.

⁶ *Cfr.*, CHAPARRO, A. "Diego García-Sayán habla sobre la Corte IDH: "La Corte, como los toreros, tiene que torear lo que salga y resolver los temas que vengan", *El Mercurio*, 18 de julio de 2013.

Dentro de esta "ola de conflictos renovados" se debe citar en primer término,⁷ el resonado caso *Atala Riffo vs. Chile*⁸ en el que, por primera vez, la Corte se explica sobre un tema sensible como lo es la orientación sexual de las personas, siendo tildada de "categoría sospechosa" y engrosando, de este modo, las variables que, como la raza y la religión, contienen una fuerte carga de discriminación y violentan el principio de igualdad. Se trata de una cuestión de impacto directo en la noción de familia, tal como queda bien aclarado en el fallo al afirmarse que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio" (párr. 142).

A nuestro entender, con esta sentencia se inaugura un largo e interesante camino de ampliación de derechos a la luz de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH que se sintetiza en el siguiente cuadro:

⁷ Nos saltamos de manera consciente el caso más resonado en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes como lo es *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, más conocido como el caso de los "Niños de la calle" en el que se reconoció —entre otras tantas cuestiones— que "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana", y de allí la importancia de las interpretaciones a las cuáles se arriban en el marco de este entrecruzamiento ineludible entre el art. 19 de la CADH y la Convención sobre los Derechos del Niño en lo relativo a la "protección especial" (Corte IDH, caso 'Niños de la Calle' (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre 1999, párr. 194. Disponible en: <http://bit.ly/2lkNgbU>). Sucede que este caso no entraría en los aires renovados que aquí se pretenden analizar, sino a los primeros pasos de la Corte IDH en la ocupación y preocupación por los derechos de niños, niñas y adolescentes. Para profundizar sobre este importantísimo precedente regional se recomienda compulsar: BELOFF, M., "Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia *Villagrán Morales y otros* (Caso de los "Niños de la calle")". Disponible en: <http://bit.ly/2m2rSIM>

⁸ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24/02/2012.⁹ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 26/11/2013¹⁰ y 10/02/2017.¹¹

Fornerón e hija y otro vs. Argentina, 27/04/2012.¹² Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28/11/2018.¹³

Furlan y familiares vs. Argentina, 31/08/2012.¹⁴ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28/11/2018.¹⁵

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28/11/2012.¹⁶ Supervisión de cumplimiento de la sentencia, 26/02/2016.¹⁷

Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B., 29/05/2013¹⁸ y 19/08/2013.¹⁹

Gonzales Lluy y otro vs. Ecuador, 01/09/2015.²⁰ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 05/02/2018.²¹

Duque vs. Colombia, 26/02/2016.²² Supervisión de cumplimiento de sentencia, 22/11/2018.²³

I.V. vs. Bolivia, 30/11/2016.²⁴ Supervisión de cumplimiento de sentencia, 14/11/2017²⁵ y 21/11/2018.²⁶

⁹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

¹⁰ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 26 de noviembre 2013.

¹¹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 10 de febrero de 2017.

¹² Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012.

¹³ Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28 de noviembre de 2018

¹⁴ Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

¹⁵ Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 28 de noviembre de 2018.

¹⁶ Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012.

¹⁷ Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Supervisión de cumplimiento de sentencia", 26 de febrero de 2016.

¹⁸ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B." 29/05/2013,

¹⁹ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B." 19/08/2013

²⁰ Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otro vs. Ecuador*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015.

²¹ Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otro vs. Ecuador*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. 05 de febrero de 2018.

²² Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

²³ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 22 de noviembre de 2018.

²⁴ Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. 30 de noviembre de 2016.

²⁵ Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Supervisión de cumplimiento de sentencia". 14 de noviembre de 2017.

²⁶ Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 21 de noviembre de 2018.

V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 08/03/2018.²⁷

Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 09/03/2018.²⁸

Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, 23/08/2018.²⁹

López Soto y otros vs. Venezuela" 26/09/2018.³⁰

Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, 28/11/2018.³¹

Panorama que debe completarse con la faceta consultiva que también compromete a la máxima instancia judicial regional en derechos humanos. Básicamente y por la temática en estudio, nos interesa rescatar las siguientes tres Opiniones Consultivas: 1) la No. 17 sobre la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño";³² 2) la No. 21 sobre "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional"³³ en la que se asevera, directamente vinculado al art. 17 de la CADH, sobre protección de la familia que "(...) la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales" (párr. 272); y 3) la No. 24 sobre "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo",³⁴ en la que se abordan dos grandes dimensiones relevantes para el derecho de las familias contemporáneo, mostrando y reafirmando la pertinencia de su noción en plural. En lo relativo a la identidad

²⁷ Corte IDH, Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Sentencia de 08 de marzo de 2018.

²⁸ Corte IDH, Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 09 de marzo de 2018.

²⁹ Corte IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 23 de agosto de 2018.

³⁰ Corte IDH, Caso *López Soto y otros vs. Venezuela*". Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

³¹ Corte IDH, Caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

³² Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17/02, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño". 28 de agosto de 2002.

³³ Corte IDH, Opinión Consultiva No. 21/14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional". 19 de agosto de 2014.

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva 27/17, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo". 24 de noviembre de 2017.

de género, se asevera que "[La] Corte entiende que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero" (párr. 98); por lo cual "[E]l Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintitas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas..." (párr. 100). Y en lo que respecta a las parejas del mismo sexo, la Corte entiende que

para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas —casadas o no— que por cualquier motivo carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear. Por otro lado, el significado de la palabra 'matrimonio' al igual que la de 'familia' ha variado conforme al paso de los tiempos..." (párrs. 221 y 222).

En definitiva, esta apretada síntesis es hábil para demostrar cuáles son los vientos que corren en el plano convencional regional, siendo necesario recordar el compromiso jurídico que se deriva de la ratificación de un tratado internacional, conocido bajo el aforismo *pacta sunt servanda*, y la consecuente responsabilidad internacional (conf. artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados) que genera. En este marco, conocer, analizar y profundizar sobre estos vientos no constituye una actitud voluntarista, sino un compromiso y obligación ética y legal.

III. Una experiencia concreta: el derecho argentino y el principio de realidad socio-jurídica

Ingresando al estudio de lo acontecido en la legislación argentina en torno a cómo alcanzar una regulación respetuosa y coherente con el desarrollo de la doctrina internacional y regional de los derechos humanos, sobresale un principio que ha sido central para motorizar los cambios legales producidos en los últimos tiempos. Nos referimos al principio de realidad.

Sintéticamente, se advierten cambios sociológicos significativos en el comportamiento de la población argentina, en la misma tónica que acontece a nivel mundial de conformidad con un interesante estudio realizado por ONU Mujer en el 2019, titulado *Familias en un mundo cambiante*.³⁵

Qué acontece en Argentina; a modo de ejemplo, según el último censo nacional realizado en año 2010,³⁶ casi 4 de cada 10 parejas son no casadas (el 38.80% conviven sin contraer matrimonio);³⁷ el reconocimiento jurídico de parejas del mismo sexo; el aumento de familias ensambladas en atención a la ruptura de las parejas y la mayor perspectiva de vida de la población, observándose nuevas conformaciones familiares a partir de la extinción de núcleos anteriores; segundas o terceras uniones conyugales en las que los adultos ya vienen con una estructura patrimonial por lo cual prefieren elegir un régimen de bienes en el que no haya "ganancialidad"; ex parejas que comparten el cuidado de los hijos tras la

³⁵ ONU Mujeres, "El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020: Familias en un mundo cambiante", 2019. Disponible en: <http://bit.ly/2nKNsIA>

³⁶ En la Argentina, el censo poblacional se realiza cada diez años por lo tanto, se está próximo a la realización de uno nuevo que permitirá confirmar los cambios que aquí se destacan y otra información adicional que se pueda obtener si se actualizan las variables o categorías que se compulsan.

³⁷ Fuente INDEC. Cálculos obtenidos de la información del Cuadro P25. "Total del país. Población de 14 años y más por estado civil legal y convivencia en pareja, según sexo y grupo de edad. Año 2010", véase, http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalspais.asp

separación de manera pacífica; personas que tras la ruptura matrimonial o convivencial quedan en una situación patrimonial desventajosa y deben ser compensadas por ese desequilibrio producido debido al retiro del mercado laboral y dedicación al hogar; padres adolescentes que llevan adelante la crianza de sus hijos quienes no deben ser sustituidos por sus propios padres; hijos que tienen el derecho a portar el apellido de ambos padres colocando en jaque una imposición legal absolutamente patriarcal por la cual debía portarse el apellido del hombre; personas con capacidades restringidas o padecimientos mentales que pueden contraer matrimonio a pesar de su discapacidad; niños que nacen por decisión de una mujer sola apelando a técnicas de reproducción asistida ampliando así el abanico de familias monoparentales originarias (como la adopción por persona sola); práctica médica que, además, permite disociar lo genético de lo biológico al posibilitar que parejas de igual o diverso sexo puedan tener hijos sin el material genético de quienes quieren ser padres; y, más complejo aún, niños que nacen de una mujer que gesta para un proyecto parental de otros.

Estos cambios sociales han tenido su lugar en la legislación argentina contemporánea. Las razones son varias y de distinto tenor, pero la más relevante: la decisión política de colocar a los derechos humanos y la consecuente ampliación de derechos como columna vertebral de la agenda pública. Esto se puede observar en el dictado de una gran cantidad de normas entre las que merecen ser destacadas, por orden ascendente: 1) Ley 26.061 del 2005 sobre Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 2) Ley 26.485 del 2009 de Protección contra la violencia de género; 3) Ley 26.657 del 2010 de Salud mental; 4) Ley 26.618 del 2010 conocida como "ley de matrimonio igualitario" de vanguardia en la región al ser el primer país³⁸ en extender una institución tradicional como el matrimonio a parejas del mismo sexo; 5) Ley 26.742 del 2012

³⁸ Si bien el primer país que extendió la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo fue México, esto sólo aconteció en el entonces Distrito Federal, el 21 de diciembre de 2009, por eso a nivel país la primera experiencia fue de la Argentina.

denominada de "muerte digna"; 6) Ley 26.743 del 2012 de identidad de género, la más amplia y más liberal del globo por la cual no es necesario recurrir de manera previa a ninguna operación quirúrgica o tratamiento hormonal sino que se basa en la "identidad autopercibida"; y 7) Ley 26.862 del 2013 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida que se centra en la cobertura médica de estos tratamientos a toda persona mayor de edad, es decir, tanto a mujeres solas como a parejas casadas o no de igual o diverso sexo.

Estas normas especiales colocaron en crisis la legislación básica que regula la vida cotidiana y familiar de las personas, es decir, el Código Civil, presionando la sanción de un nuevo cuerpo normativo para estar en consonancia con todo este desarrollo y avance legislativo en clave de derechos humanos. Así, con fecha de 1 de agosto de 2015, entró en vigencia el Código Civil y Comercial.

¿Cuáles son las principales modificaciones que se introducen en el campo de las relaciones de familia? ¿Cómo ha logrado penetrar la perspectiva constitucional/convencional en esta columna vertebral normativa? ¿Cuáles son los debates pendientes?, siguiendo siempre la lógica de los derechos humanos. Estos constituyen algunos de los interrogantes que se responderán sin pretender agotar el debate que genera el entrecruzamiento entre derechos humanos y relaciones de familia, infancia y adolescencia en el que la perspectiva de género se consolida cada vez con mayor fuerza a pesar de las reticencias que aún persisten.

IV. Valores axiológicos del Código Civil y Comercial auspiciados por la constitucionalización/convencionalización del derecho civil

El proceso de sanción de esta importantísima pieza jurídica insumió un tiempo y sufrió ciertas modificaciones tras un procedimiento absolutamente democrático. Comenzó el 27 de marzo de 2012 con la presentación

de un Anteproyecto elaborado por un grupo de más de cien juristas bajo las órdenes de una comisión reformadora integrada por tres juristas de reconocida trayectoria.³⁹ Dicho texto sufrió algunos ajustes por parte del Poder Ejecutivo y continuó su proceso de debate ya presentado al Congreso de la Nación en fecha de 08 de junio de 2012. Allí se creó una comisión bicameral integrada por 15 diputados y 15 senadores de diferentes partidos que abrieron el debate en audiencias públicas celebradas en distintos puntos del país en las que se presentaron 1,152 ponencias. Como resultado de esta apertura se introdujeron otras modificaciones. Finalmente, el proyecto fue sancionado el 28 de diciembre de 2013 por la Cámara de Senadores y, casi un año después, el 1 de octubre de 2014 por la Cámara de Diputados.

En los fundamentos que acompañaron el anteproyecto⁴⁰ —antecedente directo del código finalmente sancionado— se explicitaron las bases o valores axiológicos sobre los cuales se edifica este texto legal central en materia de relaciones de familia, infancia y adolescencia.

Primeramente, se expone uno de los pilares de la mencionada "constitucionalización del derecho privado", afirmándose que

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada

³⁹ Este triunvirato fue creado por el Decreto 191/2011 e integrado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti, estos dos últimos, además, integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁴⁰ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://bit.ly/2nk547B>

por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Esto evidencia un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional del derecho.

Como se sigue advirtiendo en los fundamentos, se trata de un "Código con identidad latinoamericana" advirtiéndose que "Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación"; es por ello que, sin desconocer los aspectos esenciales de esta tradición que se mantiene, se incorporan "naciones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región".

También se agrega que es un "Código de la igualdad", en este sentido se explica que

Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables"; y a la par, un "Código basado en un paradigma no discriminatorio" siendo que "En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza.

Como último valor axiológico de repercusión directa en el derecho de las familias que merece ser destacado, se señala que es un "Código para una sociedad multicultural", reconociéndose en esta línea que

En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina [...] De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

Estos cimientos responden, en definitiva, a la reiterada perspectiva constitucional/convencional expresándose que "Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. (...) además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema".

En este marco, fácil se comprende la razón y el valor estructural de los dos primeros articulados en el que se reflejan, de manera clara y elocuente, todos estos pilares axiológicos. En el art. 1o. dedicado a las "Fuentes y aplicación", se dispone que "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legal-

mente, siempre que no sean contrarios a derecho". El segundo artículo centrado en la "Interpretación" entiende que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."⁴¹

Reconocer un diálogo constante de fuentes entre el derecho civil y los derechos humanos constituía una gran deuda legislativa pendiente, la cual ha venido a ser saldada en un nuevo texto jurídico integral que logra acompañar el tránsito o transformación del derecho de familia en singular al derecho de las familias en plural, para lo cual ciertas legislaciones especiales jugaron un rol sustancial como así también, a la par, el valioso aporte proveniente de la Corte IDH.

V. Teoría y práctica: algunas de las principales modificaciones en las relaciones de familia, infancia y adolescencia

1. El lenguaje no es neutro, es político⁴²

Si se trata de empezar por el principio, es dable destacar el lugar que tiene el lenguaje dado su valor simbólico y cultural, de allí que las

⁴¹ Tanta es la bibliografía generada en torno a estas dos disposiciones, como síntesis de ello véase: GIL DOMÍNGUEZ, A., *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código civil y Comercial*, CABA, Ediar, 2015; y LORENZETTI, R. L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", *LL Cita Online*: AR/DOC/3561/2014.

⁴² Se deja de lado en esta oportunidad un interesante y contemporáneo debate en torno al lenguaje escrito y el uso de la "x", la "e" o la @ para señalar cómo la disputa por los géneros —una vez más, se utiliza el plural— coloca en crisis el modo de redactar. Sólo a modo de un primer y básico acercamiento, es dable destacar lo que señala Faur quien entiende que "El lenguaje es una convención: se construye, se actualiza, se modifica. El feminismo fue contundente al sostener que el uso del masculino como genérico oculta la mención de lo femenino y, al hacerlo, confirma jerarquías en favor de los hombres. El debate no acaba allí (...) el lenguaje no contempla identidades ambiguas o mixturadas y descarta la intersexualidad de nacimiento de algunos. Actualmente, hay propuestas que abogan por el uso de la arroba, la equis, el asterisco o la e (...) Si bien cualquier de

modificaciones terminológicas no han estado ajenas al Código Civil y Comercial. Así, y siempre dentro del ámbito de las relaciones de familia, se alude a los "niños" y "adolescentes" en vez del harto criticado —con acierto, desde la obligada perspectiva de derechos humanos— término "menor/es" a secas; siendo que nadie es menor a nadie, sino que se trata de personas menores de edad que se encuentran en una especial etapa de la vida signada por la vulnerabilidad y dependencia cuando se trata de las personas más pequeñas. En esta línea, se recepta la noción de "responsabilidad parental" en reemplazo de la perimida "patria potestad", vinculada a la idea del hombre— varón a cargo de la mujer —quien era considerada una "incapaz de hecho relativa"— y de los hijos como principal y único proveedor económico del hogar considerando que ello era el elemento central para tener la "potestad" sobre la familia; es decir, focalizada en el poder económico. Otro giro lingüístico compromete las relaciones de pareja que conviven, pero no formalizan la unión, a las cuáles se los denominaba de manera negativa de "concubinato" como si fueran vínculos de segunda categoría y no elecciones que llevan adelante las personas fundadas en la libertad, y por ello, la legislación civil vigente recepta la figura de la unión convivencial y las personas que la integran convivientes. Por presión innegable del reconocimiento del matrimonio igualitario, se receptan conceptos neutros fundados en el principio de igualdad y no discriminación como el de "cónyuges" y "progenitores" en vez de "esposo" y "esposa" o "madre" y "padre". En esta tónica, se introducen modificaciones terminológicas que responden a consideraciones más complejas como lo es omitir de manera consciente la alusión a la "mujer", cuando se hace referencia a la determinación de la filiación,

estas variantes puede resultar árida, nuestra decisión se inclinó por reflejar la diversa actualidad en cuanto a modos de nombrar los géneros (...) Por el momento, nos encontramos ante experimentaciones que podrán lograr (o no) un consenso efectivo y un reconocimiento por parte de la Real Academia. Entretanto, creemos que la posible incomodidad que esto produzca en algún lector o lectora no será menor a la experimentación por quienes nos dedicamos a los estudios feministas debida a la histórica omisión de las mujeres y de otras identidades en las convenciones lingüísticas y a la rigidez de sus cambios, que lo muestran como un campo de disputas y controversias." (FAUR, E., *Mujeres y Varones en la Argentina de Hoy. Géneros en movimiento*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2017, pp. 13 y 14).

y decir "la persona que da a luz" en consonancia con la mencionada ley de identidad de género que se basa en la "identidad autopercebida" (conf. art. 2, Ley 26.743), no siendo necesaria ninguna intervención quirúrgica y, por lo tanto, la posibilidad de que un hombre trans pueda quedar embarazado y así colocar en crisis uno de los bastiones hasta no hace poco del derecho filial argentino, y que sigue siendo una máxima en la mayoría de los países de la región, sintetizado en el adagio *mater semper certa est*, por lo que el niño al nacer tendría por determinación legal fundada en el hecho del parto, un progenitor varón y no jurídicamente una "madre".⁴³

Como puede observarse, repensar las relaciones de familia, infancia y adolescencia en clave de derechos humanos toca raíces profundas y estructurales, por lo cual es imperativo introducir cambios en el lenguaje. Así como la ley en su clara función performativa no es neutral, los términos que la acompañan tampoco, dada la innegable interacción entre lenguaje, comunicación y derecho.⁴⁴

2. La relación entre adultos

2.1. La influencia del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual

Son tantas las aristas que comprometen las relaciones de familia, infancia y adolescencia que, a los fines de lograr un primer acercamiento hábil

⁴³ Al respecto, cabe traer a colación un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Y. Y. vs. Turkey*, del 10 de marzo de 2015, en el que se entendió que Turquía violó el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos al obligar a una persona a operarse para que recién allí pudiera obtener el reconocimiento jurídico de su identidad de género. ¿Qué legislación podría cumplir con esta manda convencional? Sólo leyes como la Ley 26.743 que se estructuran sobre la aludida noción de "identidad autopercebida" y no sobre la necesidad de intervenir el cuerpo.

⁴⁴ Como síntesis de esta interesante construcción teórica crítica, se recomienda compulsar una obra ya tradicional de MARI, E., *El Banquete de Platón: El eros, el vino, los discursos*, Buenos Aires, Biblos, 2001.

para mostrar un panorama general de la complejidad que significa su revisión crítica desde los derechos humanos, se decidió estructurar el análisis en dos grandes subgrupos. Situaciones, instituciones y problemas sociojurídicos que comprometen a los adultos, los cuales se abordan en el presente apartado y, posteriormente, algunos de los que involucran a personas menores de edad, es decir, a los derechos de niños, niñas y adolescentes en su vinculación directa con las familias.

Dentro de esta primera clasificación y recordando la profusa Opinión Consultiva No. 24 de la Corte IDH ya mencionada y sintetizada al extremo, merece ostentar un lugar de relevancia la extensión de una figura clásica del derecho de familia en singular como lo es el matrimonio, a las parejas del mismo sexo⁴⁵ como acto jurídico bisagra, que marcó la génesis del derecho de las familias, en plural.

Como era de presumir, la ley de matrimonio igualitario introdujo ciertos desajustes al entonces Código Civil, hoy ya derogado. ¿Cuáles fueron los principales desfasajes que trajo consigo una normativa igualitaria en un contexto heteronormativo y que una nueva normativa civil debía afrontar y resolver?

⁴⁵ Previo a la sanción de la ley de matrimonio igualitario en nuestro país, había sido aprobado solo en nueve países: Bélgica, Canadá, España, Islandia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, Suecia. Desde la sanción de la Ley 26.618 se han dictado las siguientes leyes en el derecho comparado en orden temporal ascendente: Dinamarca año 2012, Brasil (resolución dictada a través del Consejo Nacional de Justicia), Francia, Uruguay, Nueva Zelanda y cuatro entidades federativas de México 2013, varios estados de Estados Unidos, en tres países constituyentes del Reino Unido (Escocia, Gales e Inglaterra) permiten casarse a las parejas del mismo sexo en 2014, además de Luxemburgo; y Eslovenia en 2015. En mayo de 2015 se agrega Irlanda, país que por referéndum (62% contra un 37,9%) autoriza el matrimonio homosexual. Posteriormente, Groenlandia aprobó por unanimidad en su Parlamento su ley de matrimonio igualitario en fecha 1 de abril de 2016; como así también por decisión de la Corte Constitucional colombiana del 7 de abril de 2016. En 2017, se suman a este listado Finlandia, Alemania, Malta y Australia; así como también, Austria luego de una decisión del Tribunal Constitucional del 4 de diciembre de 2017, siendo legal desde 1 de enero de 2019 ante la inactividad del parlamento. Por sentencia del 8 de agosto de 2018, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, insta a la Asamblea Legislativa a adecuar, en un plazo de 18 meses, la legislación para regular las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. En el 2019, Taiwán legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo; y de manera más reciente, el Tribunal Constitucional de Ecuador en fecha 12 de junio de 2019 se pronuncia a favor del derecho a casarse de las personas del mismo sexo.

A modo de ejemplo, cabe traer a colación lo acontecido con el apellido de los hijos. Veamos, la Ley 26.618 de matrimonio igualitario permitía a las parejas del mismo sexo elegir el orden del apellido de los hijos, norma que se insertaba en un régimen jurídico en el que las parejas de diverso sexo carecían de esa posibilidad ya que operaba el principio clásico de que los hijos portaban el apellido del padre y en todo caso, si los padres querían estaban habilitados para adicionar el materno. Esta discriminación inversa, es decir, en contra de las parejas heterosexuales, fue solucionada por el CCyC al facultar a todas las parejas —sean casadas o no, de igual o de diverso sexo— a elegir el apellido de los hijos, puede ser el de uno de ellos o el de ambos en el orden que quisieran (conf. art. 64). ¿Y para el supuesto excepcional que no se pusieran de acuerdo? La variable no sexista e igualitaria que se recepta es el sortero en el mismo registro civil, es decir, la contienda se resuelve en el ámbito administrativo y no judicial.

El principio de igualdad también está presente en la regulación sobre el apellido de los cónyuges, siendo que en el ordenamiento vigente ambos cónyuges —sean de igual o diverso sexo— pueden adicionarse el apellido del otro anteponiendo la preposición "de" o sin ella (conf. art 67).

Otra modificación que continúa la misma línea se refiere a la derogación de la "preferencia materna" en el cuidado de los hijos menores de cinco años de edad. Esta preferencia fue dejada de lado, como era de suponer, por la ley de matrimonio igualitario, ya que a partir de esta normativa un niño podía tener dos madres o dos padres. ¿A quién se prefería en estos casos? La Ley 26.618 decía que la preferencia se decidía de conformidad con el interés superior del hijo; pero seguía subsistente para las parejas de diverso sexo, lo cual implicaba una abierta violación al principio de igualdad de los hijos nacidos en el marco de una pareja hetero u homosexual. El CCyC modifica de manera radical todo el sistema referido al ejercicio y cuidado de los hijos tras la ruptura de la convivencia o el matrimonio, al receptar un régimen cuyo eje gira en torno a la noción de "coparentalidad" de conformidad con lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. 18 en su primer apartado expresa: "Los

Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". De este modo, la idea reside en reconocer que ambos progenitores son importantes para la vida del hijo, no habiendo *a priori* y en abstracto un progenitor principal (el que tiene la mal llamada "tenencia", concepto que es más propicio para los objetos que para los sujetos) y el otro, relegado a una función secundaria o periférica.

Por último, una modificación sustancial y obligada gira en torno al derecho filial. De este modo, se modifica el sistema de presunción de paternidad del marido de la madre por una regla más amplia y que abarque también a los niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres.⁴⁶ En este sentido, se cambia por la presunción de filiación matrimonial disponiendo el art. 566, referido a la "Presunción de filiación", que "Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título". A la par, cabe destacar que el CCyC recepta como una de las grandes novedades en el campo de las relaciones de familia, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) como tercera causa fuente filial con sus propias reglas. Dada la importancia de esta

⁴⁶ En el caso de los dos hombres se debería apelar a una figura de la "gestación por sustitución", la cual fue quitada durante el debate del proyecto que dio lugar a la sanción del Código Civil y Comercial.

incorporación legislativa, se analiza la cuestión de manera harto sintética en un apartado propio.

2.2. Matrimonio y divorcio⁴⁷

El CCyC introduce modificaciones sustanciales en el régimen del matrimonio y divorcio, en atención a los grandes avances jurisprudenciales y doctrinarios acontecidos en la materia auspiciados por el principio de libertad y autonomía personal que, a su vez, desde la necesaria perspectiva integral e interdisciplinaria, se revalorizaron los acuerdos y consensos; no sólo en beneficio de los propios integrantes de la pareja sino en especial, de los hijos y todo el grupo familiar. ¿Acaso un divorcio contencioso y destructivo no repercute también en el vínculo entre abuelos y nietos? Se trata de indagar acerca de cómo evitar que dolores no jurídicos, como los que producen las rupturas matrimoniales, sean resueltos de otro modo, fundados en las nociones de reparación y prevención, sabiendo que, muchas veces, la justicia colabora en repotenciar odios. La respuesta legal contemporánea gira en torno al divorcio incausado o sin expresión de causa.

¿Es beneficioso tener que alegar y acreditar causas subjetivas u objetivas para lograr la ruptura jurídica de un matrimonio, ya sea de manera uni-

⁴⁷ Para profundizar sobre este tema véase, entre tantos otros: KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M. y CULACIATI, M., "La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños", *LL Cita Online*: AR/DOC/1033/2017; KEMELMAJER de Carlucci, A., y HERRERA, M., "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", LA LEY 2015-C, 1280; HERRERA, M., "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*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2014, p. 53; HERRERA, M., "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado", en GRAHAM, M. y HERRERA, M. (dirs.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, p. 275; KEMELMAJER de Carlucci, A., y HERRERA, M., "Convenio regulador en el divorcio respuestas a preguntas equivocadas", La Ley 2015-B, 1134; TAVIP, G. E. y MIGNON, M.B., "El adiós judicial al divorcio causado. Cuando las resistencias se hacen visibles o se está en clave de una interpretación sistémica del novel derecho civil", RDF 2018-VI, 131 *Cita Online*: AR/DOC/3627/2018; y ESQUIVEL, É.P. y PIZARRO, V. N., "Justicia terapéutica: una nueva mirada en la aplicación de la justicia en el derecho de familia", RDF 2018-VI, 313 *Cita Online*: AR/DOC/3628/2018.

lateral o bilateral? ¿Acaso, no es entendible que personas con una mayor perspectiva de vida —he aquí nuevamente el dato sociológico— puedan formar diferentes parejas a lo largo de su existencia sin que ello sea visto por la sociedad como algo negativo sino, por el contrario, como decisiones lógicas que las propias personas van transitando durante vidas más extensas y dinámicas? En este contexto, resultaba incoherente mantener un sistema legal en el que los cónyuges debían expresar en una entrevista las "razones que hacen moralmente imposible la vida en común", y facultar al juez a que intente "reconciliarnos" como lo hacía el código derogado. A la luz del principio constitucional convencional aludido, el régimen legal derogado era considerado —con acierto— una intervención estatal ilegítima en la vida íntima y familiar.

Receptar un único sistema de divorcio incausado obligó a revisar los derechos y deberes jurídicos derivados del matrimonio. En este sentido, desaparece la fidelidad y la cohabitación como deberes jurídicos y pasan a engrosar el lisado de las acciones de los hombres que quedan "sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"; es decir, se transforman en deberes morales. En otras palabras, si desaparece el divorcio culpable tales deberes, necesariamente, dejan de tener entidad jurídica porque carecen de sanción ante su incumplimiento. Por otra parte, y una vez más apelando al principio de realidad, la convivencia no puede ser un deber jurídico sin violentar el reiterado principio de libertad. ¿Qué acontece con las segundas o terceras nupcias con hijos adolescentes de parejas anteriores que deciden contraer matrimonio, pero mantienen cada uno su vivienda con sus respectivos hijos?⁴⁸ ¿Al sistema jurídico le interesa sancionar a estos matrimonios y exigirles, obligarlos a convivir? O situaciones cada vez más frecuentes de matrimonios en los que uno de los miembros trabaja en otro país y mantienen comunicación cotidiana en atención al mayor movimiento migratorio, la facilidad en la movilidad y las redes sociales.

⁴⁸ Se las conoce como parejas LAT, siglas que corresponde a la denominación en inglés "*Living Apart Together*", es decir, "viviendo juntos, pero separados".

En lo relativo al deber de fidelidad, en el código derogado, quien lo incumplía era pasible de ser considerado cónyuge culpable del divorcio y por ende, se le aplicaban determinadas sanciones derivadas de esta conducta "antijurídica" o contraria a la ley.

El CCyC deroga este sistema de "culpas" ya que en la práctica se han observado varias vicisitudes, entre las que merecen destacarse las siguientes: 1) las relaciones de pareja son harto complejas y en general, no suele haber un solo "culpable" del deterioro del vínculo, sino que se trata de una relación sistémica en el que cada uno aporta o colabora para que ello acontezca; 2) a veces, quien terminaba con el rótulo de "inocente" solía ser quien se había defendido mejor en un proceso judicial largo y desgastante, o el que pudo acceder a presentar mejores pruebas; 3) el "sacar los trapitos al sol" ante un tercero que no conoce a la pareja (el juez) recrudece los odios, los "pase de factura" y las heridas —que no son jurídicas, claro está— las que gracias a esta intervención judicial tardan más en cicatrizar; y 4) el fundamento de peso dado por el interés superior del niño como eje rector cuando están comprometidos derechos de niños y adolescentes: el impacto altamente negativo y destructivo para los hijos y en definitiva, para todo el grupo familiar.

Sucede que el matrimonio se celebra y se sostiene de a dos, por ende, si uno ya no quiere seguir en ese proyecto de vida en común, el divorcio queda habilitado para que sea petitionado por ambos o por uno solo. ¿Hay que esperar un tiempo? Ninguno. La norma no obliga a las personas a seguir juntas por un determinado tiempo en contra de su propia voluntad "en nombre de la ley". Ello no sólo viola el reiterado principio de libertad y autonomía, sino que era hábil para agravar la conflictiva conyugal hasta alcanzar situaciones de violencia familiar, con la consecuente conculcación del derecho a la integridad física y psíquica de alguno de sus miembros.

De este modo, el CCyC se atreve a enfrentar una tensión que hasta ese momento estaba signada una dupla peligrosa en clave de derechos hu-

manos: la desconfianza a la libertad y la hiper o sobre-valoración de la ley para influir en las relaciones sociales. ¿Acaso se es fiel porque la ley lo dice, o se lo es o no por razones más profundas y que no son de tinte jurídicas y ajenas a la justicia? ¿El paso del tiempo une en contra de lo que los propios miembros de la pareja quieren, o la ley debe imponer un plazo mínimo de matrimonio para "reflexionar" sobre las implicancias de la ruptura?

Por último, y desde una necesaria perspectiva sistémica, es dable tener en cuenta la fuerte interacción entre el sistema de divorcio y su incidencia en el régimen de las relaciones entre progenitores-hijos. ¿Cómo se puede pretender alcanzar una excelente relación entre todos los miembros del grupo familiar, si se mantuviera el sistema culpable en el que se le dan "armas" a los adultos para que se destruyan en la justicia tras un largo y doloroso proceso de divorcio en el que se dirimen reproches y odios no jurídicos? Esta realidad social familiar no le es ajena al CCyC.

2.3. Diferentes modelos de familia: las uniones convivenciales

Otras de las novedades que incorpora el CCyC es el reconocimiento expreso de otras formas de organización familiar como lo son las parejas que no se casan, es decir, quienes no prestan su consentimiento expreso y libre ante el registro civil para formalizar el vínculo, pero que también están signadas por el afecto y el proyecto de vida en común.⁴⁹ Al respecto, cabe destacar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina no regula qué se entiende por familia, sino que se refiere a ella de manera bien amplia aludiendo a la "protección integral de la familia". Esta apuesta constitucional ha sido de gran relevancia y ello ha sido muy valorado al

⁴⁹ Para tener un panorama general sobre la regulación de las uniones convivenciales recomendamos compulsar: HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S. (colab.), *Manual de Derecho de las Familias. Segunda edición actualizada y ampliada*, capítulo VI, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2019, pp. 373-437.

debatirse varias de las leyes que se destacan en el presente ensayo, incluyendo el CCyC. Sucede que definir en el texto constitucional el concepto de familia veda o dificulta cualquier propuesta infraconstitucional que pretenda ampliar dichos márgenes; máxime cuando la familia es una noción sociológica y, por lo tanto, eminentemente dinámica y versátil.

Precisamente, en atención a esta postura constitucional, en varias oportunidades las parejas no casadas lograron el reconocimiento jurisprudencial de determinados derechos⁵⁰ fundado en su admisión como familia y su consecuente protección. Ahora bien, admitir que las parejas que no se casan constituyen otra modalidad de organización familiar, no es óbice para advertir la dificultad en su regulación.

¿Qué derechos deben reconocerse a las parejas, estén o no casadas y, por el contrario, cuál es la diferencia entre quienes están casados y los que conforman una unión convivencial como las denomina el CCyC? La respuesta no es sencilla. Para responder este interrogante, el CCyC coloca el eje —como debe ser— en los derechos humanos. De este modo, los derechos o efectos jurídicos comunes o similares se trate de un matrimonio o de una unión convivencial son: *a*) el deber de contribución de ambos convivientes;⁵¹ *b*) la responsabilidad solidaria frente a terceros acreedores;⁵² *c*) la protección de la vivienda familiar en varios sentidos (la necesidad de contar con el asentimiento del otro conviviente para actos de disposición del hogar familiar, la posibilidad de solicitar la atribución tras la ruptura de la unión a favor del conviviente vulnerable por un

⁵⁰ Tal como ha sostenido nuestra Corte Federal hace tiempo: "Dentro del marco del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura del constitucionalismo social, sería inicu desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio" (CSJN; "Missart, Miguel A." JA 1990 II 379, entre tantos otros).

⁵¹ Art. 520: "Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455".

⁵² Art. 521: "Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461."

lapso máximo de dos años, o permanecer en la vivienda ante el fallecimiento del conviviente por el mismo lapso máximo siendo que el conviviente no es heredero forzoso),⁵³ y d) solicitar compensación económica aquél conviviente que tras la ruptura de la unión ha sufrido un desequilibrio económico a causa de la relación de pareja.⁵⁴

Por fuera de este piso mínimo, los convivientes ejercen la más amplia autonomía de la voluntad para pactar el funcionamiento de su proyecto de vida en común. Pactos que no pueden ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, o afectar los derechos fundamentales de cualesquiera de los integrantes de la unión convivencial y tampoco contradecir el piso mínimo de derechos reconocidos de base humanitaria (arts. 519 a 522). En este contexto, las cuestiones de tintes patrimoniales o económicas, al no estar vinculadas o no comprometer derechos humanos de manera directa, quedan dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad de los convivientes. Máxime cuando por razones constitucionales/convencionales deben existir diferencias entre el matrimonio y las uniones convivenciales, en coherencia con el mencionado pluralismo, es decir, la mayor diversidad en las formas de organización familiar, y a la par, la imposibilidad de aplicar o extender el mismo régimen del matrimonio a parejas que no han prestado su voluntad para ingresar a esta figura.

⁵³ Art. 522: "Si la unión convivencial ha sido inscrita, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro."

⁵⁴ Esta figura de gran recepción en el derecho comparado intenta atender el perjuicio que sufren por lo general, las mujeres que se dedican al hogar y el cuidado de los hijos y que tras el cese de la unión quedan en una situación de desprotección en el plano económico (arts. 441 y 442 para el matrimonio y 524 y 525 para las uniones convivenciales).

3. Las relaciones filiales

3.1. Las técnicas de reproducción asistida (TRHA)⁵⁵ como tercera causa fuente de filiación

Sin duda, una de las grandes novedades del CCyC y que mayor debate social y doctrinario ha generado, es la incorporación de las TRHA como una tercera causa fuente de filiación, compartiendo cartel con la filiación por naturaleza y la adoptiva (art. 558).

Nuevamente a la luz del principio de realidad, una gran cantidad de niños nacen gracias al avance de la ciencia médica, es decir, al uso de las TRHA; sea en el marco de un proyecto parental conformado por una pareja de igual o de diverso sexo o incluso, como por decisión de una mujer sola de tener un hijo. Es claro que, en los dos últimos casos, los niños portan material genético de un tercero (donante), pero también una cantidad de niños que nacen en el marco de parejas de diverso sexo también deben apelar a la donación de material genético femenino, masculino o de ambos. Esto es lo que se conoce como filiación heteróloga, por contraposición a la homóloga que es con material genético de la propia pareja heterosexual cuyos integrantes quieren ser progenitores. La posibilidad de utilizar material genético de un tercero (donante) abre un panorama psico-socio-jurídico que parte de la base de diferenciar la noción y la función de progenitor de la de donante; existiendo con el primero un vínculo filial, y en cambio, con el segundo, un derecho a la información sobre los orígenes genéticos. En otras palabras, el donante no puede ser

⁵⁵ Para un pantallazo actual sobre la regulación vigente y aún los silencios legislativos existentes en el ordenamiento jurídico argentino véase: HERRERA, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018; y HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 379-705. Asimismo, véase: HERRERA, M. y LAMM, E., "Técnicas de reproducción humana asistida, capítulo VIII", en A.A.VV., *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2015, p. 295-453.

demandado a los fines de su emplazamiento filial; la relación entre la persona nacida con material genético de un tercero y el donante se circunscribe al conocimiento sobre los orígenes. Dos planos bien distintos que ameritaban una regulación diferente de conformidad y en respeto del derecho a la identidad en sus diferentes facetas: identidad genética,⁵⁶ identidad biológica⁵⁷ e identidad voluntaria.⁵⁸

El régimen filial tradicional tenía por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio. ¿Cuáles son estas particularidades?

Sintéticamente, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, genético y volitivo, cobrando este último primacía. Por ejemplo, una mujer casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear y deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada "voluntad procreacional", es decir, quien quiere ser padre y así lo explicitó en un consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Esta declaración de voluntad involucra dos cuestiones: 1) la revocabilidad como elemento propio o ínsito dentro de la noción general de consentimiento informado (conf. art. 59 del CCyC, sumado a la Ley 26.529 y su Decreto 1089/2012); y 2) la imposibilidad jurídica de impugnar la filiación fundado en la falta de correlato genético, por aplicación de la teoría de los actos propios (art. 577). Esto en lo que respecta a la determinación filial.

⁵⁶ El caso del donante con quien se tiene identidad genética.

⁵⁷ El caso de la persona que lleva adelante el embarazo.

⁵⁸ El caso del marido o pareja de la madre que no aporta el material genético, pero tiene voluntad procreacional porque quiere ser padre o co-madre, si se trata de un proyecto parental conjunto conformado por una pareja de mujeres.

Con relación al donante, se reconoce el derecho a la información de los niños nacidos por TRHA heteróloga que involucra cuatro aspectos: 1) saber que se ha nacido de TRHA con material genético de un tercero; 2) el resguardo de la información y la obligación última del Estado como garante de los derechos humanos de las personas; 3) el acceso a la información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante); y 4) el acceso a la información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). El CCyC regula los últimos dos aspectos. Al respecto, se recepta un sistema intermedio y, por ende, equilibrado de conformidad con los derechos en pugna, mediando necesidad de entablar un proceso judicial únicamente, a los fines de conocer la información identificatoria del donante. A la luz de la experiencia comparada, si la donación fuera no anónima, habría una fuerte disminución de donantes y la consecuente dificultad de la fertilización heteróloga, impidiéndose a las parejas del mismo sexo y a las mujeres solas acceder a este tipo de procedimiento para ejercer el derecho a formar una familia.⁵⁹

En lo atinente a los dos primeros aspectos, cabe destacar que si bien se pretende que toda persona sepa que ha nacido con material genético de un tercero, el acceso a este conocimiento queda, lamentablemente, sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya tenido el centro de salud para que los adultos comprendan que es un derecho del hijo saber el modo en que fue gestado. Sucede que el control estatal sobre este conocimiento que hace a la identidad de la persona nacida por TRHA heteróloga es más endeble de lo que acontece en el campo de la adopción; ya que en el primer caso queda a cargo de los padres al firmar el correspondiente consentimiento informado, en cambio la adopción es un proceso judicial y el compromiso queda establecido en una sentencia judicial que tendría al menos un poder disuasivo mayor. Con

⁵⁹ Para profundizar sobre esta cuestión se recomienda compulsar: KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M. y LAMM, E., "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", La Ley 2014-F, 1075, *cita online*: AR/DOC/4369/2014.

referencia al resguardo de la información sobre el o los donantes, ello se vería resuelto si se creara un registro de donantes por parte del Ministerio de Salud como autoridad de aplicación en la temática de conformidad con lo dispuesto en la Ley 26.862. Más allá de esta obligación estatal en resguardo del derecho a la identidad de las personas nacidas por TRHA heteróloga, lo cierto es que aún se carece de una normativa al respecto. ¿Qué sucedería si por alguna razón —desperfecto del sistema informático, incendio u otro suceso extremo que acontezca en un centro de salud especializado— desaparecen los datos genéticos e identificatorios del donante? El Estado debería responder en su carácter de garante último de los derechos humanos de los ciudadanos, como bien se lo afirmó en un precedente de la Sala V de la Cámara Contenciosa Administrativa Federal en fecha 29 de abril del 2014.⁶⁰

Por otra parte, es dable destacar que el uso de las TRHA permite conservar embriones o material genético de las parejas por tiempos prolongados, lo que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y su fin por diferentes razones: divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, o incluso fallecimiento de uno de ellos. Por esta razón, el CCyC exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético. En este contexto, es claro que las TRHA encierran conflictos jurídicos muy diferentes a los otros dos tipos filiales: la filiación por naturaleza y la adoptiva.

Asimismo, es imperativo colocar sobre el escenario una cuestión que ha generado un fuerte y sensible debate social. Nos referimos al comienzo de la existencia de la persona en los casos de TRHA, es decir, a la naturaleza o estatus jurídico del embrión no implantado, siendo de gran

⁶⁰ Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Federal, Sala V, 29/04/2014, "C.,E. M. y Otros c/ E.N. - Ministerio de Salud s/ Amparo ley 16.986", Infojus Id SAIJ: FA14100001; reafirmado en Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Federal, Sala V, 02/07/2019, "C.,E. M. y Otros c/ E.N.-Ministerio de Salud s/ Amparo Ley 16.986", inédito.

relevancia lo resuelto por la Corte IDH en el mencionado caso *Artavia Murillo c. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012, reafirmado en el fallo del 26 de febrero de 2016 en el proceso de seguimiento de sentencia. Precisamente, al no otorgársele carácter de persona a los embriones no implantados, la Ley 26.862 de acceso integral a las TRHA permite: a) la criopreservación de embriones; b) la donación de embriones; y c) al igual que el CCyC, la revocación a la implantación/transferencia de embriones. Si la ley admite estas tres consideraciones ello significa, de base, que el embrión no es persona, de lo contrario, no sería factible criopreservar, donar ni revocar personas.

Finalmente, cabe puntualizar que el texto sancionado suprimió dos figuras que receptaba el Anteproyecto y que proponía regularlas por el reiterado principio de realidad, es decir, porque se plantearon en el derecho argentino conflictos que encierran supuestos de: a) fertilización *post mortem*⁶¹ y b) gestación por sustitución.⁶² ¿Acaso no es posible que una persona fallezca durante el proceso de TRHA? ¿La mujer podría seguir adelante con el procedimiento ante la muerte de su pareja? La legislación civil pretendía responder este interrogante, pero no pudo hacerlo por presión de un actor social que suele estar muy presente, y ser contrario a todo tipo de avance y ampliación de derechos en el campo de las relaciones de familia: la Iglesia católica.

⁶¹ BESCO VERA, I. y PERÉZ, A., "La fertilización *post mortem*: ¿una forma novedosa de familia? Sobre su regulación y experiencias", en HERRERA, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, op. cit., t. II, pp. 143-266; CAUBET, M. S. y PELLEGRINI, M. V., "El muerto que habla", DFyP 2019 (abril) cita online: AR/DOC/2425/2018; y HERRERA, M., "Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida *post mortem* desde la perspectiva comparada", *IUS*, Vol. 11, No. 39, 2017. HERRERA, M., "Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas", *InDret*, 2017, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1280.pdf>.

⁶² CURTI, P. J. y NOTRICA, F., "Gestación por sustitución", en HERRERA, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, op. cit., t. II, pp. 9-143; LAMM, E., "La gestación por sustitución como deconstrucción de la 'maternidad' que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos", RDF 89, 139, cita online: AR/DOC/1271/2019; KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S., "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso 'Paradiso y Campanelli c. Italia'", ll cita online: AR/DOC/610/2017; y MAFFÍA, D. y GÓMEZ, P. L., "Apuntes feministas acerca de la gestación subrogada", RDF 89, 167 cita online: AR/DOC/1286/2019.

La quita de la segunda figura —la gestación por sustitución— no sólo respondió al rechazo de dicho actor social, sino también a ciertas voces provenientes del feminismo fundado, básicamente, en el uso de la mujer como objeto o prestadora de útero y su correspondiente mercantilización. Se trata de un debate hartamente complejo cuyo análisis también amerita un estudio propio y pormenorizado;⁶³ lo cierto es que al momento en

⁶³ Respecto de la fertilización *post mortem*, véase, Tribunal de Familia de Morón Nro. 3, "G.A.P. s/ autorización", AP/JUR/289/2011 (21 de noviembre de 2011); Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 3, 3/11/2014, "K. J.V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", AR/JUR/53958/2014; Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, "K. J.V. vs. I.D.E.G. y F y otros s/ amparo", AP/DOC/715/2015 (17 de abril de 2015); Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, "S.M.C. s/ medida autosatisfactiva", RC J 6303/14 (7 de agosto de 2014); Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería No. 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015, "A., C.V. vs. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE s/ amparo", inédito, confirmado por: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 3, Santa Rosa, La Pampa, 26/10/2016, "A., C.V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE s/ amparo", inédito, y Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A, 31/10/2017, "A., C. D. V. contra INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE sobre AMPARO", disponible en: <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/077/479/000077479.pdf>; Juzgado Nacional Civil No. 87, 05/05/2016, "N. O. C. P. s/Autorización", elDial AA9766; Casilda Santa Fe Juzgado de Distrito de Familia, "25/11/2016, "C., M. S. s. Autorización judicial", RC J 7087/16; y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 03/04/2018, "D., M. H. y otros s/ autorización", LL Cita Online: AR/JUR/20162/2018. Respecto a la técnica de gestación por sustitución, compulsar: Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, "N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento", Infojus online, Id Infojus: FA13020016; Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, "B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario", Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567 (Antecedente: C. Civ. Com. y Lab. Gualeguaychú, 14/04/2010, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario", LL cita online: AR/JUR/75333/2010. Revoca la sentencia de primera instancia que rechaza la acción por falta de legitimación activa); Tribunal Colegiado Rosario No. 7, 02/12/2014, "XXX", LL cita online AR/JUR/90178/2014; Juzgado Nacional en lo Civil No. 102, 18/05/2015, "C., F. A y otro c/ R. S., M. L.", Cita Online: AR/JUR/12/11/2015; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, 25/06/2015, "N., N. O.", La Ley, Cita online: AR/JUR/24326/2015; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, 29/7/2015, "A. V. O. A. C. G. Y J. J. F2. Tribunal Superior de Justicia C.A.B.A.", "M., C. K. s/información sumaria", 04/11/2015, inédito; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Cita Online: AR/JUR/58729/2015; Juzgado Familia No. 9 de Bariloche, DATO RESERVADO, Expte. Nro. 10178-14", 29/12/2015, inédito; Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, "H., M. y otro/a", 30/12/2015, cita online <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-trib-flia-no-3-lomas-de-zamora-prov-bs-as-gestacion-por-sustitucion-2015/>; Tribunal Colegiado Familia Rosario Nro. 5, 27/05/2016, "S. G. G. y otros s/ filiación, LL Cita Online: AR/JUR/37971/2016; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 7, 15/06/2016, "A. R., C. y otros c. C., M. J. s/ impugnación de filiación", <http://absta.info/poder-judicial-de-la-nacin-juzgado-civil-7-buenos-aires-15-de.html>; Juzgado Nacional Civil Nro. 4, 30/06/2016, "S. T., A. y otro s/ inscripción de nacimiento", <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/03/21-bis.-Revocacion-Sala-H-CNCIV.docx>, revocada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 24/10/2016, "S. T., A. y otro s/ inscripción de nacimiento", Microjuris cita: MJ-JU-M-110359-AR | MJJ110359 (no firme); Juzg. Familia Moreno Nro. 2, 04/07/2016, "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/materia a categorizar", LL Cita Online: AR/JUR/42506/2016; Juzgado de Familia San Martín Nro. 3, 22/08/2016, "M., I. M. y otro/a s/

que se redacta el presente ensayo, se han dictado un total de 44 sentencias, correspondientes a 39 casos, que encierran supuestos de gestación por sustitución. Todas ellas a favor de esta figura, excepto en tres casos que se encuentran a la espera de resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que comprometen a parejas del mismo sexo (hombres), es decir, el reconocimiento de co-paternidades. ¿Cómo juega el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual en la

autorización judicial", LL Cita Online: AR/JUR/108097/2016; Juzgado Nacional Civil Nro. 8, 20/09/2016, "B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación", LL Cita Online: AR/JUR/70743/2016; Juzgado de Familia Lomas de Zamora Nro. 12, 03/10/2016, "G. N. C. y otro c. W. B. A. V. s/ rectificación de partidas", inédito; Juzgado Familia Lomas de Zamora No. 7, 30/11/2016, "B. J. D. y otros s/ materia a categorizar", LL Cita Online: AR/JUR/85614/2016; Juzgado Nacional Civil No. 81, 14/06/2017, "S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación", LL Cita Online: AR/JUR/37036/2017, Revocado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 30/10/2018, "S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación", inédito (no firme); Juzgado de Familia de Viedma Nro. 7, 06/07/2017, dato reservado, LL Cita Online: AR/JUR/39473/2017; Juzgado de Familia Mendoza Nro. 2, 06/09/2017, "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas", LL Cita Online: AR/JUR/60950/2017; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 4, 20/10/2017, "S. T. V. s/ inscripción de nacimiento", inédito. Confirmado por Cámara Nacional de Apelaciones en Civil, sala H, 15/03/2018, S. T. V. s/ inscripción de nacimiento", Microjuris cita: MJ-JU-M-110359-AR | MJ110359 (no firme); Juzgado de Familia Córdoba Nro. 3, 22/11/2017, "R., L. S. y otros s/ homologación", Id SAJ: FA17160015; Tribunal Colegiado de Familia Rosario Nro. 7, 05/12/2017, "H. M. E. y otros s/ venias y dispensas", Microjuris cita: MJ-JU-M-108324-AR | MJ108324 | MJ108324; Juzgado de Familia de Mendoza Nro. 2, 15/02/2018, "S. M. S.; T. C. J.; B. P. s/ medidas Autosatisfactivas", inédito; Juzgado de Familia de San Isidro Nro. 6, 02/03/2018, "S. M. J. y otro s/ autorización previa", LL Cita Online: AR/JUR/1438/2018; Juzgado de Familia y Menores de San Luis Nro. 2, Segunda Circunscripción, 05/03/2018, "V. L. J. y otros s/ autorización previa", inédito; Juzgado de Familia Maipú, 04/04/2018, "A. G., O. C. E. y A. M. D. p/ autorización", disponible en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6030261699; Juzgado de Familia Córdoba, Cuarta Nominación, 21/05/2018, "A., P. A. y otro - medidas urgentes", https://www.juschubut.gov.ar/images/centro-juris/iurisletter/word/RESOLUCION_MATERNIDAD_SUBROGADA.DOC; Juzgado Civil, Comercial y Familia Villa María, Segunda Nominación, 08/06/2018, "R., R. A. y otros - Autorizaciones", disponible en: www.diariojudicial.com/nota/81086; Juzgado Familia de Córdoba, Primera Nominación, 06/08/2018, "A., M. T. y otro s/ solicita homologación", LL Cita Online: AR/JUR/39379/2018; Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I de San Miguel de Tucumán, 26/09/2018, "P. A. M. y otro s/ autorización judicial", elDial.com-AAAD50; Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia Neuquén Nro. 1, Primera Circunscripción Judicial, 27/11/2018 "C. T. E. y otros s/ medida autosatisfactiva", disponible en: <http://200.70.33.133/cmoeext.nsf/1f69a95ddfc04904032579df0055f4b6/f033e5f3df0cfb0f03258415005760ed?OpenDocument>; Juzgado Civil Bell Ville, Tercera Nominación, 06/12/2018, "D., R. d. V. y otros s/ homologación", eldial.com — AAAF41; Tribunal Colegiado de Familia No. 2 de Santa Fe, 08/02/2019, inédito; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 87, 03/04/2019, "O.F.G.A. y otro s/autorización" inédito; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, 12/04/2019, "M.R.J. y otro s/medidas precautorias", inédito; Juzgado de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22/04/2019, "C.C.A. y otros s/materia a categorizar", inédito; Juzgado de Familia No. 5 de Córdoba, 25/04/2018, "V.A. B. y otros s/solicita homologación", eldial.com — AAB321; y Juzgado en lo Civil en Familia VII del Centro Judicial de la Capital de Tucumán, 27/05/2019, "M.I.M.D.L.P. y G.F.J. s/autorización judicial", inédito.

gestación por sustitución? Uno de los tantos interrogantes abiertos que involucra el derecho de las familias.

3.2. La noción de "coparentalidad"⁶⁴

Dentro de este campo que nuclea los derechos y deberes que nacen del vínculo entre progenitores e hijos, las modificaciones de fondo son varias, aquí por razones de espacio se destaca una de gran importancia práctica: lo que acontece con los hijos tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres. El código derogado priorizaba a uno de ellos otorgándosele la "tenencia" del hijo, restándole al otro progenitor un lugar periférico, al concedérsele un derecho de comunicación y supervisión. Este sistema observa tantísimas y variadas críticas. En primer lugar, la noción de "tenencia" —que el Código Civil y Comercial cambia por el de cuidado personal— respondía a la idea de los hijos como un objeto ("un trofeo"); en cambio, la de cuidado personal está más a tono con el obligado reconocimiento de los hijos como verdaderos sujetos de derechos de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otro lado, cabe recordar, que el régimen derogado —aún después de la sanción de la ley de matrimonio igualitario— mantenía la preferencia materna en la "tenencia" de los hijos menores de cinco años cuando se trataba de una pareja de diverso sexo, prioridad que cedía cuando se trataba de parejas de igual sexo en el que sólo se debía observarse el mejor interés del hijo. ¿Acaso las mujeres somos, *a priori* y en abstracto —fundado en la supuesta "naturaleza"— las mejores cuidadoras de nuestros hijos? Este régimen unilateral en la atribución del cuidado de los hijos, no sólo

⁶⁴ Para profundizar sobre esta figura, véase entre otros: DAURIA, P. y KENIS, S., "La perspectiva de género en el Código Civil y Comercial: tensiones entre el derecho a la coparentalidad, autonomía personal e interés superior del niño/a frente al cambio de radicación de la cuidadora principal", RDF 87, 165. AR/DOC/3545/2018; GONZÁLEZ de Vicel, M.A., "Reversión del sistema de cuidado: conflictos entre adultos que impactan en el principio de coparentalidad y lo desplazan", RDF 2019-IV, 173. AR/DOC/1962/2019; y LLOVERAS, N., BRUNEL, T. F., y SCOCOZZA, R. D., "El ejercicio de la responsabilidad parental: un análisis desde la perspectiva de género", RDF 87, 187. AR/DOC/3433/2018.

perjudicaba a quienes se debía beneficiar en primer término, los niños, sino también a los hombres y a las mujeres, a quienes se les sigue asignando el papel —la carga y la consecuente culpa— de ser las principales cuidadoras de los hijos.

¿Cuál es el sistema legal que cumple con el derecho humano de todo niño a tener vínculo con ambos padres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna (conf. art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño ya citado)? Sin lugar a duda, el régimen de "coparentalidad". Si mientras los adultos convivían bajo el mismo techo llevaban adelante de manera indistinta diversos actos de la vida cotidiana de los hijos, comprometiéndose y responsabilizándose por igual en su crianza, ello debería continuar aunque los padres pasen a vivir en dos hogares diferentes.

De esta forma, se beneficia a todo el grupo familiar. A los hijos, porque mantienen intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. A los padres, porque siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad hacia sus hijos, evitando conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas "visitas", cuyo padre se empieza a alejar del hijo y al tiempo deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, cual "efecto dominó" que después es muy complejo revertir. En este contexto, el régimen de "coparentalidad" no sólo es el que responde al principio del "mejor interés del niño", sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia. Además, la ley coloca, de este modo, su máximo esplendor en su papel pedagógico y preventivo.

3.3. La familia ensamblada

"Los tuyos, los míos y los nuestros" constituyen otra realidad familiar que no podía quedar invisibilizada. Además del aludido aumento en la perspectiva de vida, la mayor aceptación social y consecuente baja en

la estigmatización del divorcio —entre otras causas— han dado paso a la configuración de diversas formas de familia como ser las "familias ensambladas". Se trata de nuevos núcleos familiares que se generan a partir de la formación de nuevas parejas (matrimonial o convivencial), en las que uno o ambos integrantes vienen, a su vez, de una relación de pareja anterior (matrimonial o convivencial) de la cual ha habido hijos, pudiendo también haber hijos de esta nueva unión.

Sólo en los cuentos infantiles quedan esas imágenes de "madrastas" y "padrastrós" desaprensivos y dedicados a alejar a los hijos de sus padres-parejas. En la realidad, estas personas son referentes afectivos de importancia en la vida de los niños que han tenido un reconocimiento general en el art. 7 del decreto 415/2006 que reglamenta la mencionada Ley 26.061 al referirse a los "referentes afectivos".

¿Si por alguna razón el progenitor no llega a ir a buscar a la escuela a su hijo, quien quiere ir a jugar a la casa de un compañero, no podría ir la persona con quien convive el niño y autorizarlo a esa salida recreativa beneficiosa para el niño? No se trata de restar funciones a los principales responsables de la crianza de los hijos sino, por el contrario, facilitarles el papel de aquéllos al reconocerles a sus parejas convivientes la posibilidad de realizar actos de la vida cotidiana de los hijos. Así, el CCyC habilita ciertos derechos y deberes a cargo de los llamados "progenitores afines" como ser: *a*) la posibilidad de colaborar en la crianza y educación de los hijos de su pareja; *b*) en determinadas circunstancias, poder hacerse cargo del cuidado de estos niños cuando, por diversas razones y de manera transitoria, el progenitor no puede o ejercer conjuntamente con este progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental; y *c*) en situaciones excepcionales, contribuir a la manutención alimentaria del niño/a o adolescente de manera o con carácter subsidiario (arts. 672 a 676).

VI. ¿El CCyC ha caducado, poniendo en crisis el principio binario y el reconocimiento de triple filiación?

Apartado propio merecen las situaciones planteadas y reconocidas en el plano jurídico de niños con tres vínculos filiales.⁶⁵ Los dos casos que se han resuelto en el registro civil involucran situaciones fácticas afectivas similares. Se trata de una pareja conformada por dos mujeres que se someten a las llamadas "prácticas caseras" de reproducción asistida y se inseminan con material genético de un amigo que desea también ser padre, es decir, criar, educar y tener una presencia activa en la vida del niño. En ambos casos los niños tenían vínculo jurídico con ambas mujeres casadas por aplicación de la determinación de la presunción legal de filiación (en este caso maternidad, no paternidad) derivada del matrimonio. Ante esta clara aplicación de la máxima de dos vínculos filiales o binarismo que rige en el campo del derecho filial, los hombres fueron al registro civil a reconocer a los niños fundado en dos elementos del derecho a la identidad: estática (elemento genético) y dinámica (el vínculo afectivo), haciéndose lugar en ambas oportunidades al reconocimiento sin desplazamiento previo alguno, de allí que ambos niños cuentan con triple vínculo filial.

Otro planteo está en pleno debate en la justicia. La plataforma fáctica-afectiva es la siguiente.

⁶⁵ Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, Disposición 2062 (D.P.R. Personas), 22 de abril de 2015, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, No. VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 217; Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, Disposición Administrativa, 13 de julio de 2015. Para ampliar, véase DE LA TORRE, N. y SILVA, S. A., "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología", RDF 2017-VI, 310 Cita Online: AR/DOC/4218/2017; De Lorenzi, Mariana A., "Nuevos caminos entre viejos campos. Pluriparentalidades en tránsito", RDF 2019-II, 268 Cita Online: AR/DOC/1136/2019; HERRERA, M., "Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales", RDF 85, 149, cita online: AR/DOC/3141/2018; y HERRERA, M. y FERNÁNDEZ, Silvia E., "Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad", RDF 83, 14, cita online: AR/DOC/2892/2018.

Una mujer mantuvo una relación con un hombre durante cinco años. Tras la ruptura, él formó pareja con otro hombre, quedando una excelente amistad entre los ex miembros de la pareja heterosexual. Al tiempo, la mujer que no formó pareja quiere ser madre pero no se anima a someterse a reproducción asistida sola, es decir, para conformar una familia monoparental, y decide con su mejor amigo y ex pareja tener entre los tres un hijo cuyo material genético masculino es aportado por la nueva pareja de su ex. Entre los tres se someten a una TRHA firmando cada uno de ellos el correspondiente consentimiento informado que exterioriza la voluntad procreacional de cada uno. En mayo del 2016 nace una niña y se presentan en el registro civil los tres consentimientos informados debidamente protocolizados como lo disponen los arts. 560 y 561 del CCyC. Se rechaza la inscripción a favor de los tres fundado en la última parte del art. 558 que establece que nadie puede tener más de dos vínculos filiales. ¿Cómo o sobre la base de qué fundamentos el registro civil elige dos de los tres protagonistas en la vida de la niña cuando, justamente, a la luz de la regulación actual de la filiación derivada de las TRHA la determinación filial se establece a favor de quien o quienes prestan el correspondiente consentimiento informado sin importar el dato genético? Ante esta negativa, se solicitó al registro civil que al menos inscriban a la niña a favor de la mujer de conformidad con la determinación filial a favor de quien da a luz como lo dispone el art. 562 del CCyC, y además, prestó el correspondiente consentimiento informado ¿Y con respecto a los dos hombres? Se procedió a judicializar la cuestión mediante el planteo de una acción innominada de reclamación de co-paternidad para lograr el emplazamiento de los dos hombres como padres de la niña sin desplazar a la madre, es decir, que se reconozca la triple filiación como excepción al principio binario fundado en varios derechos humanos comprometidos como ser el derecho a la identidad y el derecho a la protección familiar.⁶⁶

⁶⁶ Juzgado de Familia No. 2, Mar del Plata, 24/11/2017, "C. M. F y otros s/ materia a categorizar", RDF 2018-III. cita online: AR/JUR/103023/2017, revocado por Cámara de Apelaciones Civil y

De manera más reciente, la justicia rechazó un reclamo de triple filiación en relación a un niño nacido a través del método conocido como "inseminación casera", cuyo vínculo filial se encuentra determinado a favor de la mujer que da a luz y del hombre que aporta el material genético con voluntad procreacional; siendo la pareja masculina de este último el abyecto a la relación jurídica, y quien reclama el reconocimiento como co-padre sin afectar el vínculo filial de origen.⁶⁷ Más allá de los conflictos filiales que genera este tipo de práctica informal mediante el uso de una jeringa, lo cierto es que, en este caso, el hombre no tenía vinculación afectiva con la niña por desavenencias entre los adultos que llevó a la interrupción de la comunicación con el reclamante. La jueza consideró que, en este contexto, no respondía al interés superior del niño reconocer el vínculo filial peticionado.

¿Los casos de triple filiación y la consecuente puesta en crisis del binarismo filial sólo se lo observa en el campo de la filiación derivada de TRHA? La respuesta negativa se impone.

Sintéticamente, veamos dos planteos que comprometen la filiación adoptiva.

El primero, compromete un caso resuelto por el Juzgado de Familia No. 6 de Lomas de Zamora el 20 de octubre de 2015.⁶⁸ La plataforma fáctica era la siguiente. Una mujer que ya ostentaba la guarda de un niño por generar un vínculo afectivo al visitarlo asiduamente al hogar en el que se encontraba transitoriamente, solicita la adopción unipersonal. Al principio, ella y su marido eran los que concurrían al hogar para visitar al niño y lo retiraban los fines de semana con fines recreativos. Luego de un

Comercial, Mar del Plata, Sala Primera, 20/12/2018, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", inédito (no firme).

⁶⁷ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 77, 16/07/2019, "A., N.R. y Otros y Otro c/ Gcba y Otros S/Amparo", inédito.

⁶⁸ Juzgado de Familia No. 6 de Lomas de Zamora, 20 de octubre de 2015, "S., A. J. s/Adopción. Acciones vinculadas", inédito.

tiempo, el marido fallece y ella decide seguir sola el camino de la adopción. El 18 de septiembre de 2013 se resuelve declarar el estado de abandono y adoptabilidad del niño S.A.J., y se otorga la guarda con fines adoptivos a la señora M.S.V. El 20 de octubre de 2015 se resuelve la adopción plena del niño a favor de su guardadora.

¿Cuál es la particularidad del caso? La guardadora devenida madre adoptiva desde hace años, lleva adelante la crianza del niño con su vecino, mejor amigo y su pareja del mismo sexo, generándose un fuerte lazo afectivo y de crianza conjunta entre los tres. En este caso, no obstante haberse otorgado la adopción plena unipersonal en favor de la mujer, de la lectura de la sentencia surge y se explicita esa realidad familiar pluriparental. Al respecto se dice: "El niño S.A.J. convive con la Sra. M.S.V. teniendo también un vínculo —ubicado en el rol paterno— con los sres. M. y M." Agregándose que "De la entrevista al niño surge que se encuentra integrado en dos espacios familiares, uno con la sra. M.S.V y otro con M. y M. (padrinos del niño) a quienes S.A.J. los ubica en un rol paterno. Que el niño conoce su filiación biológica y su historia. Que se pudo apreciar el vínculo afectivo que tiene con su guardadora y el resto del grupo familiar quienes lo han cuidado y han cubierto sus necesidades afectivas y su bienestar general".

El segundo, es el planteamiento resuelto por el Juzgado de Familia No. 4, de La Plata, en una resolución que tendría dos partes, la sentencia del 20 de febrero de 2017 y la interlocutoria del 6 de marzo de 2017. La plataforma fáctica, de manera hartó sintética, era la siguiente. Una pareja tiene una hija, la niña V. nacida el 26 de septiembre de 2006; en 2008 se produce la ruptura, y en 2009 la mujer vuelve a formar pareja con otro señor, con quien contrae matrimonio y posteriormente, nace un niño. De este modo, V. vive con su madre, su progenitor afín y su hermano unilateral. Cuando V. cuenta con 10 años, el progenitor afín peticiona la adopción de integración simple;⁶⁹ solicitando expresamente su intención

⁶⁹ Es dable destacar que en el derecho argentino ambos tipos de adopción se mantienen: la simple y la plena. Básicamente, la diferencia sustancial entre ellas consiste en que la primera no extingue el

de conservar "ambos vínculos filiatorios de origen, esto es, sin extinguirse el vínculo de la niña con su progenitor de origen". Por su parte, el padre no conviviente se presenta al proceso y manifiesta su consentimiento al planteo de marras, siempre que sus derechos y deberes sobre V. no se vean restringidos o modificados como efecto de la adopción que se solicita. Además, y de conformidad con el art. 595, inc. f) del CCyC que requiere el consentimiento a la adopción de los niños de 10 años o más, el 14 de noviembre de 2016, V. presta la correspondiente manifestación de voluntad.

En este marco, tanto la fiscalía como la asesoría de menores prestaron conformidad sin advertir que el especial pedido encerraba, en definitiva, un caso de triple filiación. La jueza tampoco lo advierte y por ende, dicta sentencia de adopción de integración de tipo simple "con todos los efectos previstos por la ley respecto de dicha adopción", es decir, desoyéndose lo que todos los integrantes de la familia estaban solicitando.

Ante este panorama, tanto el progenitor afín y pretense adoptante como el progenitor no conviviente, presentan escritos solicitando se aclaren los términos o efectos de la adopción; y es ahí cuando la jueza como la asesora de menores advierten el pedido de reconocimiento de triple filiación. Ante esta circunstancia, la asesora de menores apela —en abierta contradicción a la conformidad que había prestado anteriormente—, y por pedido de la fiscal de que tenga una audiencia con la niña y conozca en

vínculo con la familia de origen y sólo crea vínculo de adopción entre adoptado y adoptante o adoptantes y la segunda, sí extingue todo vínculo jurídico con la familia de origen y el niño pasa a integrar la familia adoptiva generando lazos jurídicos con toda la familia adoptiva. Este binarismo es flexibilizado en el CCyC al habilitar la denominada "flexibilización" de los tipos adoptivos según lo previsto en el art. 621. ¿Qué significa esta facultad judicial que otorga la ley? Que según el caso planteado, el juez puede disponer la adopción plena y que pase a integrar la familia adoptiva pero que a la par, se mantenga el vínculo con determinado pariente de la familia de origen. Este tipo de situaciones suelen darse en los supuestos de adopción de grupos de hermanos en los que no es posible que se integren todos a un mismo grupo familiar y, por ende, se debe decidir la adopción en diferentes familias adoptivas en forma plena, pero manteniendo entre los hermanos este vínculo jurídico. Una explicación más actual de esta normativa se puede encontrar en NOTRICA, F. P., "Comentario al Art. 621", en LORENZETTI, R. L. (dir. gral.) y HERRERA, M. (dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Derecho de Familia*, t. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019, p. 116 y ss.

profundidad su situación afectiva-familiar, modifica su opinión y desiste del recurso de apelación. En este contexto, la jueza, en el mencionado auto ampliatorio, dispone: "En virtud de lo peticionado, líbrese oficio al Registro Civil para que proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña... y se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los recaudos... debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación."

Como se puede apreciar, una vez más, la obligada mirada de derechos humanos causa un cimbronazo en las estructuras tradicionales del abordaje jurídico de las relaciones familia. En esta oportunidad, fundado en el fortalecimiento y desarrollo del concepto de socioafectividad y de identidad dinámica que cada vez juega un papel más importante en el derecho de las familias en Argentina.⁷⁰

¿Se puede aseverar que CCyC nació viejo o, que la realidad social cada vez más dinámica lo coloca siempre unos pasos atrás? Este interrogante se responde fácil y de modo elocuente, si se tiene en cuenta que el derecho argentino recepta un sistema de control de constitucionalidad/concurrencialidad difuso, es decir, cada juez en cada planteo debe confrontar que la legislación aplicable responda, respete y esté en consonancia con los derechos humanos. Máxime en el marco de una legislación civil que se autoimpone dicha compulsión a la luz de lo previsto en sus dos primeros artículos y transcritos.

VII. Brevisimas reflexiones de cierre

El CCyC argentino —como todas las leyes— es el resultado de una época. Momentos de fuertes revisiones críticas a modelos familiares rígidos,

⁷⁰ HERRERA, M., "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Derecho de Familia, No. 66, septiembre 2014, pp. 75 y ss. Y de manera más actual aún, LAMM, E. y RODRÍGUEZ I., M. y KEMELMAJER de Carlucci, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, Nota, *Tratado de Derecho de Familia. Actualización Doctrinal y Jurisprudencial*, t. V-A, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Ap. 6 del capítulo VIII, p. 808 y ss; y DE LA TORRE, M., y FERNÁNDEZ, S. E., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, op. cit.

a vínculos centrados en nociones y estructuras clásicas como ser la heterosexualidad, el matrimonio, el parentesco, dejándose afuera otras tantas realidades afectivas.

Precisamente, la profundidad y complejidad que propone la doctrina internacional de los Derechos Humanos ha colocado en el banquillo —en buena hora— a la legislación civil. Sin lugar a duda, era imperativo llevar adelante una verdadera revolución copernicana en la regulación de las relaciones de familia, infancia y adolescencia porque la realidad social la estaba interpelando de tal modo que era imposible mantener su estructura original y a la par, pretender respetar compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

El CCyC ha estado vigente desde hace cuatro años; es un tiempo prudencial para realizar un balance provisorio sobre la deconstrucción-reconstrucción de la regulación civil en las relaciones de familia, infancia y adolescencia en clave de derechos humanos. En especial, si ha cumplido uno de sus principales objetivos: incluir diversas formas de familias, de extender sus bases y visiones. Se trata de aceptar y comprender que la realidad contemporánea es más compleja, porosa e incisiva; de interpelar a los operadores en general —tanto a los jurídicos como aquellos que pertenecen a otras profesiones directamente vinculadas con el ámbito en estudio— de manera constante para estar a la altura de la diversidad y actualidad de los conflictos que se presentan.

Para motorizar este gran desafío, pendiente en la mayor parte de la región y en etapa de consolidación —con varias resistencias— en el derecho argentino, es ineludible colocar a la formación en derechos humanos como centro de la escena y a la par, no tener una visión romántica de las leyes. Si bien es cierto que las normas constituyen una herramienta de suma relevancia y básicas para llevar adelante profundas transformaciones socioculturales; lo cierto es que, quiénes y cómo las interpretan siguen siendo el nudo central a desentrañar. Este es, lejos, el desafío más fuerte en estos momentos de tensión en donde lo nuevo y lo viejo siguen

coexistiendo, en el que la mirada de derechos humanos en toda su dimensión aún no ha terminado de anclar y el miedo a retroceder en conquistas socio-legales es genuino.

En definitiva, la lucha por la protección y satisfacción de los derechos humanos de las familias, niños y adolescentes sigue siendo una de las grandes deudas pendientes de la democracia en una región convulsionada, contradictoria y fuertemente desigual. En este contexto, más que nunca se debe recordar la célebre frase del político y escritor cubano José Martí: "*Los derechos se toman, no se piden; se arrancan, no se mendigan*". Aún quedan muchos derechos por conquistar.

CAPÍTULO 3

Derechos, libertad, autonomía y matrimonio. El legado constitucional e internacional de *Obergefell vs. Hodges*

Rosa Celorio*

* Vice-Decana y Profesora de Derecho Internacional y Comparado Burnett Family, George Washington University Law School.

I. Introducción

El tema de los derechos humanos en Estados Unidos reviste de gran complejidad. Existen dicotomías importantes en su historia en lo pertinente al individuo y sus derechos.

Estados Unidos es un país cuya estructura jurídica y gubernamental no fue originalmente conceptualizada desde un marco de derechos humanos.¹ La Carta de Derechos, mejor conocida como el *Bill of Rights*, no fue adoptada hasta el 1791, y ha sido producto de un histórico y persistente debate entre el gobierno federal y los estados sobre la distribución de poderes y facultades entre los mismos.² La Carta de Derechos a su vez cuenta con un contenido limitado, y la Constitución sólo ha sido enmen-

¹ Para mayores elementos históricos, véase MAGGS, G. E. y SMITH, P., *Constitutional Law: A Contemporary Approach*, 4a. ed., 2018, pp. 535-538.

² Constitución de los Estados Unidos de América (1789), incluyendo Enmiendas 1-10 (Carta de Derechos) (1791). Disponible en: <http://constitutionus.com/>

dada 27 veces en su larga historia.³ Sin embargo, la Constitución expresa de forma clara su enfoque en las personas y el carácter fundamental de las libertades.⁴ Las enmiendas a la Constitución sí tienen un énfasis importante en derechos, como la religión, el debido proceso, la igual protección de la ley y la seguridad de las personas y sus domicilios.⁵

Los derechos humanos —en su conceptualización universal y global— tampoco es una terminología común en el sistema jurídico americano y en la conciencia social en Estados Unidos.⁶ Las luchas por los derechos civiles en Estados Unidos se han acercado a manifestaciones similares de este lenguaje, pero su base ha sido mayormente el derecho constitucional y la legislación nacional y local. Estados Unidos ha tenido en su historia una serie de movimientos conocidos que han perseguido de forma intensa la igualdad de trato para las razas y los sexos, resultado de violaciones de derechos sistemáticas y graves como la esclavitud y la segregación racial,⁷ y la denegación del voto para las mujeres.⁸ También el Congreso ha adoptado estatutos federales importantes como el 42 U.S.C. § 1983, que permite elevar ante los tribunales federales acciones por violaciones a los derechos civiles perpetradas por agentes estatales, y el 28 U.S.C. § 2241 que crea un espacio para cuestionar la legalidad de la privación de la libertad mediante la interposición de un hábeas corpus, entre otros recursos.⁹

³ *Ibidem*, Enmiendas 1-27.

⁴ *Ibidem*, Preámbulo y Carta de Derechos.

⁵ *Ibidem*, Enmiendas I, IV, y XIV.

⁶ Véase HATHAWAY, O. A., McELROY, S. y ARONCHICK, S., "International Law at Home: Enforcing Treaties in U.S. Courts", *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 51, 2012, pp. 76-90; STEWART, D., "United States Ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: The Significance of the Reservations, Understandings, and Declarations", *DePaul Law Review*, Vol. 42, 1993, pp. 1183, 1183-1186, 1188-1207.

⁷ Equal Justice Initiative, "Segregation in America, From Slavery to Segregation", pp. 6-16, 10 de julio de 2018. Disponible en: <https://segregationinamerica.eji.org/>

⁸ History, Art & Archives, United States House of Representatives, *The Women's Rights Movement, 1848-1920*. Disponible en: <http://bit.ly/2ksnNgp>

⁹ Véase Estatutos federales 42 U.S.C. § 1983 y 28 U.S.C. § 2241. Disponible en: <http://bit.ly/2kve3lB> y <http://bit.ly/2m4m8hC>

El lenguaje de derechos humanos a nivel mundial tuvo su primera expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, y ha sido codificado desde entonces de forma extensa en una gama de tratados universales, documentos de consenso y decisiones, sentencias y recomendaciones de mecanismos de las Naciones Unidas, y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.¹⁰ También principios de derechos humanos han sido consagrados en la gran mayoría de las constituciones a nivel mundial.¹¹ Pese a que los Estados Unidos han tenido un papel clave en la negociación de varios de los instrumentos y tratados de derechos humanos, tiene un récord limitado en su firma y ratificación.¹² Los tribunales en Estados Unidos tampoco tienen una historia consistente de aplicar el derecho internacional en sus decisiones, y este es el caso asimismo en lo pertinente a los derechos humanos.¹³

La Corte Suprema de Estados Unidos también tiene una historia de contradicciones en lo pertinente a los derechos humanos. Es una Corte que ha adoptado decisiones fundamentales para los derechos de las personas,¹⁴ pero también los ha limitado y coartado en momentos concretos.¹⁵ Es una Corte que ha protegido mucho a los individuos ante la actuación

¹⁰ HANNUM, H., ANAYA, J., SHELTON, D. y CELORIO, R., *International Human Rights: Problems of Law, Policy, and Practice*, 6a. ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2018, pp. 2-3, 65-92; BUERGENTHAL, T., "The Evolving Human Rights System", *American Journal of international Law*, Vol. 4., No. 100, 2006, pp. 783-807.

¹¹ Véase, de manera general, BECK, C., MEYER, J., HOSOKI, R. y DRORI, G., *Constitutions in World Society: A New Measure of Human Rights*, SSRN, 2017. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2906946>; OHCHR, *Human Rights and Constitution Making*, 3 de septiembre de 2018, pp. 1-11. Disponible en: <http://bit.ly/2m5c5bO>

¹² HUMAN RIGHTS WATCH, *United Nations Ratification of Human Rights Treaties*, Overview, 2009. Disponible en: <http://bit.ly/2lZCA2A>

¹³ HATHAWAY, O., Sabrina McELROY, S. y ARONCHICK S., *op. cit.*; SLOSS, D., "How International Law Transformed the U.S Constitution", *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, 2015, pp. 1-30.

¹⁴ Véase, en general, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); Corte Suprema Estados Unidos, caso *United States vs. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

¹⁵ Véase, por ejemplo, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Dred Scott vs. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857); Corte Suprema Estados Unidos, caso *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

excesiva de los Estados,¹⁶ pero no ante daños perpetrados por personas individuales.¹⁷ En sus decisiones, la Corte Suprema se ha referido al marco jurídico internacional de forma inconsistente, pese a que sus decisiones han tenido efectos directos e indirectos en los derechos de millones de personas.¹⁸

En dicho marco, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso *Obergefell vs. Hodges*, en el 2015, en el cual estableció que las personas del mismo sexo gozan de un derecho fundamental al matrimonio bajo la cláusula de debido proceso y la igual protección de la ley de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.¹⁹ La decisión igualmente requiere a todos los estados el reconocer matrimonios del mismo sexo llevados a cabo en otros estados.²⁰ Esta decisión ha sido valorada por muchos activistas en Estados Unidos como un triunfo nacional y global para los derechos humanos.²¹

La decisión de *Obergefell vs. Hodges* constituye un momento importante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos al avanzar una serie de conceptos y análisis pertinentes a los derechos humanos en el ámbito de la familia y el matrimonio. Mucho del análisis constitucional de la Corte Suprema lleva a reflexionar si esta puede ser una tendencia nueva en Estados Unidos en su examen de aspectos vinculados con derechos de individuos, personas y grupos históricamente discrimi-

¹⁶ Véase, por ejemplo, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186.

¹⁷ Corte Suprema Estados Unidos, caso *Castle Rock vs. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005); Corte Suprema Estados Unidos, caso *DeShaney vs. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989).

¹⁸ Como ejemplo de decisiones en donde la Corte Suprema ha aplicado el derecho internacional, véase, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551, 21-24 (2005) ("Slip Opinion"); Corte Suprema Estados Unidos, caso *Lawrence et al. vs. Texas*, 539 U.S. 558, 12-13 (2003) ("Slip Opinion").

¹⁹ Corte Suprema Estados Unidos, caso *Obergefell et al. vs. Hodges*, 576 U.S., 22-28 (2015) ("Slip Opinion").

²⁰ *Ibidem*, pp. 27-28.

²¹ Véase, como referencia, AMNESTY INTERNATIONAL, *Victory: Marriage Equality is a Right!*. Disponible en: <http://bit.ly/2kqateg>; ROBERT F. KENNEDY HUMAN RIGHTS FOUNDATION, *Obergefell vs. Hodges Decision a Great Victory for Human Rights*, Washington, D.C. 26 de junio de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/2m6oegA>

nados. La Corte avanza principios importantes sobre el papel de las Cortes estadounidenses en la definición e interpretación de derechos humanos a la luz de la Constitución, y conceptos importantes como la libertad, autonomía y el matrimonio igualitario. También hay paralelos importantes entre esta sentencia y las tendencias internacionales en torno al matrimonio y las uniones entre parejas del mismo sexo en los sistemas regionales de protección de las Américas y Europa.

En este artículo presento reflexiones sobre aspectos novedosos e históricos de la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el asunto *Obergefell* para el derecho constitucional en Estados Unidos y para el derecho internacional de los derechos humanos. En particular discutiré cómo la sentencia puede impactar en el futuro la definición de derechos humanos por la Corte Suprema de Estados Unidos bajo la Constitución. También considero que la sentencia de la Corte Suprema crea un espacio para que la Corte Suprema eventualmente analice otros temas vinculados con personas, individuos y grupos históricamente discriminados usando como referencia fuentes de derecho internacional, y el mismo derecho internacional puede ser influenciado por los principios avanzados por la Corte Suprema en *Obergefell*.

II. La sentencia histórica de *Obergefell vs. Hodges* y sus efectos

El caso de *Obergefell* fue presentado por 14 parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas fallecieron.²² Cuestionaron leyes que definían el matrimonio entre un hombre y una mujer en Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee y cómo las mismas violaban la Decimocuarta Enmienda de la Constitución al denegarles el derecho al matrimonio.²³ También sostuvieron que estas leyes violaban su derecho de tener reconocimiento en

²² *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 2.

²³ *Ibidem*.

todos los Estados Unidos de matrimonios legalmente llevados a cabo en un estado.²⁴

En una sentencia preparada por el entonces Juez Anthony Kennedy — conocido por sus decisiones vinculadas con los derechos de las personas del mismo sexo— la mayoría de la Corte Suprema concluyó que el derecho al matrimonio es fundamental e inherente a la libertad de persona, y es protegido por la cláusula de debido proceso e igual protección de la ley contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.²⁵

En mi opinión, la sentencia de *Obergefell* puede ser facilitadora e impactar de forma significativa la futura jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en una serie de áreas discutidas a continuación.

1. Derechos constitucionales en el ámbito del matrimonio

La Corte Suprema de Estados Unidos sin duda hace historia con el caso de *Obergefell* al extender protección constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo. Es una sentencia marco para los Estados Unidos en el ámbito de la orientación sexual y el derecho a la familia. Es una continuación importante de su sentencia en el asunto de *Lawrence vs. Texas*, en el cual la Corte consideró leyes que prohíben actividad homosexual consentida entre adultos como inconstitucionales.²⁶

La naturaleza histórica de la decisión también radica en la perspectiva de derechos en el razonamiento jurídico de la Corte para llegar a esta decisión.

Este análisis, y su perspectiva de derechos, es muy evidente en la consolidación de un derecho general al matrimonio en la Constitución por la

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558, pp. 3-18 (2003) ("Slip Opinion").

Corte Suprema. La Corte, en el asunto de *Obergefell*, dedica una gran parte de la sentencia a la historia e importancia del matrimonio como institución en el orden social americano.²⁷ Para la Corte, el matrimonio ofrece dignidad, seguridad y continuidad para las personas.²⁸ Sin embargo, también considera que esta institución ha evolucionado con el tiempo y que su otorgamiento legal debe considerar las condiciones sociales.²⁹ En casos anteriores, la Corte Suprema se ha referido a un derecho fundamental al matrimonio y lo que ello implica para parejas interraciales y para el uso de contraceptivos en el marco de esta institución familiar.³⁰ La Corte Suprema en *Obergefell* no sólo destaca el derecho a contraer matrimonio, también avanza una noción moderna de esta institución y la extiende a parejas del mismo sexo. Es interesante cómo la Corte combina en su lenguaje los aspectos tradicionales e históricos del matrimonio con la realidad actual de modelos de familia no conformados por mujeres y hombres.

La sentencia de la Corte Suprema es consonante con la tendencia internacional de los sistemas regionales de proteger derechos de las personas homosexuales en el ámbito de la familia y el matrimonio. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló recientemente su Opinión Consultiva 24/17, en donde destaca el derecho de las personas del mismo sexo a tener reconocimiento libre de toda forma de discriminación de sus vínculos familiares, y el deber de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana") de garantizar el acceso a todas las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.³¹

²⁷ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 3-6.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 10.

³⁰ Véase, Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Loving vs. VA*, 388 U.S. 1, 12 (1967); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 (1965).

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, *Identidad de Género e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo*, 24 de noviembre de 2017, párrs. 200-229.

Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos continúan avanzando en una noción de la familia no tradicional y cómo esta institución debe responder a la evolución de los tiempos en el análisis jurídico.³² La tendencia de los tribunales internacionales es otorgar derechos equivalentes a parejas homosexuales y heterosexuales en el marco del matrimonio. La sentencia de la Corte Suprema en el caso de *Obergefell* es parte de esta tendencia internacional, a pesar de no referirse de forma explícita al derecho universal y regional en lo pertinente al matrimonio igualitario.

2. Interpretación de la Constitución a la luz de los tiempos y el papel de las cortes

Un tema importante en la decisión de *Obergefell* es el énfasis que la Corte Suprema hace de la importancia de interpretar la Constitución de los Estados Unidos considerando los tiempos actuales. En consecuencia, la Corte analiza la evolución de las uniones de pareja a través de los años, y cómo las parejas del mismo sexo —y sus hijos, cuando oportuno— deben obtener los beneficios, continuidad y seguridad que todavía otorga el matrimonio como un pilar jurídico en los Estados Unidos.

La Corte Suprema inclusive se refiere a cómo las cortes tienen un papel en identificar las formas de injusticia en los tiempos actuales y de rechazar las mismas en su ponderación de casos individuales y ejemplificados. La Corte Suprema se refiere a cómo la interpretación constitucional de las cortes debe ser protectora de derechos, aun cuando estos no son protegidos por el orden democrático.³³ Ello significa que los individuos pueden hacer valer sus derechos ante las cortes aun cuando hay desacuerdo popular con sus posturas.³⁴

³² TEDH, caso *Schalk and Kopf vs. Austria*, App. No. 30142/04, 24 de junio de 2010, párrs. 87-95; Corte IDH, OC 24-17, *supra* nota 32, párrs. 173-199; Corte IDH, caso *Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 141-146.

³³ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 24.

³⁴ *Ibidem*.

Este análisis de la Corte Suprema es muy consonante con la línea de jurisprudencia internacional de reconocer a los tratados como instrumentos vivos, los cuales deben ser interpretados teniendo en cuenta las condiciones sociales actuales. Este ha sido el análisis tanto de la Corte Interamericana como de la Corte Europea de Derechos Humanos en lo pertinente a vulneraciones de derechos que han afectado a personas con base en su orientación sexual e identidad de género. También ha sido la base para interpretar de forma flexible las cláusulas de no discriminación consagradas en la Convención Americana y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Considero que esta interpretación flexible es fundamental para tener una Corte Suprema cuyo lenguaje es protector de derechos humanos de forma consistente. Según fue indicado en la introducción, la Corte Suprema ha actuado en instancias para proteger los derechos de millones de personas, pero esta actuación no siempre ha sido consistente. La justicia tiene una naturaleza fundamental para proteger los derechos de las personas a nivel local y nacional. Esta protección puede llevarse a cabo aplicando derecho jurídico doméstico, internacional, o una combinación de ambos.

Otro tema interesante para destacar es que el razonamiento de la Corte Suprema es muy similar al empleado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para justificar su doctrina del control de convencionalidad. Esta doctrina presupone una obligación para las Cortes nacionales de evaluar la compatibilidad de su ley nacional con el marco jurídico internacional de los derechos humanos para determinar su legalidad. Según el caso *Gelman*, y otras decisiones importantes de la Corte Interamericana, la aplicación de esta doctrina puede implicar conflictos entre las cortes y legislación validada mediante un proceso democrático.³⁵ La Corte Suprema de Estados Unidos alude en *Obergefell* a la forma en la

³⁵ Sobre la doctrina de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad, véase Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 238-240; FERRER MCGREGOR, E., "Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights", *American Journal of international Law*, Vol. 109, No. 93, 2015.

que la Constitución contempla a la democracia como el proceso adecuado para el cambio social, mientras que este proceso no viole los derechos fundamentales.³⁶ Ello implica que los individuos no tienen que esperar la actuación legislativa para ver sus derechos protegidos.³⁷

Es claro en los votos disidentes en *Obergefell* que hubo discusión extensa entre los jueces sobre el rol de las cortes en la adopción de principios jurídicos con cambios profundos sociales. El voto disidente del Juez Roberts cuestiona la facultad de la Corte Suprema de crear derechos fuera de la actuación legislativa.³⁸ Arguye que, dentro de un proceso democrático, el proceso de creación de derechos debe ser liderado por el proceso político y democrático, no las cortes, para que todos los ciudadanos tengan la oportunidad de incidir.³⁹ El voto disidente del Juez Scalia hace referencia a muchas de las mismas consideraciones y al carácter no representativo de la Corte Suprema de Estados Unidos.⁴⁰

En mi opinión, la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Obergefell* permite reflexionar sobre el papel de distintas instancias gubernamentales en la creación y protección de derechos en países de gran institucionalidad. Estados Unidos es un país con instituciones fuertes y de larga data, las cuales han sobrevivido la prueba del tiempo. Es un país cuyo centro de creación histórica y marco de actuación es la democracia, con sus instituciones. También es un país gobernado desde su origen por controles, contrapesos y equilibrios para evitar que ninguna rama de estado tenga demasiado poder. Un país con un poder compartido, en la que cada rama tiene un papel en la protección de los derechos.

En este sentido, es entendible que la Corte Suprema de Estados Unidos en *Obergefell* haya ejercido su poder de revisión constitucional —consagrado

³⁶ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 24.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Obergefell*, *supra* nota 19, Voto disidente del Juez Presidente Roberts, en conjunto con los Jueces Scalia y Thomas, p. 2.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Obergefell*, *supra* nota 19, Voto disidente del Juez Scalia, en conjunto con el Juez Thomas, p. 6.

en *Marbury vs. Madison*—⁴¹ para invalidar la actuación legislativa que, considero, no está en conformidad con la Constitución. En otras palabras, la Corte Suprema ejerció un control de constitucionalidad para interpretar de forma flexible y extensa la protección de debido proceso e igual protección de la ley ofrecida por la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos. El principio de controles y contrapesos —mejor conocido en Estados Unidos como *checks and balances*— puede promover una protección adecuada de derechos individuales. Es también importante destacar —en respuesta a los votos disidentes— que la elección de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos está sujeta a controles por parte del foro legislativo y el Senado, la rama más representativa en la estructura democrática estadounidense.

En *Obergefell*, la Corte Suprema de Estados Unidos declara inconstitucionales leyes producto de un proceso democrático, pero con repercusiones negativas en la igualdad de las parejas del mismo sexo, y las cuales provocan un daño grave e irreparable.⁴² Pese a que el análisis avanzado por la Corte Suprema de Estados Unidos no tiene base en el derecho internacional, la Corte ofrece una interpretación moderna de la Constitución y su decimocuarta enmienda; análisis consonante y compatible con el derecho internacional de los derechos humanos. También la Corte ejemplifica cómo el sistema de controles y contrapesos puede ser favorable para la protección de los derechos de parejas en el ámbito de la familia y otras personas y grupos históricamente discriminados.

3. Introducción de derechos individuales y no explícitos en la interpretación constitucional

Un aspecto clave de la decisión de la Corte Suprema en el caso de *Obergefell* es la definición de derechos individuales bajo la Constitución

⁴¹ Véase, generalmente, Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (Cranch 1) 137 (1803).

⁴² *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 22.

no mencionados en el texto de este instrumento. La Corte Suprema identifica un derecho a contraer matrimonio bajo la Constitución de los Estados Unidos y su Decimocuarta Enmienda, y establece cómo este derecho se extiende a parejas del mismo sexo. Es un enfoque interesante dado que la palabra "matrimonio" no es mencionada en la Constitución. Tampoco tiene una relación explícita con los conceptos de debido proceso e igual protección de la ley.

También la Corte Suprema en *Obergefell* discute cómo la identificación y la protección de los derechos fundamentales son partes clave en la tarea jurídica de interpretar la Constitución.⁴³ Destaca asimismo cómo las cortes deben ejercer su juicio razonado para identificar intereses de las personas de naturaleza fundamental meritorios de respeto por los Estados.⁴⁴ La Corte Suprema alude a un proceso de análisis constitucional vinculado con principios generales y de alcance amplio que no puede estar sujeto a restricciones marcadas por la historia y la tradición.⁴⁵ La Corte llega a indicar, incluso, que el pasado no debe gobernar el presente.⁴⁶

Esta interpretación amplia de la facultad de las Cortes en su control de constitucionalidad sobre legislación puede ser fundamental para la definición de un conjunto más extenso de derechos en el ámbito de la familia. Hay muchos derechos que pueden estar en juego en la familia, incluyendo los vinculados a la tenencia, custodia, adopción, educación y religión de los hijos e hijas; derechos patrimoniales y económicos; y asuntos vinculados con los derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

La Corte Suprema ya ha aprovechado oportunidades importantes para inferir derechos humanos en la Constitución en el ámbito de la familia. Una de las decisiones más importantes en este sentido fue *Roe vs. Wade*,

⁴³ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 10.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibid.* p. 10-11.

⁴⁶ *Ibid.* p. 11.

en la cual la Corte Suprema infirió un derecho a la privacidad en la cláusula decimocuarta de la Constitución, y estableció que es parte de este derecho la decisión de llevar a cabo un aborto.⁴⁷ Este derecho fundamental sólo puede estar sujeto a limitaciones justificadas por un interés de peso avanzando por el Estado— *compelling state interest*.⁴⁸ Este derecho a la privacidad fue reiterado por la Corte Suprema en el caso *Lawrence vs. Texas*, en el cual invalidó leyes de sodomía bajo la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución y estableció que la misma protege a las personas de intrusiones estatales injustificadas.⁴⁹

Este principio de interpretación jurídica flexible de la Constitución de Estados Unidos y su texto puede ser un catalizador de la definición de un conjunto marco de derechos de los individuos en materia familiar. Esta lectura abarcadora de la Constitución de Estados Unidos es asimismo consonante con la interpretación amplia del lenguaje de los tratados internacionales avanzada por los sistemas interamericano y europeo en lo pertinente a personas y su orientación sexual.⁵⁰ Ambos tribunales han ofrecido una lectura extensa a las cláusulas de no discriminación contenidas en las Convenciones Americanas y Europeas y tienen una tendencia clara de otorgar beneficios equivalentes a parejas homosexuales y heterosexuales en el marco de la familia.

También puede dar entrada a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el trabajo de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En *Lawrence vs. Texas*, por ejemplo, la Corte Suprema se refirió al caso *Dudgeon vs. United Kingdom* de la Corte Europea de Derechos Humanos invalidando leyes de sodomía bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵¹ Pese a que la aplicación del derecho internacional

⁴⁷ Cfr. Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, 152-167 (1973).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, *supra* nota 26, pp. 3-18.

⁵⁰ Por ejemplo, véase, TEDH, caso *Karner vs. Austria*, App. No. 40016/98, párr. 27 (2003); Corte IDH, caso *Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *supra* nota 32, 24 de febrero de 2012, párrs. 91-124.

⁵¹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558, *supra* nota 26, p. 12.

no ha sido consistente por la Corte Suprema, decisiones como *Obergefell* abren la puerta para desarrollar una línea jurisprudencial por lo menos paralela a desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos.

4. La libertad, autonomía y discriminación en la Constitución de Estados Unidos

Probablemente uno de los legados más importantes de la decisión de la Corte Suprema en el asunto de *Obergefell* es el vínculo que establece entre los derechos individuales, la libertad, la autonomía y la discriminación con la Constitución de Estados Unidos. La Corte, en su análisis, confirma que hay zonas de intimidad en la vida de un individuo que gozan de protección constitucional y deben estar exentas de la interferencia injustificada de los Estados. Sin embargo, la Corte también extiende esta protección constitucional a la expresión del plan de vida de las personas y todas sus facetas, incluyendo el derecho a contraer matrimonio con parejas del mismo sexo.

Es interesante que la decisión de la Corte en *Obergefell* comienza con el concepto de la libertad. La Corte Suprema destaca la promesa de la Constitución de la libertad y su nexo con los derechos de las personas de definir y expresar su identidad.⁵² Esta libertad puede verse reflejada en el deseo de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio en términos jurídicos equivalentes a los de las parejas de sexos distintos.⁵³

Es relevante notar que el derecho internacional se ha enfocado grandemente en la identidad de género y la expresión de esta identidad —conceptos ya codificados en tratados internacionales— pero no ha hecho

⁵² *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 1-2.

⁵³ *Ibidem*, p. 2.

tanto hincapié en el concepto de la libertad *per se*.⁵⁴ La Corte Suprema ya en *Lawrence vs. Texas* había aludido al concepto constitucional de la libertad en el ámbito privado y su protección a la persona de intrusiones gubernamentales no justificadas en el hogar.⁵⁵ En este sentido, para la Corte en *Lawrence*, este concepto de libertad trasciende el hogar y "presume la autonomía del individuo incluyendo su libertad de pensamiento, creencia, expresión y conducta íntima".⁵⁶ Es entendible, pienso, que este avance e interpretación amplios del concepto de la libertad en la Constitución puedan tener repercusiones importantes en el trabajo jurídico a nivel internacional sobre derechos en el ámbito de la familia y los pertinentes a la orientación sexual de los individuos. Puede informar, por ejemplo, concepciones actuales del derecho a la libertad de expresión y sus implicaciones para el plan familiar de las personas en lo pertinente a la orientación sexual e identidad de género.

La Corte comenzó aplicando este análisis constitucional a la libertad en la dimensión privada en *Lawrence* y después lo extiende a la esfera pública y forja un plan de vida con base en esta libertad. Para la Corte en *Obergefell*, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es de carácter central en el espectro de decisiones personales para la dignidad y autonomía individuales.⁵⁷ Es destacable que la Corte avanza el concepto de autonomía individual, el cual es un objetivo importante a nivel del derecho internacional, incluyendo la posibilidad de autodirección y autogobierno de una persona en el entorno social, económico y político; y la disponibilidad de condiciones y oportunidades para implementar planes basados en elecciones personales.⁵⁸ La vivencia de la autonomía puede

⁵⁴ Véase, por ejemplo, OEA, Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), 5 de junio de 2013, Art. 1; CIDH, *Violencia contra Personas LGBTI en América*, OAS/Ser.LV/II.rev.2, 12 de noviembre de 2015, párrs. 19-23.

⁵⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, *supra* nota 26, pp. 1-18.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 1.

⁵⁷ *Obergefell*, *supra* nota 19, pp. 10-12.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 8-9. Para mayor discusión sobre el desarrollo jurídico del concepto de la autonomía como derecho, véase CELORIO, R., "Autonomía, Mujeres y Derechos: Tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, Vol. 20, 2018, pp. 8-12.

conllevar a la colaboración e interrelación social con otras personas buscando y persiguiendo las mismas metas.⁵⁹

Para la Corte Suprema en *Obergefell*, las decisiones concernientes al matrimonio —al igual que las relacionadas con contraceptivos, relaciones familiares, la procreación y la crianza de los hijos— son algunas de las más íntimas que pueden ser adoptadas por los individuos y tienen un impacto duradero en su destino.⁶⁰ El imponer restricciones injustificadas a estas decisiones puede, inclusive, llegar a hacer daño y humillar a los niños y las niñas de parejas del mismo sexo.⁶¹

Pese a que la Corte se ha referido al concepto de la autonomía individual en el pasado en sus decisiones, es clave que lo hace tanto en *Lawrence* como *Obergefell* en casos vinculados con la orientación sexual y derechos en el ámbito de la familia. Considero que esta definición de derechos basada en la autonomía individual como origen es muy consonante con el derecho internacional, el cual demuestra tendencias claras hacia protecciones que perciben a personas históricamente discriminadas como agentes de decisión, cambio e incidencia en su vida individual y social, y no sólo como víctimas. *Obergefell* avanza una interpretación de la Constitución con un lente empoderador y no de vulnerabilidad hacia los derechos en el ámbito familiar y los integrantes de esta institución.

Otro aspecto importante de la decisión en *Obergefell* es que conecta la libertad y la autonomía con el principio de la no discriminación. La Corte, en un primer nivel, establece un nexo entre el debido proceso, la libertad y la igualdad.⁶² Luego, en un segundo nivel, avanza un análisis importante bajo la cláusula de igual protección de la ley de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.⁶³ En dicho análisis, se refiere a las leyes

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Obergefell*, *supra* nota 19, pp. 12-13.

⁶¹ *Ibidem*, p. 15.

⁶² *Ibidem*, p. 21.

⁶³ *Ibidem*, p. 19.

bajo examen, como desiguales y como leyes que provocan daño grave, irreparable y continuo a las personas afectadas.⁶⁴ Como ejemplo de desigualdad, estas leyes deniegan a las parejas del mismo sexo los beneficios gozados por las parejas heterosexuales y vulneran el derecho fundamental a contraer matrimonio.

Una dimensión del análisis de la Corte Suprema en torno a la cláusula de igual protección de la ley se centra en el trato diferenciado que sufren las parejas del mismo sexo al ver denegado su derecho a contraer matrimonio. Una segunda y más innovadora dimensión es el enfoque del daño continuo de estas leyes en un grupo determinado de la población. En este asunto, las personas afectadas son parejas del mismo sexo que desean contraer matrimonio. En escritos anteriores he expresado la importancia de un análisis integral de la discriminación contra las personas, que no sólo analice este problema con un lente comparativo de trato diferencial, sino también se enfoque en el impacto de la discriminación en grupos específicos de la población.⁶⁵ Es importante identificar de forma continua factores que acentúan la experiencia de discriminación de determinadas personas, individuos y grupos. Esto es sumamente importante para ver el derecho a la no discriminación completamente garantizado. También es la tendencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.⁶⁶

En suma, la Corte Suprema en *Obergefell* presenta un análisis importante sobre los conceptos de derechos, libertad, autonomía y matrimonio bajo la cláusula decimocuarta de la Constitución de Estados Unidos. Mucho del análisis avanzado en *Obergefell* también se encuentra en sintonía con

⁶⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁵ Véase, en general, CELORIO, R., "Discrimination and the Regional Human Rights Protection Systems: The Enigma of Effectiveness", *University of Pennsylvania Journal of International Law* (próxima publicación, 2019).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, TEDH, caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, App. No. 17484/15. Sentencia de 25 de julio de 2017, párrs. 44-56; Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1o. de septiembre de 2015, párrs. 290-291.

desarrollos en el sistema internacional de los derechos humanos, y en el derecho internacional sobre la facultad de los individuos de autodirección y la libertad que deben tener de forjar su propio plan de vida libre de toda injerencia indebida e injustificada por parte de los Estados.

III. Conclusiones

La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Obergefell* deja una marca importante en el análisis jurídico pertinente a los derechos individuales en este país. En muchos sentidos crea una expectativa de decisiones futuras de la Corte Suprema más orientadas a una perspectiva de derechos humanos en su control de constitucionalidad, y en su aplicación de otras doctrinas avanzadas por este tribunal.

La Corte Suprema al final de la sentencia se refiere a aspiraciones personales vinculadas con la dignidad, la igualdad, la inclusión social, el amor y la familia, y cómo las mismas gozan de protección constitucional.⁶⁷ Estas son todas aspiraciones compartidas con el marco internacional de los derechos humanos. El derecho nacional y el derecho internacional pueden complementarse para promover una definición expansiva y efectiva de derechos. Esto es fundamental para ver los derechos de las personas y grupos históricamente discriminados protegidos de forma substantiva y práctica. En este sentido, *Obergefell* abre un camino y una oportunidad importante para una interpretación moderna de la Constitución de los Estados Unidos con un lente de derechos humanos y una mirada internacional.

⁶⁷ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 28.

CAPÍTULO 4

La Constitución de la Familia*

Douglas NeJaime**

* Texto publicado originalmente como "The Family's Constitution" (en *Constitutional Commentary*. Yale Law School. Documento 621. Vol. 32, 2017); traducido al español por Alejandra Ortiz Hernández, y publicado con autorización expresa del autor.

** Anne Urowsky Profesor de Derecho, Escuela de Derecho de Yale. Agradezco a Jill Hasday por haberme incluido en este simposio sobre derecho de familia y derecho constitucional y por haberme dado retroalimentación provechosa sobre un borrador previo. Kerry Abrams y Melissa Murray también me dieron comentarios atinados sobre borradores previos. Por su excelente asistencia en la investigación, agradezco a Sanya Kumar y a los bibliotecarios de la Escuela de Derecho de Harvard.

Muchos de los principales temas constitucionales de nuestros días implican asuntos del derecho de familia.¹ La doctrina moderna del debido proceso sustantivo está repleta de preguntas de derecho familiar. Casos como *Griswold vs. Connecticut*;² *Eisenstadt vs. Baird*;³ *Roe vs. Wade*;⁴ *Planned Parenthood vs. Casey*;⁵ y *Lawrence vs. Texas*,⁶ abordan temas como la formación de la familia, las relaciones sexuales e íntimas y la toma de decisiones en salud reproductiva. Otros, como *Loving vs. Virginia*;⁷ *Zablocki vs. Redhail*;⁸ y *Turner vs. Safley*,⁹ dirigen su atención a los contornos del

¹ Véase HASDAY, J. E., *Family Law Reimagined*, 2014, p. 40; MEYER, D., "The Constitutionalization of Family Law", *The Family Law Quarterly*, Vol. 42, 2008, pp. 529, 571.

² Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

³ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Planned Parenthood of Se. Pennsylvania vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Zablocki vs. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Turner vs. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

matrimonio. El caso *Moore vs. City of East Cleveland*¹⁰ protege a la familia extendida. Los casos *Stanley vs. Illinois*,¹¹ *Lehr vs. Robertson*,¹² y *Michael H. vs. Gerald D.*¹³ consideran los derechos de los padres no casados. El caso *Troxel vs. Granville*¹⁴ protege el derecho de un padre o una madre a tomar decisiones sobre la crianza de sus hijos. El derecho sobre igual protección moderno también presenta una cantidad significativa de asuntos de derecho de familia. Desde finales de la década de 1960, una serie de casos extienden derechos a las relaciones paterno-filiales fuera del matrimonio.¹⁵ Las principales sentencias sobre igualdad entre los sexos, que datan de la década de 1970, han hecho que los derechos y responsabilidades con respecto al matrimonio y la crianza de hijos sean formalmente neutros por razones de género.¹⁶ En años recientes, las sentencias sobre el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo —a saber, *United States vs. Windsor*¹⁷ y *Obergefell vs. Hodges*¹⁸— reconocen a familias formadas por gays y lesbianas con base en el derecho a la igual protección y al debido proceso.

Se piensa que estos casos representan una explicación hasta cierto punto clara de la relación entre el derecho de familia y el derecho constitucional.¹⁹ Desde esta perspectiva, el derecho de familia suele percibirse

¹⁰ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Moore vs. City of E. Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

¹¹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Stanley vs. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972).

¹² Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lehr vs. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983).

¹³ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Michael H. vs. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

¹⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Troxel vs. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

¹⁵ Véase, p. ej., Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Clark vs. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Glonn vs. Am. Guar. & Liab. Ins. Co.*, 391 U.S. 73 (1968).

¹⁶ Véase, p. ej., Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Califano vs. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Orr vs. Orr*, 440 U.S. 268 (1979); caso *Stanton vs. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975).

¹⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *United States vs. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

¹⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

¹⁹ En este artículo me ocupo, principalmente, del derecho constitucional federal, no estatal. Desde luego, hay un cuerpo extenso de derecho constitucional sobre cuestiones de derechos y reconocimiento familiares. La relación entre la resolución constitucional estatal de asuntos de derecho de familia y la subsecuente resolución constitucional federal de cuestiones similares merece su propio estudio académico.

como un *corpus* jurídico estatal.²⁰ Las legislaturas aprueban leyes que definen y regulan las relaciones entre adultos al igual que entre padres e hijos.²¹ Los tribunales resuelven controversias específicas mediante la interpretación y aplicación de estas leyes, como también a través del *common law* y los principios de equidad que tradicionalmente han regulado el derecho de familia. (Al resolver cuestiones de derecho de familia, los tribunales estatales rara vez recurren a la doctrina constitucional, sea estatal o federal).²² A través de esta lente, las relaciones domésticas implican asuntos de interés local; los tribunales federales dan a los estados discreción para la regulación de la familia y por ende es poco frecuente que las cuestiones de derecho de familia lleguen a los tribunales federales.²³ Cuando esto llega a ocurrir, éstos procuran dejar amplio margen para la regulación estatal.²⁴ No obstante, los tribunales federales podrían finalmente aplicar el derecho constitucional federal de forma que invalide las regulaciones en materia familiar en muchos estados.²⁵ Desde esta

²⁰ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *De Sylva vs. Ballentine*, 351 U.S. 570, 580 (1956) ("[N]o hay una ley federal de relaciones domésticas, lo cual es principalmente un asunto de interés estatal.")

²¹ Este énfasis también aplica al alcance del derecho de familia que yace en la influencia continua de la distinción entre familia y mercado. Para una brillante relación genealógica de cómo el derecho de familia llegó a preocuparse más por "la formación de relaciones [maritales y parentales]" que por las "consecuencias distributivas"; véase también, HALLEY, J., "What Is Family Law?: A Genealogy Part I", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 23, 2011, pp. 5-6;

²² Desde luego, los tribunales evitan las cuestiones constitucionales como norma general cuando los casos pueden resolverse con otras bases. Sobre las justificaciones y las críticas con respecto a la evasión del canon, véase HASEN, R. L., "Constitutional Avoidance and Anti-Avoidance by the Roberts Court", *Supreme Court Review*, 2009, pp. 181, 184-189.

²³ Véase, por ejemplo, la excepción de las relaciones domésticas en la jurisdicción federal de diversidad. Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Ankenbrandt vs. Richards*, 504 U.S. 689 (1992); caso *Barber vs. Barber*, 62 U.S. (21 How.) 582 (1859). Para un análisis crítico e inquisitivo, véase CAHN, N. R. "Family Law, Federalism, and the Federal Courts", *Iowa Law Review*, Vol. 79, 1994, pp.1073. Sobre algunos de los fundamentos históricos e intelectuales del carácter local del derecho de familia, véase HALLEY, J., op. cit., *supra* nota 21, pp. 48-52 (el cual rastrea cómo la noción de matrimonio como estatus, que provoca que esté fuera del alcance de la cláusula de los contratos de la Constitución federal, permitió la deferencia de control local sobre el matrimonio y el divorcio).

²⁴ En *Troxel*, por ejemplo, la Corte derogó el estatuto de visita de terceros de Washington sólo como fue aplicado al caso anterior, dejando así los límites de la custodia y la vista a la resolución de los estados. Véase *Troxel vs. Granville*, 530 U.S. 57 (2000). A raíz de este caso, proliferaron reformas y litigios estatutarios a nivel estatal sobre la visita de los abuelos.

²⁵ Por ejemplo, cuando la Corte protegió los derechos de padres no casados como asunto de debido proceso y los derechos de hijos no maritales como asunto de protección igualitaria, impulsó a que los estados reformaran significativamente sus aproximaciones a las relaciones entre padres e hijos.

perspectiva, los principios constitucionales —sobre todo, el de igual protección y el debido proceso— operan para disciplinar y reorientar el derecho de familia estatal, éste responde reformándose a sí mismo de acuerdo al mandato constitucional.²⁶

Este relato tradicional es impreciso en toda una serie de dimensiones, algunas de las cuales ya han sido exploradas por los estudiosos del derecho de familia.²⁷ En este artículo me enfoco en la distorsión que esta narrativa provoca en la interacción entre el derecho de familia y el derecho constitucional. De acuerdo con la interpretación más frecuente, el derecho de familia y el derecho constitucional coexisten en esferas relativamente separadas,²⁸ pero coinciden en ocasiones cuando el derecho constitucional, que ejerce el poder de arriba hacia abajo, dicta nuevas direcciones para la regulación familiar.²⁹ Esta narrativa no logra capturar la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional. Es incapaz de ver que el derecho de familia y el derecho constitucional a menudo ocupan el mismo espacio, contribuyen a comprender los mismos problemas e interactúan de maneras mutuamente constitutivas. Además, el relato convencional no logra apreciar las maneras en que el

²⁶ Véase, por ejemplo, "Developments in the Law, The Constitution and the Family", *Harvard Law Review*, Vol. 93, No.6, 1980, pp. 1156, 1159 ("Tradicionalmente se ha considerado que la política gubernamental con respecto a la familia presenta cuestiones locales más que nacionales. [...] Pero el poder de los estados para legislar y administrar el derecho de familia nunca ha estado exento de limitantes constitucionales. Restringir el poder estatal dentro de límites constitucionales es una tarea apropiada para la judicatura federal, y llevar a cabo este deber 'no vuelve a la [Suprema] Corte un tribunal sucesorio y de divorcio'. La Corte ha insistido propiamente en que la intervención estatal respete los derechos humanos fundamentales.") (Citando a Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Williams vs. North Carolina*, 325 U.S. 226, 233 (1945)).

²⁷ Por ejemplo, Jill Hasday ha demostrado cuán extensivo y persuasivo ha sido el derecho de familia estatal. Véase HASDAY, J., op. cit., pp. 17-66, *supra* nota 1.

²⁸ Mi uso del término "esferas separadas" es deliberado, dado que el localismo del derecho de familia ha servido históricamente para autorizar y aislar un sistema de jerarquías de género. Véase RESNIK, J., "Gender Bias: From Classes to Courts", *Stanford Law Review*, Vol. 45, 1993, pp. 2195, 2199; SACK, E. J., "The Burial of Family Law", *SMU Law Review*, Vol. 61, 2008, pp. 459, 468; Reva SIEGEL, B., "She The People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family", *Harvard Law Review*, Vol. 115, 2002, pp. 948, 1036.

²⁹ No obstante, véase MEYER, D., op. cit., pp. 568-569 *supra* nota 1 (en donde se argumenta que la adjudicación constitucional más reciente en conflictos en materia familiar refleja un enfoque más restringido, que en esencia "empuja a los tribunales a balancear más equitativamente, y caso por caso, los intereses contrapuestos").

derecho de familia ejerce una influencia sobre el derecho constitucional; el derecho de familia configura el terreno en el que ocurre la adjudicación constitucional, estructura el conflicto constitucional y reorienta el razonamiento constitucional.

Esta afirmación puede parecer obvia para muchos estudiosos del tema. Efectivamente, hay abundante literatura sobre derecho de familia que desafía la narrativa convencional de que el derecho de familia y el derecho federal son, y deben ser, independientes. Los académicos han demostrado, en contra de las suposiciones más comunes, que el derecho de familia no es sólo un asunto de control local y no está más allá del alcance de la supervisión federal.³⁰ Más bien, cierto cuerpo de legislación federal debería considerarse parte del derecho de familia. Al incluir el control de constitucionalidad como un componente del derecho familiar federal,³¹ esta literatura desafía de manera convincente el instinto de tribunales y comentaristas que consideran como distintos al derecho de familia (estatal) y el derecho constitucional (federal).

No obstante, este tipo de trabajo académico está más preocupado por el federalismo y, por ende, por los niveles de gobierno, que por el contenido de ese derecho. En contraste, la preocupación central de este artículo guarda relación con las fronteras doctrinales, más que con las gubernamentales. Se centra particularmente en el derecho de familia —específicamente, en la jurisprudencia y las regulaciones en materia familiar— y el derecho constitucional —principalmente, en cuestiones de igualdad y libertad—. De hecho, aunque mi análisis recurre a la interacción entre la regulación de la familia y el derecho constitucional *federal*, pueden hacerse observaciones similares sobre el derecho de familia y decisiones constitucionales *estatales*.

³⁰ Véase HASDAY, J. E., "Federalism and the Family Reconstructed", *UCLA Law Review*, Vol. 45, 1997, p.1297; JOSLIN, C. G., "Federalism and Family Status", *Indiana Law Journal*, Vol. 90, 2015, p. 787; LAW, S., "Families and Federalism", *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 4, 2000, p.175.

³¹ Véase HASDAY, J. E., "The Canon of Family Law", *Stanford Law Review*, Vol. 57, 2004, pp. 825, 870-883; JOSLIN, C. G., *op. cit.*, p. 787, *supra* nota 30.

Incluso en la medida en que este artículo se ocupa de una dinámica que aún es necesario desarrollar de manera explícita, se suma a estudios académicos existentes sobre el derecho de familia que desafían las narrativas convencionales sobre el lugar que éste ocupa en el orden legal. Mi aserción de la relación dialógica entre el derecho de familia y el constitucional va en contra de las tendencias que siguen dominando el tratamiento entre ambos.³² Identificar y desentrañar esta relación dialógica resulta crítico para apreciar el alcance del derecho de familia, así como el papel del control constitucional en la regulación de la familia.³³ Hacer esto sugiere que, con respecto a conflictos divisivos sobre la familia, los análisis existentes *subestiman* el poder de los cambios del derecho de familia estatal y *sobreestiman* el poder de los tribunales federales en la aplicación del derecho constitucional federal.

Este artículo capta la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional, con ayuda de mi trabajo previo sobre la relación entre la movilización legal LGBT y la resolución de demandas de reconocimiento parental y marital.³⁴ El matrimonio y la paternidad son instituciones centrales en el derecho de familia y reciben protección como asuntos de derecho constitucional. La disputa sobre el significado del matrimonio y la paternidad en el derecho de familia ha moldeado la comprensión de estas instituciones para efectos de la doctrina constitucional. A su vez, la doctrina constitucional ha moldeado las disputas de derecho de familia sobre los contornos del reconocimiento marital y parental.

³² Véase HASDAY, J. E., *op. cit.*, p. 222, *supra* nota 1 (que hace notar la incapacidad de "entender la relación del derecho de familia con el resto del derecho"); JOSLIN, C. G., "Marriage Equality and Its Relationship to Family Law", *Harvard Law Review*, Vol. 129, 2017, pp.197, 206-207.

³³ La profesora Courtney Joslin afirma este punto en respuesta a mi trabajo sobre la relación entre la ley de filiación y la igualdad de matrimonio, señalando que *Marriage Equality and the New Parenthood* "nos recuerda algunas de las perspectivas legales críticas que pueden perderse cuando no logramos ver cuestiones legales como asuntos de derecho de familia o a través de la lente de la familia". Véase JOSLIN, C. G., *op. cit.*, p. 207, *supra* nota 32.

³⁴ Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality and the New Parenthood", *Harvard Law Review*, Vol. 129, 2016, p. 1185; y NEJAIME, D., "Before Marriage: The Unexplored History of Nonmarital Recognition and Its Relationship to Marriage", *California Law Review*, Vol. 102, 2014, p. 87.

En primer lugar, este artículo examina la reforma del derecho de familia encaminada a relaciones no maritales y reconocimiento parental para gays y lesbianas. Estos avances en el derecho de familia contribuyeron a nuevos entendimientos sobre el matrimonio y la paternidad, así como al estatus legal de las parejas del mismo sexo dentro de cada uno de ellos. Las demandas constitucionales de igualdad ganaron empuje después de que el trabajo en el derecho de familia alteró el significado y alcance del matrimonio y la paternidad, y posicionó a las familias encabezadas por parejas del mismo sexo como semejantes a las familias encabezadas por parejas de distinto sexo para propósitos del reconocimiento de la relación y del reconocimiento parental.

Por consiguiente, este artículo relaciona cambios anteriores en el derecho de familia con una eventual adjudicación constitucional sobre las demandas de matrimonio de parejas del mismo sexo. Tribunales federales tuvieron que considerar si las parejas del mismo sexo merecían la inclusión en el matrimonio en aquellas formas ya moldeadas por las luchas previas del derecho de familia con respecto a las relaciones románticas y parentales de gays y lesbianas. Los significados que han sido forjados en las disputas del derecho de familia han estructurado la manera en que los tribunales federales entienden los propósitos y límites del matrimonio y la paternidad como asuntos de doctrina constitucional.

Apreciar la trayectoria histórica del matrimonio entre personas del mismo sexo —y específicamente, situarlo dentro de conflictos más amplios sobre la familia— nos permite ver cómo el matrimonio igualitario se relaciona con un conjunto más extenso de cuestiones sobre la formación y el reconocimiento de las familias que los legisladores y jueces seguirán confrontando.³⁵ Después de explorar el impacto de los cambios en el

³⁵ Esta perspectiva resuena con el enfoque de Reva Siegel, quien hace una lectura de las garantías constitucionales de igualdad de género a la luz de las luchas por el voto femenino que culminaron con la Decimonovena Enmienda y su repudio de los roles familiares basados en género que facilitaban y justificaban la exclusión de las mujeres de la ciudadanía democrática plena. Véase SIEGEL, B., *op. cit.*, *supra* nota 28. El trabajo de Siegel ilustra la importancia de orientar la igualdad de género constitucional hacia conflictos previos sobre la familia.

derecho de familia en las decisiones constitucionales, este artículo vuelve sobre el derecho de familia. Más que resolver cuestiones de derecho de familia, la adjudicación constitucional reorienta aspectos del derecho de familia estatal, no sólo en una clara dirección de arriba hacia abajo, sino de formas más sutiles. La inclusión de las parejas del mismo sexo en el matrimonio alteró el significado de la paternidad marital al poner en la discusión general conceptos de paternidad intencional y funcional, al mismo tiempo que se redujo la dominancia de los enfoques biológicos y basados en el género. Con esta inclusión en términos constitucionales, los defensores del reconocimiento parental ganaron nuevos y poderosos argumentos para reformar el derecho de filiación. Comprender los antecedentes en derecho de familia del matrimonio igualitario permite relacionar la aceptación constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo con el reconocimiento parental, con lo cual se deja ver la centralidad de la paternidad para la condición de igualdad de gays y lesbianas.

Por último, este artículo contempla brevemente la futura interacción entre el derecho de familia y el derecho constitucional, específicamente, con respecto a la paternidad. A raíz del matrimonio igualitario, los cambios en el derecho de reconocimiento parental se han expresado en términos constitucionales. En el caso de los matrimonios de lesbianas, la protección constitucional de la relación paterno-filial de la madre no biológica generalmente ha resonado en el registro de la igualdad. La protección desde el debido proceso para los derechos parentales, por el contrario, permanece atada al vínculo biológico entre padres e hijos, a pesar de que el derecho de familia ha aceptado con cada vez mayor frecuencia conceptos de paternidad que trascienden las barreras biológicas. Por consiguiente, este artículo contempla sucintamente cuál podría ser la resonancia de los cambios del derecho de familia con respecto al significado de la paternidad en el conflicto constitucional sobre los derechos parentales, si acaso la tuvieran.

Los ejemplos de la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional aquí presentados están destinados a ser ilustrativos

mas no exhaustivos. Se limitan a un solo contexto: el reconocimiento de la familia LGBT; y se centran en avances de una sola jurisdicción: California. El propósito más amplio de este artículo es iniciar un diálogo sobre el derecho de familia y el derecho constitucional: uno que sea capaz de desafiar la división convencional entre el derecho de familia y el derecho constitucional, para propiciar preguntas sobre la interacción concreta entre ambos, y para comenzar la tarea de teorizar la relación entre ellos. En ese mismo espíritu, este artículo concluye sugiriendo brevemente cómo el relato del derecho de familia y el derecho constitucional articulado aquí podría arrojar luz sobre los debates que se ocupan del derecho y el cambio social.

I. El papel constitutivo del derecho de familia

Este apartado muestra cómo el desarrollo del derecho de familia estatal se basó en compromisos constitucionales de igualdad y, al mismo tiempo, contribuyó a la evolución del entendimiento de dichos compromisos. A partir de la década de 1980, cuando comenzaban la crisis del VIH/SIDA y el *baby boom* lésbico, los defensores LGBT luchaban por los derechos de las familias creadas por gays y lesbianas. Las demandas de reconocimiento de la familia pueden encontrarse tanto en reformas legales como en algunos litigios, y estas reivindicaciones también se observan en el trabajo enfocado en el reconocimiento de relaciones entre adultos y paterno-filiales. Los defensores retrataron a las familias encabezadas por parejas del mismo sexo como semejantes a aquéllas de distinto sexo, y enmarcaron la extensión de los derechos no maritales y el reconocimiento de parejas del mismo sexo como una medida de igualdad. Las maneras específicas en las que las familias encabezadas por parejas del mismo sexo eran retratadas como semejantes a las familias encabezadas por parejas de distinto sexo, contribuyeron a nuevos entendimientos sobre el matrimonio y la paternidad que, finalmente, configurarían el enfoque constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

1. El reconocimiento de las relaciones: hacia una articulación de la igualdad y una aproximación al matrimonio

Al estar excluidas las parejas del mismo sexo del matrimonio, los activistas LGBT diseñaron el concepto de *domestic partnership*³⁶ [sociedad doméstica] como un remedio parcial contra la discriminación que enfrentaban gays y lesbianas. Las parejas del mismo sexo eran descritas por los defensores como semejantes a las parejas de distinto sexo, a pesar de que se las excluyera del matrimonio. Desde esta óptica, las parejas del mismo sexo tenían vidas similares a las de las parejas en matrimonio y, por lo tanto, sus reivindicaciones de reconocimiento no marital resonaron en clave de igualdad. Debido a que ese concepto representaba, al menos en parte, una respuesta para la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio, y debido a que los defensores LGBT necesitaban persuadir a otros que priorizaban el matrimonio como un modelo de reconocimiento familiar, tenía sentido considerar la sociedad doméstica como una aproximación a las cualidades del matrimonio que daba cabida a relaciones similares al matrimonio.³⁷

Los esfuerzos para lograr el reconocimiento de la sociedad doméstica en el nivel local fueron impulsados por mandatos o prohibiciones antidiscriminatorias ganadas recientemente. En 1978, tanto en San Francisco como Berkeley se promulgaron decretos que prohibían la discriminación por orientación sexual en el trabajo, la vivienda y en lugares públicos.³⁸

³⁶ En México la figura jurídica más cercana sería lo que conocemos como sociedades de convivencia. En otros países hispanohablantes se le han dado otros nombres: unión civil, pareja de hecho, asociación doméstica, uniones de hecho, etc. En tanto se trata de una figura cuyo significado varía de acuerdo al contexto jurídico hemos optado por usar "sociedad doméstica" como una traducción literal del término en Estados Unidos [N. E.].

³⁷ El breve relato presentado aquí se basa en mi examen exhaustivo de la historia del reconocimiento de relaciones no maritales en California. Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, *supra* nota 34. Si bien tomo los ejemplos de ese otro artículo, en éste proporciono citas de las fuentes primarias.

³⁸ LEDBETTER, L., "Bill on Homosexual Rights Advances in San Francisco", *The New York Times*, 22 de marzo de 1978, en A21; Berkeley City Code §13.28.010 *et seq.* Véase también, "Berkeley Council Approves Strong Gay Rights Law", *L.A. Times*, 12 de octubre de 1978, en B28.

Al año siguiente, en respuesta al decreto de Berkeley, un líder activista LGBT exhortó a la ciudad a proporcionar seguro médico a las parejas del mismo sexo de empleados municipales.³⁹ Argumentó que era injusto usar el matrimonio como el único criterio de elegibilidad para los beneficios, de modo que sugirió que la ciudad creara una categoría de "sociedades domésticas" para reparar el problema.⁴⁰ En la ciudad vecina de San Francisco, un funcionario abiertamente gay elegido democráticamente también propuso un sistema de sociedades domésticas a raíz de las protecciones de no discriminación por orientación sexual.⁴¹

Aun cuando las primeras propuestas en torno a las sociedades domésticas incluían tanto a parejas del mismo sexo como a parejas de distinto sexo, los defensores LGBT trazaron distinciones entre ambas, de forma que enfatizaban los estragos que sufrían en particular las parejas del mismo sexo como resultado de su exclusión del matrimonio. En San Francisco, por ejemplo, los activistas notaron que la "exclusión *temporal y voluntaria* [de las parejas de distinto sexo] cuando elegían no casarse *no* era igual a la exclusión *permanente, involuntaria y categórica*"⁴² de las parejas del mismo sexo. Desde esta perspectiva, la política de sociedades domésticas era necesaria no solamente para extender los beneficios a distintos tipos de relaciones de pareja sino sobre todo para compensar parcialmente el trato desigual a parejas del mismo sexo con respecto al matrimonio.

Aunque la alcaldesa Dianne Feinstein vetara el decreto promulgado por la Junta de Supervisores de la ciudad de San Francisco,⁴³ activistas

³⁹ Véase TRAIMAN, L., "A Brief History of Domestic Partnerships", *The Gay & Lesbian Review*, Vol. 23, 2008, p. 1523.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Véase TURNER, W., "Couple Law Asked for San Francisco", *The New York Times*, 28 de noviembre de 1982, en A1; "An Ordinance To Create a Record of Domestic Partnerships", borrador en 1 (1982) (de los archivos de Matt Coles) (en archivo del autor).

⁴² *Cfr.* En "Points To Remember When Countering Opposition or Criticism", en las notas personales de Matt Coles (1982) (en archivo del autor).

⁴³ MORRIS, D., "SF Mayor Vetoes Domestic Partners Bill", *Gay Comm'E News*, Vol. 10, 1982, p. 1.

lesbianas y gais de Berkeley llevaron sus quejas a la Comisión de Relaciones Humanas y Bienestar de la ciudad (HRWC, por sus siglas en inglés). Argumentaron que el uso del matrimonio como el criterio de elegibilidad para los beneficios de los empleados "tiene un efecto discriminatorio hacia lesbianas y hombres gay".⁴⁴ Cuando la HRWC convocó audiencias sobre el asunto, los activistas LGBT expresaron su apoyo a una política de sociedades domésticas como un remedio para la "discriminación basada en orientación sexual".⁴⁵ Exigieron que las parejas del mismo sexo recibieran "la parte que [les] corresponde y no fueran excluidas de los 'beneficios conyugales'".⁴⁶ Es importante notar que la demanda de sociedades domésticas no desafiaba explícitamente el vínculo entre el matrimonio y los beneficios basados en la familia, sino que sugería que las parejas del mismo sexo merecían dichos beneficios y a pesar de ello, no eran elegibles para casarse.

Cuando la HRWC recomendó posteriormente que la ciudad debía adoptar una política de sociedades domésticas,⁴⁷ se enfocó en cómo las leyes del matrimonio excluyentes perjudicaban a las parejas del mismo sexo: "Todas las parejas no casadas de distinto sexo son *capaces* de moverse voluntariamente a través de la 'barrera del matrimonio'", pero "todas las parejas del mismo sexo son *incapaces* de moverse a través de la 'barrera del matrimonio' para siempre y a pesar de su voluntad".⁴⁸ De esta manera, la HRWC enmarcó una política de sociedades domésticas, que al final incluiría tanto a parejas del mismo sexo como de distinto sexo, principalmente, como una medida de igualdad para parejas del mismo sexo. De hecho, la HRWC no pretendía buscar un sistema de distribución de beneficios "*generalmente mejor*", sin embargo, dado que respondía a "un

⁴⁴ "Memorandum from Human Relations and Welfare Commission, to Hon. Mayor and Members of the City Council 1" (17 de jul. de 1984) (en archivo del autor).

⁴⁵ *Idem*, pp. 4-6.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*, p. 20.

⁴⁸ *Idem*, p. 9.

conjunto particular de quejas" de "miembros de la comunidad gay/lésbica", buscaba "volver el programa de beneficios *específicamente más igualitario*".⁴⁹

Al replantear las condiciones de igualdad de las parejas del mismo sexo (inelegibles para casarse) con respecto a las parejas de distinto sexo (elegibles para casarse), la HRWC impulsó un régimen de sociedades domésticas que se "aproxim[ara] al criterio actual de matrimonio".⁵⁰ Recomendaba que la sociedad doméstica fuera definida como: dos personas "sin ninguna relación de sangre tan cercana que impida el matrimonio" que "residen juntos y comparten las necesidades básicas de la vida" y son "responsables por el bienestar común [del otro]".⁵¹ Esta política imitó la propuesta anterior de San Francisco, la cual definía a las parejas de hecho como "[d]os individuos":

- (a) que "no tienen lazos de sangre",
- (b) que "no están casados ni unidos por alguna relación derivada del matrimonio",
- (c) que "comparten las necesidades básicas de la vida",
- (d) que "declaran ser la principal pareja doméstica del otro" y
- (e) que "en los seis meses anteriores, no han declarado ante ningún departamento de la Ciudad tener una pareja doméstica diferente".⁵²

Aunque en ese punto los esfuerzos en San Francisco habían fracasado, los funcionarios de Berkeley adoptaron la política de sociedad doméstica propuesta por la HRWC en 1984. Enmarcada como una medida de igual-

⁴⁹ *Idem*, p. 18

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Idem*, p. 20.

⁵² "Domestic Partnerships, Amending San Francisco Administrative Code by Adding Chapter 45 Thereto, Establishing Domestic Partnerships and Requiring Boards, Commissions and Departments of the City and County of San Francisco To Afford to Domestic Partners the Same Rights and Privileges as Spouses", p. 1 (1982) (en archivo del autor).

dad para las parejas del mismo sexo, la política no obstante, era aplicable a empleados no casados en relaciones del mismo sexo o de distinto sexo.

Tal como lo ilustran los esfuerzos de Berkeley y San Francisco, las primeras protecciones derivadas de la sociedad doméstica estaban enmarcadas en gran parte como medidas de igualdad en relación con la orientación sexual, incluso cuando incluían a parejas de distinto sexo que sí tenían la opción de casarse. El gobierno extendió derechos basados en la familia para parejas del mismo sexo como un remedio parcial para la exclusión de gays y lesbianas del matrimonio. Debido a que las parejas del mismo sexo actuaban como parejas casadas, como sugerían los defensores LGBT, merecían un reconocimiento que se aproximara al matrimonio.

Al articular las maneras en que las parejas del mismo sexo eran semejantes a las parejas casadas, los activistas LGBT también articularon nuevos entendimientos compartidos sobre el matrimonio. Los argumentos de semejanza de los activistas no solo lograron asimilar a gays y lesbianas a las normas dominantes y reforzar el papel central del matrimonio. Más bien, con las parejas del mismo sexo en mente, el enfoque del matrimonio se desplazó de las ideas de diferenciación por razones de género y de procreación hacia las ideas de afiliación romántica e interdependencia financiera y emocional. Al retratar a las parejas del mismo sexo como una especie de matrimonio para asegurar el reconocimiento no marital, los activistas LGBT contribuyeron a una comprensión de las parejas del mismo sexo como merecedoras del matrimonio y a una entendimiento del matrimonio consistente con familias encabezadas por parejas del mismo sexo.

2. Reconocimiento parental: hacia un cambio en los significados de la paternidad e igualdad por orientación sexual

Los defensores LGBT trabajaron en espacios distintos al matrimonio para reforzar el estatus igualitario de las relaciones del mismo sexo y al

mismo tiempo asegurar derechos, de igual modo trabajaron en los espacios fuera del matrimonio para presentar demandas de igualdad familiar y lograr el reconocimiento parental para padres del mismo sexo.⁵³ Las demandas de reconocimiento en virtud de la Uniform Parentage Act (UPA) ilustran este hecho.

La UPA de 1973, que brindó un régimen legal para reconocer las relaciones entre padres e hijos, fue consecuencia de las decisiones constitucionales que rechazaban la discriminación a hijos no maritales y el reconocimiento de los derechos parentales de padres no casados.⁵⁴ Muchos estados, entre ellos California, adoptaron la UPA con modificaciones. Si bien la UPA claramente no contemplaba a las familias formadas por parejas del mismo sexo, a finales de la década de 1990, los defensores LGBT en California comenzaron a presentar demandas de reconocimiento parental con base en la UPA.⁵⁵

Para las familias maritales, las legislaturas que adoptaron la UPA y los tribunales que aplicaron sus disposiciones utilizaron más frecuentemente conceptos de *intención* y *función* para proteger las relaciones entre padres e hijos, incluso en el caso de padres que carecían de lazos biológicos con sus hijos.⁵⁶ La UPA reguló la inseminación artificial con donante al establecer que el esposo de una mujer que haya dado a luz a un hijo concebido con esperma donado deberá ser "tratado ante la ley como si fuera el padre natural".⁵⁷ El matrimonio con la madre proporcionaba la evidencia de dicha intención de filiación.

Los principios de intención finalmente también comenzaron a dar forma a determinaciones sobre maternidad. En *Johnson vs. Calvert*, un caso que

⁵³ Una vez más, el breve relato presentado aquí recurre a mi examen exhaustivo de la historia del reconocimiento parental no marital en California. Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, *supra* nota 34. Si bien tomo los ejemplos de ese otro artículo, en éste proporciono citas de las fuentes primarias.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 1194-1195.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 1212-1229.

⁵⁶ *Idem*, pp. 1195-1196, 1208-1212.

⁵⁷ Uniform Parentage Act § 5(a) (enmendada en 2002) (UNIF. LAW COMM'N 1973).

involucraba subrogación gestacional, el Tribunal Supremo de California aplicó la UPA para reconocer como padres legales a la madre y el esposo intencionales, quienes también eran los padres genéticos del infante, por encima de la objeción de la mujer que subrogó su vientre para la gestación.⁵⁸ Más tarde, la Corte de Apelación de California extendió la lógica tanto del caso *Johnson* como de la ley sobre inseminación artificial con donante, a una mujer que no tenía un vínculo gestacional ni genético con su hijo. En el caso *Marriage of Buzzanca*, la Corte reconoció como padres a un hombre y una mujer en proceso de divorcio que habían contratado subrogación gestacional para llevar un hijo concebido con un óvulo y esperma donados.⁵⁹ Guiada por la regulación de la UPA para inseminación por donante, la Corte reconoció a los padres casados con base no en vínculos biológicos sino en relaciones intencionales.

Para aprovechar estos avances en formas que alcanzaran a las parejas del mismo sexo, que aún quedaban excluidas del matrimonio, los defensores LGBT argumentaron que el reconocimiento de padres no biológicos debía extenderse a familias no maritales. Para lograrlo, retrataron a las familias no maritales de parejas del mismo sexo como suficientemente semejantes a un matrimonio para ameritar formas similares de reconocimiento parental, incluso al mismo tiempo que argumentaban en contra del matrimonio como una línea divisoria para la filiación.

Vale la pena considerar una importante victoria previa ante la *Board of Equalization* [Junta de Igualación] del Estado de California —un foro improbable para una reforma de derecho de familia—. ⁶⁰ Helmi Hisserich declaró como su dependiente al hijo que criaba junto con su pareja doméstica, Tori Patterson. Los abogados del Centro Nacional de Derechos de las Lesbianas (NCLR, por sus siglas en inglés) argumentaron que Hisserich, la madre no biológica, era la madre, con base en la "doctrina

⁵⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Johnson vs. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

⁵⁹ *Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. Ap. Cal. 1998).

⁶⁰ Hisserich, caso núm. 99A-0341, 2000 WL 1880484 (Jt. Ec. Cal. 1º de nov. de 2000).

de crianza intencional" que se adoptó en *Johnson* y en *Buzzanca*.⁶¹ En la decisión que tomó en el año 2000, la Junta de Igualación aceptó este argumento:

La recurrente y su pareja de hecho, incapaces de casarse por la ley californiana, se registraron como sociedad doméstica en la ciudad, el condado y el estado en el que vivían; sostuvieron una relación comprometida por un período sustancial previo a la decisión de tener un hijo; decidieron tener un hijo juntas con la intención específica de criar al hijo juntas; voluntaria y conscientemente consintieron a la inseminación artificial de la señorita Patterson con un banco de espermatozoides certificado en California bajo la supervisión de un médico registrado de California; la recurrente además demostró su intención de ser la madre de Madeline al iniciar los trámites de adopción tras el nacimiento de Madeline; y vivían juntas, se comportaban y se presentaban ante la comunidad como una familia después del nacimiento de Madeline.⁶²

La relación entre Hisserich y Patterson, que como un asunto estrictamente legal era irrelevante para la relación parental, proporcionó evidencia de la intención de la pareja de criar a una hija juntas. Además, el hecho de que Hisserich y Patterson fueran "incapaces de casarse por la ley californiana" pareció relevante para la manera en que la Junta trató a la familia. Su relación semejante al matrimonio pero legalmente no marital, así como su decisión conjunta de tener y criar a una hija dentro de esa relación, las acercó al marco de los conceptos basados en intención articulada en *Johnson* y en *Buzzanca*, casos que habían incluido a parejas casadas. De hecho, la Junta consideró que era un hecho "esencial para [su] conclusión que la recurrente y la señorita Patterson [...] son una pareja no casada que sostenía una relación comprometida".⁶³ Al describir a Hisserich y Patterson como suficientemente semejantes al matrimonio

⁶¹ *Idem*, p. *2.

⁶² *Idem*, p. *4.

⁶³ *Idem*, p. *5 (énfasis añadido).

para ameritar un tratamiento análogo al de padres casados, la Junta propuso, al menos de manera implícita, una visión particular del matrimonio y específicamente de la paternidad marital; las parejas casadas, al igual que Hisserich y Patterson, formaban relaciones íntimas y comprometidas y luego conjuntamente decidían traer hijos a la familia y criar a esos hijos. La procreación biológica y la crianza diferenciada por género parecían inmateriales para este modelo de paternidad marital.

Para el 2005, El Tribunal Supremo de California asumió la cuestión del reconocimiento de las compañeras de crianza no biológicas lesbianas. Para ese momento, los tribunales y la legislatura de California no sólo habían reconocido a la crianza no biológica en el contexto del matrimonio, sino que también habían reconocido a madres y padres no biológicos fuera del matrimonio.⁶⁴ La UPA dispuso que un hombre que "recibe a un niña en su hogar y abiertamente la presenta como su hija natural" se presume como el padre legal de la niña.⁶⁵ En su resolución de 2002 en el caso *Nicholas H.*, el Tribunal Supremo de California sostuvo que un padre no casado podía presentar a una niña como su hija "natural" y así satisfacer la presunción relevante de paternidad, incluso si reconocía desde el inicio que el o la niña era su hijo/a biológico/a.⁶⁶ Poco después de *Nicholas H.*, el Tribunal de Apelaciones de California, en *Karen C.*, reconoció a una mujer como madre a pesar de no ser la madre biológica del niño, con base en el hecho de que presentaba abiertamente al niño como si fuera suyo.⁶⁷ El caso, que surgió fuera del contexto de crianza de parejas del mismo sexo, puso a prueba el alcance de la directiva de neutralidad de género de la UPA, la cual disponía que "[e]n la medida de lo posible, las disposiciones [...] aplicables a la relación entre el padre y el niño aplican" a la relación entre la madre y el niño.⁶⁸

⁶⁴ Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, pp. 1216-1218, *supra* nota 34.

⁶⁵ Unif. Parentage Act, párr. 4(a)(4) (enmendada en 2002) (UNIF. LAW COMM'N 1973).

⁶⁶ *In re Nicholas H.*, 120 Cal. Rptr. 2d 146 (Cal. 2002).

⁶⁷ *In re Karen C.*, 124 Cal. Rptr. 2d 677 (Ct. Ap. Cal. 2002).

⁶⁸ Unif. Parentage Act, párr. 21 (enmendada en 2002) (UNIF. LAW COMM'N 1973).

El reconocimiento de los padres o madres no biológicos en las parejas del mismo sexo ahora planteaba una cuestión de igualdad. Desde luego, el no reconocimiento de los padres o madres del mismo sexo socavaba objetivos clave del sistema del derecho de familia; los funcionarios del gobierno, ansiosos por privatizar la dependencia, se propusieron encontrar padres que pudieran proporcionar apoyo no sólo emocional sino también financiero para los niños.⁶⁹ Pero el no reconocimiento de los padres del mismo sexo también entraba en conflicto con principios emergentes de igualdad. Si otros padres no biológicos, entre ellos mujeres y hombres en familias tanto maritales como no maritales, obtenían reconocimiento legal, la exclusión de las familias encabezadas por parejas del mismo sexo parecía no sólo injusta sino además inconstitucional.

En *Elisa B. vs. Superior Court of El Dorado County*, la compañera de crianza lesbiana no biológica, Elisa, buscó evitar las obligaciones parentales ante los menores nacidos de su pareja, Emily.⁷⁰ Al representar a Emily, la madre biológica que afirmaba que su expareja también era la madre legal, los abogados del NCLR enfatizaron los compromisos de igualdad que animaban a la UPA y vincularon esos compromisos con principios constitucionales. Rehusarse a considerar a Elisa como madre legal, argumentaron, "es incongruente con el objetivo de la UPA de proporcionar igualdad para los hijos no maritales, y con las garantías de protección igualitaria de las constituciones de California y la federal".⁷¹ La reivindicación del reconocimiento parental ahora constituía una demanda de igualdad, articulada en términos no sólo de derecho de familia sino también de derecho constitucional:

⁶⁹ Véase MURRAY, M., "Family Law's Doctrines", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 163, 2015, pp.1985, 2008-2009.

⁷⁰ Consolidated Answer Brief on the Merits, caso *Elisa B. vs. Super. Ct. of El Dorado Cty.*, 117 P3d 660 (Cal. 2005). Elisa y Emily tuvieron tres hijos juntas; Elisa era la madre biológica de uno, y Emily era la madre biológica de los otros dos. Ambas educaron a los tres niños juntos como sus hijos. Después de que la relación se disolvió, Elisa negó tener responsabilidad alguna ante los dos niños relacionados biológicamente con Emily, con lo que buscaba mantener su relación sólo con el niño con el que estaba relacionada biológicamente.

⁷¹ Opening Brief of Real Party in Interest Emily B., 2005, p. 14, caso *Elisa B. vs. El Dorado Cty. Super. Ct.*, 2005, 117 P3d 660.

[B]ajo cualquier forma de análisis de protección de igualdad, una interpretación de las leyes de filiación de California que niegue reconocimiento legal a la relación madre e hijo de Elisa y Ry y Kaia sería inconstitucional. Es sensiblemente irracional reconocer como padres legales: (1) a una esposa que consiente la inseminación de una subrogada gestacional por su esposo, como en *Johnson*; (2) a una esposa y un esposo que acceden a la inseminación de una subrogada gestacional usando un óvulo y esperma donados, como en *Buzzanca*; (3) a un hombre que se presenta abiertamente como el padre del niño, pero no está casado con la madre biológica ni está relacionado biológicamente con él, como en *Nicholas H.*, y (4) a una mujer que se presenta abiertamente como la madre de un niño, pero no está casada con el padre ni está relacionada biológicamente con él, como en *Karen C.*, por un lado, pero por otro lado negar la maternidad legal a una mujer lesbiana que accedió a la inseminación artificial de su pareja con la intención de criar a los hijos que nacieran y que subsecuentemente asumió responsabilidades parentales ante esos menores y se presentó como su madre ante el mundo.⁷²

Los principios constitucionales de igualdad, como argumentaban los abogados, deberían animar la interpretación y aplicación de la UPA a la luz de una cadena de decisiones de derecho de familia que extendieran el reconocimiento parental con base en la intención y la función.

La formación familiar semejante al matrimonio de Elisa y Emily reforzó la demanda igualitaria del reconocimiento parental. Si Elisa y Emily, excluidas del matrimonio, actuaban igual que las parejas casadas que forman familias con hijos, negar el reconocimiento legal a sus relaciones parentales parecía no solo injusto sino además ilógico. En consecuencia, los abogados del NCLR llamaron la atención sobre la familia planeada y funcional que Elisa y Emily formaron. El primer párrafo de los hechos explicaba: "Elisa y Emily mantuvieron una relación comprometida por

⁷² *Idem*, p. 38.

más de seis años. Tuvieron una ceremonia de compromiso, intercambiaron anillos y combinaron sus finanzas. En 1995, Elisa y Emily decidieron tener hijos juntas".⁷³ Al igual que Hisserich y Patterson en el caso anterior del NCLR, Elisa y Emily tenían una relación semejante al matrimonio. Evidenciaron interdependencia emocional y económica en maneras que recordaban las que enmarcaron las relaciones del mismo sexo en los esfuerzos previos para la sociedad doméstica. Su decisión de tener hijos siguió a su creación de una unidad semejante a la familia, que en sí misma proporcionaba evidencia de su intención de criar hijos juntas y demostraba una conducta parental. Una vez más, desde esta óptica, el matrimonio se caracterizaba por relaciones íntimas comprometidas y esfuerzos conjuntos para tener y criar hijos; la procreación sexual, la diferenciación sexual y la filiación biológica habían salido del panorama.

El Tribunal Supremo de California, basado en gran medida en *Nicholas H.*, reconoció a Elisa, la compañera de crianza no biológica, como madre legal de acuerdo con la disposición de la UPA de "presentación abierta" de un menor como tal [*holding out provision*].⁷⁴ Apelando a cuestiones centrales de derecho de familia —"el interés del estado en el bienestar del niño y la integridad de la familia"—⁷⁵ la Corte adoptó una noción de paternidad social, más que biológica, tanto para las parejas de distinto sexo como para las del mismo sexo en contextos maritales y no maritales. A pesar de que las demandas constitucionales que el NCLR presentó al pronunciarse a favor del reconocimiento no figuraron en la decisión como tal, el resultado promovió los compromisos con la igualdad al ganar el reconocimiento a padres y madres en parejas del mismo sexo. Los individuos en parejas del mismo sexo habían sido considerados sujetos apropiados para el reconocimiento parental, aun cuando seguían excluidos del matrimonio.

⁷³ *Idem*, p. 7.

⁷⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Elisa B. vs. Superior Court*, 117 P3d 660 (Cal. 2005).

⁷⁵ *Idem*, p. 668.

En el curso de los últimos años del siglo XX y los primeros del XXI, el trabajo en derecho de familia realizado por los defensores LGBT había logrado muchas cosas. Incluso a medida que el reconocimiento de los lazos románticos y parentales de gais y lesbianas favoreció prioridades del derecho de familia, como la privatización de la dependencia y el fomento del bienestar del menor, tal reconocimiento también destacó a la familia como un sitio crítico de igualdad LGBT. Además, organizó demandas de reconocimiento marital ya que, por una parte, enmarcó a las parejas del mismo sexo como suficientemente semejantes a un matrimonio para ameritar la inclusión y, por otra parte, contribuyó a comprensiones del matrimonio que podían coincidir con las vidas de las parejas del mismo sexo. En este sentido, la defensa LGBT tuvo un impulso de asimilación y, al mismo tiempo, instintos más transformativos. De hecho, tal como lo muestro en otros trabajos, las demandas de asimilación —es decir, que las parejas del mismo sexo son semejantes a las parejas casadas de distinto sexo— forzaron sutilmente a la ley a reconocer e incorporar rasgos distintivos de las familias formadas por parejas del mismo sexo.⁷⁶

II. Para constituir el matrimonio

Esta parte se enfoca en la aceptación de las demandas de matrimonio de las parejas del mismo sexo como un asunto de derecho constitucional federal. Muestra cómo los avances en derecho de familia relacionados con el reconocimiento y derechos no maritales estructuraron las maneras en las que se entiende el vínculo entre las libertades protegidas por la Constitución —como el matrimonio y la paternidad— y la igualdad por orientación sexual. Si el matrimonio estuviera definido por un compromiso mutuo, afiliación romántica e interdependencia emocional y económica, las parejas del mismo sexo podrían hacer demandas persua-

⁷⁶ Véase NEJAIME, D., "Differentiating Assimilation", *Studies in Law, Politics, and Society*, Vol. 75, 2018, p. 1.

sivas de inclusión. Si la paternidad marital estuviera definida por vínculos intencionales y funcionales entre padres e hijos, en lugar de una paternidad basada en procreación biológica y diferenciación por razones de género, las parejas del mismo sexo podrían tener argumentos convincentes en favor de la inclusión.

1. Matrimonio igualitario y derecho constitucional

Las demandas de igualdad en el matrimonio fueron al mismo tiempo un precedente y una consecuencia de la defensa LGBT que buscaba derechos y reconocimiento no maritales para familias formadas por gays y lesbianas. El litigio por el matrimonio de personas del mismo sexo surgió en los Estados Unidos a finales de la década de 1970 y encontró un rechazo uniforme.⁷⁷ El movimiento moderno por la igualdad en el matrimonio tiene sus orígenes en los litigios que se llevaron a cabo en Hawái a principios de la década de 1990, tras un período de activismo LGBT enfocada en el reconocimiento no marital.⁷⁸ Durante muchos años después del litigio de Hawái, las demandas de matrimonio avanzaron principalmente a nivel estatal, de acuerdo con el derecho constitucional estatal.⁷⁹ No fue sino hasta finales de la década del 2000 cuando los tribunales federales se volvieron actores importantes en el litigio del matrimonio entre personas del mismo sexo.⁸⁰ Finalmente, en 2013, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con las resoluciones de *Windsor* y *Hollingsworth vs. Perry*,⁸¹ intervino en la lucha por el matrimonio. En *Windsor*, la Corte abrió el camino para el reconocimiento federal de los matrimo-

⁷⁷ Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Estados Unidos, casos: *Jones vs. Hallahan*, 501 S.W.2d 588 (Ky. 1973); *Baker vs. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971); *Singer vs. Hara*, 522 P.2d 1187 (Ct. Ap. Wash. 1974).

⁷⁸ Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Baehr vs. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

⁷⁹ Véase CUMMINGS, S. L. y NEJAIME, D., "Lawyering for Marriage Equality", *UCLA Law Review*, Vol. 57, 2010, pp. 1235, 1248-1250.

⁸⁰ Véase ESKRIDGE JR., W. N., "Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States", *Boston University Law Review*, Vol. 93, No. 275, 2013, pp. 281-282.

⁸¹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *United States vs. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

nios de parejas del mismo sexo,⁸² y en *Hollingsworth*, dio validez a la resolución de un tribunal federal distrital que extendía el matrimonio a parejas del mismo sexo en California.⁸³ A raíz de estas decisiones, uno tras otro, los tribunales federales invalidaron las prohibiciones estatales para el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que finalmente se llegó al reconocimiento de la Suprema Corte del derecho al matrimonio en toda la nación en *Obergefell vs. Hodges* en 2015.⁸⁴ *Windsor* y *Obergefell*, y las decisiones federales que ocurrieron entre ambos casos, estaban enmarcados en principios constitucionales de igualdad y libertad. Finalmente, era un demanda de matrimonio —un derecho fundamental— y de igualdad —una garantía constitucional— lo que se estaba juzgando.

Este enfoque en las normas constitucionales que animan la demanda de matrimonio ubica al matrimonio igualitario dentro de una serie de fallos que protegen los derechos constitucionales de gays y lesbianas. De hecho, la Corte de *Obergefell* no sólo evocó el razonamiento de protección igualitaria usado en *Windsor*, sino también sus decisiones anteriores en *Romer vs. Evans*,⁸⁵ que invalidó la Enmienda 2 de Colorado, y *Lawrence*,⁸⁶ que invalidó la ley de "conducta homosexual" de Texas. La Corte enmarcó la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo como una consecuencia de los avances constitucionales en los derechos de gays y lesbianas. Después de referirse a la trayectoria desde *Bowers vs. Hardwick*,⁸⁷ el cual rechazaba un desafío constitucional a las leyes antisodomía, hasta *Romer* y *Lawrence*, la Corte declaró: "En este contexto es que surge la pregunta jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo".⁸⁸

El enfoque constitucional también sitúa la demanda de matrimonio en una línea de precedentes sobre el estatus constitucional del matrimonio.

⁸² 133 S. Ct. 2675.

⁸³ 133 S. Ct. 2652.

⁸⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 133 S. Ct. 2584 (2015).

⁸⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Romer vs. Evans*, 478 U.S. 186 (1986).

⁸⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁸⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Bowers vs. Hardwick*, 517 U.S. 620 (1996).

⁸⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell*, 135 S. Ct. en 2596.

La Corte de *Obergefell* buscó casos fuera del contexto LGBT, desde *Griswold* y *Loving* hasta *Zablocki* y *Turner*, para apuntalar su razonamiento sobre el matrimonio de personas del mismo sexo.⁸⁹ En otras palabras, la igualdad en el matrimonio se volvió parte de una tradición constitucional importante.

Esta manera de enmarcar constitucionalmente la demanda de matrimonio oscurece el papel del derecho de familia. De hecho, la Corte de *Obergefell* en ningún momento discutió la historia de la sociedad doméstica y las luchas municipales por el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo a partir de la década de 1980. Sin embargo, tal como hemos visto, las demandas de matrimonio vinieron después de años de defensa LGBT que buscaba un trato igualitario para las familias formadas por lesbianas y gays. Quizá debido a que el trabajo previo en derecho de familia generalmente no hablaba en el registro de derechos fundamentales o protección igualitaria, ha habido pocos intentos de vincularlo explícitamente con las demandas subsecuentes de igualdad en el matrimonio.⁹⁰ De hecho, conforme los estudiosos los han relacionado, la tendencia ha sido considerarlos en la medida en que están motivados por diferentes preocupaciones, impulsan diferentes metas y finalmente se mueven en direcciones distintas. Desde esta óptica, el trabajo LGBT en derecho de familia a lo largo de las últimas décadas ha estado motivado por objetivos tradicionalmente arraigados en el derecho de familia — como el bienestar de los hijos y el apoyo para diversos acuerdos familiares—. Por otra parte, se ha considerado que el matrimonio igualitario prioriza la igualdad formal y de derechos civiles por encima de los esfuerzos en derecho familiar para apoyar una gama de relaciones de dependencia.⁹¹ Esta perspectiva tiende a reforzar la tendencia de poner

⁸⁹ *Idem*, pp. 2598-2599.

⁹⁰ Véase JOSLIN, C. G., *op. cit.*, p. 199, *supra* nota 32.

⁹¹ Para recuentos líderes, véase POLIKOFF, N. D., *Beyond (Straight and Gay) Marriage*, Estados Unidos, Beacon Press, 2008; MURRAY, M., "What's So New About the New Illegitimacy?", *American University Journal of Gender Social Policy and the Law*, Vol. 20, 2012, p. 387.

al matrimonio igualitario fuera de la trayectoria del trabajo en derecho de familia que ocurre a nivel estatal.⁹²

La reivindicación del igual reconocimiento para las familias formadas por parejas del mismo sexo —una reivindicación articulada finalmente a través de la defensa del matrimonio igualitario— se forjó en el ámbito del derecho de familia *antes* de que el matrimonio ocupara su papel central en la defensa LGBT y en el espacio *fuera* del matrimonio formal. Ese trabajo anterior hablaba en el idioma del derecho de familia pero lo hacía en maneras que reflejaban normas constitucionales de igualdad y libertad. Y construyó un modelo de familia —que incluía tanto matrimonio como paternidad— que finalmente apoyó la demanda constitucional de igualdad en el matrimonio. Con esto no quiero decir que el trabajo LGBT en derecho de familia haya establecido deliberadamente demandas de matrimonio; en realidad, el matrimonio no era una prioridad para los defensores que trabajaban en derecho familiar en la década de 1980 y comienzos de 1990, y muchos de esos defensores apoyaban una agenda de diversidad familiar no centrada en el matrimonio.⁹³ Sin embargo, como he mostrado en otros trabajos, incluso aquellos defensores que cuestionaban la centralidad del matrimonio encontraron que el matrimonio anclaba sus esfuerzos; simplemente, para lograr derechos no maritales, a menudo tenían que definir a las parejas del mismo sexo en términos semejantes al matrimonio para persuadir tanto a actores gubernamentales como a aliados potenciales.⁹⁴ Como lo muestra la discusión siguiente, una vez que las demandas de matrimonio proliferaron, el trabajo previo en materia de derecho de familia —incluyendo el trabajo estimulado por la campaña para restarle importancia al matrimonio— dio forma tanto a la manera de enmarcar las demandas de matrimonio como a los términos en los que las demandas de matrimonio eran cuestionadas.⁹⁵

⁹² Véase NEJAME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, p. 165, *supra* nota 34.

⁹³ *Ibidem*, pp. 104-112.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 161-162.

⁹⁵ Desde luego, el movimiento LGBT no fue el primero en moldear el significado del matrimonio. Tanto los defensores de los derechos civiles como las activistas feministas contribuyeron a nuevas comprensiones del matrimonio.

2. Las raíces de derecho de familia del matrimonio igualitario

La lucha por el matrimonio igualitario recapituló batallas libradas en el terreno del derecho de familia. En buena medida, los analistas no han logrado notar esta dinámica, y siguen viendo al derecho de familia como fuera de la lente del derecho constitucional nacional de derechos civiles. Cuando nos enfocamos en el derecho de familia, vemos que las sentencias de matrimonio igualitario que culminan con *Obergefell*, se expresan en el registro del derecho constitucional, pero se mantienen intuiciones de derecho de familia producidas gracias a años de activismo LGBT. Una vez más, las maneras en las que se entendió tanto la relación entre adultos como la relación entre padres e hijos ilustraron esta dinámica. Estos entendimientos deberían orientar el matrimonio igualitario hacia demandas de reconocimiento y de derechos familiares que están surgiendo hoy en día.

Pueden observarse elementos clave del reconocimiento de relaciones no maritales en enfoques subsecuentes a las demandas de matrimonio: con respecto a cómo los tribunales conceptualizaban el matrimonio y si consideraban o no a las parejas del mismo sexo como situadas en un lugar similar a las parejas de distinto sexo para fines del matrimonio.⁹⁶ Considérese la opinión del tribunal federal distrital sobre *Perry vs. Schwarzenegger*, el desafío a la Proposición 8 de California. Al determinar que la prohibición de California al matrimonio entre personas del mismo sexo violaba garantías constitucionales federales de protección igualitaria y debido proceso, el tribunal declaró:

El matrimonio es el reconocimiento y la aprobación que da el Estado a la decisión tomada por una pareja de vivir juntos, permanecer

⁹⁶ NEJAIME, D., "Marriage Equality..., *op. cit.*, pp. 165-171, *supra* nota 34.

comprometidos el uno con el otro y formar un hogar con base en sus propios sentimientos mutuos, asociarse económicamente y apoyarse entre sí y a sus dependientes.⁹⁷

El tribunal reproducía en su lenguaje los atributos de la sociedad doméstica desde sus orígenes en Berkeley y San Francisco.

La decisión del tribunal distrital se volvió la decisión rectora en el caso después de la resolución de la Corte Suprema en *Hollingsworth*. Pero previamente, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito dio validez al tribunal distrital con bases más estrechas. Al hacerlo, articuló los atributos de un matrimonio en términos que reflejaban los significados forjados en las luchas por la sociedad doméstica. "[P]uesto que reconocemos la interdependencia financiera de aquellos que han entablado una 'relación duradera'", explicó la Corte, "[p]ermitimos que los cónyuges, y no los hermanos o compañeros de departamento, declaren impuestos conjuntamente".⁹⁸ Para los tribunales de *Perry*, el compromiso íntimo adulto y la interdependencia emocional y económica —no la diferenciación de género y la procreación— definían al matrimonio, de la misma forma en que esos conceptos habían definido la sociedad doméstica.⁹⁹

El enfoque en la afiliación íntima adulta y el apoyo emocional y financiero también es evidente en *Obergefell*. En él, la Corte describió el matrimonio como "un lazo duradero [en el cual], dos personas juntas pueden encontrar otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiri-

⁹⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Schwarzenegger*, 704 F Supp. 2d 921, 961 (N.D. Cal. 2010), *ratificado sub nom.* *Perry v. Brown*, 671 F3d 1052 (Noveno Cir. 2012), *revocado sub nom.* Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

⁹⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F3d 1052, 1078 (Noveno Cir. 2012), *revocado sub nom.* *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

⁹⁹ Para un marco similar elaborado por los defensores LGBT mismos, véase "Memorandum in Support of Plaintiffs' Motion for Summary Judgment and in Opposition to the Motions to Dismiss of Defendants Christopher Rich and State of Idaho, en 6, *Latta v. Otter*" (D. Id. 2014) ("De acuerdo con la ley de Idaho, la institución legal del matrimonio es una relación contractual que representa el deseo de una pareja de comprometerse públicamente y asumir responsabilidades legales para cuidar y protegerse mutuamente y a los hijos que puedan tener, conforme avanzan en la vida juntos como familia").

tualidad".¹⁰⁰ Al explicar por qué el matrimonio es fundamental para propósitos constitucionales, la Corte se enfocó primero en la asociación entre adultos, al declarar que "el derecho al matrimonio es fundamental porque, en su importancia, apoya la unión de dos personas de manera diferente a cualquier otra para los individuos comprometidos".¹⁰¹

La Corte de *Obergefell* enfatizó no solo las dimensiones emocionales sino también las materiales del matrimonio —subrayando su función distributiva—. El matrimonio, como reconoció la Corte, es "la base para una lista cada vez más larga de derechos, beneficios y responsabilidades gubernamentales".¹⁰² Las iniciativas de sociedades domésticas, que buscaron extender beneficios como la cobertura médica a las parejas del mismo sexo excluidas del matrimonio, validaron este modelo de reconocimiento marital. Los defensores establecieron la relevancia de los beneficios materiales para las vidas de las parejas del mismo sexo no solo en el trabajo sobre el matrimonio que comenzó a principios de la década de 1990, sino también en el trabajo en nombre de las parejas *no casadas* del mismo sexo que comenzó a principios de la década de 1980. Tal como había puesto en clara evidencia el sistema de sociedades domésticas, las parejas del mismo sexo necesitaban y querían los derechos y beneficios materiales ligados al matrimonio tanto como las parejas de distinto sexo. Como lo concluyó la Corte de *Obergefell*: "No hay diferencia entre las parejas del mismo sexo y las de distinto sexo con respecto a este principio".¹⁰³ Si bien la Corte reunió precedentes constitucionales, como *Griswold*, *Loving* y *Turner*, para sustentar sus afirmaciones sobre los atributos tangibles e intangibles del matrimonio, la comprensión del matrimonio que surge con *Obergefell* también refleja años de defensa LGBT en nombre del reconocimiento no marital.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 133 S. Ct. 2584, 2599 (2015).

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² *Idem*, p. 2601.

¹⁰³ *Idem*.

Desde la perspectiva de la Corte, el matrimonio no está definido principalmente por la procreación y la crianza de hijos. De hecho, la Corte dejó en claro que el derecho al matrimonio no es "menos significativo para aquellos que no quieren o no pueden tener hijos. La habilidad, deseo o promesa de procrear no es y no ha sido un prerrequisito para un matrimonio válido".¹⁰⁴ Resulta sorprendente que el argumento constitucional para el matrimonio se enfocara en los hijos, aun cuando distanciaba al matrimonio de la procreación. Este hecho también reflejaba avances impulsados por el activismo LGBT previo en el derecho familiar. Los esfuerzos relacionados con la paternidad, simultáneamente apoyaban los enfoques centrados en los padres como a aquellos centrados en los hijos en la demanda constitucional de matrimonio. El reconocimiento de la paternidad de gays y lesbianas fuera del matrimonio desacreditó las justificaciones para la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio al mismo tiempo que convirtió a estas parejas en sujetos apropiados para un modelo de matrimonio centrado en los hijos.

Por una parte, la demanda de matrimonio impulsó la separación del matrimonio y la paternidad, lo mismo que la reivindicación de la paternidad no marital, en el trabajo previo en derecho de familia. En California, tal como lo concluyó el tribunal distrital de *Perry*, defender una prohibición del matrimonio con base en la crianza de hijos parecía irracional en vista de que el Estado "trataba a los padres del mismo sexo de manera idéntica a los padres del sexo opuesto".¹⁰⁵ De manera más amplia, la aceptación del Estado sobre la paternidad de gays y lesbianas fue parte de una tendencia más general en la que el matrimonio perdía cada vez más control sobre la paternidad. Tal como lo explicó el Noveno Circuito, las leyes de California "que gobiernan la paternidad [...] son distintas de las leyes que

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1000 (N.D. Cal. 2010), ratificado *sub nom.* Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052 (Noveno Cir. 2012), revocado *sub nom.* Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

gobiernan el matrimonio".¹⁰⁶ El reconocimiento robusto de la paternidad no marital, propuesto por los defensores LGBT, hacía que las justificaciones con base en la crianza de hijos para restringir las leyes del matrimonio parecieran ilógicas. La paternidad no dependía del matrimonio y, como lo razonó la Corte de *Obergefell*, el matrimonio no dependía de la paternidad.¹⁰⁷

Por otra parte —y de manera hasta cierto punto paradójica— el trabajo previo en defensa de los padres del mismo sexo contribuyó a la evolución de comprensiones de la paternidad, entre ellas la paternidad marital, que apoyaban la inclusión de las parejas del mismo sexo en el matrimonio.¹⁰⁸ Los opositores del matrimonio de personas del mismo sexo argumentaban que el matrimonio debía promover "la crianza óptima de los hijos", en la que madres y padres criaran a sus hijos biológicos juntos.¹⁰⁹ Esta visión del matrimonio da prioridad al sexo procreativo y a la crianza de hijos por dos géneros, atributos que no corresponden con las familias formadas por parejas del mismo sexo. En respuesta a eso, los defensores LGBT no decidieron simplemente rechazar la importancia de la crianza de hijos para el matrimonio, sino que propusieron una comprensión de la paternidad —forjada en conflictos previos del derecho de familia— en la que las parejas del mismo sexo y de distinto sexo se sitúan en un punto similar. Las parejas del mismo sexo, al igual que las de distinto sexo, deliberadamente forman familias en las que deciden tener y criar hijos.¹¹⁰ Esto, argumentaron los defensores, es un enfoque de la paternidad enmarcado en las concepciones contemporáneas del matrimonio.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052, 1078 (Noveno Cir. 2012), *revocado sub nom.* Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

¹⁰⁷ 135 S. Ct. en 2601.

¹⁰⁸ Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, pp. 1236-1240, *supra* nota 34.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, Amici Curiae Brief de Robert P. George *et al.* en Support of Hollingsworth and Bipartisan Legal Advisory Grp. Addressing the Merits and Supporting Reversal, *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) (Núms. 12-144, 12-307), 2013 WL 390984.

¹¹⁰ Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, p. 1237, *supra* nota 34.

Los tribunales encontraron persuasiva esta lógica. Consideremos de nuevo los razonamientos del tribunal federal distrital que derogó la Proposición 8 de California. El tribunal explicó que "la ley de California permite y fomenta que gays y lesbianas se vuelvan padres a través de la adopción [...] o tecnologías de reproducción asistida".¹¹¹ De manera aún más explícita, el Noveno Circuito enfatizó que "en California, los estatutos de paternidad dan prioridad a la 'relación social' y no a la 'relación biológica' entre padres e hijos".¹¹² Los principios intencionales y funcionales de la paternidad —principios elaborados a través de la anterior defensoría LGBT en nombre de las madres lesbianas y los padres gays no casados— proporcionaron la lógica para una visión de la paternidad que se extendiera tanto a familias maritales como no maritales e incluyera tanto a las parejas del mismo sexo como a las de distinto sexo.

El vínculo entre la paternidad del mismo sexo y la paternidad marital también aparece en *Obergefell*, no solo en la descripción de la Corte de los peticionarios, sino también en su razonamiento constitucional. Incluso, a medida que la Corte explicaba que el matrimonio es fundamental porque "apoya la unión de dos personas", la Corte reconoció que el carácter fundamental del matrimonio se relaciona, en parte, con su papel de "salvaguarda de los hijos y las familias".¹¹³ El matrimonio, como explicó la Corte, "permite la permanencia y la estabilidad que son importantes para proteger el interés superior del niño".¹¹⁴ De hecho, en un guiño implícito a la reforma en derecho familiar, la Corte reconoció que "[l]a mayoría de los estados han permitido que gays y lesbianas adopten, ya sea como individuos o como parejas, y muchos niños adoptados tienen

¹¹¹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1000 (N.D. Cal. 2010), ratificado sub nom. Caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052 (Noveno Cir. 2012), revocado sub nom. Caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

¹¹² Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052, 1078 (Noveno Cir. 2012), revocado sub nom. *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

¹¹³ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 133 S. Ct. 2584, 2600 (2015).

¹¹⁴ *Ibidem*.

padres del mismo sexo".¹¹⁵ Al respaldar un enfoque a la paternidad marital que no se basa en la biología ni en el género, la Corte consideró que las parejas del mismo sexo y las de distinto sexo se encontraban en una situación similar.¹¹⁶ Finalmente, el modelo de paternidad marital propuesto por la demanda de matrimonio igualitario se parece mucho al sistema de paternidad social que favoreció gradualmente a las madres lesbianas y a los padres gays fuera del matrimonio.

III. Para constituir la paternidad

Como lo muestra este apartado, del mismo modo en que los avances en el derecho de familia reverberaron en el razonamiento constitucional sobre la igualdad en el matrimonio, la aceptación constitucional del matrimonio igualitarioreverbera, para bien o para mal, en una nueva generación de conflictos en el derecho de familia.¹¹⁷ La siguiente discusión ilustra esta dinámica al basarse en los avances de la ley de reconocimiento parental dados a raíz del matrimonio igualitario. Al contemplar implicaciones futuras de la relación mutuamente constitutiva entre el derecho de familia y el derecho constitucional, esta tercera parte imagina cómo la reforma al derecho de familia en el reconocimiento parental puede algún día dar una nueva forma a los enfoques constitucionales sobre paternidad.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 2599 (en donde se explica que "las razones por las que el matrimonio es fundamental en virtud de la Constitución aplican con igual fuerza a las parejas del mismo sexo.")

¹¹⁷ Aquí me centro en la liberalización de la ley de reconocimiento parental, pero la constitucionalización de la igualdad de matrimonio también puede servir como una fuerza regresiva en el derecho de familia, con respecto no solo al reconocimiento parental sino también el reconocimiento de relaciones adultas. Véase, p. ej., Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Blumenthal vs. Brewer*, 2016 IL 118781 (Ill. 2016) (que se basa en *Obergefell* para negar derechos semejantes al matrimonio a una pareja del mismo sexo no casada que disolvió su relación después de más de dos décadas). Para el tratamiento académico líder de esta dinámica, véase MURRAY, M., "Obergefell v. Hodges and Non-marriage Inequality", *California Law Review*, Vol. 104, 2016, p. 1207. Para un argumento poderoso de que *Obergefell* podría abrir caminos constitucionales para los derechos no maritales, véase JOSLIN, C. G., "The Gay Rights Canon and the Right to Nonmarriage", *Boston University Law Review*, Vol. 97, 2017, p. 425.

1. Matrimonio igualitario y reconocimiento parental

El modelo de familia que justifica la inclusión de las parejas del mismo sexo en el matrimonio es uno que margina la diferenciación de género y la procreación familiar y, más bien, promueve a las familias funcionales y elegidas voluntariamente. Ahora, con el matrimonio entre personas del mismo sexo, vemos una incorporación a mayor escala del modelo de paternidad basado en conducta e intención, por sobre un modelo de paternidad basado en lo biológico y la diferenciación de género.¹¹⁸

En trabajos previos de paternidad no marital, los defensores LGBT aprovecharon la capacidad del matrimonio para dar cabida a la paternidad no biológica. Hoy en día, los defensores impulsan el matrimonio igualitario en maneras que obligan a la ley a dar cabida más general a las relaciones sociales y no biológicas. Los estatutos de inseminación con donante que reconocen al esposo como padre legal pueden tratar de manera similar a la esposa de una mujer como la madre "natural" y por lo tanto "legal".¹¹⁹ Además, los tribunales han aplicado cada vez con mayor frecuencia la presunción marital —que desde hace tiempo ha sido capaz de reconocer a los esposos como padres incluso aunque haya evidencia biológica de lo contrario—¹²⁰ a las parejas lésbicas.¹²¹ Las leyes sobre paternidad, como explicó un tribunal de Nueva York, deben interpretarse con "neutralidad de género" a la luz del surgimiento del matrimonio igualitario, de tal modo que "el hijo de cualquiera de las personas en una

¹¹⁸ Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality... *op. cit.*", pp. 1241-1249, *supra* nota 34.

¹¹⁹ Véase NEJAIME, D., "The Nature of Parenthood", *Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017, pp. 2260, 2295. Claramente, la paternidad de parejas del mismo sexo está vinculada con las tecnologías de reproducción asistida (TRA), y ambas se relacionan con enfoques cambiantes a la paternidad. En otro trabajo exploro cómo la regulación legal de las TRA expone las tensiones entre, por un lado, las concepciones de la paternidad basadas en la biología y el género y, por otro lado, aquellas basadas en lo intencional y lo funcional. Vinculo la expansión de los enfoques intencionales y funcionales con la orientación sexual y la igualdad de género. *Ibidem*.

¹²⁰ Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Michael H. vs. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

¹²¹ Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, p. 2295, *supra* nota 118.

pareja del mismo sexo se presume como hijo de ambos, aunque el hijo no esté relacionado genéticamente con los dos".¹²²

Si bien la presunción marital siempre fue capaz de disimular la verdad biológica, a menudo se ocultaba deliberadamente la medida en la que era capaz de hacerlo.¹²³ Aplicar la presunción marital a las parejas del mismo sexo desprende tal presunción de la filiación biológica de maneras que resultan más obvias, deliberadas y transparentes.¹²⁴ Tal como lo argumenta Susan Appleton, la aplicación de la presunción a las parejas del mismo sexo "resalta la manera en que esta doctrina de larga data puede construir una realidad legal incluso ante hechos biológicos en conflicto".¹²⁵ Ahora, la presunción se basa en la relación horizontal entre quienes conforman la pareja y su acuerdo mutuo del rol parental con respecto al niño.¹²⁶ La misma idea que, en gran medida, apoyó el reconocimiento de padres gays y madres lesbianas en familias no maritales es la que provee la lógica a través de la cual se puede entender la disposición clave que incluye los derechos parentales dentro de la familia marital. La presunción marital comienza a colapsar con los principios basados en intención que se aplican a los padres casados y no casados y con la lectura no biológica de la presunción conductual de "presentación abierta" aplicada a los padres no casados. En otras palabras, la presunción marital tiene sentido porque proporciona una indicación de intención y conducta.

¹²² Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Wendy G-M. vs. Erin G-M.*, 985 N.Y.S. 2d 845, 860-861 (Sup. Ct. N.Y. 2014). Véase también, Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Gartner vs. Iowa Dep't of Pub. Health*, 830 N.W.2d 335 (Iowa 013); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Della Corte vs. Ramirez*, 961 N.E.2d 601 (Ct. Ap. Mass. 2012).

¹²³ Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, p. 2277, *supra* nota 118.

¹²⁴ Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, p. 1242, *supra* nota 34, ("Con el matrimonio entre personas del mismo sexo, la presunción tiene sentido sólo porque proporciona una indicación de intención y de 'presentación abierta'"); APPLETON, S. F., "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era", *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2006, pp. 227, 230 ("Tal como se aplica a las parejas del mismo sexo, por supuesto, la presunción [de legitimidad] y sus variantes difieren de la filiación genética y siempre producen lo que podría considerarse como resultados ficticios o contruados socialmente").

¹²⁵ APPLETON, S. F., *op. cit.*, p. 230.

¹²⁶ Véase GROSSMAN, J. L., "The New Illegitimacy: Tying Parentage to Marital Status for Lesbian Co-Parents", *American University Journal of Gender Sociology, Policy & the Law*, Vol. 20, No. 671, 2012, p. 718.

Para ser significativa, la presunción marital para las parejas lésbicas debe estar protegida contra la refutación por evidencia genética. Dicho de otro modo, esta presunción debe asumir completamente la nula importancia que da al vínculo biológico. Al aplicarse por igual en contextos de parejas del mismo o de distinto sexo, esta evolución haría que la presunción se volviera un concepto más generalmente social en parejas del mismo sexo y de distinto sexo.¹²⁷ De hecho, sin duda, incidiría directamente en contra de otras tendencias más recientes que se inclinan por la evidencia genética para desestimar la paternidad de un hombre cuando éste descubre que otro hombre es el padre biológico del hijo de su esposa.¹²⁸

Mientras que la maternidad aún representa la relación primaria con un hijo, la paternidad se conceptualiza como derivada de la relación de la madre.¹²⁹ En esencia, el esposo es el padre porque está casado con la madre. En este sentido, las relaciones de los hombres parecen depender más de las relaciones sociales, pero conservan un lugar secundario, mientras que las relaciones de las mujeres conservan la primacía pero están basadas más plenamente en la biología.¹³⁰ No obstante, en la era del matrimonio igualitario, las políticas que animan la presunción marital —para identificar a los padres que tienen la intención de tener y mantener al hijo— parecen ser aplicables tanto para mujeres como para hombres.¹³¹ De acuerdo con ello, la presunción podría aplicarse sin importar el sexo, lo que llevaría no sólo al reconocimiento del esposo o esposa de

¹²⁷ APPLETON, S. F., *op. cit.*, p. 291, *supra* nota 124 ("Si la ley permite refutación por evidencia genética, entonces aplicar los mismos principios a las parejas lesbianas les da muy poco a ellas y a sus hijos. Por otra parte, si este enfoque lleva a la conclusión de que la evidencia genética es irrelevante para la maternidad en parejas lésbicas, entonces el 'objetivo de paridad' indica que los mismos principios deberían aplicar para las parejas tradicionales, con lo que la evidencia genética también sería irrelevante para éstas").

¹²⁸ *Idem*, p. 237.

¹²⁹ Véase DOLGIN, J. L., "Just a Gene: Judicial Assumptions About Parenthood", *UCLA Law Review*, Vol. 40, 1993, pp. 637, 644 ("la paternidad sólo puede presumirse a través de la relación de un hombre con la madre del hijo").

¹³⁰ Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, pp. 2314-2315, 2328-2329, *supra* nota 118.

¹³¹ *Idem*, p. 2340.

la *madre* biológica, sino también al reconocimiento del esposo o esposa del *padre* biológico —un argumento que desarrollo en otro trabajo.¹³²

Desde luego, muchos de estos cambios no dependen de la resolución *constitucional* con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo. Entonces, ¿qué es lo que el derecho constitucional añade? El reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio para las parejas del mismo sexo, con base en el debido proceso así como en la igual protección, proporciona nuevos y poderosos argumentos para el reconocimiento parental en jurisdicciones que se resisten. *Obergefell* no zanjó el conflicto del matrimonio de personas del mismo sexo, más bien lo condujo a nuevos rumbos.¹³³ La paternidad aparece más que nada en disputas posteriores a *Obergefell* sobre las consecuencias de la igualdad en el matrimonio.¹³⁴ En las disputas actuales sobre la paternidad, el precedente del matrimonio igualitario puede entenderse en relación con los avances en el derecho de familia que le dieron empuje. Las decisiones de matrimonio igualitario dieron crédito a demandas de reconocimiento parental que se originaron décadas antes como asuntos de derecho de familia. Apreciar este hecho puede llevar a los tribunales y legislaturas a ver que la paternidad fue crítica para el apoyo del estatus igualitario de las familias formadas por parejas del mismo sexo en el caso *Obergefell*.

Considérese la decisión del tribunal distrital en *Henderson vs. Adams*.¹³⁵ Incluso con el matrimonio para parejas del mismo sexo, Indiana no había alterado los términos que hacían alusión específica al género en sus disposiciones de paternidad. Es más, su ley de filiación, a diferencia de la UPA, no indica expresamente que las disposiciones aplicables a la relación entre el padre y el hijo lo son también para la relación entre

¹³² *Idem*, pp. 2339-2343.

¹³³ Véase SIEGEL, R. B., "Community in Conflict: Same-Sex Marriage and Backlash", *UCLA Law Review*, Vol. 64, 2017, p. 1728.

¹³⁴ Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, pp. 1243-1244, *supra* nota 34.

¹³⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Henderson vs. Adams*, 209 F. Supp. 3d 1059 (D.N. Ind. 2016).

la madre y el hijo. El estatuto de paternidad relevante dicta que: "Se presume que un hombre es el padre biológico de un niño si [...] el [...] hombre y la madre biológica del niño están o estuvieron casados".¹³⁶ Aunque la ley se refiere al "padre biológico", el Estado ha permitido por años que una mujer casada que dio a luz a un hijo concebido con espermatozoides donados pudiera registrar a su esposo en el acta de nacimiento del niño. Al rehusarse a brindar el mismo trato a la esposa de una mujer que da a luz a un hijo concebido con espermatozoides donados, el Estado exigió que la madre biológica adoptara al menor para volverse su madre legal.

Indiana defendió su postura citando "un importante interés gubernamental en preservar los derechos de los padres biológicos llevando registros precisos sobre la filiación biológica de los niños nacidos en Indiana".¹³⁷ El estado trató de restringir *Obergefell*, al afirmar que la decisión "en realidad desvinculaba el matrimonio de la paternidad porque el derecho al matrimonio no puede estar condicionado por la capacidad o el compromiso para procrear".¹³⁸ Pero, en lugar de eso, el tribunal distrital de Indiana concluyó que *Obergefell* tenía consecuencias para la ley de reconocimiento parental. Indiana había "creado un beneficio para las mujeres casadas basado en su matrimonio con un hombre, el cual les permite poner el nombre de su esposo en el acta de nacimiento de su hijo incluso cuando el esposo no sea el padre biológico".¹³⁹ "Debido a [...] *Obergefell*", el tribunal concluyó que "este beneficio —que está directamente ligado al matrimonio— debe concederse a las mujeres casadas con mujeres".¹⁴⁰ Las leyes sobre filiación, según determinó el tribunal, basadas en el sexo y la orientación sexual discriminan de manera inconstitucional.¹⁴¹ *Obergefell* proporcionó la base constitucional sobre la cual se puede exigir

¹³⁶ IND. CODE, párr. 31-14-7-1 (2016).

¹³⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Henderson vs. Adams*, 209 F. Supp. 3d en 1074.

¹³⁸ *Idem*, p. 1076.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Idem*. Meses después, el tribunal emitió una orden en la que afirmaba y aclaraba su decisión previa. Véase *Henderson vs. Adams*, caso núm. 1:15-cv-00220-TWP-MJD, 2016 WL 7492478 (D.N. Ind. 30 de dic. de 2016).

a un Estado reacio a que extienda el reconocimiento parental a las parejas lésbicas casadas que usaron esperma donado.¹⁴²

De hecho, al mismo tiempo que este ensayo estaba en prensa, la Corte Suprema reconoció de manera explícita que *Obergefell* exige a los estados a tratar a las parejas del mismo sexo como parejas de distinto sexo con respecto a las actas de nacimiento. (Las actas de nacimiento no establecen la filiación, pero son evidencia de filiación). En una resolución *per curiam*, la Corte revirtió una decisión de la Corte Suprema de Arkansas que permitía al estado negar actas de nacimiento en las que figurara la esposa de una mujer que da a luz, a pesar de que el estado sí permite que figure el esposo de una mujer que da a luz".¹⁴³ La Corte declaró que "*Obergefell* proscribe dicho tratamiento dispar".¹⁴⁴ Es probable que la decisión de la Corte tenga consecuencias significativas e inmediatas en los conflictos sobre reconocimiento parental que han proliferado a raíz del caso *Obergefell*.

2. ¿El futuro de la paternidad?

Al igual que el tribunal de *Henderson*, otros han encontrado que el rechazo del gobierno a extender las presunciones de paternidad marital a las parejas del mismo sexo viola la garantía de igualdad anunciada en *Obergefell*.¹⁴⁵ No obstante, en contraste con estas decisiones, el tribunal de *Henderson* falló no sólo con base en el principio de igual protección sino también en el debido proceso. Y su razonamiento de debido proceso tenía sus raíces no en el derecho al matrimonio sino en los derechos parentales. El tribunal concluyó que los estatutos parentales de Indiana

¹⁴² Indiana apeló la decisión del tribunal distrital. Véase "Brief and Required Short Appendix of Appellant Dr. Jerome Adams, *Henderson va. Adams*", caso No. 17-1141 (Séptimo Cir. 2017).

¹⁴³ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Pavan vs. Smith*, 582 U.S. ___ (2017).

¹⁴⁴ *Idem.* (*slip op.* en 3).

¹⁴⁵ Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Roe vs. Patton*, caso No. 2:15-cv-00253-DB, 2015 WL 4476734 (D. Utah 22 de jul. de 2015).

interfieren con el "ejercicio del derecho de ser padre" de las parejas del mismo sexo "al negarles toda oportunidad de presunción de paternidad que se ofrece a las parejas heterosexuales".¹⁴⁶ En la medida en que este razonamiento somero puede interpretarse como protector del padre o madre *no biológicos* como asunto de doctrina constitucional, es excepcional. El estatus constitucional de la paternidad generalmente se ha limitado a las relaciones *biológicas* entre padres e hijos. Por tanto, *Henderson* sugiere que el ciclo que une al derecho de familia con el derecho constitucional podría seguir en el espacio doctrinal de la paternidad. La elaboración de la paternidad no biológica en el dominio del derecho de familia, incluso a través de cambios generados por el matrimonio igualitario, podría contribuir a nuevas comprensiones de la paternidad *como una cuestión constitucional*.¹⁴⁷

Si bien los precedentes de los derechos parentales datan de la década de 1920,¹⁴⁸ la articulación más extensa de la Corte en cuanto a la protección constitucional para la paternidad comenzó en la década de 1970 con casos sobre los derechos de padres no casados.¹⁴⁹ Incluso cuando la Corte expandió los parámetros de la paternidad como un asunto constitucional, lo hizo bajo el entendido de que los intereses constitucionales surgieron de vínculos "naturales" entre padres e hijos.¹⁵⁰ Si bien esta premisa biológica a veces sólo se da por sentada, a menudo la Corte ha sido explícita sobre la relación entre la paternidad biológica y los derechos constitucionales.¹⁵¹ (Desde luego, en el momento en que un individuo se

¹⁴⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Henderson vs. Adams*, 209 F. Supp. 3d 1059 (D.N. Ind. 2016).

¹⁴⁷ Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, pp. 2357-2359, *supra* nota 118. Desde luego, existe el riesgo de que la paternidad no biológica alcance un estatus constitucional sólo si está atada al matrimonio.

¹⁴⁸ Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Meyer vs. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Soc'y of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

¹⁴⁹ Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Stanley vs. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983).

¹⁵⁰ Véase *Stanley*, 405 U.S. 645; *Lehr*, 463 U.S. 248; *Caban v. Mohammed* 441 U.S. 380 (1979).

¹⁵¹ Vale la pena notar que en *Prince vs. Massachusetts*, un caso de 1944 que tenía que ver con derechos parentales, la Corte simplemente dio por hecho que la litigante, quien tenía sus propios hijos

vuelve padre o madre legalmente por la ley del Estado —por medio de adopción, por ejemplo— ese individuo posee derechos parentales protegidos constitucionalmente; pero los casos constitucionales relevantes principalmente atañen a los derechos de individuos que no han sido adjudicados como padres bajo la ley del estado.)

Muchos desarrollos podrían haber provocado desafíos exitosos a la fundamentación biológica de la paternidad constitucional. Por ejemplo, las demandas de padres de acogida [*foster parents*] que responden a la terminación de la colocación de los niños con ellos, suscitaron interrogantes con respecto a los intereses constitucionales de las relaciones no biológicas entre padres e hijos.¹⁵² Pero la Corte resistió afirmando la importancia de proteger los vínculos "naturales" entre padres e hijos y dejando sin resolver cuando, de darse el caso, los padres de acogida pudieran tener un interés de libertad constitucional en las relaciones con sus hijos acogidos.¹⁵³

En contraste con la doctrina constitucional, a lo largo de los últimos años el derecho de familia se ha alejado de una comprensión de la paternidad limitada al vínculo biológico.¹⁵⁴ Los regímenes de derecho de familia estatal suelen reconocer a los padres que forman vínculos no biológicos con sus hijos sin requerir que dichos padres los adopten. De hecho, esos vínculos a veces se sobreponían a las demandas rivales de los padres biológicos.

pero también era la tutora legal de su sobrina, podía reclamar autoridad parental sobre esa sobrina. 321 U.S. 158 (1944).

¹⁵² Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Smith vs. Organization of Foster Families for Equality and Reform*, 431 U.S. 816 (1977).

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 846-847. Una vez más, los padres adoptivos disfrutaban de derechos parentales protegidos constitucionalmente, pero dichos padres han emprendido procesos legales que les adjudican sus derechos. Así que, por ejemplo, un padrastro no consigue derechos parentales protegidos constitucionalmente a menos que adopte al hijo y por lo tanto suplante al padre biológico. La Corte no ha articulado una doctrina constitucional de paternidad que incluya expresamente a padres no biológicos que no sean padres adoptivos.

¹⁵⁴ Véase NEJAJIME, D., "Marriage Equality..., *op. cit.*, *supra* nota 34.

En algunos estados, el término "natural" —usado generalmente en el discurso constitucional para describir a los padres biológicos—¹⁵⁵ ha cambiado. Como se demuestra en *Nicholas H.*, los tribunales estatales comenzaron a interpretar la disposición de "presentación abierta" de la UPA —centrada en presentar abiertamente al niño como el hijo "natural" de una persona— para reconocer a un hombre como el padre incluso cuando no estaba relacionado biológicamente.¹⁵⁶ De hecho, algunos tribunales lo hicieron por sobre la objeción del padre biológico que afirmaba tener la paternidad.¹⁵⁷ En otras palabras, la biología ya no era vista como el determinante de la paternidad no marital, y en vez de ello la conducta parental se consideraba más crítica.¹⁵⁸ En nombre de la paternidad funcional, "natural" cobró el significado de "legal" en vez de "biológico". Para la década de 2000, algunos tribunales de apelación estatales comenzaron a aplicar la presunción de paternidad de "presentación abierta" a las mujeres. Recordemos la decisión de la Suprema Corte de California en 2005 en el caso *Elisa B. vs. Superior Court*,¹⁵⁹ que encontró que una madre no biológica era efectivamente la madre en virtud de la presunción de "presentación abierta".

En disputas que involucran a padres del mismo sexo, los defensores argumentaban en favor del reconocimiento de padres no biológicos no solo con bases del derecho de familia sino también del derecho constitucional. Afirmaban que los principios de paternidad legales y consuetudinarios debían llevar al reconocimiento parental, pero, en la medida en

¹⁵⁵ Véase, p. ej., *Smith*, 431 U.S. en 845 (que distingue la "familia adoptiva" de la "familia natural").

¹⁵⁶ *In re Nicholas H.*, 46 P.3d 932 (Cal. 2002), según fue modificado (17 de jul. de 2002).

¹⁵⁷ *In re Jesusa V.*, 85 P.3d 2 (Cal. 2004); *Brian C. v. Ginger K.*, 92 Cal. Rptr. 2d 294 (Ct. Ap. Cal. 2000).

¹⁵⁸ Por supuesto, desde tiempo atrás la adopción ha ofrecido una ruta hacia la paternidad no biológica desde hace tiempo. No obstante, la adopción crea una relación legal después de la terminación de los derechos de los padres biológicos, y la adopción sigue siendo considerada una excepción a la operación normal de las reglas de paternidad. Aquí me centro en presunciones de paternidad que aplican sin importar el vínculo biológico e incluso cuando el padre biológico es apto y se opone a la demanda de paternidad en conflicto.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Elisa B. vs. Superior Court*, 117 P.3d 660 (Cal. 2005). Véase también *Chaterjee v. King*, 280 P.3d 283, 285 n.3 (N.M. 2012).

que esos principios no conllevaban reconocimiento, el tribunal debía considerar inconstitucional su aplicación.¹⁶⁰ La mayoría de estas demandas constitucionales nunca se resolvieron. En vez de eso, los tribunales que reconocieron a la madre lesbiana no biológica lo hicieron con bases reglamentarias o de *common law*.¹⁶¹ Con todo, en algunos casos, los tribunales llegaron a las preguntas constitucionales. Algunos tribunales aceptaron argumentos constitucionales, con el razonamiento de que la protección igualitaria requería la extensión de las presunciones de paternidad a las parejas del mismo sexo.¹⁶² Otros tribunales rechazaron demandas constitucionales, entre las que se incluían las demandas de que la madre no biológica poseyera derechos parentales como un asunto de debido proceso.¹⁶³ Hasta la fecha, el número de casos que resuelven el estatus constitucional de los derechos parentales de la madre no biológica sigue siendo muy bajo.

Con el reciente apoyo constitucional para las familias formadas por parejas del mismo sexo, las demandas constitucionales de padres no biológicos podrían proliferar. De hecho, no solo las mujeres sino también los hombres en parejas del mismo sexo podrían ejercer tales demandas.¹⁶⁴ En vista de que las parejas del mismo sexo normalmente incluyen a un padre o madre sin vínculo biológico con el hijo, el reconocimiento constitucional de los padres no biológicos es crítico para que las familias formadas por parejas del mismo sexo tengan condiciones igualitarias. La demanda de protección constitucional para los derechos parentales parece, del mismo modo que el matrimonio anteriormente, ligada a la igualdad de las parejas del mismo sexo.¹⁶⁵ Con cambios tanto en el derecho de familia

¹⁶⁰ *Supra* notas 71-72.

¹⁶¹ Véase, p. ej., *Elisa B.*, 117 P.3d 660.

¹⁶² Véase, p. ej., *Gartner vs. Iowa Dep't of Public Health*, 830 N.W.2d 335 (Iowa 2013) (resolución con bases constitucionales estatales); *Shineovich vs. Kemp*, 214 P.3d 29 (Ap. Or. 2009) (resolución con bases constitucionales estatales).

¹⁶³ Véase, p. ej., *Russell vs. Pasik*, núm. 2D14-5540, 2015 WL 5947198, p. *3 (Ct. Ap. Dist. Fla. 14 de oct. de 2015).

¹⁶⁴ NEJAIME, D., *op. cit.*, pp. 2358-2359, *supra* nota 118.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

como el derecho constitucional con respecto al estatus de los gays y lesbianas, los tribunales federales —guiados por el enfoque dialógico de *Obergefell* con respecto a la libertad y la igualdad— podrían, finalmente, reconocer a los padres no biológicos como un asunto de debido proceso constitucional.¹⁶⁶

IV. Conclusión — Reflexiones sobre el derecho (familiar) y el cambio social

Perder la continuidad entre el trabajo en materia de derecho de familia previo y el conflicto constitucional más reciente sobre el matrimonio del mismo sexo tiene sus costos. Académicos, abogados y jueces pueden subestimar el impacto del derecho de familia y sobreestimar el impacto del derecho constitucional. Pueden oscurecer el papel del derecho de familia como un sitio crítico para trabajo sobre la igualdad y elidir la influencia de los avances del derecho familiar sobre los acuerdos constitucionales de la familia. Pueden esperar demasiado del derecho constitucional y no darle el peso que merece a la resolución constitucional.

Entender mejor el papel que el derecho constitucional desempeña en la adjudicación constitucional podría influir en una variedad de debates académicos. Consideremos un solo ejemplo. Las teorías de derecho y cambio social a menudo se centran en actores federales (que incluyen principalmente tribunales federales) y el derecho federal (que incluye principalmente el derecho constitucional federal).¹⁶⁷ De hecho, las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos que articulan los principios constitucionales federales siguen siendo los principales sujetos de

¹⁶⁶ En futuros trabajos contemplo explorar en toda su amplitud la relación entre los derechos parentales constitucionales y las relaciones entre padres no biológicos e hijos.

¹⁶⁷ Véase ROSENBERG, G. N., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2a. ed., Chicago, Chicago University Press, 2008; KLARMAN, M. J., "Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement", *Virginia Law Review*, Vol. 80, No. 1, 1994, pp. 7-150; KLARMAN, M. J., "Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions", *Virginia Law Review*, Vol. 82, 1996, p. 1.

análisis.¹⁶⁸ Casos como el de *Brown vs. Board of Education*¹⁶⁹ y *Roe vs. Wade*, por ejemplo, figuran de manera prominente en debates sobre cuándo, cómo, y si de hecho, las cortes deberían intervenir con respecto a cuestiones controvertidas.¹⁷⁰ Desde luego, puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo fue expresado antes que nada como asunto constitucional bajo la ley estatal, las críticas a la intervención judicial (y las estrategias de litigio dirigidas a dicha intervención) a menudo se enfocan en las decisiones constitucionales estatales.¹⁷¹

Los críticos de la intervención judicial tienden a abordar las decisiones de los tribunales de una manera bastante vertical: como que las formas de decidir los temas contenciosos pueden zanjar el conflicto o bien aplastar la deliberación democrática y, por lo tanto, exacerbar la resistencia social.¹⁷² Algunos académicos han respondido a estas críticas adoptando una perspectiva más ascendente, desde la cual consideran que las decisiones constitucionales surgen a partir de la movilización popular y dan una nueva forma al conflicto que continúa mucho después de la decisión.¹⁷³ La atención a los antecedentes en materia de derecho de familia

¹⁶⁸ Considérese el trabajo sobre la tesis del retroceso [*backlash thesis*], el cual sugiere que las decisiones favorables en tribunales sobre cuestiones sujetas a debate en toda la sociedad generan un retroceso al inspirar una poderosa movilización contraria. Este trabajo se centra principalmente en las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos con respecto a cuestiones debatidas de derecho constitucional. Véase ROSENBERG, G. N., *The Hollow Hope*, *op. cit.*, *supra* nota 167; KLARMAN, M. J., "How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis", *The Journal of American History*, Vol. 81, 1994.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Brown vs. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁷⁰ *Cfr.* ROSENBERG, G. N., *supra* nota 167, con POST, R. y SIEGEL, R., "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, 2007, p. 373.

¹⁷¹ Véase, p. ej., ROSENBERG, G. N., "Saul Alinsky and the Litigation Campaign To Win the Right to Same-Sex Marriage", *The John Marshall Law Review*, Vol. 42, 2009, p. 643; KLARMAN, M. J., "Brown and Lawrence (and Goodridge)", *Michigan Law Review*, Vol. 104, 2005, p. 431.

¹⁷² Véase NEJAIME, D., "Constitutional Change, Courts, and Social Movements", *Michigan Law Review*, Vol. 111, 2013, pp. 877, 879-880; NEJAIME, D., "The View From Below: Public Interest Lawyering, Social Change, and Adjudication", *UCLA Law Review*, Vol. 61, 2013, pp. 182, 193.

¹⁷³ Para ejemplos de trabajo sociológico relevante, véase NEJAIME, D., "Winning Through Losing", *Iowa Law Review*, Vol. 96, 2011, p. 941; KECK, T. M., "Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights", *Law & Society Review*, Vol. 43, 2009, p. 151; MCCANN, M. W., "How Does Law Matter for Social Movements?", en GARTH, B. G. y SARAT, A. (eds.), *How Does Law Matter?*, 1998, pp. 76, 85. Para ejemplos de estudios académicos legales relevantes, véase POST, R. y SIEGEL, R., *op. cit.*, *supra* nota 170; GUINIER, L., "The Supreme Court, 2007 Term-Foreword:

de las decisiones constitucionales podría contribuir productivamente a esta segunda perspectiva que va de abajo hacia arriba.

Es posible mirar la resolución judicial de una cuestión como el matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz de los avances en materia de derecho de familia, relacionados con el reconocimiento no marital de las familias encabezadas por parejas del mismo sexo. Es posible considerar cómo un determinado cuerpo legal, debatido en un momento previo y en distintos foros y niveles de gobierno, moldeó los desafíos del debate constitucional subsecuente.¹⁷⁴ Es posible analizar la adjudicación constitucional final y su impacto a lo largo de un horizonte temporal más extenso y la manera en que se entretene con una constelación más amplia de asuntos.

También es posible considerar que los tribunales federales y el derecho constitucional federal son menos importantes. Puede que los tribunales que reconocen el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio no hayan señalado nuevos territorios con tanta notoriedad. En vez de ello, puede que simplemente hayan continuado tendencias que comenzaron en el derecho de familia. La reforma en materia de derecho de familia, que incluyó principalmente a gais y lesbianas *no casados* y los derechos y reconocimiento *no maritales*, dio forma a los términos del debate en el litigio subsecuente sobre el matrimonio. Los tribunales federales que aceptaron las demandas de igualdad de matrimonio lo hicieron después de una serie de avances, principalmente en el derecho familiar estatal, que pusieron en tela de juicio las justificaciones para excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio y constituyeron el matrimonio de manera que pudiera dar cabida a las parejas del mismo sexo. Desde

Demosprudence Through Dissent", *Harvard Law Review*, No. 122, 2008, p. 4; TORRES, G., "Legal Change", *The Cleveland State Law Review*, No. 55, 2007, p. 135; SIEGEL, R., "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA", *The California Law Review*, No. 94, 2006, p. 1323.

¹⁷⁴ COLE, D., *Engines Of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law*, Estados Unidos, Basic Books, 2015, p. 227.

esta perspectiva, el poder reside menos en los dominios de la doctrina constitucional y la adjudicación federal y más en los espacios —estatutarios, judiciales y administrativos— convencionalmente entendidos como derecho de familia.

CAPÍTULO 5

El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflejo de las mutaciones del derecho de familia

Karyna Batista Sposato*

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho de Familia en la Universidad Federal de Sergipe (UFS/Brasil).

I. Introducción

Los últimos años fueron marcados por intensos y muy veloces cambios en el derecho de familia brasileño, resultado de una nueva conformación socio-jurídica.¹ Eso se debe básicamente al fenómeno de ampliación de fuentes del sistema jurídico y, concomitantemente, a la ubicación de la Constitución Federal como centro del ordenamiento jurídico en las democracias occidentales, algo que también se observa en la experiencia constitucional brasileña.

De una manera general, las constituciones escritas son consideradas fuentes del derecho,² y sus enunciados expresan normas que disciplinan la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

¹ TEPEDINO, G., "A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares", BUSCALEGIS.CCJ.UFSC.BR, 2005. Disponible en: <http://bit.ly/2mtm2Ae>

² BALAGUER C., F, *A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico*, Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

No sólo por eso, sino porque las normas constitucionales son igualmente idóneas para disciplinar las relaciones entre particulares, que son susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez y no solamente por parte del juez constitucional.³

El mismo planteamiento es defendido por Zagrebelsky cuando enseña que, donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. Para el autor, la Constitución es fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar.⁴ Destaca que la Constitución se dirige directamente a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. Por eso, las normas constitucionales pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, aplicables a las relaciones familiares.

Dicha posición normativa de la Constitución, en el derecho de familia, es definida como resultado de un proceso de constitucionalización del derecho y parte de un nuevo paradigma llamado neoconstitucionalismo. La expresión "constitucionalización" es construida por Guastini,⁵ a partir de siete criterios de evaluación respecto a la presencia de normas constitucionales en los distintos sistemas jurídicos.

El primer criterio refiere a los ordenamientos jurídicos totalmente impregnados por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se configura cuando la Constitución es extremadamente presente, capaz de irradiar efectos para todo el ordenamiento y por consecuencia condicionar a las leyes, a la jurisprudencia y a la doctrina,

³ GUASTINI, R., "Sobre el concepto de Constitución", en CARBONELL, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 22.

⁴ ZAGREBELSKY, G., *Manuale di diritto costituzionale I*. Italia, Giappicheli, 1991, p.105.

⁵ Véase GUASTINI, R., "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano", en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2003.

como también a la acción de actores políticos y las relaciones sociales.⁶ Advierte Guastini que la constitucionalización es más acentuada cuando existen principios constitucionales (expresamente formulados o implícitos) que no pueden ser modificados de ningún modo, ni siquiera por procedimientos de revisión constitucional. A ello se denomina *constitución material*, un conjunto de principios inmutables.

El segundo aspecto se refiere a la existencia de una instancia de control sobre la conformidad de las leyes con respecto a la Constitución. El tercer aspecto corresponde a la fuerza vinculante de la Constitución y se traduce de la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. El cuarto criterio, fuertemente relacionado al anterior, se relaciona con la interpretación del texto constitucional de forma extensiva, o sea, de modo que no sobren espacios vacíos para propuestas legislativas discrecionales, dando como resultado que toda la decisión legislativa sea pre-reglada por una norma constitucional.

La quinta condición indica la superación de la lógica liberal clásica de que las normas constitucionales no disciplinen relaciones entre particulares. En el ámbito del constitucionalismo actual, las constituciones también se dirigen a las relaciones sociales, de manera que los principios generales o llamadas normas preceptivas o programáticas producen efectos directos. La sexta condición apunta a la necesidad de una interpretación de las leyes conforme a la Constitución, lo que significa la adopción de una interpretación más armónica y adecuada al texto constitucional, con lo que se evita cualquier tipo de contradicción.

La séptima y última condición conlleva a la influencia de la Constitución en las relaciones políticas. Ello se manifiesta de diversas formas, tales

⁶ *Ibidem*, p. 49.

como: la resolución de conflictos de atribuciones entre los distintos órganos o entes; el control de acciones políticas discrecionales: o incluso, en la justificación de acciones y decisiones de los órganos constitucionales y actores políticos.

A su vez, por "neoconstitucionalismo" podemos entender el fenómeno de cambios y transformaciones operadas por el modelo de Estado constitucional,⁷ especialmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, en diversos países y partes del mundo. Para esta reflexión, adoptamos la perspectiva del neoconstitucionalismo que alude a un nuevo modelo de organización jurídico-política o de Estado de derecho. La concepción de Estado de derecho adoptada es aquella que identifica la vinculación de todos los poderes del Estado, incluso del Poder Legislativo, al respeto de los principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, por ejemplo, la división de poderes y el respeto de los derechos fundamentales.

Comprender el neoconstitucionalismo como modelo de Estado de derecho conlleva el reconocimiento de tres paradigmas a lo largo de la historia constitucional: 1) el derecho pre-moderno; 2) el Estado legislativo de derecho; y 3) el Estado constitucional de derecho.⁸

Como esclarece Ferrajoli, el Estado de derecho nace con la forma del Estado legislativo de derecho, con la afirmación del principio de la legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido e incluso existente, independientemente de su valoración como justo. En este contexto, la experiencia deja de ser jurisprudencial y se somete a la ley y al principio de la legalidad como únicas fuentes de legitimación.

El Estado constitucional, a su vez, es caracterizado por la presencia de garantías idóneas para asegurar, con el máximo grado de efectividad, los

⁷ Véase CARBONELL M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2003.

⁸ FERRAJOLI, L., "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 14.

derechos constitucionalmente reconocidos. Por eso, define el autor, que el Estado constitucional de derecho corresponde a un nuevo modelo de derecho y democracia. La historia del constitucionalismo es, para el autor, la de una progresiva extensión y ampliación de la esfera de derechos.⁹

Todas las consideraciones introductorias nos permiten ubicar al derecho constitucional brasileño y sus reflejos en el derecho de familia, con especial atención al tema de las uniones o matrimonios entre personas del mismo sexo y que pasó a recibir un tratamiento garantista y de reconocimiento en la experiencia jurídica de Brasil.

II. Proyección de la Constitución Federal brasileña de 1988 en el derecho de familia

La Constitución brasileña de 1988 es una de las constituciones representativas de lo que se conoce por constitucionalismo dirigente o de carácter social. Tal concepción posee sus antecedentes en la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, así como en el modelo alemán de posguerra (Segunda Guerra Mundial) y en la Constitución portuguesa, adoptada después del declive del régimen salazarista, en los años 70.

Como una Constitución social, la brasileña de 1988, establece obligaciones positivas para el Estado en materia social, buscando regular las actividades económicas y configurar órganos para la implementación de sus políticas públicas, los cuales pueden, incluso, constituir agentes económicos directos.¹⁰ La génesis del constitucionalismo social puede ser inferida a partir de los movimientos sociales de las revoluciones mexicana de 1910 y rusa de 1917, y se constituye paulatinamente como una toma de postura diferenciada del Estado ante los individuos, por el principio

⁹ FERRAJOLI, L., "Sobre los Derechos Fundamentales", en CARBONELL, M. (coord.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, España, Trotta, 2007, p. 73.

¹⁰ Véase SILVA NETO, M. J., *Curso de Direito Constitucional*, 2a. ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

de la no neutralidad y de la intervención en el dominio económico con vistas a la consecución de una sociedad más igualitaria.

La Constitución brasileña de 1988 fue elaborada con intensa participación de la sociedad civil. Representó compromisos acordados entre diferentes sectores sociales y un compromiso maximizado, a través del cual, distintos sectores lograran alcanzar la constitucionalización de sus intereses substantivos. La intensa constitucionalización y los compromisos asumidos han provocado la extensión de derechos, pero tuvieron efectos secundarios indeseados, teniendo como ejemplo el propio envejecimiento precoz del texto constitucional.¹¹

De hecho, la Constitución brasileña ha inaugurado un nuevo paradigma, de doble dimensión: *a)* el compromiso con la efectividad de sus normas y; *b)* el desarrollo de una dogmática de la interpretación constitucional.¹² Dicho paradigma ha permitido reconocer la fuerza normativa y el carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, superándose la concepción anterior de que la Constitución es solamente un conjunto de aspiraciones políticas y de mera convocatoria para los poderes públicos.

Como sostiene el ministro de la Corte Suprema de Brasil, Luís Roberto Barroso, "las transformaciones del modelo constitucional brasileño han proyectado la Constitución hacia el centro del sistema jurídico alterando significativamente la posición del Código Civil, el que ha perdido su preeminencia incluso en el ámbito de las relaciones privadas, donde se han formado distintos microsistemas (del consumidor, del niño y del adolescente, derecho de familia)."¹³

De igual forma, como ocurre con distintas ramas del derecho infraconstitucional, en materia de derecho de familia, la experiencia brasileña está

¹¹ Véase VILHENA V., Oscar, "A Globalização e o Direito", *Realinhamento Constitucional*, 2006. Disponible en: <http://bit.ly/2kX2116>

¹² Véase BARROSO, L. R., "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro", *Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, Vol. 4, No. 15, 2001, pp. 11-47.

¹³ *Ibidem*.

marcada por la presencia de normas directivas.¹⁴ Estas normas amplían la concepción de familia y los derechos de los sujetos involucrados en las relaciones familiares contemporáneas, las que son reinterpretadas bajo la óptica constitucional y con el objetivo de consagrar valores enunciados por la Constitución.

Los valores acogidos por la Constitución son una de las determinaciones más fuertes o esenciales de la misma. Funcionan como la identidad de la Carta política y contribuyen a su demarcación ideológica.¹⁵

La Constitución brasileña concedió una protección amplia a las familias, independientemente de la celebración del matrimonio, reconociendo el concepto de "entidad familiar", con respecto a los vínculos afectivos. El enunciado constitucional hace referencia expresa a las uniones entre hombres y mujeres, y a las relaciones entre los ascendentes y su prole. Como afirma Paulo Lôbo, el artículo 226 del texto constitucional contiene una cláusula general de inclusión,¹⁶ que impide excluir cualquier entidad que cumpla con los requisitos de afectividad, estabilidad y ostensibilidad.¹⁷

¹⁴ Véase FIORAVATI, M. *apud*. PRIETO S., L. "El Constitucionalismo de los Derechos", en CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: TROTTE, 2007.

¹⁵ Véase FERREIRA DA CUNHA, P., *A Constituição Viva-Cidadania e Direitos Humanos*, Porto Alegre, Liv. do Advo, 2007.

¹⁶ Art. 226 CF/88 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1o. O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2o. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3o. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4o. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5o. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6o. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no. 66, de 2010)

§ 7o. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8o. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁷ Véase NETTO LÔBO, P. L., "Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus". ANAIS IBDFAM, 2002. Disponible en: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf

El concepto de familia fue pluralizado por el texto constitucional brasileño y, como tal, no se restringe a las hipótesis de celebración del matrimonio. En lo que toca a las uniones entre personas del mismo sexo, la cuestión fue objeto de decisión de la Corte Suprema de Brasil en el año de 2011. Desde entonces, la jurisprudencia ha consolidado el reconocimiento extensivo de dichas familias, con base en la prohibición de todo tratamiento discriminatorio.

La prohibición de tratamiento discriminatorio no deriva únicamente del texto constitucional. Está previsto en la Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, de los que Brasil es país signatario. Como describen los párrafos 2o. y 3o. del artículo 5o. de la Constitución Federal de Brasil,¹⁸ los tratados y convenciones internacionales aprobados por el Congreso Nacional y firmados son equivalentes a las enmiendas constitucionales, y forman parte del ordenamiento jurídico.

El tema de las uniones afectivas entre personas del mismo sexo fue analizado por la Suprema Corte brasileña en un fallo histórico en procedimiento de Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADIN 4.277), juzgada en conjunto con una Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF 132), en el año 2011. Sus argumentos y postulados derivados son el objeto de las próximas consideraciones, evidenciándose que dicho reconocimiento en sede de jurisprudencia, ejemplifica el intenso proceso de transformación por el que pasa el derecho de familia en Brasil.

¹⁸ § 1o. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2o. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3o. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional no. 45, de 2004) (Ato aprovado na forma deste parágrafo: DLG no. 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018).

§ 4o. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional no. 45, de 2004).

III. Efectos constitucionales y mutaciones en el derecho de familia en Brasil

Como he referido anteriormente, el derecho de familia en Brasil ha sido una de las ramas del derecho más afectadas por el proceso de constitucionalización. Los enunciados constitucionales elevaron la protección de las familias al estatus de regla constitucional, exigiendo cambios en todo el sistema jurídico. Las mutaciones experimentadas en el derecho de familia, por motivos de orden didáctico, pueden ser comprendidas en tres categorías distintas: mutaciones interpretativas jurisprudenciales, mutaciones normativas y mutaciones interpretativas en el ámbito doctrinal. Todas se complementan, se mezclan, e incluso revelan, en conjunto, un nuevo derecho de familia que se integra a la Constitución (constitucionalizado) y que resulta muchísimo más abierto a los principios y fundamentos de un derecho civil constitucional contemporáneo.

Aquí se utiliza la expresión "mutación", tomada de los trabajos de Paula Branco y João Pedroso, profesores del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coímbra, y por medio de la cual describen en diversos artículos científicos la acelerada alteración de las familias en el ámbito de una globalización de alta intensidad en todo Occidente, operando así, genuinas mutaciones del derecho de familia de esta región.¹⁹

El proceso de cambios descrito por Branco y Pedroso se observa en Brasil en una serie de decisiones recientes y legislación en materia de derecho de familia y que han tenido una repercusión significativa en cambios de las prácticas judiciales, administrativas e incluso sociales.

Las llamadas mutaciones ocurridas en el derecho de familia brasileño guardan profunda conexión con el hecho de que la Constitución Federal de

¹⁹ Véase PEDROSO, J., CASALEIRO, P. y BRANCO, P., "Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal", *Revista Crítica de Ciências Sociais* (RCCS), Vol. 82, 2008, pp. 53-83.

1988 ha colocado en curso una verdadera revolución jurídica del derecho, incluso en el derecho civil. La democratización y el carácter programático, social y dirigente de la Carta constitucional brasileña ha proyectado nuevas rutas epistemológicas para la doctrina y para la jurisprudencia. Así se inició la llamada marcha de la despersonalización y despatrimonialización del derecho civil. Y aunque lentos y graduales, los cambios son muy substantivos.²⁰

En este escenario, el Código Civil brasileño del año 2002 ha introducido transformaciones significativas de aproximación a los nuevos dictámenes de la sociedad posmoderna.²¹ Los principios de la *eticidad*, *socialidad* y *operabilidad* que aparecen en éste conforman cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que, dependientes de valoración, exigen el establecimiento de puentes interpretativos con la Constitución.

La interpretación constitucional del Código Civil de 2002 viene configurando un nuevo orden jurídico que invierte la posición tradicional de situarlo como una especie de Constitución del ciudadano y con eso olvidar los principios y reglas que emanan de la propia Constitución. Al revés, todo el ordenamiento se ve constitucionalizado, y la estructura de principios de la Constitución es la que edifica el sistema, concediéndole sus bases axiológicas.

Comprender este movimiento de transformación del derecho de familia en Brasil implica, a su vez, entender que la esfera de actuación de los jueces, en calidad de intérpretes, permite adecuar y actualizar el propio derecho al momento, y en casos concretos. Se trata de adoptar la concepción de Pasqualini respecto a que el orden jurídico solamente se hace presente y actual en el mundo de la vida, a través de la luz temporalizada

²⁰ Véase ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do caos: estudos preliminares*, Porto Alegre, Liv. do Adv., 2006.

²¹ Véase NETTO LOBO, P. L., "Constitucionalização do Direito Civil", *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 36, No. 141, 1999, pp. 99-109.

de la hermenéutica. Según el autor: "Son los intérpretes que posibilitan al sistema sistematizar, y por consecuencia, al significado, significar".²²

Si bien las mutaciones legislativas y de base doctrinal no serán propiamente objeto de esa reflexión, cabe señalar que los cambios legislativos guardan conexión con el proceso de elaboración del Código Civil vigente en Brasil. El Anteproyecto y el Proyecto de Código Civil de 2002 fueron elaborados antes de la Constitución de 1988, a la vez que su tramitación en el Parlamento tardó aproximadamente tres décadas. En consecuencia, una parte de la doctrina considera que el Código Civil de 2002 acabó por conceder un tratamiento ambiguo y confuso al derecho de familia, ante la difícil conciliación entre dos paradigmas opuestos: el paradigma del proyecto de 1969-1975, y el paradigma constitucional. Por eso, también, luego de su aprobación, varios otros proyectos de ley fueron adoptados para corregir sus vicisitudes.

Un ejemplo significativo de mutación legislativa es el cambio en la redacción del párrafo 6o. del artículo 226 de la Constitución Federal,²³ como resultado de una reforma constitucional plasmada en la Enmienda Constitucional No. 66 del año de 2010. Dicha reforma ha vuelto la separación judicial innecesaria como también, evitables o superfluos los requisitos subjetivos u objetivos para la realización del divorcio. Luego, en virtud de tal reforma constitucional, un conjunto de reglas y artículos del Código Civil de 2002 fue completamente revocado.

De este modo se ha eliminado el sistema dualista de disolución del matrimonio, adoptándose el divorcio como única vía. Además, ya no se discute la culpa o la causa de la disolución, lo que demuestra la reducción de la interferencia estatal en la vida de los individuos y en la autonomía

²² Véase PASQUALINI, A., *Hermenéutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*, Porto Alegre, Liv.do Adv., 1999.

²³ § 6o. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no. 66, de 2010).

privada. Se trata de una desinstitucionalización del derecho de familia a través de la facilitación del divorcio directo cuando así lo desea la pareja.

A su vez, el divorcio ‘facilitado’ está reduciendo bastante los procedimientos del Poder Judicial. Por divorcio facilitado entiéndase la ruptura del vínculo conyugal por los individuos sin la necesidad de discutir los motivos de la disolución. La Resolución de número 35 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de 2007 (en virtud de la Ley 11.411 del mismo año) adopta la posibilidad del divorcio extrajudicial consensuado, cuando la pareja sea asistida por un abogado o defensor público y cuando no existan hijos menores de edad o incapaces.

Otro cambio legislativo muy importante se refiere a la adopción de la Ley 13.058 de 2014 que establece la igualdad parental, reflejando alteraciones en los artículos 1.583, 1.584, 1.585 y 1.634 del Código Civil brasileño. El resultado principal es la regla de la custodia compartida entre los padres. La custodia unilateral de los hijos, concedida solamente a un de los progenitores se ha transformado en excepción, únicamente justificada ante la imposibilidad de uno de los padres. Así, la presunción legal corresponde a la custodia compartida de forma automática.

La doctrina especializada brasileña en derecho de familia ha recibido críticas por no haber explorado todas las posibilidades de un nuevo horizonte interpretativo,²⁴ ya se puede notar en la última década una transformación más bien interna que externa al derecho civil como un todo, y en particular del derecho de familia. Las advertencias de Perlingieri con respecto a la concepción del sistema jurídico a través de modelos o categorías binarias, considerándose el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas jurídicas apartadas de la realidad y de su aplicación jurisdiccional, o desconectadas entre sí, ora derecho público, ora derecho privado, ora conforme los diversos sectores de producción normativa, microsistemas. Si el ordenamiento es ordenamiento, su unidad es intrín-

²⁴ ARONNE, R., *op. cit.*, *supra* nota 20.

seca, quedando al texto constitucional el papel unificador del sistema y armonizador de las fuentes.²⁵

Se evidencia, ahora, un profundo diálogo normativo doctrinal entre el derecho de familia y el derecho constitucional. Tal diálogo se intensifica debido a los principios jurídicos aplicables al derecho de familia, a partir del Código Civil de 2002. Cuando la familia pasa a ser concebida por la doctrina como un lugar de afecto y desarrollo social, se refuerza la importancia de la protección jurídica de las relaciones afectivas familiares desde nuevos elementos como la afectividad, la desformalización de las relaciones de afecto y las uniones o matrimonios entre personas del mismo sexo.

Tendencias doctrinales (como las de Lôbo, Tepedinno y Dias) están siendo poco a poco incorporadas por la jurisprudencia o por la legislación más reciente. La construcción de una comprensión *jusprivada* implica comprender la densificación de los elementos del sistema en su unidad axiológica. La percepción de la doctrina acerca de su papel es, en definitiva, más un elemento para facilitar la operacionalización de la norma constitucional, tanto en su eficacia vertical como horizontal.

El caso del reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil ofrece un ejemplo paradigmático acerca de una decisión con efectos para la doctrina, para la elaboración legislativa y, particularmente, para la consolidación de la jurisprudencia.

IV. El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil. Una mutación interpretativa jurisprudencial

Como se ha indicado, el derecho brasileño ha adoptado la tesis de la preponderancia normativa de la Constitución con profundas rupturas en la

²⁵ Véase PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, Río de Janeiro, Renovar, 1997.

tradicional tesitura conceptual clásica del derecho privado. El ejemplo más fuerte en materia del derecho de familia se refiere al reconocimiento por la jurisprudencia constitucional brasileña de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar.

Para fines de este trabajo, utilizaremos el caso de las uniones entre personas del mismo sexo como ejemplo paradigmático de los efectos de la Constitución en las relaciones entre particulares y, consecuentemente, para la protección jurídica concedida por el Estado sobre el tema. Este caso simboliza la interpretación de la Corte Suprema brasileña acerca de una controversia derivada de la ausencia de legislación específica. Además, ha impulsado efectos para la adopción de resoluciones de orientación para el funcionamiento del sistema de justicia en general.

Ubicamos la decisión de la Corte Suprema brasileña como *modalidad de mutación interpretativa jurisprudencial* porque, pese a la influencia de la propia Constitución en la adopción de un nuevo Código Civil en el año de 2002, el Código Civil brasileño fue igualmente omiso con respecto a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo.

En Brasil todavía no existe legislación específica de protección de la familia formada por personas del mismo sexo. El Código Civil de 2002 reconoce la entidad familiar originada por la unión civil entre hombre y mujer, desde que se ha comprobado la convivencia pública, continuada y durable, con el propósito de constituir o formar familia. Tal regla prevista en el artículo 1.723 del Código Civil fue confrontada por una Acción Directa de Inconstitucionalidad, la acción ADI 4277 ante la Corte Suprema brasileña.

El sistema constitucional brasileño garantiza el control de constitucionalidad por la Corte Suprema que detiene el papel de verificar la inconstitucionalidad de las leyes. Tratándose de un tema constitucional, la Corte Suprema fue demandada a evaluar el contenido inconstitucional del artículo 1723 del Código Civil. La pretensión central de la acción buscaba

el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo, apartándose así de la interpretación tradicional sobre que la diversidad de sexos fuera un requisito esencial para la formación de la familia, en los términos del artículo 1723 del Código Civil brasileño.

La decisión proferida en mayo de 2011,²⁶ en votación por unanimidad (diez votos a cero), se fundó básicamente en el artículo 3o., inciso IV, de la Constitución Federal, sosteniendo el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar legítima, sobre la cual incide el mismo régimen jurídico de la unión civil de parejas heterosexuales.

La decisión de 2011 utilizó los principios constitucionales de la no discriminación y de la libertad sexual como filtros interpretativos. En este sentido destaca el voto del ministro Ayres Britto al mencionar: "El sexo de las personas, salvo disposición en contrario, no se puede prestar para *desigualación jurídica*. La posición homogénea y consensuada de todos los ministros de la Corte Suprema revela el fin de los prejuicios, el fortalecimiento de la igualdad y la presencia de una vertiente pos-positivista en la jurisprudencia constitucional brasileña en materia de derecho de familia".²⁷

Dicha decisión constituye una modalidad de mutación interpretativa jurisprudencial, pues ha influenciado a los tribunales inferiores a conceder la misma forma de reconocimiento, e incluso la conversión de uniones entre personas del mismo sexo en casamientos civiles, conforme la regla del artículo 1726, también del Código Civil de 2002, que permite que una

²⁶ STF ADI 4277. Número Único: 0006667-55.2009.0.01.0000. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. AYRES BRITTO

Redator do acórdão: Relator do último incidente: MIN. LUIZ FUX (ADI-ED). Apenso Principal: ADPF132. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Djen. 198. Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário n. 2607-3.

²⁷ Voto del Relator. Disponible en: <http://bit.ly/2kujNfn>

pareja viviendo en unión continuada convierta su régimen en uno de casamiento civil, mediante un pedido al juez. Otra consecuencia de suma importancia de la decisión corresponde a la Resolución número 175 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que determina a todas las oficinas de registro civil del país, la obligatoriedad de proceder con los procesos de conversión de uniones continuadas en casamientos civiles cuando estos son solicitados por los compañeros.

De este modo, hoy en Brasil, aunque no exista una norma legal específica, el matrimonio de personas del mismo sexo está admitido por fuerza de un precedente judicial que confirió una interpretación conforme a la Constitución, vedando de esta forma cualquier tipo de discriminación.

1. La decisión de la Corte Suprema de Brasil

El principal pedido formulado por la ADI 4277 fue la interpretación del artículo 1723 del Código Civil, de una forma adecuada o ajustada al artículo 226 de la Constitución. El punto central de la demanda fue que el artículo 1723 del Código Civil también podría ser utilizado para el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo, una vez cumplidos los requisitos de la unión civil heterosexual (afectividad e estabilidad, con finalidad de formar familia).

El artículo 1723 del Código Civil brasileño dispone:

Es reconocida como entidad familiar, la unión estable entre hombre y mujer, configurada en la convivencia pública, continua, duradera y establecida con el objetivo de formación de familia.

El artículo 226, párrafo 3o., de la Constitución dispone que:

Para efectos de protección del Estado, es reconocida la unión estable entre hombre y mujer como entidad familiar, debiéndose facilitar su conversión en matrimonio.

La comparación entre los dispositivos demuestra que el legislador infraconstitucional ha reproducido el artículo de la Constitución, solamente añadiendo las condiciones para el reconocimiento de las uniones. Por eso, la decisión de la Corte Suprema se situaba en un nudo dilemático entre una interpretación literal de los textos normativos y la consecuente declaración de la constitucionalidad del artículo del Código Civil o, declarar la inconstitucionalidad del artículo 1723 de la ley civil, ampliando los márgenes de protección jurídica a las familias en su pluralidad de modelos.

La opción adoptada por la mayoría de la Corte al declarar la inconstitucionalidad tanto del artículo 1723 del Código, como del propio artículo 226, párrafo 3o. de la Constitución, fue resultado de un proceso de interpretación conforme a varios otros dispositivos constitucionales (igualdad, dignidad de la persona humana, etcétera).

Por eso, considero la interpretación como una innovación hermenéutica, una mutación interpretativa en el terreno constitucional, pues la Corte ha fulminado de inconstitucionalidad un dispositivo del propio texto constitucional.

Dicho posicionamiento ha introducido en el debate a la teoría de la jerarquía de las normas constitucionales y la consecuente posibilidad de inconstitucionalidad de normas constitucionales. Vertiente esa ampliamente rechazada hasta el momento por la propia Corte brasileña. La tesis ahora aceptada parte de la hipótesis de una norma constitucional a configurarse inconstitucional cuando ocurre violación de valores fundamentales de justicia. Sedimenta la idea de un derecho supralegal en la Constitución, llevando a creer que los valores en contradicción con determinadas normas deben prevalecer. Luego, restaría insostenible la convivencia de normas contradictorias con los principios y valores.

Una minoría de los ministros ha adoptado como fundamentación la interpretación sistemática de la Constitución, aplicándose analógicamente las normas sobre uniones heterosexuales para las uniones entre personas del mismo sexo, hasta que el legislador cumpla su deber de reglamentación.

El ministro relator, Carlos Ayres Britto, argumentó en su voto sobre el artículo 3o., inciso IV, que la Constitución brasileña prohíbe cualquier discriminación en virtud de sexo, raza, color y que, siendo así, ningún ciudadano puede ser discriminado, o también, disminuido en razón de su orientación sexual: "el sexo de las personas, salvo disposición contraria, no se presta para la desigualación jurídica".²⁸ Así, depreciaciones relativas a las uniones entre personas del mismo sexo contrarían este artículo de la Magna Carta.

Los demás ministros han acompañado al ministro relator, destacando la necesidad de excluir significados del artículo 1723 del Código Civil que sirvan para impedir el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo como entidades familiares.

A continuación, se destacan los elementos más importantes referidos en los votos y en la sustentación oral proferida en la ocasión, por el constitucionalista Luis Roberto Barroso, hoy igualmente ministro de la Corte Suprema en Brasil.²⁹

1.1. Sustentación oral

La sustentación oral del profesor Luís Roberto Barroso fue realizada en la sesión de 04 de mayo de 2011. Dentro de los argumentos utilizados, cabe señalar la idea central de que las relaciones homosexuales detentan el mismo régimen jurídico de las uniones civiles convencionales. Tal conclusión se derivaría de un conjunto de principios aplicables, tales como:

- a) Principio de la igualdad: las personas tienen los mismos derechos a ser tratadas con igual respeto y consideración. Los presupuestos de una unión homosexual son los mismos de una unión estable: afecto y proyecto de vida en común. El no reconocimiento signi-

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ El contenido completo comporta 270 páginas. Disponible en: <http://bit.ly/2muy9go>

- ficaría deprecia a tales personas, pues su afecto sería menos valorado por parte de la sociedad y del propio Estado (lo que violaría el aspecto esencial de la igualdad, que es no ser discriminado);
- b) Principio de la libertad: corresponde al poder hacer todo lo que la ley no prohíbe (las relaciones homosexuales y la homosexualidad son hechos lícitos). Es derecho de cada individuo elaborar sus valoraciones morales, su autonomía privada y elecciones existenciales.
 - c) Principio de la dignidad de la persona humana: nadie debe ser tratado como medio para realizaciones de proyectos ajenos, sino como un fin en sí mismo. Impedir a las personas de ejercer su afecto y su sexualidad, significa instrumentalizarlas con miras a la consecución de metas colectivas.

1.2. Voto Ministro Relator

El primero paso realizado por el ministro relator fue la unificación de las acciones ADPF 132 y la ADI 4277. La premisa central del voto relatado fue la consideración de la autonomía sexual como instituto jurídico, expresión de libertad de la persona humana, y por eso, su consideración como bien o derecho de la personalidad. En síntesis, se destacan los siguientes puntos del voto:

- i. La Constitución prohíbe el prejuicio en razón del sexo, o de la natural diferenciada entre hombres y mujeres. Luego, ninguno de los factores accidentales o fortuitos (edad, color o raza) pueden ser utilizados como justificación para el menosprecio de alguien.
- ii. La pertenencia de género es un hecho imponderable, no admitiéndose motivos para la discriminación, sobre todo cuando ella es relativa a la sexualidad.
- iii. La libertad para disponer de la propia sexualidad se inserta en el papel de los derechos fundamentales, pues es expresión de la autonomía de voluntad; siendo, directa emanación del principio de la dignidad de la persona humana.

El voto del Ministro Relator se ha caracterizado como de matiz conceptual, fundado en la preservación del principio de la igualdad entre los ciudadanos, no dando cabida a formas de diferenciación discriminatorias.

1.3. Demás Votos

En la sesión del día 05 de marzo de 2011, los ministros de la Corte Suprema de Brasil reconocieron, por unanimidad, la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar. El análisis de los votos y sus principales argumentos utilizados pueden ser resumidos en diez postulados:

1. La unión homosexual está contenida en el concepto de familia;
2. Los principios constitucionales fundamentan el pluralismo social y político (artículo 1o., IV, CF/1988) y las elecciones libres de las personas son legítimas y validas, no habiendo cabida para discriminaciones en razón de la orientación sexual;
3. La orientación sexual es un derecho fundamental de la persona humana;
4. El derecho de familia constitucionalizado reconoce tres modalidades de familia: la constituida por el matrimonio, la configurada por la unión estable y; la familia monoparental (la comunidad formada por solo uno de los padres y sus descendientes);
5. La relación homosexual orientada a formar una familia corresponde a una cuarta modalidad, no prevista expresamente en el artículo 226 de la Constitución Política;
6. La decisión de la Suprema Corte cumple con la función de garantizar derechos fundamentales de todas las personas, ante la omisión del Poder Legislativo;
7. Las lagunas axiológicas del sistema constitucional deben ser subsanadas por medio de una interpretación analógica, teniendo en cuenta que la protección conferida por el texto constitucional a las uniones entre hombres y mujeres no excluye a la misma protección a las uniones entre personas del mismo sexo;

8. La configuración de las uniones entre personas del mismo sexo como entidad familiar se condiciona a los mismos requisitos de durabilidad de la relación, no clandestinidad e inexistencia de impedimentos;
9. El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo debe ser acompañado de otras garantías relativas a los derechos patrimoniales y sucesorios para las parejas homosexuales;
10. Es necesario establecer una separación entre derecho y moral como garantía del pleno ejercicio de la libertad sexual de los individuos;
11. El reconocimiento del mismo régimen jurídico de las uniones civiles convencionales para las uniones entre personas del mismo sexo deriva de la incidencia directa de los principios de igualdad, no discriminación, dignidad, seguridad jurídica y de la búsqueda de la felicidad como garantía de la dignidad humana.

V. Efectos directos de la decisión de la Suprema Corte en las prácticas institucionales

La decisión de la Suprema Corte brasileña de 2011 tuvo efecto vinculante *erga omnes* y ha influenciado los ámbitos judicial y legislativo. En el ámbito judicial destaca la adopción de la Resolución No. 175 del año de 2013 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), la que dispone:

Artículo 1o. Es vedado a las autoridades competentes la recusa de habilitación, celebración de casamiento civil o de conversión de uniones estables en matrimonio entre personas del mismo sexo.

Artículo 2o. La recusa prevista por el artículo 1o. implicará la inmediata comunicación al respectivo juez corregidor para la adopción de las providencias apropiadas.

El contenido de la Resolución No. 175 /2013/CNJ se ha dirigido a las denegaciones de oficinas de registro civil para habilitar y celebrar matrimonios

civiles de parejas homosexuales; o también a la denegación de conversión de uniones entre personas del mismo sexo en matrimonio civil. Después de la providencia, se permite que la pareja homosexual comunique el caso al juez corregidor para el debido cumplimiento de la resolución, cabiendo además la apertura de procedimiento administrativo por el incumplimiento de la norma.

En términos de decisiones judiciales, también se puede apuntar la autorización judicial para la celebración del matrimonio civil homosexual directo. La celebración del primer matrimonio civil entre personas del mismo sexo fue realizada con fundamento en la igualdad. Dos sentencias proferidas en São Paulo se mostraron precursoras. Una sentencia proferida por el Juez del Segundo Circuito Judicial de Familia de Jacareí, São Paulo, consideró que todas las posibilidades de vínculo civil entre personas del mismo sexo son permitidas, ya sea en forma de unión civil, conversión de uniones civiles en casamiento, e incluso, casamiento directo.³⁰

Otra sentencia del Juez del Primero Circuito Judicial de Cajamar, São Paulo,³¹ ha autorizado el matrimonio entre personas del mismo sexo. El parecer de la Procuraduría de Justicia de São Paulo fue favorable al pedido, haciendo mención al carácter vinculante y *erga omnes* de la decisión de la Corte, y resaltó, además que "los fundamentos de tal juzgamiento, aunque sin dichos efectos vinculantes, son seguramente aplicables al instituto civil del matrimonio (...) lo que no se apuntó en la sentencia por no tratarse del objeto de las acciones en análisis". En líneas generales, la decisión de Cajamar ha afirmado que la Corte "ha reconocido la inconstitucionalidad de cualquier especie de discriminación en razón de orientación sexual, para fines de reconocimiento de la entidad familiar". De otra parte, ha sostenido que el párrafo 3o. del artículo 226 de la Constitución, al establecer que la ley facilitará la conversión de uniones

³⁰ Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Jacareí/ SP. 2a. Vara Da Família e Das Sucessões. Protocolo No. 1209/2011 (Conversão Da União Estável Em Casamento).

³¹ Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Cajamar/ SP.

civiles en matrimonio "obliga al Estado a no ofrecer obstáculos para celebración de casamientos entre personas del mismo sexo, cuando esté reconocida la existencia de unión civil continuada". En síntesis, ha indagado: ¿si la conversión es admitida por qué no admitir el casamiento directo?

Ya en el ámbito legislativo brasileño la decisión de la Corte se sitúa en el seno de un acalorado debate: dos proyectos están en discusión en el Congreso Nacional y marcan un campo de disputa, pues corresponden a propuestas bastante divergentes, por no decir opuestas. De un lado, se encuentra la propuesta formulada por el Colegio de Abogados de Brasil (Orden de los Abogados de Brasil, OAB), la cual busca constituir el Estatuto de la Diversidad Sexual y garantizar los postulados reconocidos en la decisión de la Suprema Corte. El proyecto añade la tipificación penal de la homofobia y establece políticas públicas específicas para la población LGBT. De otro, está el denominado Estatuto de la Familia (el Proyecto de Ley 6583/2013) que busca limitar el concepto de familia, a las uniones heterosexuales.

Como puede verse, la decisión constitucional de la ADI 4277 ha producido efectos diversos en los ámbitos judicial y legislativo, y, de igual manera, en la formación de una doctrina constitucional en materia de familia. Tales manifestaciones pueden ser comprendidas como mutaciones del derecho de familia impulsadas, a su vez, por una mutación derivada de la interpretación del texto constitucional.

VI. Consideraciones finales

Este breve estudio ha destacado la decisión de la Corte Suprema de Brasil acerca de la unión civil entre personas del mismo sexo y su reconocimiento jurídico como entidad familiar, en el ámbito de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI4277). Como categoría de análisis se ha utilizado el concepto de mutación interpretativa jurisprudencial para demostrar que los argumentos adoptados en la decisión tienen por fundamento los valores constitucionales reconocidos por la Constitución Federal de 1988. Y, particularmente, el principio de la igualdad como *leitmotiv* de la fundamentación.

La votación por unanimidad de la Corte ha posicionado una nueva vertiente interpretativa de la Constitución, que reconoce la teoría de la jerarquía de las normas constitucionales y la consecuente posibilidad de inconstitucionalidad de normas constitucionales. Además, el fallo cumple con la tarea de solucionar la laguna legislativa, admitiéndose la aplicación análogica de las normas sobre uniones heterosexuales para las uniones entre personas del mismo sexo, hasta que el legislador cumpla su deber de reglamentación.

Considerada mutación interpretativa jurisprudencial, la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Brasil busca adecuarse a los cambios vivenciados por las familias contemporáneas, tales como: la igualdad y simetría de los roles familiares, la democracia en las relaciones familiares; la inversión de las mujeres en sus carreras profesionales; la informalización, la individualización de las relaciones familiares; la prevalencia del afecto y la centralidad afectiva de los niños, entre otros.

Tales aspectos impactan el derecho de familia que, constitucionalizado, pasa a consagrar el principio de la igualdad jurídica, la democratización de la vida familiar y la igualdad de géneros. El fallo refleja la valoración del afecto en detrimento de la jerarquía y de la tradición y propone una relectura del derecho civil a la luz de la Constitución.

Los postulados identificados por el análisis de la argumentación utilizada por la Corte apuntan hacia una nueva hermenéutica constitucional en materia de familia, con efectos que trascienden el campo judicial.

Esto nos lleva a preguntar si todavía se hace necesaria una ley para las parejas homosexuales, o si la repercusión de la decisión de la Corte Suprema es elemento suficiente para garantizar los derechos de esta población. Este, parece ser el debate de los próximos años, teniendo en cuenta la aserrada disputa instalada en la arena legislativa del Congreso brasileño.

CAPÍTULO 6

La constitucionalización del derecho de familia en Chile.

Una mirada a través del derecho a la identidad

Leonor Etcheberry Court*

* Abogada integrante de la Excelentísima Corte Suprema y docente de la Academia Judicial. Presidenta del Colegio de Abogados de Chile

I. Introducción

El presente artículo da cuenta de que en Chile el derecho de familia ha sido permeado por los mandatos contenidos en la Constitución Política de la República, como parte del tan discutido proceso de constitucionalización del derecho civil. En este sentido, los tribunales chilenos han adoptado determinados principios o derechos constitucionales en materias en que se han visto forzados a cambiar de interpretación para proteger derechos de orden constitucional, como el de identidad. Más que hacer un análisis crítico, se busca determinar cómo este derecho a la identidad ha sido aplicado incluso en materia de maternidad subrogada, en contra de un precepto específico de nuestro ordenamiento jurídico de familia, únicamente porque nuestro país no ha legislado en ese tema. Con todo, en caso de aceptarse que dicha práctica pueda ser continua, la idea de quien será la madre en definitiva en Chile provocará inseguridad jurídica.

II. Constitucionalización y Derecho Privado

Si bien hay detractores en cuanto a la existencia de un proceso de constitucionalización del derecho privado, seguiremos a la mayoría que está de acuerdo en que este cambio constituye el "de mayor relevancia en nuestra Teoría Democrática y Estado de derecho".¹ De acuerdo con Guastini y Favoreu, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos consiste en un proceso que tiene como principal característica la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación de las distintas ramas del derecho. En sus palabras, se trata de "un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales".²

En el derecho privado, el origen del proceso de constitucionalización se remonta a la Alemania de la década del sesenta, siendo su principal efecto el haber cambiado el eje o centro de gravedad del orden jurídico, desde la ley (principio de supremacía legal vigente en el siglo XX) a la Constitución (hacia fines del siglo XX).³

De acuerdo con Corral,⁴ en Chile, el proceso de constitucionalización del derecho privado se puede producir a través de tres vías:

a) La vía reformadora

Se sostiene que las normas de la Constitución y los tratados internacionales incorporados a su texto deben prevalecer por sobre el resto del

¹ Véase CEA EGANA, J. L., "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho Público*, No. 59, 1996, pp. 11-22.

² GUASTINI, R., "La Constitución como límite a la actividad legislativa", *Derechos y Libertades*, Vol. 5, No. 8, 2000, 241-252, esp. 249; FAVOREAU, L. J., "La constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho*, Vol. 5, No. 12, 2001, pp. 31-46, esp. 40.

³ LATHROP GÓMEZ, F. "Constitucionalización y jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno", *Estudios Constitucionales*, 15, No. 1, 2017, 329-372, en esp. 332.

⁴ Véase CORRAL Talciani, H. "Acciones de filiación: legitimación y conflictos de intereses", *Revista de Derecho* (U. de Concepción), No. 225-226, 2009 [2011], pp. 53-90.

ordenamiento jurídico, lo que incluye naturalmente al Código Civil. Esta forma de influencia de la Constitución sobre las leyes civiles se verificaría mediante la declaración de inconstitucionalidad de ciertos textos, de manera preventiva —antes de su entrada vigencia— o de manera correctiva —una vez que ya se encuentran en vigor.

La constitucionalización del derecho civil operaría, según este mecanismo, como una orientación impuesta a las leyes civiles mediante los denominados derechos fundamentales. La presencia de estos, o bien, impide la promulgación de normas que los vulneren o, lo que es más frecuente, textos civiles anteriores tienen que ser modificados, por cuanto pueden resultar opuestos a ellos en la medida en que progresivamente se van reconociendo.⁵ La vía hermenéutica o de aplicación indirecta.

En una versión moderada, se traduciría en interpretar las normas de acuerdo con la Constitución, lo que serviría para darle significado a conceptos indeterminados, como, por ejemplo, "buenas costumbres"; asimismo, al momento de interpretar, el juez debería preferir los principios generales que poseen consagración constitucional. Sin embargo, en una versión radical, el derecho civil "pasa a ser comprendido en todas sus normas o instituciones como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios del orden constitucional".⁶ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en la sentencia de 13 de junio de 1995 señaló que:

Legalidad constitucional significa que se ha de observar el respeto a las normas jerárquicas superiores, de forma que el uso de esa facultad no conduzca a una solución que implique perturbar un

⁵ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Codificación y constitucionalización del Derecho Civil", en MARTINIC Galetovic, M. D.; RÍOS Labbé, S. y TAPIA Rodríguez, M. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1193-1213. TAPIA Rodríguez, M., "Constitucionalización del derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 2007, pp. 155-199.

⁶ CORRAL Talciani, H., "Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho Privado", *Derecho Mayor*, No. 3, 2004, pp. 1-13.

derecho o garantía constitucional. En otros términos, debe interpretarse las normas con la debida coherencia para que la conclusión no vulnere un derecho garantizado por la Constitución.⁷

b) La vía de la aplicación directa

El juez podría aplicar las normas constitucionales aunque ellas no estén desarrolladas por un texto de rango legal, cuando no haya ley que resuelva el caso o, incluso, existiendo, en contra de ella, si es que las normas constitucionales contienen criterios diferentes que se prefieran.

En Chile, esta técnica de constitucionalización del derecho puede asilarse en la reforma de 1989 que modificó la Constitución de 1980 —promulgada durante el régimen militar—, y que tuvo por objeto robustecer los derechos humanos (violados en forma sistemática durante este período), ante la inminente llegada de la democracia. Así, se agregó al inciso segundo artículo 5o. del Constitución Política de la República la siguiente frase: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

La incorporación de la oración final del inciso 2o. del artículo 5to de la Constitución, les da a las normas de los tratados en materia de derechos humanos, jerarquía de Constitución material, a diferencia de los otros tratados, que no tratan específicamente de derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía y además, que tales tratados se diferencian de los tradicionales en la medida que no se establecen en beneficio de los Estados y sus intereses, sino que por el contrario señalan obligaciones de los Estados para con las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, los que adquieren derecho en contra de los Estados, que pue-

⁷ DOMÍNGUEZ Águila, R., "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil Chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIII, No. 3, 1996, pp.107-137.

den ejercerse a través de mecanismos internacionales, algunos de los cuales son obligatorios para el Estado chileno".⁸

La importancia para este proceso de constitucionalización se traduce en que, en Chile, no sólo debe tenerse presente lo que la Constitución señala, sino también lo que contienen todos los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país. Tal como se indicó, sus normas tienen jerarquía constitucional; por lo cual, el juez, al enfrentarse a un caso determinado, tendrá un mayor catálogo de derechos en virtud de los cuales podrá tomar una decisión. Por cierto, esto podría provocar problemas de seguridad jurídica, ya que el sentenciador no estaría obligado a aplicar el derecho vigente en nuestro Código Civil; pero permitiría que las normas que no han sido correctamente adaptadas a nuestra Constitución pudieran ser aplicadas de manera adecuada, con una interpretación basada en los preceptos constitucionales. De cualquier forma, la pregunta que debemos hacernos es ¿qué sucede con aquellas materias que no han sido legisladas en Chile? Dado que nuestro estudio se refiere al derecho de familia, quiero mencionar una temática que no está regulada en la legislación y que son las llamadas técnicas de reproducción asistida, tema al que volveremos en los casos de derecho chileno.

Asimismo, es necesario tener presente que la reforma contenida en la Ley No. 20.050 del año 2005 modificó el control de constitucionalidad, en el sentido de que ahora es el Tribunal Constitucional el órgano que tiene competencia exclusiva para:

- 1) Efectuar el control preventivo de las leyes, con efectos generales;
- 2) Resolver la inaplicabilidad correctiva por inconstitucionalidad de un precepto legal que se intente hacer valer en cualquier gestión judicial, con efectos entre partes; y

⁸ VERDUGO M., M., PFEFFER U., E. y NOGUEIRA A., H., *II Derecho Constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 123.

- 3) Resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable conforme a lo señalado en el inciso anterior (ii), con efectos generales (art. 93 de la Constitución).

Para este último control, la Constitución concede una acción pública para requerir la declaración de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable.

Como se entiende, esta reforma puede resultar trascendental, en el futuro, para el tema objeto de esta exposición, por cuanto el denominado principio de supremacía constitucional relevante en la denominada constitucionalización del Derecho de Familia, cuenta con una herramienta poderosísima en la actualidad para hacerlo efectivo: la posibilidad de que cualquier persona solicite la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal contrario a la Constitución, y que esa declaración tenga efectos generales.⁹

III. Constitucionalización y derecho de familia

La Constitución de Chile se refiere a la familia en su artículo 1o. inciso segundo, en los siguientes términos, "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad"; y en el inciso quinto: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta".

De modo que la constitucionalización del derecho familia es un subproceso dentro de la llamada constitucionalización del derecho civil. Este subproceso implica entender que la regulación de la familia no puede desarrollarse exclusivamente en sede de codificación civil, sino que supone,

⁹ TAPIA R., M., "Constitucionalización del derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 2007, pp. 155-199, en esp. 162.

además, el desarrollo de una creciente intersección regulativa con lo público.

La doctrina que estudia la forma en que las constituciones legislan la institución de la familia las ha clasificado desde dos puntos de vista. A partir de la extensión de la normativa referida en la materia, las constituciones pueden diferenciarse según si pretenden agotar todos o la gran mayoría de los aspectos de la familia en su articulado (constituciones maximalistas) o si sólo buscan abordar algunos de ellos, bajo la premisa de que una regulación global es imposible o inconveniente, o de que el objeto de regulación está disponible para su tratamiento legislativo (constituciones minimalistas). A su vez, pueden acometer su tarea de dos maneras: consagrando especialmente un acápite relativo a la familia (cualquiera que sea su nivel: título, capítulo, párrafo, etc.) o incluyendo su regulación en otro apartado.¹⁰ Respecto a la Constitución chilena se ha señalado lo siguiente:

Se excluyó a la Constitución chilena porque, como es sabido, esta no registra una modificación en materia de familia durante todo el período democrático y constituye, en este sentido, una excepción en la región. Por otra parte, la Constitución chilena es extraordinariamente insuficiente en lo concerniente a regulación de la familia. Pese a que el artículo 1o. inciso 2o. le asigna a esta el rol de 'núcleo fundamental de la sociedad', en general, el texto chileno no contiene un estatuto sistemático sobre esta institución que pueda orientar la regulación que de ella hace el legislador, a efectos de atribuir derechos y obligaciones a sus miembros, ni las consecuencias jurídicas que derivan de la especial posición del Estado como garante de aquella. La hipertrofia abstencionista del constituyente original, sumada a una regulación fragmentaria de la familia a nivel legal, han provocado una protección insuficiente y dispar de esta institución en el ordenamiento chileno.¹¹

¹⁰ Véase TURNER S., S. y ZUÑIGA A., Y., "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, No. 2, 2013, pp. 269-301.

¹¹ *Ibidem*, p. 277.

Villabelba-Armengol sitúa a la Constitución chilena como una de aquellas que no abordan el tema, al igual como ocurre con la de Argentina. En el caso chileno, sostiene que ello se debe al año en que fue redactada y a que fue elaborada durante la dictadura militar.¹²

A pesar de lo anterior, en materia de derecho de familia es donde ha sido mayor el impacto de los tratados internacionales de derechos humanos en las resoluciones judiciales, ya que los jueces, al resolver un asunto, deben aplicar la ley vigente; pero, al mismo tiempo, deben establecer si esa norma se adecua a las reglas constitucionales, lo que incluye, como se ha dicho, a la normativa internacional en la materia.

Por ello, al menos en este aspecto, deben tenerse presentes los siguientes tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes:

- i. Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 16 define a la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad. Establece el derecho del hombre y de la mujer para casarse y fundar una familia, el derecho a la igualdad en el matrimonio y el libre consentimiento en este.
- ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966). Obliga a los Estados Parte, en particular, a asegurar la igualdad de derechos y la no discriminación entre las personas, incluso por razones de "nacimiento" (art. 2 No. 1). Según este tratado internacional, la no discriminación comprende extender igualitariamente las "medidas de protección" a los niños, sin efectuar distinciones por nacimiento (art. 24 No. 1).
- iii. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre de 1966), incorporado a la legislación chilena en 1989. Establece la necesidad de reconocer "medidas de protección" en favor de los niños, sin discriminación alguna (art. 10).

¹² Véase VILLABELLA-ARMENGOL, C. M., "Constitución y familia. Un estudio comparado", *Dikaion*, Vol. 25, No. 1, 2016, pp. 100-131.

- iv. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969). Establece la proscripción de discriminaciones por cualquier motivo, entre ellos el de nacimiento (art. 1o. No. 1); la necesidad de que la ley reconozca iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera como a los nacidos dentro del matrimonio (art. 17 No. 5) y la exigencia de que la ley reconozca "medidas de protección" en favor de los niños (art. 19).
- v. Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), incorporada a la legislación chilena en 1990. Establece la obligación para los Estados de asegurar a cada niño, sin distinción alguna (incluidas distinciones por nacimiento) el respeto de sus derechos (art. 2o.); la consideración en todas las decisiones públicas (incluidas las legislativas) del denominado "interés superior del niño" (art. 3 No.1); el derecho del niño a un nombre, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7 No. 1); y el deber de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad y relaciones familiares (art. 8o.).
- vi. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Este dispositivo normativo de derecho antidiscriminatorio protege a la mujer, incluida su posición social en la familia. Contiene previsiones sobre el matrimonio y la nacionalidad (art. 9o.); igualdad y libre consentimiento; derechos y responsabilidades dentro del matrimonio, planificación familiar; maternidad y adopción; el derecho de la mujer a escoger el nombre de familia, profesión y trabajo; propiedad; edad mínima para casarse y el estricto registro del matrimonio (art. 16).
- vii. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará. Contiene normas sobre erradicación de la violencia de género, tanto en la esfera privada-familiar, como en la esfera pública.

Todos estos instrumentos internacionales han tenido un fuerte impacto en el derecho de familia, gracias a la relectura de sus disposiciones a la luz de los textos constitucionales y de los derechos humanos. Esta nueva

metodología de interpretación y aplicación del derecho terminó por influir profundamente sobre la regulación de las relaciones familiares, por cuanto una sociedad democrática supone el reconocimiento de una familia pluralista y, en consecuencia, una reconsideración de la institución desde esta nueva perspectiva.¹³

IV. El derecho a la identidad

Desde el momento en que Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño, el derecho a la identidad pasó a formar parte de nuestra Constitución a través del artículo 5o. inciso segundo. Si bien nuestro país adecuó su estatuto filiativo entendiendo que lo hacía respetando el derecho a la identidad, aún persisten dificultades al interpretar ciertas normas.

Con todo, antes de referirnos a estas problemáticas, es preciso intentar fijar lo que debe entenderse por el derecho a la identidad. En general, se ha señalado que este principio consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer sus orígenes. Sin embargo, entendemos que la identidad va mucho más allá que esto, de acuerdo con Fernández Sessarego:

La identidad tiene dos tipos de componentes que constituyen una unidad inescindible —aspectos estáticos y dinámicos. La identidad estática surge primariamente como resultado de una información de base que, como se sabe, es singular y única. Por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano, sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros componentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella, por principio, es invariable. A esta información genética, a la que se ha accedido en las últimas décadas, habría que agregarle otros elementos de identificación del sujeto tales

¹³ Véase ESBORRAZ, D. F., "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 29, julio-diciembre de 2015, pp. 15-55.

como el nombre, la fecha y el lugar de nacimiento, la filiación, los caracteres somáticos en general, en otros datos... Pero aparte de dicho componente biológico, la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad. El elemento dinámico de la identidad está pues compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre entre otros elementos".¹⁴

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha entendido que:

El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.¹⁵

Respecto de la identidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*:

El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la

¹⁴ FERNÁNDEZ S., (1996) *apud*. SCHMIDT Hott, C., "La constitucionalización del Derecho de Familia", en MARTÍNIC, M. D., RÍOS, S.; y TAPIA, M. (eds.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1235-1244.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. 477/95, Proceso de Tutela, Sala Séptima, 23 de octubre de 1995.

forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez.¹⁶

Del mismo modo, la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* señaló sobre la identidad:

Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA) señaló ‘que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana’.

Asimismo estableció que ‘la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales’.

En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el ‘derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana’ y que, en consecuencia, ‘es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto [,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana.¹⁷

Finalmente, en el caso *Contreras y Otros vs. El Salvador*, la Corte IDH explicó respecto a la identidad:

¹⁶ Corte IDH, caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo No. 123.

¹⁷ Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 123, 133 y 134.

Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Asimismo, es importante resaltar que, si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez.¹⁸

Podemos concluir en razón de lo anteriormente expuesto que el derecho a la identidad es un derecho humano de carácter y contenido tan fundamental y básico que puede oponerse *erga omnes*. Además, se trata de un derecho autónomo, cuya existencia no está subordinada a la de otros derechos, sino que, en sí mismo, además de tener un valor y contenido propio, sirve a otros derechos para su plena realización y ejercicio. Tiene un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones familiares, lo cual va acompañado de la obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos, en conjunto con aquellos otros derechos que se deriven de las propias legislaciones nacionales o de las obligaciones que se hayan contraído en razón de los instrumentos internacionales pertinentes. Este núcleo primario necesariamente concluye en el derecho de inscripción del niño después del nacimiento y de la emisión y entrega del documento de identidad correspondiente.

¹⁸ Corte IDH, caso *Contreras y Otros vs. El Salvador*. Sentencia 31 de Agosto de 2011, párr. 13.

De cualquier forma, cabe anotar que, si bien el derecho de la identidad implica la realización de otros derechos humanos, ninguno de ellos pierde jamás su especificidad y especialidad.¹⁹

V. Casos chilenos con relevancia del derecho a la identidad

Una vez que Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño, se vio obligado a adecuar su estatuto filiativo, ya que vulneraba abiertamente el derecho a la igualdad: no se mencionaba el principio del interés superior del niño y no se reconocía la posibilidad de búsqueda de la identidad.

Es así como al momento de producirse el cambio legislativo en el año 1998, el nuevo texto legislativo clarificó las ideas, pues ahora, en el artículo 98 del Código Civil, se posibilita la investigación de la paternidad y maternidad con amplitud probatoria: "En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas". Igualmente, se permite al juez indagar activamente, ya que la pruebas pueden ser "decretadas de oficio o a petición de parte" y además, las pericias de carácter biológico pasan a ser centrales. Asimismo, el derecho a reclamar la filiación se vuelve imprescriptible e irrenunciable.²⁰

Con todo, la doctrina ha discutido sobre algunas instituciones que, en cierta forma, se opondrían a la búsqueda de la verdad real. Nos referimos a la posesión notoria del estado civil donde el art. 201, inciso 1, señala: "La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que

¹⁹ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Opinión "Sobre el alcance del derecho a la identidad", 71 Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

²⁰ Véase SCHMIDT, C., y VELOSO, P., *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 2001.

haya contradicción entre una y otras". También se prefiere la verdad formal en la filiación de los hijos concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida o en los actos de repudiación y de reconocimiento; se trata de casos en que prima el acto voluntario, ya que podría no haber coincidencia con la verdad real. Por otro lado, existen ciertas limitaciones a la verdad real o biológica; por ejemplo, el hecho que la acción de impugnación caduque y también el que, aunque la acción de reclamación sea imprescriptible, se presenten restricciones cuando se trata de pedirla respecto de una persona que ha fallecido.

A dos de estas instituciones me referiré a continuación para demostrar cómo el derecho a la identidad ha impactado y, en cierta forma, ha cambiado la interpretación de la norma o buscado una solución que nuestra legislación de familia no contempla.

Cabe señalar, que teniendo presente que el derecho de identidad tiene su origen en norma constitucional y de derechos humanos, de acuerdo a lo que hemos señalado, la jerarquía de la norma (constitucional) plantea la interrogante sobre la validez y aplicabilidad de las normas legales (de menor jerarquía) que vienen a restringir, limitar e incluso impedir el ejercicio de este derecho de identidad. En el derecho comparado comienza a ser frecuente la declaración de inconstitucionalidad de normas limitativas referidas a: plazos, titulares, caducidades, y otros requisitos que se estiman han afectado al derecho de identidad en su esencia.²¹

1) Acción de reclamación de la filiación contra los herederos del supuesto progenitor fallecido

1.1. ¿Cuál es el problema planteado? Debemos enunciar en primer término las normas involucradas. El artículo 206 del Código Civil señala que "Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los

²¹ VELOSO, P. y SCHMIDT, C., *op. cit.*, pp. 75-76.

180 días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad".

A su vez, el art. 5o. transitorio incisos 3o. y 4o. de la ley que modificó el estatuto filiativo señalaba: "No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros".

El artículo 317, inciso 2o., del Código Civil sostiene que "Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos, en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar su acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla".

Ahora bien, para interpretar el artículo 206 es necesario remitirse al artículo 200 del proyecto original que indicaba "En caso de haber fallecido algunos de los padres, la acción de reclamación se dirigirá en contra de los herederos, dentro del plazo de dos años contados desde el fallecimiento o desde el conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda". Una vez concluida la tramitación de la ley, el artículo 200 original desapareció y en su lugar quedó el artículo 206 tal como señalamos.

1.2. Una primera interpretación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. En un primer momento, se señaló que no se podía reclamar filiación en contra de personas ya fallecidas al momento de entrar en

vigencia esta ley, pero, por excepción, se permitía hacerlo en el plazo de un año. Por ello, a partir de 1999, en Chile no era posible reclamar la filiación si los progenitores ya habían fallecido; sólo podían hacerlo los hijos póstumos y los hijos cuyos progenitores hubieran fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto. La norma del artículo 317 inciso segundo, solo se interpretaba como una norma procesal que no alteraba lo sustantivo.

La sentencia del Juzgado de Familia de Valdivia de 2007 es un ejemplo de cómo recogían los tribunales esta postura:

QUINTO: Que es del parecer de esta sentenciadora que si bien el artículo 317 inciso 2o. del Código Civil permite dirigir acciones de filiación en contra de los herederos del padre fallecido, dicha facultad está sólo circunscrita al caso especialmente regulado en el artículo 206 del Código Civil, aplicándose además el artículo 207 si el hijo también hubiere fallecido. En efecto, si el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible, ¿por qué en el caso del hijo póstumo o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, el artículo 206 estableció un plazo, ya sea éste denominado de prescripción o de caducidad? La respuesta a la interrogante anterior no es otra que la siguiente: porque el derecho a reclamar la filiación se extingue con la muerte, y sólo en el caso del artículo 206 la ley estableció una excepción.

SEXTO: Que en el presente caso, la demandante no es una hija póstuma, ni tampoco el supuesto padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, razón por la cual rige la regla general, es decir, el derecho a reclamar la filiación se extinguió con la muerte del supuesto padre y por tanto los herederos de éste no son legítimos contradictores.

SÉPTIMO: Que independientemente de las discusiones que esta postura suscite en Derecho Comparado, a este Tribunal corresponde aplicar la ley, teniendo presente, a mayor abundamiento, que a la misma conclusión señalada en los dos motivos anteriores, llega

la doctrina. Claudia Schmidt y Paulina Veloso ('La filiación en el nuevo derecho de familia', LexisNexis, primera edición, año 2001) señalan que 'en todo caso, la acción de reclamación se extingue con la muerte, salvo casos limitados' (página 133) 'los herederos del padre fallecido son titulares pasivos sólo en los supuestos establecidos en la ley...a) que el hijo sea póstumo; b) que alguno de los padres fallezca dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto' (página 188). En el mismo sentido, Rene Ramos Pazos (Derecho de familia Tomo 11 Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición actualizada) señala que 'El artículo 206 representa una innovación con respecto al anterior artículo 272, que exigía que aquel que pretendiera obtener judicialmente la calidad de hijo natural, debía intentar su demanda en vida del supuesto padre o madre' (página 405).

1.3. Una segunda interpretación tiene su origen en el voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema chilena, Rol 2.820-2003, de 2 de noviembre de 2004, en el que el inciso segundo del artículo 317 se convierte en la regla general, pasando de ser una norma de ordenación a una sustantiva, de manera que todas las otras que se refieren a la legitimación activa o pasiva de los herederos es de excepción. Se entiende por ello, que el artículo 206 sólo se aplicaría si el hijo es póstumo o si se trata de un hijo cuyo progenitor ha muerto dentro de los siguientes 180 días del parto.

La nueva postura la podemos apreciar en la sentencia de la Corte Suprema, Rol 7059-12, de 28 de marzo de 2014:

SEXTO [...] Del tenor literal del inciso segundo antes transcrito y su ubicación en el Título XVII del Libro I, relativo a las Pruebas del Estado Civil, se desprende que el artículo 317 constituye la regla general en materia de acciones de filiación, pues se refiere la ley a cuestiones de paternidad o maternidad, comprensivas tanto de reconocimiento como de impugnación, y que el legislador no ha distinguido situaciones particulares o específicas. En efecto, luego de definirse quiénes son legítimos contradictores, se amplía el concepto y se extiende también a los herederos; por consiguien-

te, no puede sino entenderse que la ley autoriza expresamente al hijo para dirigir la acción de reclamación en contra de los herederos del presunto padre si éste fallece antes de deducirse la demanda o para continuarla en contra de estos mismos herederos si el deceso tiene lugar durante el curso del juicio. Ahora bien, resulta evidente que la existencia de una regla general no impide la existencia de excepciones —de ahí precisamente su naturaleza de general y no de absoluta— y es así como, tratándose de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, el artículo 206 del Código Civil prevé dos situaciones especiales de excepción en que la transmisibilidad de la acción a los herederos está limitada por la ley. La norma contempla los casos del hijo póstumo, esto es, el nacido después del fallecimiento del padre o de la madre, y el del hijo cuyo padre o madre fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, permitiéndosele demandar a los herederos del padre o de la madre fallecidos en el término de tres años contados desde la muerte del progenitor o desde que el hijo alcance la plena capacidad, si a esa fecha no era legalmente capaz. Este precepto prevalece sobre la regla del artículo 317 únicamente cuando se verifican los presupuestos que en él se prevén, puesto que si la regla general en materia de transmisibilidad de acciones de filiación fuera la del artículo 206 del Código Civil, la contemplada en el artículo 317 carecería de todo sentido y significación, constituyéndose en una regla absolutamente superflua, y sabido es que un principio básico de interpretación de la ley es aquel de acuerdo al cual en la inteligencia de un precepto debe preferirse aquella en que la norma produzca efecto a aquella en que no produzca efecto alguno.

SÉPTIMO: Que la conclusión que se obtiene de entender las normas en cuestión del modo como se ha hecho en el fundamento que antecede no sólo resulta más adecuada al contexto general de la ley y, especialmente, a las reglas del párrafo primero del Título VIII del Libro I.

1.4. El cambio en la postura se vio apoyada por el razonamiento del Tribunal Constitucional que, yendo más allá, entendió que el no poder

accionar contra una persona que ya ha fallecido atentaba contra el derecho a la identidad.

En este caso, el juez presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel pidió a ese tribunal que se pronunciara sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, por ser contrario a la Ley Fundamental. Los hechos son los siguientes: don F.M.S. interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial en contra de V y C.M.A. en sus calidades de herederos de L.A.M.V, padre biológico del demandado, fallecido con fecha 2 de octubre de 2008. Los herederos se oponen señalando que el actor carece de legitimación activa, ya que no se encuentra en ninguna de las hipótesis del artículo 206 del CC, lo que concordado con el artículo 317 del mismo código, implica que el demandante no es legítimo contradictor. El juez presidente estima que esta norma es inconstitucional, pues sería contraria al derecho a la identidad, reconocido por Chile en tratados internacionales como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que deben entenderse incorporados a nuestro régimen jurídico conforme lo establece el artículo 5o. inciso 2o., de la Constitución Política. Según el requirente, esta norma impediría al actor ejercer su derecho a la identidad en cuanto lo priva de las acciones procesales idóneas para ese efecto, ya que conforme a la redacción del texto legal, lo coloca en una hipótesis diversa de las que contempla para legitimarlo activamente. El juez presidente también considera infringida la garantía de igualdad ante la ley, regulada en el artículo 19 No. 2 de la Constitución, pues se establecería una discriminación entre los presuntos hijos de padres fallecidos para demandar su filiación que no resistiría ningún *test* de racionalidad o proporcionalidad, ya que únicamente consideraría el momento del fallecimiento del presunto padre.

Los razonamientos del Tribunal Constitucional, al resolver, discurren en torno a distintos supuestos. Primeramente, se señala que el artículo 206 infringiría el artículo 5o. inciso 2o. de la Constitución, por cuanto se presenten, específicamente, tres tratados suscritos por Chile donde se reco-

nocería el derecho a la identidad: el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7 numerales 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cabe destacar, eso sí, que todos estos tratados consagran el derecho a la identidad sólo en cuanto a sus elementos estáticos, que son aquellos con los cuales el ser humano nace y permanecen inmutables, como el derecho a ser inscrito con su nombre y apellido y a conocer y, en lo posible, vivir con sus padres.

De acuerdo con lo que sostiene el Tribunal, la identidad queda comprendida en la categoría de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por lo tanto, en el artículo 5o. inciso 2o. de la Constitución. El Tribunal, a su vez, vincula estrechamente el derecho a la identidad con la dignidad humana, consagrada en el artículo 1o. de la Carta Fundamental y que constituye la piedra angular de todos los derechos consagrados en ella. Por lo tanto, queda determinado que, aunque la identidad no aparezca mencionada, debe ser protegida por su estrecha relación con la dignidad.

Así, la identidad se traduce en que: *a)* toda persona puede ser ella misma y no otra y; *b)* tiene derecho a ser inscrita después de que nace, a tener un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Según lo expuesto en el fallo, la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y puede aspirar al reconocimiento social que merece; en este punto hace un símil con el derecho a la nacionalidad.

El artículo 206 entonces, hace excepción a las normas generales de la acción de reclamación, contenidas en los artículos 204 y 205, ya que permite dirigirse en contra de los herederos, cuando el padre o madre ha fallecido. Además, a diferencia del artículo 320 que consagra la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, aquí se prevé un plazo máximo

de tres años, contados desde la muerte o desde que cesa la incapacidad del hijo, pero sólo en caso de que este sea póstumo o el padre haya fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. Por lo anterior, el problema respecto del cual se pronunciará el Tribunal es "si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad", del Considerando Decimoquinto (nuevamente lo vincula con la dignidad humana).

Los argumentos para entender que el artículo 206 sólo es una regla especial serían los siguientes: a) El art. 205 señala que la acción le corresponde sólo al hijo contra su padre o madre. Esta norma actúa bajo el supuesto de que estén vivos, ya que si han fallecido, se utiliza el art. 1097, según el cual los herederos representan al causante. b) Cuando la ley quiere impedir que se demande a los herederos, lo dice expresamente, como ocurría antes de la modificación de la ley de filiación. c) El art. 317 inciso 2o., también introducido por la nueva ley, consagra en términos amplios la legitimación *de o en contra* los herederos. d) Iría en contra de uno de los principios de estas normas que basan en la libre investigación de la maternidad y paternidad. e) Argumento *contrario sensu* del artículo 5o. transitorio de la ley de filiación, que sólo limita la posibilidad de reclamación en contra de las personas fallecidas con anterioridad a la presente ley. f) El derecho a la identidad, esto es, a conocer sus orígenes, fue también uno de los principios fundamentales de la nueva normativa de filiación. g) La sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, con fecha 12 de marzo de 1999, anuló por inconstitucional una parte del artículo 95 del Código de Familia, declarando que la acción que permite establecer la identidad de una persona no puede caducar, ni aun después de la muerte del progenitor (Considerando Decimoséptimo del fallo).²²

²² Véase ETCHEBERRY, L., "Acción de reclamación por hijo postumo. Sentencia Tribunal Constitucional del 29 de septiembre de 2009", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 13, 2009, pp. 257-264.

A la fecha actual, las sentencias de nuestros tribunales son uniformes en cuanto a entender que sobre el artículo 206 del Código Civil, prima el inciso segundo del artículo 317, más que nada, porque no es posible atentar contra el derecho de identidad de quien pretende conocer sus orígenes. Es claro que en este caso estaríamos frente a un ejemplo de constitucionalización del derecho de familia, en que se ha hecho una interpretación adecuada de los derechos fundamentales que forman parte de nuestra Constitución, como lo es el de la identidad, contenido en la Convención de los Derechos del niño. No obstante, no podemos desconocer que existe doctrina que no está de acuerdo con dicha interpretación y preferiría una modificación legal directa en la materia.²³

2) Las acciones de impugnación y reclamación del hijo cuya concepción es resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida

El artículo 182 del Código Civil establece a propósito de las técnicas de fertilización asistida: "el padre o madre del hijo concebido mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta."

Debemos destacar que en nuestro ordenamiento jurídico no hay más normas que se refieran a esta materia, salvo la precedente, que provino de la necesidad de cambio del estatuto filiativo. Sin embargo, si se busca la historia fidedigna de la ley, los senadores dejaron claro que, al legislar en este sentido, no se estaban pronunciando por la validez de estas técnicas, sino solamente se hacía referencia a ellas para evitar la posibilidad de impugnar o reclamar una filiación diferente.²⁴

²³ Véase CORRAL T., H., 2009, *op. cit.*, *supra* nota 4; DOMÍNGUEZ H., C. "En torno a la procedencia de la acción de reclamación de filiación contra los herederos del eventual padre: un esfuerzo de reconducción", *Jornadas de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, 2019.

²⁴ Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento. *Diario de Sesiones del Senado*, julio 1998.

2.1. ¿Cuál es el problema planteado? Si hay algo en que la ciencia ha avanzado es, justamente, en las posibles formas de concebir un hijo. No obstante, nuestra legislación no se ocupa de ellas y, en la práctica, se entiende que las normas del Código Civil serán suficientes para evitar la introducción de técnicas diferentes a lo permitido. Se hace necesario, entonces, efectuar un análisis del artículo 182 del Código Civil:

- i) Al señalar "son el hombre y la mujer", se restringe el ámbito de aplicación de estas técnicas a la pareja humana y heterosexual, sea matrimonial o de hecho, pues la conjunción 'y' indica que "para recurrir a las técnicas, se requiere de un hombre y una mujer. En consecuencia, no se puede aplicar a mujeres solas".²⁵
- ii) Asimismo, se sostiene que el padre y la madre del hijo concebido son "el hombre y la mujer que se sometieron a ellas", por el cual el consentimiento de ambos es el elemento central de la determinación de la filiación.

El contenido de ese consentimiento es la expresa voluntad del hombre, para que a la mujer le practiquen una IA o una FIVTE o una GIFT o una ICSI, y de la mujer para someterse a estas técnicas. Este consentimiento será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica, para mantener, de modo irrevocable todos los efectos básicos en la atribución de la paternidad o maternidad. Puede observarse que aquí hay un reconocimiento adelantado de paternidad o maternidad. El nexo biológico deja de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno o materno-filial, y aparece como un elemento más importante la voluntad procreacional del hombre y de la mujer, incluso por sobre la intervención de un donante.²⁶

- iii) Finalmente, el inciso segundo del mismo artículo señala que: "No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla

²⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, M., *Sistema Filiativo. Filiación Biológica*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2017, p. 171.

²⁶ *Ibidem*, 172.

precedente, ni reclamarse una distinta", lo que quiere decir que nuestros legisladores aceptaron las técnicas con donantes o heterólogas, de manera que podría presentarse una diferencia entre el padre donante y el padre social. Así, este inciso libera al donante de todo vínculo de filiación con el niño producto de su donación y, a la vez, le impide demandar la paternidad o maternidad. Lo mismo ocurre cuando, habiéndose sometido a una fertilización heteróloga, no se permite a los padres que participaron en ella impugnar la filiación, aun recurriendo a la prueba biológica de ADN, pues desde un inicio sabían que el material genético no les pertenecía y que éste nunca será coincidente.

- iv) Hoy en día hay un sinnúmero de casos en los que mujeres sin pareja o con pareja homosexual se someten a inseminaciones artificiales. Pero en la práctica, el problema es que sólo aparece como madre la mujer que concurre al parto, mientras que la pareja, aunque haya participado con su consentimiento en esta técnica, no tendrá relación jurídica alguna con el niño que nace. Mientras Chile no acepte la existencia o posibilidad que un niño tenga dos madres y se modifique la legislación en este sentido, esta situación jurídica respecto del menor no cambiará.
- v) Un caso particular que quiero presentar es aquel en el que, a lo menos, puede afirmarse que existe una *laguna legal*. No de aquellas lagunas fabricadas artificialmente, en palabras de Corral,²⁷ sino de una genuina: la llamada maternidad subrogada, arrendamiento de útero o maternidad sustituta. En efecto, frente a la determinación de la maternidad, el artículo 183 de Código Civil se refiere al tema de la siguiente forma:

La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los

²⁷ Véase CORRAL T., H., 2004, *op. cit.*, *supra* nota 6.

demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.

Se trata de una demanda en la que doña C.P.C.A deduce demanda de impugnación y reclamación de maternidad en contra de A.V.A.C, a favor de las niñas M.J.V.A. y M.I.V.A. Comparece también el padre de las niñas, M.E.V.C, quien manifestó expresamente en audiencia, que no se opone a esta acción. La madre sustituta también se allanó a la demanda.

En este caso, la demandante perdió su útero en un embarazo anterior y, queriendo ser madre, solicita a la demandada, su madre y abuela de las niñas, que se implanten los embriones con los gametos de ella y de su pareja, y llevar adelante el embarazo, lo que hicieron hasta que se produjo el parto. De ahí en adelante los padres biológicos estuvieron a cargo de las niñas para todo. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 183 del Código Civil, el Registro Civil inscribió como madre de las niñas a quien tenía el certificado de parto a su nombre, esto es, la demandada. Es así como las niñas quedaron como hijas de su abuela y de su verdadero padre.

Dado que la maternidad subrogada no está tratada en nuestro ordenamiento jurídico, así como tampoco lo están las técnicas de reproducción asistida, con la sola excepción del artículo 182, la jueza podría haber invocado el artículo 183 y rechazar la demanda, señalando que en Chile la madre es quien aparece en el certificado de parto. No obstante, decidió aplicar directamente el derecho a la identidad consagrado en nuestra legislación, para proteger al menor en un caso respecto del cual nuestro ordenamiento no se pronuncia. Para entender el razonamiento de la jueza y las consecuencias que éste puede tener, se transcribe el fallo a continuación, aunque es extenso, se justifica por tratarse del único que se ha presentado a propósito de esta problemática en Chile. En primer término se refiere a la ausencia de normas:

SEXTO: En nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las Técnicas de Fertilización Humana Asistida. El único artículo

que se refiere al tema es el artículo 182 del Código Civil que señala que: ‘el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas’, agregando en su inciso 2° ‘no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta’. Este artículo señala que los padres del niño serán el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas, constituyendo una excepción al principio de la primacía del criterio biológico para determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la biológica, pero que prima sobre ella. En su inciso 2° el artículo 182 señala que esta filiación que determina la ley, no podrá ser impugnada ni se podrá reclamar una filiación distinta. Por lo tanto, la condición de donante de gametos no genera parentesco, y el hombre y mujer que han consentido en la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida no podrán impugnar su paternidad o maternidad, bajo pretexto de no ser los padres biológicos.

En esta norma se fundó la demandante para reclamar la maternidad, haciendo presente que ella y su pareja son quienes se sometieron a la técnica de reproducción humana, lo que también es confirmado por el médico tratante. Sin embargo, si recurrimos a la historia de la ley, durante la discusión en sala quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, donde cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado... Por lo anterior cabe concluir que el artículo 182 del Código Civil, no pretende dar validez a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquier persona sin distinción, sino sólo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad.

Frente a este vacío legal, resulta importante para resolver esta acción, el estudio del derecho internacional como parte del blo-

que constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente el derecho a procrear y el derecho a la identidad.

2.2. Seguidamente, se refiere al derecho a procrear, que no será discutido en este trabajo, pero sí nos detendremos en el derecho a la identidad que es tratado a continuación:

OCTAVO: El otro derecho que está en juego en esta acción es el derecho a la identidad de las niñas M.J. y M.I, ambas V.A., considerado un derecho fundamental de todo ser humano, que tiene un amplio contenido. Se refiere tanto al derecho que tienen las personas de ser ellas mismas, únicas y distintas del resto, expresarse libremente y tener sus propias ideas. Como también es el derecho que tiene una persona de conocer su origen, el derecho a saber quiénes son sus padres, en definitiva saber de dónde proviene, su historia, 'el derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se auto posee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos'. Según esta definición, la identidad de una persona es lo que la identifica, lo que la hace diferenciarse del resto, como ser único e irrepetible. En este aspecto el derecho a la Identidad se ve ligado con derechos tales como el derecho a una identificación; el derecho a conocer la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar; el derecho a una libre y sana formación de la identidad personal; el derecho al respeto de las diferencias personales; el derecho a la verdad sobre la propia verdad personal; el derecho a no ser engañado acerca de la identidad propia; el derecho a actuar según las personales convicciones; el derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones, entre otros y también derechos a ciertas libertades que hacen que el individuo sea distinto del resto, como son el derecho a tener una religión, una ideología, entre otros.

El derecho a la identidad como principio fundamental del Derecho de Familia se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación. Como podemos apreciar el derecho a la identidad tiene su punto de inicio en poder determinar o conocer ésta, es decir, el derecho que tiene toda persona para saber quién es y de donde proviene, conocer su filiación, para así poder desarrollarse con autonomía y libertad, ya que el derecho a la identidad es parte esencial del derecho a la personalidad, de esta forma es recogido en la Convención Internacional de Derechos del Niño, principalmente en los siguientes artículos: Artículo 7: 'El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos'. Artículo 8: No. 1: 'Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.' Artículo 8 No. 2: 'Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad.' Y en el Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 18: 'Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a uno de ellos.' También puede estimarse que se recoge este principio en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica, al reconocer ambos, el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de la personalidad jurídica. Por su parte, se afirma que el derecho a la identidad emana de la propia dignidad de la persona; estando esta última reconocida en la propia Constitución Política, artículo 1 y también en diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Este principio es recogido en nuestro ordenamiento por la ley 19.585 que establece el derecho a la identidad, haciendo prevalecer la verdad biológica o real por sobre la verdad formal, y de

cualquier consideración social, familiar o moral, que la entorpezca. Permitiendo la investigación de la paternidad y/o maternidad, para que todas las personas puedan tener determinada su filiación. En este punto los avances científicos juegan un rol protagónico, ya que, con las pruebas biológicas existentes hoy para probar la paternidad y maternidad, este derecho puede ser efectivamente satisfecho. El derecho a investigar la paternidad o maternidad se consagra en el Código Civil en su Libro I, Título VIII 'De las Acciones de Filiación'. El artículo 195 del Código Civil posibilita la investigación de la paternidad y maternidad y el artículo 198 establece la libertad de prueba estableciendo además una excepción al principio de pasividad de los tribunales en materia civil, ya que podrá decretar pruebas de oficio, facilitando así alcanzar la verdad biológica, que es una. Y si bien, en la ley prima la verdad real, con una primacía declarada del derecho a la identidad, existen excepciones, como la posesión notoria del estado civil.

Sobre el derecho a la identidad, la doctrina advierte una doble vertiente: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural, así en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo).

En esta causa han quedado acreditados una serie de hechos que conforman este derecho a la identidad en las dos fases, de las niñas, en una situación que combina tanto la verdad biológica-genética como social: las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante: el informe genético fue contundente al establecer la maternidad genética acreditada con respecto a la actora, y exclusión de maternidad con respecto a la demandada; las

niñas siempre han vivido con la demandante y es esta quien asume todos sus cuidados y crianza en conjunto con el padre de éstas, y además socialmente son reconocidas como hijas de ella, es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de éste vínculo, que no es más que un vínculo de filiación.

NOVENO: Es importante si, hacer presente que hay quienes señalan que frente a un contrato de maternidad gestacional subrogada, se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo y, por lo tanto, se aplican las reglas generales del Código Civil. Y que a pesar de que la maternidad se encuentre disociada, no procede la impugnación de la maternidad, ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación, dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante, hay otros que se inclinan por el criterio volitivo, señalando que la intención de engendrar nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad gestacional subrogada como técnica de reproducción asistida, es decir, la voluntad de la madre comitente es la que determinará el surgimiento de una serie de hechos que finalmente terminarán con el nacimiento de un niño. Teniendo en cuenta además, que la voluntad y aporte que presta la madre sustituta sólo tiene relevancia una vez que la madre comitente ha manifestado la voluntad de procrear. Un tercer criterio es el genético, el cual constituye una alternativa para determinar la maternidad del hijo nacido mediante un contrato de maternidad gestacional subrogada, los autores que defienden esta tesis sostienen que el artículo 182 del Código Civil constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal 'someterse' que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos, esta última hipótesis ya fue descartada al referirnos a la historia de dicha norma, y al considerar que tampoco procede una interpretación evolutiva, ya que el legislador expresamente en actas señaló que no abordaría

dicho supuesto. Con respecto al primer criterio, es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad, pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario pues, la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente. Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan, teniendo en especial consideración el interés superior de estas niñas, el que no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto.

DÉCIMO: Que además, el derecho a preservar la identidad de las niñas debe ser respetado y garantizado, con la finalidad de determinar el interés superior de éstas, como lo establece expresamente la Observación General N°14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que señala: 'El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.' (Párrafo 55). La determinación del interés superior de las niñas, así como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión. Es decir, la manera en que hacemos efectivo el interés superior de las niñas M.J. y M. I., en este caso concreto, es reconociendo sus otros derechos, incluido el derecho a la identidad, siguiendo así la posición del autor Miguel Cillero, quien postula que la Convención de los Derechos del Niño formula el principio de interés superior como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos.

El interés superior de las niñas M.J. y M.I. debe ser determinado teniendo en cuenta el derecho a la identidad de las niñas, es decir, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad —dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante— se vea reflejado en la filiación legal de las niñas, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte, las niñas tienen derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

UNDÉCIMO: Por último, es importante señalar que algunos autores han sostenido que el pacto de maternidad gestacional subrogada sería nulo, atendida la ilicitud del objeto, al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio. Gómez de la Torre, por ejemplo, señala que el contrato es nulo o inexistente al tener como objeto el cuerpo humano el cual está fuera del comercio, además de ser su causa ilícita al atentar contra la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, estos argumentos, considera este tribunal, sólo tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos —como este caso— ya no se estaría transformando en ‘objetos de comercio’ el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas.

Frente a la argumentación expuesta, la jueza acogió la demanda y ordenó al Registro Civil hacer la inscripción a nombre de la madre biológica. Claramente, al estar todos conformes con esta resolución, el fallo no fue apelado.

Demás está decir que, estando de acuerdo con la solución dada, se trata de un claro caso en que las normas constitucionales impactan directamente al derecho de familia. Si bien la jueza no nombró el artículo 183 en relación con la determinación de la maternidad, derechamente decidió algo contrario a lo que allí se señala, esto es, que la madre no es la que asiste al parto, sino la que aporta el material genético, basado en el derecho a

procrear y en el derecho a la identidad. No cabe duda que esto podría abrir un gran flanco en nuestro derecho y que, si bien la decisión hubiera sido distinta de existir un contrato oneroso al respecto, bastará con que nadie en el juicio lo señale para que la situación se concrete en favor de la madre biológica, al no existir regla expresa que regule la materia.

VI. Conclusiones

1. Debemos reconocer que en Chile, como en la mayoría de los países, el proceso de constitucionalización del derecho privado y, en especial, el subproceso de constitucionalización del derecho de familia, es una realidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

2. Específicamente en el caso chileno, dicho proceso puede ser radicado en el artículo quinto inciso segundo de la Constitución Política de la República, pues se entiende que todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile tienen rango constitucional y pasan a formar parte del ordenamiento jurídico. De esta manera, podríamos sostener que también se produce un fenómeno de internacionalización del derecho doméstico o nacional.

3. Esta constitucionalización se presenta en un sinnúmero de materias. Sin embargo, para efectos de este trabajo pareció importante demostrar que, respecto del derecho a la identidad, existen ciertas situaciones que se apartan de su reconocimiento y por lo tanto, resulta relevante ver lo que en la práctica ha sucedido.

4. En materia de las acciones de reclamación de filiación en contra de progenitores ya fallecidos, se ha concluido que la defensa del derecho de la identidad fue utilizada para cambiar la interpretación que la jurisprudencia había dado a las normas involucradas. Lo cual resultó aún más convincente desde que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor del derecho a la identidad y señaló que éste formaba parte de la dignidad humana. Gracias a ello, hoy en día la jurisprudencia es unánime

en entender que se debe aplicar el artículo 317 del Código Civil, por sobre el artículo 206 y que este último sólo será utilizado como una norma de excepción.

5. En cuanto al segundo problema planteado, la conclusión es más difícil. Por un lado, no hay legislación que se haga cargo del problema de la filiación cuando ella proviene de técnicas de fertilización asistida. Sólo se presenta el artículo 182 del Código Civil cuya aplicación es bastante limitada según ya se ha explicado. Por otro lado, la regla establece que en Chile es madre quien tiene un certificado de parto que acredite que ella fue la madre y el hijo es el nacido. Ahora, la pregunta es ¿la jueza falló contra la ley? Podríamos llegar a esa conclusión ya que su dictamen fue contrario a la letra del artículo 183 del Código Civil. Pero, entre decidir la resolución de un caso conforme a una norma legal o aplicar un derecho de orden constitucional, no debería dudarse en cuanto a la primacía en su aplicación. Por lo cual, demás está decir que se comparte la solución de la jueza, en virtud de la plena vigencia del derecho a la identidad de las niñas y el afán por velar, asimismo, por su interés superior.

6. Pese a ello, en Chile es necesario hacer una reflexión mayor. El que no exista legislación al respecto, no hace desaparecer los problemas derivados de la concepción y nacimiento por medio de las técnicas de fertilización asistida. Si se admite que los jueces serán quienes decidan estos casos sobre la base de los derechos constitucionales en temas tan delicados como la maternidad subrogada, nos podremos convertir en un país donde muchas parejas utilizarán la falta de ley, sólo para ese efecto. Por lo que debemos concluir que la constitucionalización cobra una importancia mayor en aquellos temas en que existe una laguna legal verdadera, ya que el juez no tiene normas que seguir sino sólo aplicar lo que los principios constitucionales les señalen en forma abierta, como ellos en general han sido concebidos.

CAPÍTULO 7

La responsabilidad parental en la Constitución británica. El caso de Charlie Gard

Rachel Taylor*

* Exeter College, Universidad de Oxford. Traducción al español de Mario A. Zamudio Vega, con autorización de la autora.

I. Introducción: Charlie Gard y las decisiones parentales

En el año 2017, la difícil situación de un bebé británico desesperadamente enfermo atrajo la atención del mundo: Charlie Gard había nacido con una severa condición que afectaba las mitocondrias y que progresivamente causó un daño cerebral irreversible que lo incapacitó para oír, moverse o respirar de manera autónoma. Sus médicos consideraron que el daño era irreversible y que pronto sería fatal; consecuentemente, llegaron a la conclusión de que lo mejor que se podía hacer en beneficio de Charlie sería que se le retirara el tratamiento de soporte vital para permitirle tener una muerte tranquila y digna. Los devotos padres de Charlie no estuvieron de acuerdo: habían recorrido el mundo tratando de encontrar un tratamiento que pudiera mejorar la condición de su hijo y habían abrigado ciertas esperanzas en un tratamiento experimental que ofrecía un especialista en Estados Unidos. Después de reunir los recursos necesarios por medio de una financiación colectiva, los padres estaban listos

para trasladar a Charlie a Estados Unidos con el propósito de que, una vez allá, se diera comienzo al tratamiento; sin embargo, sus planes se vieron interrumpidos por la decisión del hospital de recurrir a la justicia con el propósito de resolver la disputa entre el equipo médico y los padres respecto a qué era lo mejor que se podía hacer en beneficio de Charlie. En la batalla judicial que se entabló, los padres recibieron apoyo de todo el mundo, incluso del Papa y el Presidente de Estados Unidos, pero, a pesar de ese apoyo, los tribunales respaldaron las conclusiones del hospital en todas las etapas del proceso judicial. Finalmente, con la aprobación de los tribunales, el soporte vital fue retirado apenas una semana antes de la fecha del primer cumpleaños de Charlie.

Para muchos observadores, las decisiones de los tribunales en el caso Gard eran difíciles de comprender. Aunque el tratamiento propuesto era de naturaleza experimental, muchos consideraron que era indebido que las Cortes despojara a Charlie de esa oportunidad y que se mostraran crueles y frustraran la única esperanza de los padres. Para otros, la razón de que los tribunales hubiesen aceptado intervenir no era clara en absoluto en un sentido más fundamental. No había duda alguna de que los padres estaban dedicados a su hijo y actuaban movidos por el sincero y amoroso deseo de encontrar el mejor tratamiento para él. No se trataba de un caso en el que el Estado necesitara intervenir para alejar a un niño de unos padres abusivos o negligentes que hubiesen perdido su derecho a tomar decisiones en lo concerniente a su hijo. Los padres tampoco estaban solicitando recursos del Estado ni le pedían a éste que tomase medidas adecuadas para ayudarles. Se trataba de unos padres bondadosos que habían tomado la decisión conjunta de buscar ese tratamiento, del que creían fervientemente que era lo que más podía beneficiar a su hijo, y que lo hacían con sus propios fondos. Como argumentó su abogado Robert Gordon (Consejero de la Reina), la intervención del Estado en el caso parecía "trasladar la responsabilidad" por los hijos "de los padres al Estado"; y, en su argumentación ante la Corte Suprema, el señor Gordon lo presentó como un caso que planteaba una "cuestión de principio de suma importancia" que "el derecho inglés no ha resuelto" todavía, a saber:

[...] el grado en que el Estado —[incluida] la Corte— puede entremeterse legítimamente en la vida privada y familiar en el contexto de las decisiones parentales [...] que, sin la intervención de la Corte, los padres podrían tomar, y serían completamente libres de tomarlas, en lo concerniente a sus hijos.¹

Expresado de esa manera, el caso Gard plantea una cuestión fundamental de principio constitucional en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad por los niños; y, al hacerlo, pone de relieve un agudo dilema con respecto a la naturaleza de la autoridad parental y su relación con la responsabilidad del Estado en lo concerniente a los niños.

En este capítulo, se toma en consideración la cuestión del principio constitucional planteado por los padres. Se considerará primero la respuesta dada por los tribunales en el propio caso Gard, antes de examinarlo independientemente del contexto médico y de evaluar la ley en general sobre la toma de decisiones concernientes a los niños en la legislación inglesa. Se argumentará que esta última considera adecuadamente que la crianza de los hijos no es exclusivamente una cuestión de derechos parentales que deban defenderse, a menos que se hayan perdido, sino que se trata de una responsabilidad colaborativa y en la que los padres juegan un rol privilegiado. Asimismo, se argumentará que, en el caso Gard, los tribunales estuvieron razón, desde el punto de vista legal, en determinar el futuro de Charlie sobre la base de su mejor interés, aun cuando ello haya significado restringir las decisiones de sus padres; no obstante, el caso también demuestra la posibilidad de que el poder del Estado se ejerza de tal manera que socave la función primaria de los padres. Las salvaguardas en contra de ese exceso no se encuentran buscando decisiones de los padres en las que éstos sean inmunes a ser recusados; antes bien, la protección se encuentra en el respeto del derecho a la vida familiar

¹ GORDON, R., Consejero de la Reina, audiencia la Corte Suprema sobre permiso para apelar [en el caso de Charlie Gard], 8 de junio de 2017. Transcripción del autor de los argumentos orales; el acta de la audiencia puede verse en <http://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-hearing-in-the-matter-of-Charlie-gard.html>.

que es el fundamento de las decisiones que toman los jueces, pero que nunca puede ser absoluto, dado que los Estados también tienen la responsabilidad de proteger a los niños y sus derechos.

II. La Constitución, la responsabilidad parental y la toma de decisiones de los médicos en el derecho inglés²

Para explorar la decisión del caso Gard y sus implicaciones más amplias, primero es necesario comprender los marcos legales en los que los tribunales tomaron sus decisiones. En las secciones que siguen, se hace un breve esbozo de los principios más importantes y pertinentes del derecho constitucional británico, la responsabilidad parental y la toma de decisiones de los médicos, aspectos que serán explorados más a fondo a lo largo del capítulo.

1. El contexto constitucional del Reino Unido

Este libro trata de la constitucionalización del derecho familiar. El Reino Unido es una de las pocas naciones del mundo que no posee una constitución codificada. Además, se dice tradicionalmente que el derecho constitucional en el Reino Unido es "indeterminado", en el sentido de que no existe una demarcación clara entre las leyes que son consideradas constitucionales y las que no lo son. Finalmente, la conclusión de que una ley en particular es de naturaleza "constitucional" no le otorga por sí misma una condición predominante o de jerarquía sobre otras formas de la legislación. Por esas razones, la cuestión de si un proceso legal es "constitucional" plantea claros desafíos a los abogados del Reino Unido;

² Muchos de los principios considerados en este capítulo tienen aplicación en todo el Reino Unido; en este capítulo, no obstante, debido a que existen algunas diferencias entre las naciones que conforman el Reino Unido, el análisis se centrará en la legislación de Inglaterra, donde se decidió el caso Gard.

no obstante, a pesar de esos desafíos, es muy claro también que la facultad del Estado para intervenir en la vida familiar es fundamentalmente una cuestión constitucional, lo que, además, plantea importantes interrogantes relacionadas con los derechos humanos.

En el Reino Unido, la protección jurídica de los derechos humanos se lleva a cabo principalmente por medio de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (HRA, por sus siglas en inglés) y, basándose en esa ley en el caso *Gard*, los padres de Charlie intentaron hacer valer el argumento de que ellos tenían el derecho primario de adoptar decisiones en lo concerniente a su hijo. La Ley de Derechos Humanos es una ley constitucional que incorpora en la legislación del Reino Unido los derechos contenidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLEF; convenio más conocido como "Convención" y, por sus siglas en inglés, como ECHR). Para los propósitos de este capítulo, la aplicación más importante de la Ley de Derechos Humanos tiene lugar por medio de la obligación de las autoridades públicas, incluidas las Cortes, de actuar de manera compatible con esos derechos, a menos que la legislación establezca lo contrario.³ Esa obligación exige que la Corte actúe de manera compatible con los derechos protegidos en el ejercicio de su discrecionalidad judicial y en la interpretación del derecho consuetudinario (*common law*).⁴

El derecho más importante protegido por la Ley de Derechos Humanos en el litigio del caso *Gard*, y en relación con la autoridad parental en general, es el artículo 8, que estipula el derecho al respeto de la vida privada y la vida familiar:

(1) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada, su vida familiar, su hogar y su correspondencia.

³ Véase Human Rights Act, secc. 6.

⁴ Las obligaciones de los tribunales en lo relativo a la interpretación de las leyes están contenidas en las secciones 3 y 4 de la HRA, pero no fueron pertinentes a ese litigio o a las cuestiones planteadas en este capítulo, por lo que ya no se las tomará en consideración.

(2) Ninguna autoridad pública podrá interferir con el ejercicio de este derecho, salvo que su intervención se haga de conformidad con la ley y sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral o para la protección de los derechos y libertades de terceros.

El derecho a la "vida familiar" comprende una amplia gama de derechos y responsabilidades de los padres con respecto al cuidado y la educación de los hijos menores, incluida la protección de la autoridad parental en el seno de la familia.⁵ Por supuesto, esos derechos no otorgan a los padres una autonomía absoluta tratándose de la crianza de sus hijos. El artículo 8 no prescribe derechos absolutos, sino derechos restringidos: exige que el Estado respete la vida familiar, incluida la autoridad paterna, a menos que existan razones proporcionadas para intervenir de conformidad con el párrafo (2) del propio artículo 8. Lo más importante es que esas razones incluyen la "protección de los derechos y libertades de terceros", incluidos los propios hijos. Conforme a la Ley de Derechos Humanos, los niños también son titulares de derechos, y el Estado también tiene el deber de actuar de manera compatible con *esos* derechos, como el derecho a la educación, a la vida y a la libertad. Los deberes del Estado se ven incluso reforzados por los derechos que los niños tienen garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas (ONU). Ahora bien, aun cuando la CDN no es directamente aplicable en la legislación nacional, sí se usa comúnmente para interpretar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos —y, en consecuencia, la Ley de Derechos Humanos— en los casos que implican a los niños.⁶ Por consiguiente, dadas las obligaciones que el Estado tiene directamente con respecto a los niños, es inevitable que, en algunos casos, la autoridad parental se restrinja para garantizar

⁵ TEDH, caso *Nielsen vs. Dinamarca*. Sentencia de 28 de noviembre de 1998. Appl. No. 10929/84.

⁶ TEDH, caso *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*. Sentencia de 6 de julio de 2010, párr. 48.

la protección de los derechos de sus hijos. En consecuencia, encontrar el equilibrio proporcional entre las obligaciones de los padres y las del Estado para con los hijos es frecuentemente el meollo de los casos más complejos y difíciles concernientes a los niños.

En el caso *Gard*, los padres no solo recurrieron ante los tribunales domésticos sino que también intentaron hacer valer sus derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH; conocido también como Tribunal de Estrasburgo y como Corte Europea de Derechos Humanos). Las decisiones del TEDH no son directamente vinculantes para el Reino Unido; sin embargo, ocupan un lugar importante en los litigios sobre los derechos humanos. Una decisión adversa del TEDH no tiene la fuerza para revocar una decisión de la Corte del Reino Unido, pero sí deja en claro que este último está incumpliendo sus obligaciones internacionales. El Reino Unido casi siempre actuará de tal manera que se cumpla con una resolución del TEDH, como lo demuestra el hecho de que la Corte Suprema del Reino Unido ordenó que el tratamiento del soporte vital de Charlie continuara mientras se llegaba a una determinación sobre la solicitud que los padres habían hecho al TEDH. Por lo demás, las decisiones de este último deben ser "tomadas en consideración" cuando se aplica la Ley de Derechos Humanos⁷ y, por lo general, se considera que son concluyentes con respecto a la interpretación de los derechos protegidos. Por todas esas razones, la posición constitucional en lo concerniente a la autoridad parental no es únicamente una cuestión interna, sino una cuestión de diálogo en el seno de Europa y con la comunidad internacional en general.

2. Los derechos y responsabilidades parentales en el derecho inglés

En el siglo XIX, el derecho consuetudinario inglés concebía la relación entre los padres y los hijos principalmente como una cuestión de derechos

⁷ Reino Unido, *Human Rights Act*, secc. 2(1).

parentales y otorgaba a los padres una autoridad casi absoluta sobre sus hijos.⁸ A lo largo del siglo XX se produjeron cambios importantes, dado que esa relación legal pasó de ser una relación de *derechos* parentales a ser una de *responsabilidad parental* (*Ley de los Niños-Children Act*).⁹ El cambio de lenguaje tuvo una enorme importancia simbólica: ya no se considera que los niños no son una posesión de sus padres, sino los beneficiarios de la responsabilidad de ellos.

El concepto jurídico doméstico de responsabilidad parental es un reflejo de aquel desarrollado en el derecho internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño también fue redactada sobre la base del rechazo del modelo del derecho de propiedad paterna en favor de un modelo basado en la responsabilidad, lo cual es particularmente claro en el artículo 18, que establece que los padres "tienen la responsabilidad principal de la crianza y el desarrollo de sus hijos" y, en el artículo 5, que exige que el Estado respete "los derechos, responsabilidades y deberes de los padres". Tanto en el derecho doméstico como en el internacional, el concepto de responsabilidad se sustenta en el entendimiento de que la autoridad parental existe para beneficio de los hijos, no del adulto que la ejerce, lo cual significa que, como se expone más detalladamente más adelante, los derechos y el interés superior del niño delimitan la esfera legítima de la función de los padres.^{10, 11} Por lo demás, aunque los padres

⁸ House of Lords, In *Re Agar Ellis* (1983) 24 ChD 317 CA

⁹ Reino Unido, *Children Act*, 1989 (CA), secc. 3. Conforme al derecho inglés, todas las madres, padres casados y las personas registradas como padres en el acta de nacimiento del niño tienen responsabilidad parental. Es posible que una persona sea reconocida como progenitor(a) del niño, pero que no tenga la responsabilidad parental; aunque la condición de la propia parentalidad confiere algunos derechos y obligaciones, destaca la obligación de mantener al niño. Más comúnmente, esos casos implican a los padres solteros que no están registrados en el acta de nacimiento del niño, aunque cada vez es menor el número de padres que se encuentran en esa situación. Los padres que se encuentran en esa situación pueden solicitar a la Corte una orden que les otorgue esa responsabilidad (*Children Act*, 1989, secc. 4) y la alteración del acta de nacimiento para que se los incluya como padres del niño o niña. Además, es posible que los que no son padres obtengan la responsabilidad parental, en particular si la Corte dicta una orden que les otorgue el cuidado de un niño. Este capítulo se centra en la situación de los padres que sí tienen dicha responsabilidad parental.

¹⁰ House of Lords, caso *Gillick vs. West Norfolk* (1986), CRC, arts. 3 y 18.

¹¹ En el caso de los hijos de más edad, la capacidad del niño para tomar sus propias decisiones también significa un límite al derecho de sus padres a tomar decisiones por él. Dada la complejidad

tienen la función principal, la responsabilidad por los hijos se construye como un proceso de colaboración entre los padres y el Estado. El artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a los padres como los principales responsables de sus hijos, pero también obliga al Estado a "prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el desempeño de sus responsabilidades de crianza de los hijos y a garantizar el desarrollo de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños". El Estado también desempeña una importante función como garante de los derechos de los niños y tiene el deber de intervenir para protegerlos en los casos en que los padres no estén disponibles o no cumplan con sus responsabilidades para con sus hijos.

De acuerdo con el derecho inglés, existen dos medios principales por los que los tribunales pueden intervenir en las decisiones sobre la crianza de un niño. El primero es que las disputas privadas relacionadas con la crianza del niño pueden ser presentadas ante un tribunal para que sean resueltas mediante decisión judicial en virtud de la Ley de los Niños de 1989, sección 8. Por lo general, tales disputas son presentadas por padres separados que no logran ponerse de acuerdo sobre la residencia o la educación del niño, aunque, en algunas circunstancias, como se analiza a continuación, también aquellos que no son los padres pueden recurrir a la facultad discrecional del tribunal. Toda disputa llevada ante un tribunal de esa manera será determinada sobre la base del bienestar del niño (su interés superior), el cual será la consideración primordial del tribunal.¹² El segundo medio por el cual el tribunal puede intervenir en las decisiones concernientes a los niños es por medio del sistema público de protección de la infancia. Por medio de las autoridades locales, el Estado puede obtener una orden de cuidado por la que se le otorga el derecho a separar a los niños de su familia biológica y ponerlos al cuidado de

de esa cuestión y la corta edad de Charlie Gard, el tema de la capacidad de los hijos no se abordará en este capítulo.

¹² Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 1 (1). Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/10>.

la atención pública. Para obtener esa orden, el tribunal debe estar convencida primero de que el niño "está sufriendo o es probable que sufra un daño grave" que sea "atribuible a que el cuidado brindado al niño no es lo que sería razonable esperar de un padre".¹³ Solamente si se supera el alto umbral de "daño significativo", el tribunal puede pasar a la cuestión sobre si el bienestar del niño exige que se dicte una orden en favor de la autoridad local. Si la orden es emitida, la autoridad local adquiere la responsabilidad parental del niño pero, haciendo hincapié en la colaboración continua entre los padres y el Estado, los padres conservan sus responsabilidades y deben ser consultados cuando es necesario tomar decisiones importantes sobre la vida de ese niño.

La división entre el derecho privado y público en la Ley de los Niños de 1989 es de capital importancia y fue un factor decisivo en el litigio del caso *Gard*, porque los padres buscaron que se equiparara la prueba de "daño significativo" con un principio constitucional que limita la facultad del Estado para intervenir en las decisiones conjuntas tomadas por ambos padres. Como se verá a continuación, ese intento fracasó, porque los tribunales defendieron su facultad para intervenir mediante el recurso a una jurisdicción protectora que no depende de los daños significativos ni de las discrepancias entre los padres. Los límites de esa jurisdicción constituyen un factor de capital importancia en la definición de la posición constitucional de los padres y el Estado cuando se trata de la protección del interés superior del niño.

3. Las decisiones parentales y el derecho médico

Muchos de los casos más importantes relacionados con los niños han ocurrido en el contexto médico, lo cual se debe quizás a la posibilidad de que surjan conflictos relacionados con los distintos deberes en juego.

¹³ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 31.

La responsabilidad parental comprende claramente las decisiones concernientes a la salud y el tratamiento médico de los hijos. Un padre que no busca tratamiento médico para sus hijos cuando es necesario puede ser culpable del delito de crueldad infantil debido a su negligencia.¹⁴ Una vez que un niño está recibiendo un tratamiento, el médico también tiene un deber con el niño/a y también debe actuar en su interés superior; consecuentemente, el contexto médico exige la colaboración o asociación entre los padres y los médicos para hacer realidad el interés superior del niño o niña.¹⁵ Por consiguiente, los médicos tienen el deber de tratar de ponerse de acuerdo y actuar con los padres en beneficio de los hijos,¹⁶ no solamente debido a los intereses de los padres, sino, principalmente, porque el niño tiene derecho a que las decisiones que lo afecten sean tomadas con la participación de sus padres, que lo conocen mejor y tienen la responsabilidad primaria sobre él.¹⁷ En los casos de afecciones crónicas, por lo demás, los padres estarán implicados frecuentemente en el cuidado del niño a largo plazo, lo cual significa que su cooperación y comprensión son vitales para la salud y aceptación del tratamiento de largo plazo del hijo. Por las razones expuestas, los médicos deberán tratar de informar y hacer participar a los padres en las decisiones en la medida de lo posible y deberán recurrir primero a un enfoque que no cause conflictos, como la mediación, si la relación se deteriora hasta un grado en que se requiera la intervención de un tercero.¹⁸

Si esa relación se rompe y los padres y los médicos no se ponen de acuerdo en lo fundamental sobre lo que es mejor en el interés superior del niño, se puede solicitar la asistencia de los tribunales, como ocurrió en

¹⁴ Reino Unido, *Children and Young Persons Act*, 1933, secc. 1 (2).

¹⁵ Véase BRIDGEMAN, J., "The Provision of Healthcare to Young and Dependent Children: The Principles, Concepts, and Utility of the Children Act 1989", *Medical Law Review*, Vol. 25, No. 3, 2017, pp. 363 y ss.

¹⁶ Corte Suprema de Reino Unido, caso *Wyatt vs. Portsmouth NHS Trust and Another*. Sentencia de 21 de abril de 2005, [2005] EWHC 693 (Fam), párr. 29.

¹⁷ TEDH, caso *Glass vs. Reino Unido*, 9 de marzo de 2004. Appl. 61827/00.

¹⁸ Véase BRIDGEMAN, J., *op. cit. supra* nota 15.

el caso *Gard*. Si los padres se oponen al tratamiento propuesto por el equipo médico y se niegan a otorgar su consentimiento, se requiere la autorización del tribunal antes de que se pueda aplicar el tratamiento. Un médico que trata a un niño pequeño sin el consentimiento de uno de los padres o del tribunal corre el riesgo de que estos lo demanden ante las cortes civiles o, incluso, de que incurra en cargos penales, a menos que el tratamiento se haya aplicado debido a una urgencia. Por otra parte, si los padres desean que su hijo reciba un tratamiento que el equipo médico no está dispuesto a administrar, ni los padres ni los tribunales pueden obligar al médico a proporcionarlo si considera que el tratamiento entra en conflicto con su deber de actuar en el interés superior del niño. En un caso como ese, los padres pueden, como lo hicieron los padres de Charlie Gard, buscar otro médico que esté dispuesto a tratar a su hijo. Si no se presenta ninguna alternativa y el hospital considera que es necesario eliminar el tratamiento de soporte vital contra los deseos de los padres, se requerirá nuevamente la autorización del tribunal.¹⁹

El aspecto inusual del caso Gard fue que el equipo médico no solamente solicitó la autorización para dar por terminado el tratamiento de soporte vital sino también para restringir la facultad de los padres de llevar a Charlie a otro lugar para que recibiera un tratamiento diferente y que fuera administrado por un equipo médico distinto. Ese aspecto del caso fue lo que puso en tela de juicio el marco legal relativamente ya establecido y descrito con anterioridad; y, debido a que los padres pueden buscar tratamientos innovadores y establecer comunicaciones mundiales a través de Internet, es probable que tales casos lleguen a ser cada vez más comunes. La cuestión sobre si el Estado puede recurrir a una facultad legítima para evitar que los padres lo hagan, particularmente si el tratamiento es experimental y potencialmente dañino, será cada vez más importante. Por consiguiente, el caso esclarece los debates más generales

¹⁹ TEDH, *Caso Glass vs. Reino Unido*, cit.

sobre la función adecuada de los padres y el Estado en la protección de los derechos e intereses de los niños.

3. El litigio del caso Gard

Charlie Gard nació de sus padres Connie Yates y Chris Gard en agosto de 2016 y parecía ser un bebé saludable y normal; no obstante, cuando tenía apenas unas semanas de edad, sus padres se preocuparon por la manera como se estaba desarrollando y buscaron consejo médico. Charlie fue transferido de inmediato al cuidado de un hospital de Londres especializado en niños y administrado por el Estado, el Hospital Great Ormond Street para Niños Enfermos (GOSH, por sus siglas en inglés), donde permaneció durante el resto de su corta vida. En dicho hospital, los médicos diagnosticaron a Charlie con una forma extremadamente rara del síndrome de depleción del ADN mitocondrial; y que, por desgracia, se trataba de una forma severa y progresiva de la enfermedad, lo que afectaba gravemente su cerebro, sus músculos y su capacidad de respiración. Charlie pronto dependió de un ventilador para respirar y a ser alimentado mediante una sonda nasogástrica. Desesperados, sus padres buscaron un tratamiento que pudiera mejorar su condición o retrasara el avance del padecimiento y, como resultado de su búsqueda, descubrieron la posibilidad de una terapia de *bypass* con nucleósidos y se pusieron en contacto con el profesor Hirano, establecido en Estados Unidos y experto en la materia. Se trataba de un tratamiento innovador que todavía no se había probado en niños (ni siquiera en ratones) con la enfermedad de Charlie. No obstante, sin haber examinado a Charlie, el profesor Hirano consideró que existía una "posibilidad teórica" de que ese tratamiento fuese beneficioso para el niño. El equipo médico del Hospital para Niños Enfermos estaba dispuesto a considerar la aplicación del tratamiento, para lo cual convocó al comité de ética del hospital y solicitó su aprobación para dar comienzo al ensayo. Trágicamente, antes de que el comité diera su aprobación, Charlie sufrió una serie de convulsiones y su equipo médico consideró que había sufrido un daño cerebral

grave e irreversible como consecuencia de ellas, por lo que llegó a la conclusión de que el daño era tan grave que era extremadamente improbable que el tratamiento produjera beneficio alguno y que la calidad de su vida era tan pobre que no era en su interés superior, el tener que soportar el dolor y el sufrimiento que le provocaba la ventilación. Consecuentemente, los médicos del Hospital Niños Enfermos llegaron a la clara conclusión de que lo mejor para Charlie sería retirar el tratamiento de soporte vital para permitirle morir con dignidad. Sus padres rechazaron enérgicamente la evaluación de su estado y rehusaron otorgar su consentimiento para que le retiraran el sistema de ventilación. Ellos seguían convencidos de que se debería dar la oportunidad a Charlie de probar si se beneficiaría de la terapia con nucleósidos. Incapaz de resolver el desacuerdo, el Hospital Niños Enfermos solicitó a la *High Court of Justice* de Londres (sección de Familia) una declaración respecto a que resultaba legal, y en el interés superior de Charlie, el no administrar la terapia con nucleósidos y que se le retirase la ventilación.

La solicitud fue escuchada primero por el juez Francis J. de la High Court, quien decidió el caso de acuerdo con el bien establecido principio de que debería decidirse de conformidad con los intereses superiores de Charlie.²⁰ Es importante hacer notar que eso significa que la High Court debía hacer su propia evaluación de los intereses superiores de Charlie, antes bien que evaluar si se debía dar preferencia a los puntos de vista de los padres o a los del hospital. Con gran sensibilidad, el juez Francis J. consideró cuidadosamente el caso y revisó todas las pruebas, lo cual incluyó a las presentadas por el tutor y defensor de Charlie, la persona designada por la Corte para proporcionar una representación independiente de los intereses de Charlie durante las vistas del caso. Lo más importante es que la High Court estuvo de acuerdo con el tutor-defensor en que las pruebas mostraban que el tratamiento propuesto era un "procedimiento

²⁰ Corte Suprema de Reino Unido, caso *Great Ormond Street Hospital (GOSH) vs. Yates y Gard*. Sentencia de 24 de julio de 2017. C. No. FD17P00103.

puramente experimental sin una perspectiva real de que mejore las condiciones o la calidad de vida de Charlie" y que no iba en el sentido del "interés superior de Charlie someterlo a la experimentación y al dolor que ello le causaría en unas circunstancias en las que no existen perspectivas de que lo beneficie".²¹ Como resultado, la High Court llegó a la conclusión de que el conceder la petición hecha por el Hospital para Niños Enfermos sería en el interés superior de Charlie.

Los padres recurrieron la sentencia ante la Corte de Apelaciones, ante la que pusieron en tela de juicio ese enfoque convencional y, por primera vez, presentaron argumentos constitucionales.²² Para ello, los padres establecieron una clara distinción entre dos cuestiones a que daba lugar la solicitud del hospital²³.²⁴ La primera cuestión se refería a la legalidad de la propuesta del Hospital para Niños Enfermos de dejar de proporcionar el tratamiento a Charlie, independientemente de los cuidados paliativos. La segunda cuestión se refería a la decisión de los padres de buscar un tratamiento alternativo y, específicamente, de que se le aplicase una terapia con nucleósidos en Estados Unidos. Los padres aceptaron que la primera cuestión había sido presentada adecuadamente ante la Corte, dado que el Hospital tenía derecho a buscar la aprobación y orientación de la Corte para cumplir con sus propios deberes con Charlie; no obstante, los padres argumentaron que eso no otorgaba a la Corte la jurisdicción necesaria para considerar la decisión *de los padres* de buscar un tratamiento médico alternativo con otro equipo médico. Con respecto a esa

²¹ Corte Suprema del Reino Unido, caso *GOSH vs. Yates y Gard*, cit., párr. 117-121.

²² *Ibidem*.

²³ Corte Suprema del Reino Unido, caso *GOSH vs. Yates y Gard*, Corte de Apelación, párr. 84. EWCA Civ 410, [2018] 4 WLR 5.

²⁴ Las condiciones de Charlie eran tan severas que, es dudoso que pudiera mantenerse esa clara distinción entre la responsabilidad del Hospital de Niños Enfermos y la de los padres. Para que los padres pudieran poner en práctica su decisión, se habría requerido la participación estrecha del hospital para facilitar la transferencia de Charlie y para mantenerlo con vida hasta que la transferencia pudiera llevarse a cabo. En realidad, la alternativa propuesta planteó un complejo entrelazamiento de las responsabilidades del hospital y las de los padres. Para los propósitos de este capítulo, se acepta esa distinción debido a la importancia de la cuestión planteada por los padres y porque, en otros casos, los padres pueden estar en condiciones de llevar a la práctica los planes que se proponen sin la intervención activa de terceros en lo concerniente a los deberes para con los hijos.

cuestión, argumentaron que el Hospital para Niños Enfermos no tenía ninguna deber legal con Charlie, antes bien, tal deber correspondía a sus padres de conformidad con su responsabilidad parental con él. Dado que los padres de Charlie estaban de acuerdo con la decisión de buscar la terapia con nucleósidos y puesto que su decisión había sido legal (de no haber tenido lugar la intervención de la Corte) argumentaron que esta última no había tenido jurisdicción para tomar en consideración la segunda cuestión planteada. Para los padres, se trataba de una cuestión de principio sustancial, porque si la Corte pudiera obtener jurisdicción:

[...] simplemente porque un tercero acude a ella y le plantea cuestiones sobre qué es lo que más conviene al interés superior de un niño, eso erosionaría todo el concepto de responsabilidad parental; de hecho, se estaría transfiriendo la responsabilidad de los padres hacia el Estado [Richard Gordon, Consejero de la Reina, en representación de los padres].

Como tal, el caso de los padres planteó una cuestión de principio fundamental en lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad por los niños. Desde la perspectiva de los padres, si se pudiera invocar la jurisdicción de la Corte sin límites firmes y claros, la responsabilidad parental sería considerada esencialmente como un obsequio del Estado, un obsequio que podría serles retirado en cualquier momento, lo cual sería una modificación decisiva del reconocimiento de los padres como los principales responsables por sus hijos. Argumentaron que los límites constitucionales de la jurisdicción de los tribunales se encontraban en la prueba del "daño significativo": únicamente cuando fuese probable que el hijo estuviese sujeto a un daño de esas proporciones, se justificaba que el Estado interviniera para protegerlo de una decisión conjunta de los padres. Hasta que no se diera tal situación, eran los padres quienes tenían el *derecho*, protegido por el artículo 8 de la HRA, de criar a sus hijos como considerasen conveniente.

Se trataba de una importante cuestión de principio, pero que todavía no había sido resuelta por completo por los tribunales. La Corte de Apela-

ciones desestimó el argumento de los padres, basándose en que no había precedentes para apoyarlo.²⁵ En cambio, la Corte de Apelaciones si consideró que, una vez que se había invocado su jurisdicción protectora, su deber era actuar en el interés superior del niño y que, si bien se otorgaría un gran peso a las opiniones de los padres en la evaluación de esos intereses, el interés superior del hijo sobrepasaría cualquier derecho de los padres. Los padres trataron de llevar el caso a la Corte Suprema del Reino Unido, pero su solicitud fue rechazada porque no planteaba una cuestión de derecho que fuese discutible en dicha sede. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también consideró inadmisibile el caso, pues llegó a la conclusión de que el cuidadoso proceso judicial para determinar los intereses superiores de Charlie justificaba cualquier interferencia en los derechos parentales protegidos por el artículo 8o. Asimismo, el TEDH se negó a permitir que los padres alegasen la violación de los derechos del propio Charlie, porque sostuvo que esos derechos habían sido bien salvaguardados por el tutor que le había asignado el sistema judicial inglés.

Habiendo agotado todos los medios de apelación a su alcance, los padres hicieron un último intento de obtener la autorización para el tratamiento. El caso regresó a la High Court de Londres para que ésta evaluara lo que, esperaban sus padres, equivalía a nueva evidencia médica relativa al caso. Desafortunadamente para los padres, la evidencia que se desprendió de esas pruebas fue más sombría de lo que habían temido: cuando el profesor Hirano examinó a Charlie por primera vez, consideró que no había ninguna posibilidad de que el tratamiento mejorara su condición. Los devotos padres de Charlie aceptaron que ya no había esperanza para su hijo, por lo que, cumpliendo con las instrucciones de la High Court, los médicos retiraron a Charlie el tratamiento de soporte vital. Con sus amantes padres a su lado, Charlie falleció una semana antes de cumplir su primer año de vida.

²⁵ La Corte de Apelaciones también consideró que era probable que la prueba del daño grave hubiese sido positiva en ese caso, si bien el juez no llegó a ninguna conclusión al respecto: Corte de Apelaciones [114].

El prolongado litigio del caso Gard confirmó el antiguo principio de que un tribunal que deba decidir los casos concernientes a los niños debe hacerlo en el interés superior de estos últimos. Sin embargo, no se consideró detalladamente la cuestión constitucional planteada por los padres. Por la reacción pública al caso, tanto a escala nacional como internacional, queda claro que el temor de los padres a que el Estado se extralimite en sus facultades es motivo de gran preocupación. El caso fue seguido casi de inmediato por otros casos similares en los que los padres intentaron plantear la misma cuestión constitucional.²⁶ En el resto de este capítulo, se considerará el argumento de los padres en el contexto más amplio de la responsabilidad por los niños. Se argumentará que las cortes que revisaron este caso estuvieron en lo correcto, en derecho, cuando determinaron el futuro de Charlie sobre la base de sus intereses superiores y rechazaron la argumentación de los padres respecto a que los tribunales solo podían intervenir en las decisiones tomadas en conjunto por los padres, cuando existiere un daño significativo. No obstante, las cortes debieron de haber hecho más para articular la justificación constitucional del caso y el respeto dado al mutuo disfrute de la vida familiar entre hijos y padres.

IV. La naturaleza y los límites de la responsabilidad parental

Como se ha visto, tanto en la legislación doméstica como en la CDN, los derechos de los padres están incluidos en el concepto más amplio de la responsabilidad parental. Sin embargo, hay ambigüedad en cuanto a la naturaleza y los límites de dicha responsabilidad. John Eekelaar ha hecho la observación de que la responsabilidad parental "puede representar dos ideas: una, que los padres deben comportarse debidamente con sus hijos; la otra, que la responsabilidad del cuidado infantil corresponde a

²⁶ Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, *Re E (A Child)*, [2018] EWCA Civ 550. [2019] 1 W.L.R. 594.

los padres, no al Estado".²⁷ Ambos significados se encuentran en la Ley de los Niños de 1989 y en la CDN. Cada una de esas propuestas es importante y la línea divisoria entre ellas es el meollo de muchas de las cuestiones más difíciles en el derecho de familia y la niñez, incluida aquella planteada por el caso Gard. La tensión es particularmente aguda cuando la opinión sincera de los padres sobre lo que es mejor para sus hijos entra en conflicto con la que sostiene la mayoría en la sociedad o los profesionales dedicados al cuidado de los niños. Los padres de Charlie buscaron aliviar esa tensión mediante la argumentación de que el simple hecho de que la Corte no estuviese de acuerdo con su punto de vista no era suficiente para permitir que ella lo invalidara. Por el contrario, esta última solamente podría intervenir si la decisión de los padres causase un daño grave a sus hijos. Para evaluar ese argumento, es necesario tomar en consideración primero los dos significados de la responsabilidad parental más detalladamente.

El primer principio importante de la responsabilidad parental es que la función de los padres consiste en su responsabilidad por sus hijos más que en sus derechos de propiedad sobre ellos. Esta comprensión de la función de los padres se ha reflejado en la legislación del siglo XX y en la jurisprudencia nacional, que ha establecido firmemente la primacía del bienestar del niño (interés superior) en las decisiones judiciales relacionadas con su crianza.²⁸ Este principio fundamental también se reconoce como un derecho y principio rector de la legislación internacional sobre los derechos del niño en la CDN. Si bien la Ley de los Niños inglesa de 1989 establece que los tribunales deben aplicar el principio del interés superior cuando toman decisiones relacionadas con la crianza de los hijos, su aplicación a los padres es menos clara. No existe un equivalente nacional o doméstico del artículo 18 de la CDN, que ordena a los *padres* tomar en consideración el interés superior de sus hijos cuando toman

²⁷ EEKELAAR, J., "Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 13, 1991, p. 37.

²⁸ The House of Lords, (*J v C* [1970]) AC 668.

decisiones sobre ellos. No obstante, en la redacción de la Ley de los Niños de 1989,²⁹ se pretendía reflejar el enfoque de la responsabilidad parental que se encuentra en la decisión fundamental de la Cámara de los Lores en el caso *Gillick*.³⁰ En ese caso, la Cámara de los Lores consideró que la responsabilidad parental se derivaba de los deberes para con los hijos y que esos deberes definían el alcance de dicha autoridad. De esa manera, los intereses de los niños proporcionaron tanto la justificación normativa de la responsabilidad parental como los límites de su uso aceptable. Ese aspecto fue explicado por Lord Fraser, del siguiente modo:

[...] los derechos de los padres para regular la vida de un hijo no existen para el beneficio del padre. Existen para el beneficio del hijo y solamente están justificados en la medida en que permitan al padre cumplir con sus deberes para con sus hijos y para con otros niños de la familia.³¹

Lord Scarman hizo hincapié en la función del bienestar (interés superior) para establecer los límites de la responsabilidad parental:

[...] cuando un tribunal tiene ante sí una cuestión relacionada con el cuidado y la crianza de un hijo, debe considerar el bienestar de su hijo como el factor más importante para determinar la orden que ha de emitir. Hay en ello un principio que limita y gobierna el ejercicio de los derechos parentales de custodia, cuidado y regulación. Es un principio perfectamente coherente con el reconocimiento que la ley hace del padre como el tutor natural del hijo; pero también es una advertencia de que el derecho parental debe ejercerse de acuerdo con el principio del bienestar y puede ser puesto en tela de juicio, e incluso anulado, si no es así.³²

²⁹ Law Commission. *Review of Child Law, Guardianship and Custody* Law Com. No. 172, HC 594, HMSO. (1988) [2.4].

³⁰ Corte de Apelaciones del Reino Unido, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

³¹ *Ibidem*, párr. 170.

³² *Idem*. párr. 184.

Las implicaciones de ese enfoque son que un padre que ejerce el derecho de tomar decisiones concernientes a sus hijos, de tal manera que no promueve los intereses de estos, está actuando fuera de los límites apropiados de su autoridad y puede verse sometido a la intervención del tribunal para restringir dicho exceso. Este es un principio importante y vital para establecer al niño como una persona cuyos derechos e intereses propios son reconocidos y protegidos por la ley.

El segundo principio importante de la responsabilidad parental es que la responsabilidad por la crianza de los hijos corresponde principalmente a los padres, antes bien que al Estado. Es probable que personas razonables estén frecuentemente en desacuerdo con lo que es mejor para los niños; el que los padres estén obligados a ejercer su autoridad de acuerdo con el interés superior de sus hijos no suele consistir en una respuesta correcta única a una decisión en particular. Antes bien, generalmente se otorga a los padres una amplia discreción para ejercer sus responsabilidades como mejor les parezca, por ejemplo, al dar un nombre, educar, alimentar y disciplinar a sus hijos. Hay muchas buenas razones para conceder a los padres ese amplio margen de discreción. Los niños tienen interés en poder confiar en que las decisiones importantes sobre su vida serán tomadas por los adultos que tienen una relación íntima y afectuosa con ellos y que son capaces de responderles en cuanto individuo.³³ Si los padres deben tomar decisiones que respondan a las necesidades e intereses individuales de sus hijos, necesitarán contar con suficiente discreción y elección para poder hacerlo. En un sentido más pragmático, el cuidado de los hijos exige mucho tiempo y recursos de la mayoría de los padres. La realidad para muchos padres es que pueden tener que transigir en algunas de las decisiones que toman por sus hijos para satisfacer los intereses que puedan competir con los de otros miembros de la familia y equilibrar las exigencias sobre sus recursos. Frecuentemente, los

³³ Véase BRIGHOUSE, H. y SWIFT, A., *Family Values: The Ethics of Parent-Child Relationships*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

padres necesitan ser flexibles para poder cumplir en la práctica con todas esas responsabilidades. También existen consideraciones importantes sobre la libertad y la diversidad: en una sociedad libre, el Estado debe ser cauteloso al imponer un punto de vista particular sobre lo que es mejor para los niños sin una buena razón y sin pruebas claras que apoyen ese punto de vista. Este aspecto fue reconocido por la baronesa Hale en su conocida interpretación de la ley en el caso *Williamson*:

Los hijos tienen el derecho de ser atendidos y criados adecuadamente para poder desarrollar su potencial y desempeñar su función en la sociedad; y sus padres tienen tanto la responsabilidad primaria como el derecho primario de hacerlo. El Estado interviene para regular el ejercicio de esa responsabilidad en interés de los niños y de la sociedad en general; pero 'el niño no es hijo del Estado' y, en una sociedad libre, es importante que se permita a los padres un alto grado de autonomía en la manera como cumplen con sus responsabilidades parentales.³⁴

El desafío para el Derecho es cómo dar cabida a esos dos importantes aspectos de la responsabilidad parental: reconocer la función primaria de los padres y, al mismo tiempo, exigir que protejan los intereses de sus hijos. Como observa la baronesa Hale, aun cuando los padres tienen la función principal, el Estado también tiene una función legítima en la regulación de las decisiones de los padres en interés de los hijos y de la sociedad. Del mismo modo, la CDN reconoce que la responsabilidad por los niños es colectiva y que la responsabilidad principal es de los padres, apoyados por el Estado y la comunidad en general, lo cual significa que el Estado tiene una importante función que consiste en asistir a los padres y en proporcionar las condiciones para que los niños prosperen.³⁵ Además, si bien la CDN exige que los Estados respeten "los derechos, responsabilidades y deberes de los padres", la función de los padres

³⁴ The House of Lords, *R (on the application of Williamson) y otros vs. State of Education and Employment*, UKHL 15 [2005] 2 A.C. 246, párr. 72.

³⁵ Por ejemplo: CDN, Arts. 18 a 27.

debe ejercerse "de manera compatible con las capacidades evolutivas del niño" y guiándolos en el ejercicio de sus derechos.³⁶ De esa manera, tanto el derecho doméstico como el internacional reconocen la importancia de la función primaria de los padres, pero también la legitimidad de la intervención del Estado para proteger a los niños. Como resultado, la amplia discrecionalidad de los padres está circunscrita por medio de obligaciones y restricciones legales, como el deber de garantizar que el hijo reciba una educación adecuada. Otro límite importante se encuentra en el test del "daño significativo", explicado anteriormente, que debe superarse antes de que los tribunales puedan emitir una orden obligatoria de protección del niño, por medio de la cual el Estado puede obtener el control sobre la crianza del niño.³⁷ El test del daño significativo implica que algunos niños se quedarán con unos padres que no estén actuando bajo el interés superior de sus hijos, en realidad, con padres que les estén causando un daño, siempre que el mismo no sea "significativo". Las observaciones del juez Hedley en el caso *Re L* lo aclaran:

[...] la sociedad debe estar dispuesta a tolerar normas muy diversas sobre la crianza de los hijos, incluidas las excéntricas, las apenas adecuadas y las incoherentes. También se desprende que, inevitablemente, los niños tendrán tanto experiencias muy diferentes de crianza paterna como consecuencias muy desiguales que se deriven de ella. Ello significa que algunos niños experimentarán desventajas y daños, mientras que otros florecerán en una atmósfera de seguridad amorosa y estabilidad emocional. Esas son las consecuencias de nuestra humanidad falible y no corresponde originalmente al Estado evitar a los niños todas las consecuencias de una paternidad defectuosa. En cualquier caso, simplemente no se podría hacer.³⁸

Los padres de Charlie usaron ese dictamen en el caso *Gard* como una declaración en apoyo del principio constitucional de que el Estado no

³⁶ ONU, Convención de los Derechos del Niño (CDN), Art. 5.

³⁷ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 31.

³⁸ Hedley J., *Re L (Care: Threshold Criteria)* [2007] 1 FLR 1050.

puede intervenir en las decisiones conjuntas de los padres simplemente sobre la base de que la Corte tenía un punto de vista diferente sobre el bienestar del niño.³⁹ Para evaluar la fuerza de ese argumento, es necesario considerar primero la función del bienestar (o interés superior) en el control judicial de la facultad de los padres para tomar decisiones.

V. El interés superior y las disputas parentales

La educación proporciona un buen ejemplo de las amplias pero limitadas facultades discrecionales de los padres. Ellos están obligados a proporcionar a sus hijos una educación adecuada, eficaz y de tiempo completo,⁴⁰ pero gozan de una libertad considerable en la manera como lo hagan. Esto significa que los padres, al menos en la medida en que cuenten con los recursos y la oportunidad para hacerlo, pueden elegir el tipo de educación que mejor se adapte a sus hijos y a su familia, ya sea una educación religiosa o laica, para un solo sexo o mixta, selectiva o exhaustiva, en la escuela o en el hogar. Si los padres no se ponen de acuerdo sobre la manera como cada cual debe cumplir con sus deberes mutuos y llevan la disputa ante el tribunal, este último decidirá sobre la base de su propia evaluación del interés superior del niño.⁴¹ Al hacerlo, el tribunal por lo general elegirá entre una gama de opciones razonables y legítimas que los padres podrían haber elegido y bien podría imponer una solución con la que, al menos uno de los padres, podría estar en completo desacuerdo.

Un buen ejemplo de una disputa parental de ese tipo se puede ver en el caso *Re G*⁴² que se refería a la educación futura de cinco niños de uno y otro sexo y de edades entre los 3 y los 11 años, cuyos padres se habían

³⁹ Corte de Apelación del Reino Unido [65].

⁴⁰ Reino Unido, *Education Act* (c. 56), 24 de julio 1996, secc. 7.

⁴¹ Reino Unido, *Children Act*, 1989, s1(1).

⁴² Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, (*Re G (Children)*) (2012) EWCA Civ 1233. 4 de noviembre de 2012.

separado después de la decisión de la madre de abandonar la comunidad judía ultraortodoxa de los Jaredies en la que todos habían sido criados. La madre deseaba inscribir a sus hijos en escuelas mixtas de la Ortodoxia Moderna para que tuvieran la oportunidad de recibir una educación y la perspectiva de tener una carrera futura que no estaba disponible en las escuelas Jaredies a las que asistían. El padre, en tanto, deseaba que sus hijos siguieran adelante con el tipo de educación que recibían con el propósito de que mantuvieran sus relaciones con la familia y con sus compañeros y de prepararlos para la vida en el seno de su comunidad religiosa. Las opciones presentadas por cada uno de los padres estaban íntimamente relacionadas con sus respectivas creencias religiosas y su propia concepción de los propósitos de la educación. La Corte dejó en claro que su función no era determinar cuál de los padres estaba en lo correcto, sino evaluar el bienestar de sus hijos desde el punto de vista de las "normas de aceptación generalizada" del progenitor "razonable" en una sociedad moderna. Dado que un "progenitor razonable" evaluaría la igualdad de oportunidades, la aspiración y la crianza de los hijos para llevarlos a la cúspide de la edad adulta con el propósito de que tuviesen las mayores oportunidades de hacer realidad su propia visión de una vida buena, la Corte se pronunció en favor de las escuelas propuestas por la madre. Cuando lo hizo, la Corte tuvo mucho cuidado en hacer hincapié en que la única razón por la que el Estado había intervenido en la decisión fue el hecho de que los padres habían presentado su desacuerdo ante esa Corte.⁴³ No sugirió que la educación que el padre favorecía causaría a los hijos un "daño significativo" que habría justificado la intervención del Estado por medio de los procedimientos relacionados con el cuidado de los niños. Es decir, los padres que deciden conjuntamente educar a sus hijos en escuelas Jaredies son libres de hacerlo.

El caso *Re G* deja en claro que el interés superior o bienestar no es una prueba objetiva, sino que frecuentemente depende de los valores y su-

⁴³ *Ibidem*, en párrs. 90-94.

puestos con base en los cuales se evalúa. Una vez establecido ese hecho, la imposición de los valores y supuestos del tribunal requiere que sean justificados. Si se recurre a la jurisdicción del tribunal en una disputa entre padres, cada uno de los cuales tiene el deber de actuar en favor del bienestar del hijo, la base normativa para la intervención del juez se encuentra fácilmente. El tribunal solamente puede resolver la disputa dando una resolución convincente sobre el interés superior del niño y sobre cuya base los padres estén obligados a cumplir con sus responsabilidades para con sus hijos. Esa misma base normativa puede encontrarse en relación con las disputas entre los padres y los que no son los padres, como los profesionales de la asistencia médica, que también tienen la obligación de actuar en el interés superior del niño⁴⁴ y pueden buscar la guía de del tribunal si no logran ponerse de acuerdo sobre la manera como se debe cumplir con esos deberes. La intervención del tribunal es más difícil de justificar si no existe una disputa entre los titulares de los deberes, sino cuando un tercero busca intervenir en la decisión de los titulares. Tómese, por ejemplo, una persona que está sinceramente preocupada de que los hijos de sus vecinos estén siendo educados en una escuela que enseña con base en un plan de estudios con una perspectiva religiosa estrecha, como la que prefería el padre en el *caso Re G*: ¿Debería el tribunal permitir que el vecino quejoso arguya que se atendería mejor al interés superior de los niños en una escuela laica que fomente las aspiraciones personales, la igualdad de oportunidades y el éxito en un medio secular, a pesar de que los padres de los niños estén de acuerdo en sus decisiones y actúen conforme a la ley? Se podría argumentar que los padres que ejercen su responsabilidad de una manera incompatible con la visión de bienestar favorecida por la Corte no están cumpliendo con su deber y que eso justificaría la intervención judicial con el propósito de buscar la optimización de los intereses del hijo. Sin embargo, existen razones poderosas para rechazar un enfoque de ese tipo.

⁴⁴ Esa fue la base sobre la que la Corte basó su derecho a resolver la disputa entre el hospital y los padres de Charlie, respecto a la manera como el hospital debía cumplir con sus obligaciones con Charlie, es decir, la primera cuestión analizada anteriormente.

Exigir que los padres que actúan de manera conjunta y legal cumplan con las "normas de aceptación generalizada" de los "padres razonables" equivaldría a una imposición opresiva de los valores de la mayoría, lo que haría que las decisiones de todos los padres que no estuviesen de acuerdo con esos valores fuesen sospechosas y justificasen una intervención draconiana en las libertades de los grupos minoritarios. Si acaso se justificase tal intervención, sería mejor que, antes bien que por medio de una intervención *ad hoc*, su imposición se hiciera de conformidad con la ley general, dado que sería sometida a un escrutinio democrático y sería de aplicación a todos los niños. Obligar a los padres a cumplir con esas normas por medio de litigios iniciados por terceros equivaldría a hacer burla de las opciones educativas otorgadas a los padres por la legislación vigente. Además, ese enfoque también socavaría la segunda interpretación de la responsabilidad parental: la primacía de la función parental.

Finalmente, es muy claro que la ley no considera a los tribunales como los únicos árbitros del interés superior o ni siquiera como el mejor foro para determinar cuáles son los intereses de los niños. En Inglaterra, como en muchos otros Estados, la reforma del derecho familiar ha estado dirigida desde hace mucho tiempo a eliminar las disputas del ámbito judicial y, antes bien, alentar a los padres a llegar a sus propios acuerdos sin tener que recurrir a los tribunales. Un buen ejemplo de ese enfoque se puede ver en la intervención judicial en relación con las solicitudes de órdenes de consentimiento que incorporan los acuerdos entre los padres. En tales casos, el tribunal está obligado a aplicar el principio del interés superior, pero debe hacerlo mediante la verificación de que el acuerdo se encuentre dentro del amplio abanico de comprensiones permisibles del bienestar del niño, antes bien que haciendo una evaluación judicial completa.⁴⁵ Existe una variedad de razones poderosas para proteger las decisiones conjuntas y legítimas de los padres de la intervención judicial sobre la base del interés superior.

⁴⁵ Como, por ejemplo, en Corte Suprema del Reino Unido, caso *AI vs. MT* (2013), párrs. 27-32.

El ejemplo del vecino entrometido puede parecer descabellado, ya que podría esperarse que haya pocas personas con la inclinación y los recursos para tratar de intervenir en la vida de los otros de esa manera. Sin embargo, en la argumentación que los abogados expusieron en nombre de los padres en el caso *Gard* se mostraba convincentemente que el Hospital para Niños Enfermos había desempeñado una función similar. En su análisis del caso, afirmaron que el hospital no tenía un derecho legítimo para intervenir en la decisión de buscar un tratamiento alternativo con un equipo médico diferente y que era simplemente un tercero que buscaba influir en la decisión conjunta y legal de los padres. Consecuentemente, la cuestión que plantearon los padres de Charlie era importante. Pocos padres pueden estar seguros de que todas sus decisiones contra una norma de bienestar determinada judicialmente saldrán adelante si son sometidas a un análisis forense. Lo habitual es que los padres tomen decisiones que no mejoran al máximo los intereses de sus hijos, pero que son "lo suficientemente buenas" en el contexto de las necesidades, recursos y deseos de todos los miembros de la familia. En realidad, una gran parte de la crianza de los hijos tiene lugar en la escala entre causarles un daño grave y optimar su bienestar. La "cuestión de principio" constitucional argumentada por los padres de Charlie planteaba convincentemente la interrogante sobre cómo aplicaba la ley a los padres conforme a esa escala: ¿pueden los padres estar seguros de que son inmunes a la intervención judicial si actúan conjuntamente, de conformidad con la ley y sin correr el riesgo de causar un daño significativo?

1. La crianza de los hijos "en la escala": la jurisdicción y la Ley de los Niños

Los padres de Charlie trataron de encontrar la respuesta a su cuestión de principio constitucional mediante la imposición de límites claros a la jurisdicción de la Corte que reflejaran las palabras del Juez Baker:

[...] en esta jurisdicción, es un principio fundamental del derecho familiar que la responsabilidad de tomar decisiones sobre un

hijo recaer en sus padres. En la mayoría de los casos, los padres son las mejores personas para tomar decisiones sobre un hijo y al Estado —ya sea la Corte o cualesquier otra autoridad pública— no le corresponde interferir en el ejercicio de la responsabilidad parental, a menos que el hijo sufra un daño grave o sea probable que lo sufra como resultado de que el cuidado brindado al niño no sea lo que sería razonable esperar que un padre le brinde.⁴⁶

Esa sentencia expresa el principio general de la primacía de la función parental y describe la experiencia ordinaria de la mayoría de los padres. Sin embargo, no pretende ser una declaración completa de la ley o un principio constitucional estricto y sería una falacia considerarla como tal. Aunque, por lo general, la ley es aplicable para inhibir la intervención injustificada en la vida familiar, el tribunal retiene una jurisdicción protectora que no depende de un daño grave o del desacuerdo de los padres. Ello es evidente cuando se consideran las circunstancias en que la Ley de los Niños de 1989 permite la intervención judicial en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La Ley de los Niños de 1989 constituye el marco conforme al cual se asigna la responsabilidad parental y el medio principal por el que un tribunal puede supervisar su ejercicio. La forma más importante de su intervención es por medio de sus disposiciones obligatorias de protección infantil, la puerta de entrada a lo que se descubre mediante el test o prueba de daño grave antes descrita. Fuera de estas disposiciones, la intervención judicial se lleva a cabo principalmente de conformidad con la sección 8 de esa ley, que otorga al tribunal la facultad de dictar órdenes concernientes a los planes de vida y a las relaciones del hijo y de supervisar el ejercicio de la responsabilidad parental por medio de órdenes sobre problemas específicos y medidas prohibidas. El principio del interés superior proporciona el test o prueba mediante el cual un tribunal debe decidir cualquier caso planteado conforme a la sección 8 de la Ley

⁴⁶ Corte Suprema del Reino Unido, *Re Ashya King* [2014] EWHC 2964 (Fam). No. PO14C00645.

de los Niños. Ésta prescribe las reglas respecto a quién puede solicitar una orden para limitar la intervención excesiva en la vida familiar, lo cual podría dar como resultado el dictado de órdenes sobre problemas específicos y medidas prohibidas. Esas reglas establecen una clara distinción entre los padres y los terceros con responsabilidad parental, que son los que tienen derecho a solicitar una orden, y aquellos que no tienen la responsabilidad parental, que deben obtener el permiso del tribunal antes de solicitarla.⁴⁷ Esa clara distinción puede verse como un reflejo de la justificación antes considerada. Aquellos que tienen la responsabilidad legal de actuar en pos del bienestar o interés superior del niño tienen derecho a presentar disputas ante el tribunal para determinar cómo se debe cumplir con ese deber. En tanto, aquellos que no tienen esa responsabilidad deben demostrar que existe una causa justificada antes de que puedan poner en tela de juicio las decisiones de los padres. Ahora bien, el requisito del permiso no tiene la intención de representar un obstáculo importante a quienes plantean preocupaciones genuinas. Un solicitante de permiso no necesita demostrar que existe alguna posibilidad de daño al niño o que la solicitud favorecerá el interés superior del niño. En cambio, la Corte tiene la facultad discrecional de otorgar un permiso una vez que ha considerado cierto número de factores, incluida la relación del solicitante con el niño y si existe la probabilidad de que la solicitud cause un trastorno perjudicial de la vida del niño.⁴⁸ Las solicitudes de permiso no están restringidas a los individuos, también pueden hacerlas algunas instituciones, incluidas las autoridades estatales, como las autoridades locales⁴⁹ y los fideicomisos del National Health Service (NHS por sus siglas en inglés; Servicio Nacional de Salud). En realidad, en el caso *Gard*, el Hospital para Niños Enfermos obtuvo el permiso para solicitar una orden sobre un problema específico además de su solicitud bajo su jurisdicción inherente.⁵⁰ Consecuentemente, el umbral legal para que terceras

⁴⁷ Reino Unido, *Children Act*, cit., secc. 10(2) y(4).

⁴⁸ *Ibidem*, s10 (9).

⁴⁹ Existen restricciones adicionales sobre las solicitudes de las autoridades locales para evitar las solicitudes que eluden el proceso de la protección infantil: *Ibidem*, s9(5)(b).

⁵⁰ Véase, también, Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, *Re JM (A Child)* [2015] EWHC 2832 (Fam), párrs. 25-28.

personas impugnen las decisiones de los padres no es un daño significativo, sino el umbral mucho más bajo de la autorización para intervenir (*leave*),⁵¹ concedida por el tribunal, incluso si el tercero es una autoridad pública.

Los tribunales también tienen jurisdicción para dictar órdenes de conformidad con la sección 8 de la misma ley en orden a favorecer el interés superior de los niños en cualquier proceso familiar, independientemente de si ha sido presentada una solicitud para hacerlo.⁵² Por ejemplo: en una disputa reciente entre un conocido donante de esperma y los padres del niño producto de la donación, el juez consideró que el niño se beneficiaría de la relación con los padres del donante y ordenó que se llevara a cabo el contacto, a pesar de que ellos no habían solicitado esa orden y de que los padres del niño se habían opuesto a la relación. La Corte de Apelaciones rechazó el argumento de los padres respecto a que ello socavaba el sistema de autorizaciones para la presentación de solicitudes (*leave*) y se negó a restringir la facultad de la propia Corte para fomentar el bienestar del niño basada en las órdenes de la sección 8.⁵³ La facultad de los tribunales para dictar órdenes *motu proprio* es un aspecto importante de la jurisdicción protectora del sistema judicial en lo concerniente a los niños y una manifestación de la responsabilidad constitucional del Estado por los niños. Esa facultad es la que parece haber permitido que, en el caso *Gard*, la Corte restringiera la decisión de los padres de buscar un tratamiento alternativo, independientemente de que la cuestión haya sido planteada por el Hospital para Niños Enfermos.

Como puede verse en la anterior explicación de la ley, no hay nada en la legislación que rija la responsabilidad parental que sugiera que la jurisdicción de la Corte sea limitada en la manera propuesta en el caso *Gard*. En cambio, la Ley de los Niños de 1989 facilita el recurso que hace la

⁵¹ *Cfr.*, *Children Act*, cit., *supra* nota 12.

⁵² *Ibidem*, s10 (1)(b).

⁵³ Tribunal Europeo de Inglaterra y Gales, *Re G (A Child)* [2018] EWHC 1301 (Fam).

Corte a su jurisdicción protectora con el propósito de proteger el interés superior del niño. El test o prueba del "daño significativo" no es el límite que demarca la intervención legítima de los tribunales en las decisiones conjuntas de los padres. Antes bien, es el límite que debe cruzarse para permitir la participación continua del Estado en la vida de los niños, particularmente para permitir que las autoridades locales obtengan una autoridad discrecional continua sobre la vida de los niños por medio de una orden de cuidado para hacerse cargo de ellos. Sin embargo, esa distinción entre las decisiones individuales y la participación continua puede parecer bastante artificial a los padres que buscan un tratamiento experimental para un hijo con una enfermedad terminal. Por lo demás, parece ser que la Ley de los Niños de 1989, sección 8, se redactó principalmente para dar solución a las disputas de los padres, antes bien que para que el Estado pudiese interferir en el tratamiento médico de un niño, en contra de los deseos de los padres del niño.⁵⁴ Por consiguiente, podría argumentarse que, si bien, técnicamente, la legislación permite que el Estado interfiera en las decisiones de los padres en esos casos, ese recurso es constitucionalmente inapropiado y una violación de los derechos de los padres. Como se verá a continuación, las Cortes han defendido esos casos y han encontrado que el equilibrio entre los dos aspectos de la responsabilidad parental no se produce a través de la restricción de la jurisdicción del tribunal, sino a través de la restricción judicial y de la sensibilidad respecto a la importante función de los padres para garantizar el bienestar de sus hijos. Esa moderación adquiere una importancia aún mayor en los casos que implican la jurisdicción inherente del tribunal.

VI. La jurisdicción inherente

En el caso *Gard*, la solicitud fue presentada principalmente de conformidad con la Ley de los Niños de 1989 y la *jurisdicción inherente*. Las facul-

⁵⁴ Véase, *Re JM (A Child)*, cit., *supra* nota 50, párr. 25.

tades de los tribunales conforme a la jurisdicción inherente son mucho más amplias que las contenidas en la Ley de los Niños, se extiende más allá del control de la responsabilidad parental y les otorga facultades que no están al alcance de los padres. La amplitud de la jurisdicción inherente deriva de sus antiguos orígenes en el poder de la Corona para regular y proteger a los pupilos (huérfanos). Como lo explicó Lord Donaldson, Presidente de la Corte de Apelaciones:

La jurisdicción no se deriva de los derechos y responsabilidades de los padres, sino que deriva de, o es, el desempeño delegado de los deberes de la Corona para proteger a sus súbditos, particularmente a los niños, que son las generaciones del futuro.⁵⁵

Esa jurisdicción se describe frecuentemente como una jurisdicción "teóricamente ilimitada" y, en las palabras memorables de un artículo fundamental sobre el tema, como una jurisdicción "tan amorfa y ubicua y tan dominante en su aplicación que parece poner en duda el desafío que significa determinar su naturaleza y establecer sus límites".⁵⁶ Esas características significan que la jurisdicción inherente proporciona un medio extraordinariamente útil para abordar problemas nuevos y difíciles para los cuales no existe una solución legislativa adecuada y por medio de los cuales los tribunales pueden intervenir para proteger a los niños de tal manera que no sería posible de otra manera. La jurisdicción inherente, por ejemplo, ha sido utilizada para proteger a algunos niños de que sean llevados al extranjero para que se unan a grupos terroristas⁵⁷ y de que algunos grupos criminales los sometan a la explotación sexual.⁵⁸ Ahora bien, por amplia que sea, la jurisdicción inherente no es un "vacío sin ley"⁵⁹

⁵⁵ Corte de Apelaciones del Reino Unido, *Re R (A Minor)* (1992), párr. 25.

⁵⁶ Véase JACOB, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court", *Current Legal Problems*, Vol. 23, 1970, pp. 23-52.

⁵⁷ Corte de Apelaciones del Reino Unido *Re M (Children)* [2015] EWCA Civ 994.

⁵⁸ Corte Suprema del Reino Unido, *Redbridge LBC vs. A* [2015] EWHC 2140 (Fam) (21 de julio de 2015).

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 36.

que permita a los jueces tener rienda suelta por completo en nombre del mejoramiento del bienestar infantil. Una limitación importante que tiene la jurisdicción inherente es que es una facultad residual: ella no se puede invocar en circunstancias en las que ya existe una ruta legal para lograr la protección de que se trata. Además, la facultad de las autoridades locales para invocar la jurisdicción inherente está específicamente limitada por ley para evitar que se use con el propósito de eludir el procedimiento de la Ley de los Niños de 1989.⁶⁰ Las autoridades locales únicamente pueden solicitar intervenir de conformidad con la jurisdicción inherente si obtienen una autorización para hacerlo de parte del tribunal (*leave*), lo que solamente pueden hacer si están en capacidad de demostrar que existen motivos razonables para creer que el niño puede sufrir un daño grave si no se ejerce la jurisdicción inherente. Aun cuando, a primera vista, puede parecer que lo expuesto apoya la postura de los padres en el caso *Gard*, otros solicitantes no están limitados de esa manera y, si tienen un "interés genuino por el niño", pueden presentar una solicitud sin necesidad de obtener un permiso o de demostrar los riesgos de que sufra daños. Eso permite que los tribunales consideren las solicitudes de una amplia gama de personas que no necesitan tener relación alguna ni una obligación legal con el niño. Por ejemplo, en el caso *Re D (A Minor)* (1976), un psicólogo docente recusó con éxito la decisión de la madre y sus médicos de esterilizar a una niña de 11 años que padecía de una importante discapacidad de aprendizaje. Ese caso es un buen ejemplo de la intervención del tribunal en las decisiones médicas de los padres a instancias de terceros con el propósito de fomentar el interés superior de los niños.

Ahora bien, a pesar de esas restricciones, la jurisdicción inherente sigue siendo una senda increíblemente amplia para que los tribunales intervengan y regulen extensamente la vida de los niños sobre la base de su interpretación de los intereses superiores de estos. Por consiguiente,

⁶⁰ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 100.

muchos padres podrían ver que sus decisiones han sido impugnadas de conformidad con la jurisdicción inherente, considerando a sus hijos como hijos del Estado, a pesar de las afirmaciones de la baronesa Hale en sentido contrario.⁶¹ Las Cortes son conscientes de la necesidad de moderación en el recurso a esas facultades. La cuestión sobre cuándo podrían recurrir a esas facultades para evitar que los padres busquen un tratamiento experimental para sus hijos es importante y, según parece, cada vez más común a medida que los padres pueden buscar tratamientos y establecer relaciones en el extranjero por medio de Internet.⁶² Sin embargo, es evidente que el argumento de que los tribunales solamente deberían permitir la intervención en esos casos si se demuestra que puede haber un daño significativo, no cuenta con el respaldo de la ley vigente. La jurisdicción inherente es una jurisdicción protectora a la que se recurre de manera rutinaria e invariable sobre la base de la prueba del "interés superior" del niño. Como concordaron todas las Cortes que intervinieron en el caso *Gard*, simplemente no había justificación para el argumento de que debería aplicarse el test o prueba del daño significativo. En la medida en que la Corte tenía la libertad para decidir moderarse más en los casos que recibiría de conformidad con la jurisdicción inherente, había pocos motivos para recomendar el uso de la prueba del daño grave como medio para hacerlo. La decisión legislativa de recurrir al daño grave como el límite para las solicitudes de las autoridades locales, pero no para las de terceros, parecería una clara indicación de que el Parlamento no tenía la intención de imponer ese límite a la jurisdicción inherente.⁶³ Por lo demás, esa prueba sería incongruente con el enfoque de la Ley de los Niños de 1989, la que, como ya se ha visto, reserva el daño grave para el umbral al que las autoridades locales pueden adquirir una autoridad discrecional continua sobre la vida de un niño. Dado que los casos combinan rutinariamente las solicitudes presentadas de confor-

⁶¹ *R (on the application of Williamson and others [sobre la solicitud de Williamson y otros] (2005) en [72]. cit.*

⁶² Corte de apelaciones del Reino Unido, *Re E (A Child)* (2018).

⁶³ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 100.

midad con la Ley de los Niños y la jurisdicción inherente, sería indeseable aplicar pruebas substancialmente diferentes en el caso de esas solicitudes.

Una razón más para rechazar la prueba del daño significativo es que sería innecesariamente cruel y agresivo exigir que unos padres amorosos y sinceros se defiendan contra una prueba basada en el daño, a menos que se requiera que lo hagan. Los procedimientos judiciales sobre el tratamiento médico de un niño indican casi indefectiblemente que la relación entre los padres y los profesionales de la salud ya se ha deteriorado seriamente. Y es improbable que la prueba del daño significativo dé como resultado el mejoramiento de esa relación vital, particularmente porque la prueba o test también proporciona la entrada a la acción coercitiva por parte del Estado mediante procedimientos de protección infantil y, por lo tanto, aumenta la posibilidad de que la responsabilidad de los padres quede excluida aún más del cuidado de sus hijos. En la medida de lo posible, todo proceso legal debe tener como objetivo reconocer la importancia de la asociación entre los padres y los terceros que cuidan a su hijo en su esfuerzo por lograr los mejores resultados para el niño.

VII. El bienestar de los niños y la evaluación de los padres

Hasta ahora, el análisis ha demostrado que la jurisdicción de los tribunales es para intervenir en las decisiones conjuntas de los padres no se limita a los casos de daños graves. Antes bien, los tribunales retienen una amplia jurisdicción protectora sobre el bienestar de los niños, tanto en la legislación como en la jurisdicción inherente. En el caso de los terceros interesados, además de las autoridades locales que buscan tener una participación continua en la vida de los niños, las barreras procesales para recurrir a esa jurisdicción son mínimas, lo cual significa que es muy probable que los tribunales decidan escuchar a un solicitante sincero que plantee una preocupación genuina por un niño. Esta conclusión puede ser alarmante para algunos padres, que podrían objetar que el hecho de permitir que se invoque la jurisdicción de los tribunales a instancias

de un tercero socava su función y, como se argumentó en el caso Gard, transfiere la responsabilidad por los hijos de los padres al Estado. Este argumento es de particular importancia debido a lo flexible que puede ser el significado de bienestar anteriormente analizado. La ley vigente parece permitir que los tribunales impongan los valores de la "persona razonable" para restringir las decisiones legales de los padres, simplemente porque un extraño a la decisión ha planteado una cuestión que el tribunal está dispuesta a considerar. Ello parece permitir una interferencia draconiana en la discreción parental, particularmente si la solicitud es presentada por una institución del Estado, como un hospital estatal, con mucho mayores recursos que los padres. Tales preocupaciones son genuinas, pero la respuesta a ellas no se encuentra en los límites de la jurisdicción del tribunal, sino, en el ejercicio de su jurisdicción, en su respeto por la importancia de las decisiones de los padres.

La función de los tribunales podría justificarse más fácilmente si se establece una distinción más clara entre aquellos casos en los que existe una disputa entre los titulares de los deberes, como los padres, y aquellos en los que un tercero busca intervenir. El deber de actuar en el interés superior del niño proporciona tanto la justificación legal de la responsabilidad parental como los límites de su ejercicio aceptable. Y el mismo razonamiento aplica también a otros titulares de deberes, como los profesionales de la salud. Si bien puede haber un espectro de interpretaciones razonables y legales del bienestar en cualquier caso dado, en una disputa entre los titulares de los deberes, el tribunal debe tomar una determinación fundamentada del interés superior del niño con el propósito de dar claridad a las partes sobre las razones por las que deben cumplir con sus responsabilidades por el niño. En los casos de intervención de terceros en las decisiones de los padres, la justificación de la intervención de los tribunales es diferente. Esta última tiene una función residual y puede intervenir para evitar que los padres actúen fuera de los límites apropiados de su autoridad, pero los padres tienen la responsabilidad *primaria* por sus hijos y una amplia discreción para cumplir con esa responsabilidad. Siempre que los padres actúen dentro del amplio espectro de enfo-

ques razonables y legales del bienestar de sus hijos, el tribunal no tiene necesidad de intervenir simplemente porque el, o un tercero, tiene preferencia por una interpretación diferente. Antes bien, la función del tribunal es apoyar a los padres que actúan de manera congruente con sus deberes parentales.

La distinción mencionada no está claramente expresada en la jurisprudencia, quizá porque hay relativamente pocos casos en los que las decisiones conjuntas de los padres sean puestas en tela de juicio. No obstante, sí proporciona una buena explicación de la manera como los tribunales abordan el bienestar en los casos que sí son presentados ante ellas. El caso de Ashya King (*Re King* (2014)), en el que se basaron los padres en el caso Gard, es un ejemplo de ello. En ese caso, los padres deseaban que se aplicara una forma relativamente nueva de terapia de protones para tratar el tumor cerebral de su hijo y habían recaudado los fondos para hacerlo. El equipo médico tratante había recomendado el uso de radioterapia convencional, pero, para cuando el caso llegó a la Corte, el equipo médico no se opuso al plan de los padres. A pesar de que no se trataba de una disputa activa, la Corte decidió intervenir, porque Ashya había sido declarado "pupilo" de la Corte debido a la incertidumbre previa sobre su paradero y su seguridad. Como resultado, se requería la aprobación de la Corte para que Ashya pudiera viajar para recibir tratamiento en Praga y la aprobación solamente se podía dar sobre la base del bienestar de Ashya. En lugar de considerar las pruebas y hacer un análisis completamente independiente del bienestar o interés superior del niño, como sería el caso para resolver una disputa, al Juez Baker le pareció que "no había razón para obstaculizar la propuesta de los padres".⁶⁴ Haciendo una comparación del caso con aquellos en los que los padres buscaban "un tratamiento completamente irrazonable", Baker justificó su enfoque sobre la base de que:

⁶⁴ Véase *Re King* (2014), párr. 34, *supra* nota 46.

Ambos tratamientos son razonables y son los padres quienes tienen la pesada responsabilidad de tomar la decisión. No corresponde a esta Corte, ni a ninguna otra autoridad pública, interferir en su decisión.

De esa manera, la obligación de la Corte de actuar en el interés superior de Ashya se cumplió, porque reconoció la responsabilidad primaria de los padres y respetó su razonable decisión sobre el bienestar de su hijo. Un enfoque similar se puede ver en *BC v EF* (2017). En ese caso, que comenzó debido a la disputa entre los padres sobre la vacunación de los hijos, la Corte resolvió la disputa expresando su parecer de que el interés superior de los hijos sería que fuesen vacunados como lo deseaba el padre. Inusitadamente, después de la conclusión del caso, el padre cambió de opinión, por lo que ambos padres trataron de que se modificara la orden, mientras que el tutor designado de los hijos buscó que se hiciera cumplir. Con todo, a pesar de que antes había decidido que la vacunación era lo mejor para los niños, la Corte se rehusó a hacer que se cumpliera la orden y, en cambio, decidió que se trataba ya de un asunto que correspondía a la responsabilidad conjunta de los padres. Esos casos ilustran la renuencia de los tribunales a intervenir en las decisiones conjuntas de los padres en lo concerniente al bienestar de sus hijos. Si bien, para la Corte, la prueba sigue siendo el bienestar de los niños, antes bien que lo razonables que puedan ser los padres en sus decisiones al respecto (*Re T (A Minor)* (1997)), los tribunales se rehusarán a intervenir si los padres se comprometen conjuntamente a tratar de comprender razonablemente qué significa el bienestar de sus hijos.

El respeto por la importancia de la función de los padres también se puede ver en los casos en que existe un conflicto entre los padres y los terceros que son titulares de deberes, lo cual está bien ilustrado por la jurisprudencia en desarrollo sobre la toma de decisiones de las autoridades locales cuando se trata de los niños que están bajo su cuidado. Una orden de cuidado otorga la responsabilidad parental a la autoridad local que la

obtiene⁶⁵ y, aunque los padres conservan su responsabilidad parental, a la autoridad local se le otorga la facultad de determinar la manera en la que los padres pueden ejercer su responsabilidad para proteger el bienestar de sus hijos.⁶⁶ La orden de cuidado parece otorgar una facultad legal clara a las autoridades locales para imponer su voluntad sobre la de los padres en casi todas las decisiones, siempre y cuando actúen con el propósito de fomentar el bienestar de los niños. No obstante, los tribunales han hecho hincapié en que, tratándose de decisiones importantes, todos aquellos que tengan la responsabilidad parental deben ser capaces de contribuir a tomar las decisiones importantes y en que los desacuerdos deben ser referidos a la Corte, antes bien que depender de la posición de predominio otorgada a las autoridades locales. En consecuencia, en el caso *Re C (Children)* (2016), por ejemplo, la autoridad local deseaba evitar que la madre diera el nombre de *Cyanide* a uno de sus hijos gemelos. La autoridad local tenía una orden de cuidado provisional que le otorgaba la facultad evidente para evitar que lo hiciera, pero la Corte determinó que la importancia fundamental de dar nombre a los hijos significaba que se requería su aprobación antes de que se pudiera invalidar la decisión de la madre. Es importante destacar que ese caso tenía una dimensión constitucional en el sentido de que invalidar la decisión de la madre sin supervisión judicial comprometería sus derechos de conformidad con el artículo 80. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El mismo argumento, basado en esos derechos, también ha influido en otros casos, incluidos aquellos relacionados con tratamientos médicos. Las autoridades locales deben obtener la aprobación judicial en los casos de desacuerdo con los padres sobre la vacunación de sus hijos⁶⁷ (y sobre el tratamiento médico de los niños bajo el cuidado de esas autoridades).⁶⁸ Los casos mencionados ilustran dos aspectos impor-

⁶⁵ Esa responsabilidad está sujeta a un pequeño número de restricciones legales relacionadas principalmente con la salvaguardia de los elementos fundamentales de la identidad y la relación del niño con su familia. *Children Act*, 1989, secc. 33 (3) (a).

⁶⁶ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 33.

⁶⁷ Corte Suprema de Reino Unido, caso *London Borough of Barnet vs SL* (2017), párr. 49.

⁶⁸ (*Re Jake (A Child)* (2015)). Véase también el caso *Re AB* (2018), en el que la autoridad local inició los procedimientos para obtener una orden de cuidado en un caso que implicaba una disputa sobre

tantes. En primer lugar, los tribunales alientan la colaboración cuando se trata de la protección del interés superior de los niños, antes bien que simplemente limitarse a confiar en la jerarquía técnica de la autoridad para tomar decisiones con base en lo que dice la ley.⁶⁹ En segundo lugar, se considera que la función de los padres es de gran importancia, incluso en los casos en que ha habido un riesgo de daño grave, dado que frecuentemente los padres están mejor situados para conocer al niño como a que la relación entre los padres y los hijos está protegida por el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Esa dimensión constitucional de los derechos humanos es la que ahora se aborda.

VIII. La responsabilidad parental y los derechos humanos

La importancia de la responsabilidad de los padres por sus hijos se reconoce en la legislación inglesa, no mediante unas barreras firmes para evitar la intervención judicial, sino mediante el respeto prudente de la relación entre los padres y los hijos cuando se trata de determinar el interés superior de los niños. De esa manera, la tensión y el equilibrio entre los dos significados de la responsabilidad parental identificados al comienzo de este capítulo, se concilia de una mejor manera tanto en la ley como ante la justicia. Esa es la clara respuesta que el derecho inglés da a la cuestión constitucional de la relación entre la familia y el Estado. La senda más clara para poner en tela de juicio como "inconstitucional" esa ley establecida sería a través del reclamo de violación a los derechos

el tratamiento médico en curso del niño. La solicitud de la orden de cuidado fue retirada con la aprobación de la Corte, lo que dejó en claro que, por lo general, sería inapropiado e ineficaz que una autoridad local solicite una orden de cuidado con el propósito de consentir al tratamiento médico en contra de los deseos de los padres; véase, en especial, el párr. 24.

⁶⁹ Se puede argumentar algo similar con respecto a las disputas entre los padres debidas al tratamiento médico. A pesar de que el consentimiento de uno de ellos parece ser suficiente conforme a la ley, las disputas por casos graves pueden requerir la autorización del tribunal, antes bien que depender únicamente de la responsabilidad paterna técnica: *An NHS Trust vs. SR* [2012] EWHC 3842.

humanos protegidos por la *Human Rights Act* (Ley de los Derechos Humanos). En el caso *Gard*, los padres intentaron, precisamente, hacer eso y para ello, invocaron principalmente el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sin embargo, su denuncia fue rechazada tanto por la Corte de Apelaciones, como por la Corte Suprema del Reino Unido y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos reconoce que los padres tienen derechos y responsabilidades en lo concerniente a la crianza de sus hijos.⁷⁰ Esa función de los padres exige "respeto", pero no absoluto. En el caso de *Gard*, los padres argumentaron que, para respetar la función parental, el Estado debía abstenerse de intervenir en las decisiones conjuntas y legítimas de los padres, a menos que sus decisiones perjudiquen al hijo. Tal argumento fue rechazado por todos los tribunales que lo consideraron. Aunque no había ningún precedente directo relacionado con los tratamientos experimentales, el enfoque coherente del TEDH fue considerar al niño como un ciudadano y como titular de derechos, exactamente de la misma manera que al padre. La interrelación de la familia y la importancia de los padres para los niños significan que las decisiones concernientes al tratamiento médico de los hijos deben implicar plenamente a sus padres para respetar los derechos, tanto de los padres como de los hijos, consagrados en el artículo 8o. (*Glass vs. Reino Unido* (2004)). Sin embargo, por muy bien intencionada que sea la decisión de los padres, los intereses de sus hijos tienen una importancia independiente y no puede ser incluirlos en los de los padres. Cuando se corre el riesgo de que los derechos de los padres y los de uno de sus hijos entren en conflicto, el amplio consenso en el derecho internacional es que el interés superior del niño es primordial en las decisiones que le conciernen. Ello también está reflejado en la jurisprudencia del TEDH. Como resultado, la decisión tomada en el caso del

⁷⁰ TEDH, caso *Nielsen vs. Dinamarca*, cit., párr. 61, *supra* nota 5.

proceso doméstico en el que se consideró cuidadosamente los puntos de vista de los padres de Charlie, pero al final se adoptó una visión independiente con respecto al interés superior del niño, no se consideró contraria a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.⁷¹ Esta conclusión refuerza la importancia de reconocer al niño como un titular de derechos independiente y la importancia de la colaboración entre los padres y el Estado para proteger los derechos e intereses de los niños.

IX. Conclusión

En este capítulo se consideró la cuestión constitucional respecto al grado en que el Estado, especialmente los tribunales, pueden inmiscuirse legítimamente en las decisiones conjuntas y legítimas de los padres en lo concerniente a sus hijos. En el caso de Gard, los padres buscaron respuesta a esa interrogante, solicitando que se impusieran límites a la jurisdicción de los tribunales por medio del test o prueba del daño significativo. Ese argumento fue rechazado justificadamente en cada etapa del proceso judicial. La prueba del daño significativo está reservada para los procedimientos de cuidado en los que el Estado busca obtener una autoridad discrecional continua para intervenir en la vida de un niño. Fuera de esa situación específica, la Corte resolverá los casos relacionados con la crianza de los niños de conformidad con el principio del interés superior o bienestar del niño, sin que haya la necesidad adicional de que se demuestre el daño. El límite de esa jurisdicción se encuentra en la necesidad de que el solicitante obtenga la autorización de parte del tribunal para acceder al procedimiento (*leave*) o demuestre un interés genuino en el niño, independientemente de que el solicitante sea un individuo o una institución estatal, como un Fideicomiso del Servicio Nacional de Salud. Por medio de esos procedimientos, los tribunales pueden filtrar las solicitudes indebidas o que carezcan de justificación, pero no significan un

⁷¹ TEDH, caso *Gard y Otros vs. United Kingdom*. Sentencia de 27 de junio de 2017. Appl. No. 39793/17, párrs. 105-110.

obstáculo substancial para un solicitante que tiene una preocupación genuina por el bienestar de un niño.

Esta respuesta puede sorprender a muchos padres cuya experiencia común y corriente es que están en libertad de actuar como lo deseen, siempre y cuando lo hagan de conformidad con la ley y sin correr el riesgo de causar un daño grave a sus hijos. Sin embargo, la ley considera, fundamentalmente, que la crianza de los niños no es una cuestión de derechos exclusivos de los padres, que debe defenderse a menos que se pierda el derecho a hacerlo, sino como una responsabilidad de colaboración en la que los padres tienen la función principal. Esa posición está reconocida en la legislación nacional y refleja las leyes sobre los derechos humanos tanto europeas como internacionales. En el caso de *Gard*, la argumentación buscaba hacer de los padres los únicos árbitros del bienestar de su hijo dentro de los firmes límites establecidos, diseñados para limitar la supervisión judicial. Esa argumentación ponía en tela de juicio los fundamentos del derecho infantil y fue rechazada justificadamente por cada una de las Cortes que lo consideraron. Las relaciones pueden ser perjudiciales para los niños, no únicamente cuando los padres son crueles o negligentes, sino también cuando los ciega el amor más profundo. En ocasiones, será necesario proteger los intereses de los niños de decisiones producto del amor, pero erróneas, como el caso de unos padres que desean someter a su hijo a un tratamiento doloroso e inútil porque la pérdida del hijo es algo que no pueden ni siquiera imaginar. El reconocimiento de los hijos como individuos diferentes de sus padres, con intereses que en ocasiones pueden entrar en conflicto con los de sus padres, es de capital importancia para los niños cuyas relaciones familiares representan un riesgo para ellos.

Existe la preocupación comprensible de que esa conclusión socave la libertad de los padres. Pero la ley reconoce ese valor, porque hace hincapié en la función primaria de los padres en la determinación de lo concerniente al interés superior de sus hijos, antes bien que permitir que se tome decisiones conforme las que se declare que los padres son inmunes

a que se ponga en tela de juicio sus derechos. Los tribunales rara vez intervendrán si los padres adoptan conjuntamente una interpretación razonable del bienestar de sus hijos. La tragedia en el caso de Gard fue que no existía un tratamiento viable que ofreciera una alternativa razonable para Charlie, a pesar de los arduos esfuerzos de sus padres, sinceros y amorosos.

CAPÍTULO 8

La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes

Mónica Arango Olaya*

* Estudiante de Doctorado en Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford. La autora agradece a Daniel Mauricio Muñoz Rivas su rigurosa labor como asistente de investigación para la elaboración de este artículo.

La Constitución colombiana de 1991 en su artículo 42 reconoce a la familia como el núcleo de la sociedad, determina sus integrantes, su conformación mediante el matrimonio civil o religioso, el divorcio, al igual que los principales derechos y deberes para sus miembros. Reflexionar acerca de lo que ha supuesto que la familia esté al centro de la sociedad a partir de ese reconocimiento constitucional y, por lo tanto, que se haya constitucionalizado el derecho de familia implica necesariamente pensar cuál es el rol que le ha dado la Constitución a los niños respecto a sus padres, representantes o tutores en las relaciones familiares y cuál es el alcance de sus derechos. Veintiocho años de jurisprudencia han supuesto un giro estructural sobre el contenido del derecho a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), principalmente, a partir del principio de su interés superior. En este artículo sostengo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional progresivamente ha dotado el derecho a la autonomía de los menores de edad de un contenido que impone límites al ejercicio de la patria potestad. Lo precedente mediante la interpretación y aplicación del mencionado principio, explícita o implícitamente, y en conjunto con las disposiciones que reconocen a la familia

en el centro de la sociedad y los derechos de los niños como fundamentales. Así pues, el ejercicio de la patria potestad tradicionalmente concedía a los padres y tutores un poder de decisión casi absoluto, mientras que ahora la jurisprudencia constitucional otorga a los NNA de un amplio margen de participación en la toma de todo tipo de decisiones.

En otras palabras, la constitucionalización del derecho de familia en Colombia ha modificado el alcance de la capacidad relativa de los NNA de forma tal que los procesos de decisión sobre sus asuntos deben siempre tener en cuenta su opinión e incluso, en algunos casos, ésta puede primar sobre la de sus padres, tutores o representantes. Este cambio en el acercamiento a las relaciones familiares significa adoptar una perspectiva integral sobre los deberes y derechos involucrados en la toma de decisiones de los NNA y separarse de la visión de que los contornos de la capacidad de los menores de edad están exclusivamente atados a las reglas sobre la materia contenidas en los Códigos Civil y Penal, es decir, delimitados exclusivamente por la edad. Además, que el Estado debe intervenir en las situaciones en las cuales se hayan adoptado decisiones sin atender ese proceso, como una forma de proteger su interés superior.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante la interpretación y protección de los derechos que se desprenden del artículo 42 ha producido importantes cambios en torno a las relaciones familiares, particularmente, respecto del alcance de los derechos y deberes de sus integrantes, así como de la institución familiar en sí misma. Tales cambios han permeado el derecho civil y de familia de forma estructural, en un diálogo de dos vías. La primera, mediante el reclamo del reconocimiento de derechos en decisiones de tutela¹ y, la segunda,

¹ La acción de tutela está contemplada en el artículo 86 de la Constitución. El Decreto 2025 de 1991, que la regula, establece en su artículo 1o. que:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

a través del control abstracto en las acciones públicas de inconstitucionalidad.²

Los cambios más importantes que fueron fijados mediante las vías mencionadas suponen la reconceptualización de la familia como institución heteronormativa, constituida libremente entre un hombre y una mujer, para establecer el concepto de familias, que incluye una concepción mucho más amplia.³ Así, a partir del año 2011, la Corte Constitucional reconoció la constitución de la familia entre parejas del mismo sexo⁴ y desde el 2014, el matrimonio igualitario.⁵ No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido la expansión de las relaciones familiares a vínculos no sólo de consanguinidad o afinidad sino también a la familia de crianza, la familia monoparental,⁶ así como la protección especial a la

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción".

² El artículo 241 de la Constitución establece la competencia de la Corte Constitucional para conocer de las diferentes acciones públicas de inconstitucionalidad que se regulan en el Decreto 2067 de 1991.

³ La Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo dijo: "La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la 'voluntad responsable de conformarla' también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales".

⁴ Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Sentencia SU-214 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶ Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. "La doctrina ha puesto de relieve que 'la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez', lo que se ha denominado cadena compleja de transiciones familiares".

A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que "en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el

jefatura femenina del hogar y los conceptos de padre y madre cabeza de familia. Esos cambios se han proyectado en el alcance y titularidad de casi todos los derechos fundamentales, en la medida en que de los vínculos familiares dependen beneficios y derechos de los ámbitos: laboral, de seguridad social, salud, sucesión, entre muchos otros. Esta constitucionalización del derecho de familia ha tenido un impacto determinante en la delimitación de los derechos y deberes de padres/tutores e hijos.

De este modo, en el marco del derecho de familia, la Corte Constitucional ha expandido el alcance de la protección de los derechos de los niños, como los sujetos más vulnerables en la esfera social y, por tanto, titulares de las protecciones más amplias y justiciables. Considero que, en este ámbito, hay dos avances que vale la pena destacar. En primer lugar, la protección de los derechos de los niños ha sido determinante en la justiciabilidad de los derechos sociales toda vez que, ante violaciones de derechos colectivos como, por ejemplo, a la educación, a la alimentación o a la salud de comunidades con niños, se ha permitido el uso de la tutela como mecanismo idóneo y preferente respecto de los mecanismos ordinarios para la defensa de tales derechos, por oposición a las acciones populares. Lo anterior ha dado lugar a decisiones estructurales o que involucran órdenes complejas para la creación de políticas públicas.⁷ Segundo, ha redefinido el alcance de los derechos de los niños a la participación en diferentes decisiones que antes estaban completamente determinadas por el ejercicio de la patria potestad, bajo la figura del consentimiento sustituto. Esta delimitación de los derechos a la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad surge de la evolución del concepto del interés superior de los niños y niñas ligado a la tensión que existe en el balance del ejercicio de la responsabilidad

acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros", de manera que "la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia".

⁷ Véase, p. ej., Sentencias T-357 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-302 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

parental o potestad parental con la participación de los NNA en decisiones que les conciernen, de conformidad con sus capacidades evolutivas.

En este artículo quiero mostrar la evolución de la jurisprudencia en torno a la pregunta sobre cuál es el alcance del derecho a la autonomía y la tensión que supone respecto de la responsabilidad parental en el marco del interés superior de los NNA. Lo anterior, particularmente, en las decisiones que involucran su autonomía presente y futura y, específicamente, en el ámbito de las intervenciones médicas definitivas —aquellas que suponen la definición de la identidad de género, los derechos reproductivos y la eutanasia—. Considero que ese tipo de casos, por tratarse de asuntos definitivos o al menos en los cuales se involucra de forma determinante la dimensión de la vida, salud y autodeterminación, son los que han moldeado el alcance de la capacidad relativa, de lo cual también se deriva el alcance del ejercicio de derechos fundamentales para estos sujetos.

I. Los derechos fundamentales de los niños y niñas en la Constitución de 1991

El artículo 44 de la Constitución colombiana establece que los derechos de los niños prevalecen por encima de los demás y enumera sus derechos fundamentales como: "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión". Asimismo, que se les debe una especial protección "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos", y que "la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos".

El cómo se delimita el alcance y forma de la exigibilidad de tales derechos en el ámbito de la jurisprudencia ha estado marcado por el principio del

interés superior de los NNA, que tiene su origen en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Este documento, que hace parte del bloque de constitucionalidad, establece en su artículo 3o. que "(...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."⁸ Desde un principio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana le ha dado un valor central a esta cláusula, la cual debe guiar todas las decisiones de las autoridades públicas en relación con estos sujetos, incluyendo las decisiones judiciales.⁹

La aparición de este principio y doctrina, y la obligación de su aplicación, precede a la Constitución de 1991, puesto que el Código del Menor de 1989¹⁰ ya lo contenía. Posteriormente, también fue incluido en el Código de la Infancia y de la Adolescencia del año 2006.¹¹ La Corte Constitucional en diferentes decisiones ha explicado que:

el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se

⁸ El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como "(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".

⁹ Sentencia T-408 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: "El interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado".

¹⁰ Decreto 27237 de 1989. Artículo 20. "Las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor".

¹¹ Ley 1098 de 2006 Artículo 6. "Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas".

puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.¹²

En el mismo sentido, ha dicho que el interés superior de los NNA no es una cláusula que permite cualquier decisión, y fija cuatro condiciones que deben satisfacerse, a saber:

1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir; debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar; se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.¹³

De lo anterior surge que el interés superior del menor es un principio relacional que se remite a cada caso concreto y debe analizar, en términos reales, qué decisión o condición asegura la mayor protección de los niños involucrados. No obstante, eso no significa que se trate de un concepto vacío, sino que su materialización debe: (i) atender a la realidad

¹² Sentencias T- 503 de 2003 y T-397 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Instituto de Bienestar Familiar Concepto 112 de 2013.

¹³ Sentencia T-587 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Instituto de Bienestar Familiar Concepto 112 de 2013.

del niño, niña o adolescente; (ii) ser objetivo; (iii) seguir una ponderación relacional y concreta; y (iv) debe demostrarse el beneficio de adoptar esa decisión por encima de otras. Sin embargo, el criterio sobre qué se entiende por asegurar el mayor beneficio y protección para un menor de edad no ha sido estático en la jurisprudencia constitucional y ha mutado con los años.

Desde 1992, año en el que la Corte Constitucional comienza a ejercer su jurisdicción, y hasta la mitad del 2019 se han dictado al menos 264 decisiones de tutela y constitucionalidad que utilizan el principio del interés superior de los NNA como la cláusula determinante para adoptar las decisiones contenidas en esas providencias.¹⁴ Los asuntos decididos varían y, a grandes rasgos, involucran temas de declaración de abandono o adoptabilidad de menores de edad, familia de crianza, visitas, custodia, ejercicio de la patria potestad, protección del derecho a la salud, hogar gestor, alimentación, riesgos en la sociedad, seguridad, educación, nombre, nacionalidad, personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, mínimo vital, alimentos, unidad familiar, traslados, sustitución pensional, acceso a la administración de justicia, debido proceso, hábeas data, ambiente sano, acceso a agua potable, asociación y libertad de expresión.

Como lo advertí, en este artículo me concentraré en el análisis de los precedentes que involucran intervenciones médicas para delimitar el alcance del ejercicio del derecho a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente, se trata de casos en los cuales se involucran la identidad de género, la decisión sobre intervenciones médicas como trasplantes, esterilizaciones, operaciones estéticas u otros procedimientos médicos invasivos y definitivos, el aborto y la eutanasia. Estas decisiones —por estar ligadas, en su mayoría, al alcance de la autonomía

¹⁴ Estas providencias no son las únicas que han referido el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, no obstante, se trata de las decisiones más relevantes, por el lugar que tiene el mencionado principio en la adopción de la decisión. Véase, Anexo 1.

futura— son de la mayor relevancia y muestran una tensión jurídica respecto del peso que debe tener la voluntad de los niños y la de los padres al adoptarlas. Por ello, la aplicación de este principio como guía para la protección de los niños y adolescentes genera una tensión en dos niveles. En el primero se encuentran las relaciones entre los niños y los padres y el balance entre la protección de los menores de edad, en el ejercicio de la responsabilidad parental y la protección de la autonomía de los niños y adolescentes dentro de su capacidad relativa. El segundo nivel surge de la relación que tiene el Estado con el primer nivel y los límites de su intervención para permitir o prohibir alguna de esas decisiones, en el cumplimiento de su mandato de garante de los derechos fundamentales de los niños y niñas como sujetos especialmente vulnerables y protegidos.

Es importante resaltar que en el primer nivel se ha dado una evolución determinante en cuanto a la relación y deberes de los padres con los hijos. En un principio, esta relación estuvo delimitada exclusivamente por la patria potestad mientras que, a partir del 2006, el Código de la Infancia y la Adolescencia cambió radicalmente el alcance de este concepto para introducir la *responsabilidad parental*. El artículo 288 del Código Civil define a la patria potestad como "el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone."¹⁵ Por su parte, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que la responsabilidad parental complementa la patria potestad como el deber que tienen los padres de cuidar y acompañar a sus hijos para asegurar la mayor satisfacción de sus derechos.¹⁶

¹⁵ La Sentencia C-1003 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández al resolver una demanda contra el artículo 315 del Código Civil que regula la emancipación judicial dijo: "La patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo. El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores corresponde a los padres, conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro. En efecto, la patria potestad sólo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos".

¹⁶ Ley 1098 de 2006. Artículo 14. "La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación

Así pues, la introducción de la responsabilidad parental al ámbito de las obligaciones de los padres para sus hijos cambia la noción de los padres como titulares de derechos sobre sus hijos para establecer obligaciones respecto a éstos. La jurisprudencia ha llamado *potestad parental* a esta noción. Esa modificación en las relaciones familiares genera un nuevo paradigma, en el que se da un mayor espacio a la consideración del ejercicio de derechos de los niños desde la capacidad relativa. En otras palabras, este cambio permite dar un lugar diferente a la voluntad de los niños en las cuestiones que les atañen, en tanto velar por la mayor satisfacción de sus derechos necesariamente incluye considerar su participación en las decisiones que los involucren; es decir, dar eficacia al ejercicio de sus derechos a la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad, así sea desde una capacidad relativa.

En cuanto al segundo nivel, la jurisprudencia constitucional, al delimitar los deberes y derechos que se derivan de la potestad parental, particularmente en el ámbito de las decisiones sobre intervenciones médicas, también ha tenido en cuenta un principio y una regla adicionales, a saber: (i) el principio de beneficencia, según el cual "el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor"¹⁷ y, en razón de ello, los primeros pueden tomar decisiones por los segundos;¹⁸ y (ii) la regla de cierre

inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos".

La Sentencia C-1003 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández dijo al respecto: "El Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado en Colombia mediante la Ley 1098 de 2006, establece la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil, consagrándola además como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. El citado código claramente establece, que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor".

¹⁷ Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño. "El reconocimiento de un determinado grado de autodeterminación a los menores de edad, en proporción a su desarrollo volitivo, entonces,

a favor de la intimidad de los hogares (*in dubio pro familia*) que establece que las decisiones sobre los menores de edad deben ser aquellas adoptadas por la familia.¹⁹ A mi criterio, este principio y esta regla son formas del principio del interés superior de los NNA y su contenido se ha matizado a partir de casos concretos.

Hasta mitad del 2019 la Corte Constitucional había adoptado 25 decisiones²⁰ de tutela y de constitucionalidad, las cuales evidencian el alcance de la autonomía de los menores de edad, particularmente en asuntos relativos a su cuerpo, salud e identidad. Estas providencias muestran que el nivel de participación de los NNA no es homogéneo, sino que depende del asunto tratado y que, correlativamente, existen situaciones en las que su voluntad tiene una mayor prevalencia cuando existen otras en las cuales no tiene ninguna. Por poner un ejemplo, en asuntos de intervención legal y voluntaria del embarazo no existe duda de la regla sobre la plena capacidad de las niñas y adolescentes para adoptar la decisión que les parezca sin la intervención del consentimiento sustituto; mientras que, en asuntos en los cuales se trata de intervenciones médicas para la salud física, la decisión de los menores de edad está sujeta a una capacidad relativa y delimitada por los principios explicados.

Estos precedentes denotan un cambio en el alcance del derecho a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes que en un principio no tenían mayor participación en las decisiones que los atañen, principalmente en aquellas sobre su cuerpo en cuestiones medicamente invasivas, para privilegiar un modelo que: (i) exige la participación de los niños y niñas

hace surgir un problema constitucional importante, como es la tensión entre el principio de autonomía, que privilegia las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, y el principio de beneficencia, que permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo y con el fin de protegerlo de acciones u omisiones que vulnere su vida y su salud".

¹⁹ Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: "Igualmente, en el caso de los menores de edad la jurisprudencia ha formulado reglas como la exigencia para los padres del consentimiento informado cualificado y persistente y la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares (*in dubio pro familia*), que en últimas privilegia el ejercicio de la responsabilidad parental y, por lo tanto, también está sujeta a sus límites".

²⁰ Si bien pueden existir otras decisiones, se citan las más relevantes para delimitar los conceptos advertidos.

en el proceso de decisión; (ii) da un mayor o menor valor a sus deseos de conformidad con sus capacidades evolutivas; y (iii) preserva de forma más clara la posibilidad de ejercer su autonomía futura, postergando las decisiones que sea posible posponer. Veamos.

II. Identidad de género e intervenciones de reconfiguración genital

La **Sentencia T-477 de 1995**²¹ fue la primera decisión que abordó asuntos sobre reasignación de sexo e identidad de género en menores de edad. En la providencia se analizó el caso de un niño que sufrió una mutilación genital a los seis meses de edad. Debido a ello, sus padres decidieron realizarle una operación de reasignación al sexo femenino que fue rechazada por el niño años después, pues a pesar de sus genitales femeninos se percibía con la identidad masculina, por ello, reclamó una reconstrucción genital para ese sexo. La Corte protegió los derechos a la identidad, a la dignidad, a la autonomía y a la salud del niño y señaló que "el expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo". Asimismo, precisó que el paciente tenía la posibilidad de decidir y para el caso de niños, niñas y adolescentes se debían tener en cuenta tres aspectos para analizar su consentimiento: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor (una reasignación de sexo por mutilación no ostenta el carácter de urgente); (ii) la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) la edad del niño o niña.²²

²¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero: "En casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses. (...)

Posteriormente, la **Sentencia SU-337 de 1999**²³ unificó la jurisprudencia sobre la reasignación genital para niños mayores de cinco años de edad para precisar las reglas de la Sentencia T-477 de 1995. El caso revisado versó sobre una niña diagnosticada con "seudohermafroditismo masculino", que presentaba genitales masculinos poco desarrollados. Cuando su madre solicitó la modificación genital, la niña tenía ocho años de edad, por lo cual, y con fundamento en el precedente anotado, la Corte concluyó que no cabía el consentimiento sustituto y que se debía integrar un equipo interdisciplinario para que apoyara a la niña para establecer el momento en el que gozaría de autonomía suficiente para prestar el consentimiento informado.²⁴ En tal sentido, en la providencia se dijo que: (i) el consentimiento sustituto cabía para casos de niños menores de cinco años de edad siempre que fuera cualificado y persistente; (ii) el grado de autonomía exigido dependía de la naturaleza de la intervención médica, los posibles riesgos y beneficios; y que (iii) siempre se debía ponderar en el caso concreto el principio de autonomía con el de beneficencia, de conformidad con los tres criterios fijados en la Sentencia T-477 de 1995.

Ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres, sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.
(...)

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor".

²³ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ Sentencia SU- 337 de 1999 M.P. "En este caso, como la niña hermafrodita ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operada, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y la menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida. En esa situación, tanto el principio de beneficencia como el de autonomía ordenan que, en el presente caso, las cirugías deben ser postergadas, puesto que la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares no opera para la menor XX, ya que el juez constitucional no está desplazando a la familia en sus decisiones sanitarias, sino que está potenciando, dentro del hogar, la autonomía del menor, que de todos modos ya debe ser tomada en cuenta. Por ende, la Corte concluye que, en estas situaciones, las cirugías y los tratamientos hormonales deben ser postergados hasta que la propia persona pueda autorizarlos".

Al margen de lo anterior, el Tribunal precisó que "el papel *prima facie* preponderante de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia de la intimidad familiar en el desarrollo del pluralismo, incluso en el campo médico, permiten agregar una especie de elemento de cierre, en los casos controvertidos, la cual equivale a una especie de *in dubio pro familia*, y puede ser formulada así: si el juez tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares, por lo cual los desplazamientos de los padres por autoridades estatales deben ser minimizados". No obstante, dijo que los niños no eran propiedad de sus padres y que el reconocimiento de su autonomía en desarrollo exigía que las decisiones sobre la identidad sexual se debían postergar hasta que los niños pudieran prestar un consentimiento informado, con fundamento en el interés superior de los menores de edad.

Asimismo, la providencia explicó que el concepto de "autonomía" no era equivalente al de "capacidad negocial", esto es, la capacidad de realizar negocios jurídicos, cuyas reglas se encuentran en el Código Civil. Por ello, afirmó que la capacidad de otorgar el consentimiento era un asunto que debía validarse caso a caso y de conformidad con el tipo de intervención sanitaria.²⁵

²⁵ Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero "19-La necesidad misma del consentimiento y su distinta cualificación, según la naturaleza de la intervención médica, se encuentran entonces inevitablemente ligadas al problema del grado de autonomía que deben tener los pacientes para aceptar o rechazar un determinado tratamiento. En efecto, la exigencia de un consentimiento informado presupone que la persona goza de suficiente autodeterminación para comprender su situación y decidir conforme a ese entendimiento. Y, como es natural, si el consentimiento debe ser cualificado en ciertos eventos, entonces, en tales casos, la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara, lo cual muestra que la autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es un concepto absoluto sino que depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria. La evaluación de la capacidad del paciente deriva entonces de la decisión concreta que éste debe tomar, pues una persona puede ser considerada competente para aceptar unas intervenciones médicas pero carecer de la suficiente autonomía para decidir otros asuntos sanitarios. Por ejemplo, un menor puede gozar de la capacidad necesaria para rechazar su participación en un experimento riesgoso, y que tiene pocos beneficios médicos para él; en cambio, esa misma persona podría ser juzgada incompetente para rechazar un tratamiento, que presenta escasos peligros y es vital para su salud. (...) "La autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es entonces una noción idéntica a la capacidad legal que se requiere para

La Corte reiteró este precedente en las **Sentencias T-551 de 1999**,²⁶ **T- 692 de 1999**,²⁷ **T-1390 de 2000**,²⁸ **T-1025 de 2002**,²⁹ **T-1021 de 2003**³⁰ y **T-912 de 2008**,³¹ al permitir en los primeros tres casos el consentimiento sustituto para dos niñas menores de dos años con "hiperplasia suprarrenal" y una más con ambigüedad genital; negar el consentimiento sustituto en los casos cuarto y sexto para impedir que los padres decidieran sobre la modificación genital de dos niños mayores de cinco años diagnosticados con hiperplasia suprarrenal y hermafroditismo verdadero. Finalmente, en el quinto caso vuelve a permitir el consentimiento sustituto con un niño de nueve meses con "hermafroditismo verdadero"; reiterando en todos los casos la necesidad de que tal consentimiento fuese informado, cualificado y persistente.

Cabe resaltar que la Sentencia T-912 de 2008 se refiere específicamente a la tensión entre los principios de autonomía y beneficencia (como interés superior de los niños):

[L]a Corte ha decantado las especificidades que están inmersas en el análisis de la tensión constitucional existente entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia: En asuntos como el que ahora estudia la Corte, el primero privilegia las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, mientras el segundo, permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo con el fin de protegerlo de acciones que vulneran su vida y su salud. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que si bien un niño, en algunos casos, puede no tener capacidad suficiente para expresar su voluntad en la realización

adelantar válidamente un negocio jurídico, conforme al derecho civil, o para ejercer el voto, de acuerdo a las disposiciones que regulan el acceso a la ciudadanía. En efecto, una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud".

²⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³¹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de procedimientos de salud, en determinadas ocasiones su criterio resulta relevante e ineludible al momento de tomar una decisión que afectará de manera directa su vida futura.

Posteriormente, si bien la **Sentencia T-622 de 2014**³² reiteró las reglas referidas sobre la capacidad relativa de los niños mayores de cinco años, la decisión abordó el concepto de "consentimiento asistido", como el proceso mediante el cual un grupo interdisciplinario apoya a los NNA y a sus los padres para otorgar su consentimiento informado y especificó que, en los casos en los cuales la capacidad evolutiva de los niños fuera suficiente, su decisión primaba sobre la de sus padres. El asunto revisado se refirió a la solicitud de la madre de un niño de 11 años, diagnosticado con ambigüedad sexual e inicialmente registrado como mujer, pero que él afirmaba identificarse como hombre, para que le realizaran un procedimiento de modificación genital al niño, acorde con esa identificación. La Corte concedió el amparo al derecho a la autonomía y ordenó que las evaluaciones psicológicas continuaran a cargo de un grupo interdisciplinario para conseguir el consentimiento informado del niño y sus padres. En la sentencia se resumieron y formularon las siguientes reglas:

- (i) El consentimiento informado es un requisito esencial para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos;
- (ii) La voluntad de los niños y niñas debe prevalecer sobre el consentimiento de los padres cuando éstos tengan la madurez suficiente; "la autonomía personal prima sobre el principio de beneficencia".
- (iii) En los casos en que procede el consentimiento sustituto, éste debe ser cualificado y persistente mediante un proceso en conjunto con un equipo médico e interdisciplinario;
- (iv) El consentimiento sustituto emitido por los padres o tutores no es absoluto y debe siempre analizarse de conformidad con la capacidad relativa de los menores de edad y en proporción directa con su nivel de desarrollo;

³² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- (v) La capacidad legal y la autonomía para autorizar un tratamiento médico no son equivalentes, un niño de cinco años está en capacidad de adoptar una decisión sobre ciertos tratamientos, particularmente en aquellos de reasignación genital e identidad de género;
- (vi) En los eventos en los que se involucre la identidad de género, la reasignación genital o tratamientos hormonales, las intervenciones invasivas requieren "un apoyo permanente psicoterapéutico y la constitución de un equipo interdisciplinario que incluya no sólo profesionales de la medicina sino también un trabajador social, para acompañar al menor y a sus padres en todo el proceso clínico" para proteger los derechos a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad.

Desde la primera sentencia sobre identidad de género y modificación genital, la Corte Constitucional entendió que en esos casos no procedía el consentimiento sustituto de los padres y que se debía tener en cuenta la autonomía futura de los niños y su voluntad. En tal sentido, esas decisiones modificaron la noción de patria potestad como el ejercicio del consentimiento exclusivo por parte de los padres sobre los asuntos de sus hijos. Esta determinación reconfigura el concepto de la capacidad relativa hacia la procedencia del consentimiento sustituto de los padres, en casos de menores de cinco años, con el acompañamiento de un grupo interdisciplinario; y, después de esa edad, hacia un proceso en el que la voluntad del niño es determinante y se valora de conformidad con sus capacidades evolutivas. No obstante, en este tema particular, se da por entendido que los niños tienen la capacidad de identificar su género desde los cinco años y así, ejercer un grado de autonomía definitivo para su futuro. Lo anterior se traduce en la valoración del derecho a la autonomía de los niños por sobre el principio de beneficencia.

En este aspecto resulta particularmente interesante la valoración de la autonomía futura, toda vez que se entiende que los "derechos" de los padres sobre sus hijos —o la posibilidad de adoptar decisiones con el objetivo de asegurar su bienestar— sólo pueden estar guiados por el principio de su

mejor interés, que se traduce en garantizar la autonomía futura de los NNA, y que en un asunto tan determinante como la identidad de género debe valorar necesariamente su voluntad.³³ Este enfoque matiza la regla de cierre *in dubio pro familia*, para delimitar que la decisión de cierre en la familia debe incluir la participación de los niños en la decisión, de conformidad con sus capacidades evolutivas, por oposición a valorar exclusivamente la determinación de los padres.³⁴ Esa transformación presenta al consentimiento sustituto como un consentimiento asistido que involucra a los niños, pero también apoyos exteriores. La Sentencia T-1025 de 2002 dice al respecto:

En ciertos casos, es pertinente darle prevalencia a la preservación de los derechos fundamentales de los niños a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, mediante la participación de los padres o representantes legales de los infantes mayores de cinco años, en la adopción de la decisión sobre la práctica de la cirugía de asignación de sexo. De modo que, conforme a la evolución de las facultades del menor, se forme un consentimiento asistido, en aquellos eventos en los cuales: (i) exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada

³³ Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. "Los niños no son propiedad de sus padres, sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma. El artículo 18 de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada y ratificada por Colombia, establece que, si bien incumbe "a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño", lo cierto es que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño." Por ende, los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuáles no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor".

³⁴ Sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. "La Corte considera que el consentimiento asistido es procedente, siempre que sea coadyuvado por la expresa voluntad del menor, quien, por ejemplo, entre los 6 y 7 años goza de un cierto grado de discernimiento y de madurez que le permite consentir en una operación de tal magnitud. Sólo en esta medida se protege al menor en su autonomía y en la formación de su propia personalidad, alrededor de los conceptos de soberanía personal y autodeterminación.

Sin embargo, como no todo menor tiene el mismo nivel de juicio para coadyuvar la decisión, es imprescindible que la valoración de su voluntad se haga de una manera inversamente proporcional a la edad de dieciocho años, pero destacando que dicho criterio no es indicador tajante ni exclusivo de madurez".

para el menor; y (ii) siempre que la identidad de género del infante se encuentre marcada o acentuada social y psicológicamente. Esta prevalencia tiene como fundamento la adecuación de las variables de impacto y/o riesgo frente a las de edad y/o madurez.

De otra parte, también debe resaltarse que los criterios y reglas anteriores niegan su aplicación mecánica y siempre exigen un ejercicio de valoración caso a caso y mediado por profesionales de la salud. Aun cuando la evolución de estas reglas entiende que el interés superior de los NNA está delimitado por la garantía de la autonomía futura, por lo cual es necesaria la participación de los niños en las decisiones o se debe asegurar que puedan participar eventualmente en ellas, es necesario plantear una reflexión en dos puntos. Primero, acerca del supuesto del cual parten todos estos casos, esto es, la exigencia de la determinación de la identidad de género y sexual de los niños desde el modelo binario hombre/mujer. Todos los casos parten de que no es posible que un niño, o una persona, tenga una identidad diversa como, por ejemplo, la intersexual, y que su mejor desarrollo o mejor interés está en su definición como hombre o como mujer a partir de la adecuación genital. Este acercamiento, sin duda, debe ser reevaluado, en tanto en cuanto la definición de la identidad sexual es mucho más amplia que la determinación tradicional binaria excluyente.

Segundo, este supuesto es lo que permite el consentimiento sustituto para los niños menores de cinco años. Esa última línea plantea varios problemas puesto que al considerar, aunque no lo plantee así, como urgente la determinación genital binaria excluye al niño de la oportunidad de participar eventualmente sobre una decisión determinante para su identidad y autonomía. Una alternativa sería, en los casos en los cuales sea posible, no permitir ese tipo de intervenciones sino después de los cinco años, momento en el cual es posible la participación de los NNA en la decisión. Esto consideraría de mejor manera su autonomía futura, al darles la oportunidad de participar en un asunto relativo a su identidad de género.

III. Intervenciones médicas invasivas

En el ámbito de las intervenciones médicas invasivas en niños, la Corte se ha pronunciado en cuatro oportunidades, tres decisiones de tutela y una de constitucionalidad. Las primeras tres se refieren a procedimientos médicos necesarios y urgentes para salvaguardar la vida y la salud de los NNA, en las cuales se le ha dado prevalencia a la decisión de los padres sobre la realización de dichos procedimientos, por encima de la voluntad de los menores de edad, y en uno de los casos, inclusive, del ejercicio a la libertad de culto. En estos casos, la prevalencia de la decisión de los padres de nuevo privilegia la autonomía futura como expresión del interés superior del niño. La cuarta decisión aborda la posibilidad de prestar el consentimiento sustituto en casos de intervenciones y procedimientos estéticos y remite a las reglas de consentimiento sustituto conjunto, pero lo determinante es que establece que una prohibición total de prestar consentimiento a este tipo de intervenciones, aun cuando son estéticas, es inconstitucional, por anular la capacidad de decisión de los NNA sobre asuntos relativos a sus cuerpos.

La **Sentencia T-474 de 1996**³⁵ estableció que cabía el consentimiento sustituto de un adolescente de 15 años con cáncer que se negaba a que le realizaran una cirugía de rodilla, por involucrar una transfusión de sangre. El menor de edad era Testigo de Jehová y afirmó que "bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir sangre vía endovenosa debido a que la religión que profesa". La Corte concluyó que "si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes

³⁵ M.P. Fabio Morón Díaz.

tienen el derecho y el deber de participar en ellas". Por ello, afirmó que cabía el consentimiento sustituto cuando la decisión del niño ponía en peligro su vida y adoptar una decisión contrario a esa se fundamentaba en garantizar su bienestar.

Posteriormente, en la **Sentencia T-412 de 2004**³⁶ la Corte determinó que ante la posibilidad de realizar dos cirugías diferentes a un niño de tres años diagnosticado con "hemiparesia mixta", una menos invasiva que la otra, procedía el consentimiento sustituto de los padres para realizar la menos invasiva, aun cuando la orden hubiera sido otorgada por un médico con el cual no tuviera convenio la Administradora del Régimen Subsidiado en Salud (ARS) a la que estaban afiliados. En la providencia enfatizó sobre la importancia de que el paciente y los padres tuvieran toda la información sobre los riesgos, beneficios e implicaciones del procedimiento para poder ejercer el consentimiento sustituto. Así mismo, se privilegió la regla de cierre a favor de la familia para decidir sobre el procedimiento que consideraban el mejor.³⁷

Por su parte, en la **Sentencia T-055 de 2009**³⁸ la Corte fue más clara en determinar que, para el caso de una niña de 14 años de edad que solicitaba la realización de un *bypass* gástrico por sufrir de obesidad mórbida, el proceso decisorio debía ser conjunto, entre los padres y la niña. Así, se sostuvo que la complejidad del procedimiento y los riesgos del mismo exigían la intervención de los padres.³⁹ No obstante, la providencia ordenó

³⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁷ Sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. "Si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable. Por tratarse de un padecimiento que afecta a un menor de edad en condición de discapacidad, y que puede acarrear importantes consecuencias en la vida del niño, la información que se debía dar a la madre debía ser la más completa, y la Corte no entra a decidir sobre cuál sea el mejor procedimiento, esto les corresponde a los padres del infante, en ejercicio del derecho a la autonomía personal, de la cual se deriva el consentimiento sustituto informado y calificado".

³⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería.

³⁹ Sentencia T-055 de 2009 M.P. Jaime Araujo Rentería. "Dada la complejidad y peligrosidad del procedimiento denominado *bypass* gástrico, esta Corte —como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia— ha exigido que, para que éste se practique, debe existir consentimiento

que se conformara un grupo interdisciplinario para que se le diera toda la información necesaria a la niña para que junto con sus padres dieran el consentimiento informado.

Finalmente, en la **Sentencia C-246 de 2017**⁴⁰ el Tribunal Constitucional determinó que la prohibición de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de 18 años⁴¹ no violaba los derechos a la intimidad ni a la autodeterminación bajo el entendido de que "la prohibición allí prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado". La mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que si bien la norma perseguía fines constitucionales y, por lo tanto legítimos, como la protección de los niños, niñas y adolescentes, era desproporcionado prohibirles a los mayores de 14 años de edad participar en decisiones sobre su cuerpo, en conjunto con sus padres o tutores, cuando su capacidad evolutiva lo permitiera, por sacrificar de forma indebida su derecho a la intimidad.

Asimismo, la providencia reiteró la regla de que a mayor capacidad, los menores de edad tienen mayor posibilidad de disponer de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, "pero siempre guiada por la salvaguarda de su mejor interés y en concordancia con el ejercicio de la patria potestad y la responsabilidad parental". En tal sentido, se dijo que la posibilidad de otorgar el consentimiento sustituto debía tener en cuenta: "(i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses [los de los niños]; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la

informado por parte del paciente que se va a someter él. En el presente caso, teniendo en cuenta que quien va a recibir la operación es una menor de edad, dicho requisito de consentimiento informado requiere la intervención de los padres de la menor en el proceso de toma de decisión; consentimiento supletivo de los adultos que se encuentran a cargo de la paciente que es una niña".

⁴⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴¹ Ley 1799 de 2016. Artículos 3o. y 5o.

autonomía actual y futura del menor de edad; y (iii) su edad". No obstante, reconoció que el consentimiento sustituto no se construye como la decisión exclusiva de los padres o tutores, sino que, dependiendo del caso concreto, la voluntad de los NNA debe tener mayor o menor peso en el marco del consentimiento cualificado, informado y persistente. De igual forma, precisó que la regla de cierre a favor de las familias, como una expresión de la responsabilidad parental, debía tener en cuenta la opinión de los menores de edad.⁴²

Cabe resaltar que la providencia determinó que la intervención estatal de prohibir completamente la posibilidad de decidir sobre la realización de intervenciones quirúrgicas estéticas, configuraba un paternalismo de género en la medida en que el impacto de la prohibición recaía de forma desproporcionada sobre las niñas. Esto, por tratarse de procedimientos que, en general, y por motivos sociales y culturales se realizan las mujeres por el deseo de modificar el cuerpo —por ejemplo, el incremento de los senos, las liposucciones y las operaciones de nariz— que proviene de imposiciones sobre la idea de belleza al que deben ajustarse las mujeres. La providencia reconoció que los procedimientos implicaban riesgos; explicó, no obstante, que el mecanismo mediante el cual debían modificarse los estereotipos de género negativos de los cuales surge ese fenómeno no podía anular la voluntad de las adolescentes, sino

⁴² Sentencia C-246 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. "De este modo, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto, en otros ha prevalecido la autonomía del menor de edad y en otros ha prevalecido la determinación de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental. En este sentido, la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad y comprende la obligación de orientación, cuidado y acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes en formación e implica la responsabilidad de los padres de garantizar sus derechos. Esto comprende la facultad de tomar decisiones por sus hijos con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos. (...) En suma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, las niñas y los adolescentes en el ámbito de las intervenciones sanitarias no es absoluto, pero tampoco lo es la regla del consentimiento sustituto. (...)

La decisión acerca de acceder o no a una intervención en el ámbito de la salud debe en principio tomar en cuenta la capacidad del menor de edad, siempre debe escucharse, pero la decisión final sobre el acceso o no a la intervención sanitaria depende de si se demuestra la capacidad para tomar o participar de la decisión frente a lo cual, en caso de no ser así, prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental."

que el Estado debía utilizar herramientas alternativas para prevenirlos, como la educación e información.

Las anteriores decisiones muestran cómo, incluso bajo la consideración de escuchar la opinión de los adolescentes involucrados en las decisiones, no siempre su voluntad va a prevalecer, cuando ésta vaya en contravía de la maximización de la protección de su bienestar y autonomía futura. Es decir, la evolución del contenido del interés superior de los niños no supone la prevalencia de sus decisiones, sino su participación en las mismas. Más allá, el último de los precedentes establece la regla de la imposibilidad de imponer prohibiciones que desconozcan completamente la participación y adopción de decisiones definitivas por parte de NNA y la construcción del consentimiento sustituto como un proceso conjunto, mediado por los riesgos o beneficios en cada caso concreto.

1. Esterilizaciones de niñas y adolescentes⁴³

Los casos revisados por la Corte Constitucional sobre esterilizaciones a niñas menores de edad tienen dos complejidades adicionales en relación con el ejercicio de la autonomía y la tensión respecto al ejercicio de la potestad parental en el marco del mayor beneficio para los niños, niñas y adolescentes. Primero, en general, estas solicitudes, en la revisión de casos concretos, se refieren a niñas en situación de discapacidad mental y, segundo, contienen una marcada dimensión de género, toda vez que siempre se trata del ejercicio del consentimiento sustituto en la esterilización de niñas. Esta realidad requería que los casos se hubieran abordado desde una perspectiva de género. Sin embargo, la Corte en ninguno de éstos menciona este enfoque como un elemento determinante o relevante para adoptar las decisiones. Al margen de lo anterior, las sentencias más tempranas parten de admitir el consentimiento sustituto cuando se tuviera

⁴³ Las sentencias reseñadas sólo reflejan las decisiones que abordan casos de niñas menores de edad, por ello existen otras decisiones que tratan casos de esterilización en mujeres en situación de discapacidad mental que no se citan en este acápite.

una autorización judicial que evidenciara la imposibilidad de otorgar el consentimiento en un futuro. Aun cuando tal determinación parte de la prevalencia de la autonomía futura, las decisiones posteriores han revaluado esa determinación para establecer que, incluso en casos de mujeres mayores de edad, no es posible otorgar el consentimiento sustituto para permitir la esterilización de mujeres en situación de discapacidad mental. Ese razonamiento se fundamenta en el modelo social de discapacidad y en que, en la mayoría de los casos de discapacidad mental, si no es que en todos, es posible otorgar el consentimiento de conformidad con apoyos y ajustes razonables.

En este tema, la Corte Constitucional ha proferido siete providencias de tutela que abordan el consentimiento sustituto de niñas y adolescentes para su esterilización y dos sentencias de constitucionalidad que revisaron disposiciones sobre la prohibición de la esterilización de menores de edad.

La **Sentencia T-248 de 2003**⁴⁴ estableció que no era posible ejercer el consentimiento sustituto en el caso de una niña diagnosticada con epilepsia, retardo mental y trastorno del déficit de atención, a quien su psiquiatra tratante le había ordenado la realización de una ligadura de trompas. En la decisión se enfatizó el deber de proteger la autonomía personal y la necesidad de obtener una autorización judicial para realizar la intervención quirúrgica, que debía demostrar que la paciente "tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones". Asimismo, indicó que el consentimiento sustituto era posible, en aquellos casos en los cuales: (i) existiera una razón médica; y (ii) estuviera demostrado que la persona "no alcanzar[ía] el grado de autonomía que le permita comprender y dar o no su consentimiento para una intervención quirúrgica". También dijo que "ante la duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro, deb[ía] asumirse que tal posibilidad exist[ía]".

⁴⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

El Tribunal Constitucional reiteró las anteriores reglas en la **Sentencia T-1019 de 2006**,⁴⁵ en la cual determinó que para que procediera el consentimiento sustituto para esterilizar a una niña diagnosticada con retraso moderado y secuelas de parálisis cerebral debía existir una autorización judicial que estableciera la imposibilidad de prestar el consentimiento futuro. Sin embargo, la providencia precisó que:

[...] en el caso de los menores de edad, y de las personas discapacitadas mentalmente, o incluso en aquellos casos en donde estos dos factores confluyen en una misma persona, el consentimiento sustituto surge como un criterio fundamental para garantizar la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de quien no está en capacidad para decidir de manera autónoma de qué manera podrá proteger tales derechos. En el caso de los menores de edad que como en este caso tienen igualmente una limitación mental, los padres, así como los representantes legales de los incapaces, pueden autorizar los procedimientos o tratamientos médicos que se requieran.

A su vez, la *ratio decidendi* de esta providencia fue reiterada en la **Sentencia T-560A de 2007**⁴⁶ que abordó una situación similar.

Posteriormente, en la **Sentencia C-131 de 2014**⁴⁷ se declaró que la prohibición de esterilización de menores de edad, contenida en el artículo 7o. de la Ley 1412 de 2010, respetaba los derechos a la autonomía

⁴⁵ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁶ M.P. Rodrigo Escobar Gil. El caso que decidió la Corte se refiere a una niña de 14 años de edad diagnosticada con "retardo mental moderado y profundo", al que el médico tratante le ordenó la realización de una ligadura de trompas. La EPS se negó a realizar dicho procedimiento hasta que no se tuviera la autorización judicial. No obstante, la madre solicitó se ordenara la autorización de la cirugía. La Corte revocó la decisión de instancia que concedió el amparo por encontrar que, en efecto, no existía la autorización judicial requerida. "Para la Corte es claro que si bien algunas decisiones acerca de la vida de los menores de edad pueden ser adoptadas por sus padres, como consecuencia de su falta de capacidad de ejercicio y del desarrollo de la patria potestad, dichas figuras propias del derecho civil no resultan trasladables por completo al campo del derecho constitucional, en particular en lo referente a las intervenciones médicas a las cuales debe someterse una persona, especialmente, cuando las mismas tienen un alto impacto en la definición de la personalidad del individuo, como ocurre, por lo general, con los denominados procedimientos invasivos."

⁴⁷ M.P. Mauricio González Cuervo.

de los niños, niñas y adolescentes al posponer la decisión de éstos para cuando tuvieran plena capacidad, lo cual no violaba la capacidad relativa de los niños entre 14 y 18 años, como lo alegaba la demanda. Sin embargo, aclaró que el consentimiento sustituto procedía: (i) en casos de riesgo para la vida, con certificación médica de tal riesgo; y (ii) cuando se tratara de niños en situación de discapacidad mental profunda y severa, con autorización judicial que determinara la imposibilidad de consentir en el futuro. El razonamiento se enfocó en el carácter definitivo de la intervención y en que la decisión interfería con la posibilidad de procrear y fundar una familia biológica. Por ello, consideró que aun cuando se trataba de una medida proteccionista, el interés que perseguía la prohibición era válido e importante constitucionalmente, en razón de la protección a la posibilidad de fundar una familia biológica. Así, explicó que la edad era un criterio adecuado para establecer el momento en el cual era posible tomar una decisión de tal trascendencia. La decisión señaló las siguientes conclusiones y reglas sobre la tensión entre la capacidad jurídica y el derecho a la autonomía de los NNA:

1) La institución de la capacidad jurídica busca permitir el desarrollo de las personas en el marco de las relaciones que surgen de la sociedad. Es también un instrumento de protección de sujetos que, por varias razones, como la edad, no están en condición de asumir determinadas obligaciones.

2) En términos generales, la regla es la de presumir la incapacidad del menor de edad.

3) La capacidad se encuentra estrechamente relacionada con el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

--- A menor edad y mayor implicación de la decisión en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales, se presume la incapacidad total o relativa del menor, por lo cual mayor será la intensidad de las medidas de protección restrictivas de sus libertades. Ej/ Temas de salud que impliquen un riesgo para la vida o integridad para los menores de edad.

--- Cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación. (...) En estos eventos, se prefieren las medidas que de modo indirecto busquen desincentivar determinada conducta sin imponer de manera coactiva un modelo ideal, especialmente cuando el menor es consciente de los efectos que su comportamiento implica para su vida.

4) Los menores adultos tienen capacidad relativa para contraer matrimonio o de conformar uniones maritales de hecho y, por ende, de tomar decisiones sobre si tener o no hijos, siendo esta expresión del libre desarrollo de la personalidad.

5) Se constata una tendencia a proteger la decisión que mejor preserve la integridad de las condiciones físicas necesarias para que la persona que aún no cuenta con la autonomía suficiente para tomar decisiones sobre su propia vida y salud, pueda decidir cómo va a ejercer dicha libertad en el futuro. Es lo que la jurisprudencia ha denominado como protección mediante la figura del consentimiento orientado hacia el futuro.

La **Sentencia T-740 de 2014**⁴⁸ es particularmente relevante, pues, a pesar de reiterar la jurisprudencia precedente cualifica aún más las reglas referidas. La providencia determinó que el consentimiento sustituto no procedía para la esterilización de una niña de doce años declarada interdicta y a quien el médico tratante le había ordenado el procedimiento de ligadura de trompas de Falopio. De este modo, la Corte consideró que la interdicción no era suficiente como autorización judicial para realizar el procedimiento y que debía darse un proceso específico para analizar si la niña tendría o no autonomía futura para adoptar la decisión. Asimismo, dijo que en ningún caso era posible admitir la esterilización de niñas menores de 14 años, en virtud de la ley y la jurisprudencia.⁴⁹

⁴⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁹ Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. "(i) Si existe un riesgo a la vida de la paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros

No obstante, el razonamiento fue más allá, y con fundamento en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisó las obligaciones del Estado de reconocer "la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones". En la sentencia se afirmó lo siguiente:

(i) existe un mandato internacional según el cual se deben adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas de apoyo para emitir las (modelo de apoyo a la toma de decisiones), incluida la toma de decisiones en los procedimientos como el de esterilización quirúrgica;

(ii) la esterilización puede constituir un acto que vulnera los derechos de las mujeres y niñas en situación de discapacidad, cuandoquiera que, arguyendo razones de salud o consentimiento sustituto de terceras personas, no se consulte su consentimiento;

medios, se preferirá salvaguardar la vida e integridad de la menor en condición de discapacidad siempre que esta, de manera reflexiva y consiente, no decida lo contrario.

Esta subregla presupone los siguientes requisitos: (i) que la decisión sea consentida por la menor; (ii) que un grupo interdisciplinario certifique que la misma conoce y comprende las consecuencias de la intervención quirúrgica; (iii) que exista un concepto médico interdisciplinario que establezca que la operación es imprescindible para proteger su vida porque no exista otra alternativa; y (iv) que, en todo caso, se otorgue autorización judicial para garantizar el respeto de los derechos del menor, con especial énfasis en determinar la posibilidad para consentir o no el procedimiento médico. (...)

(ii) la circunstancia de discapacidad severa o profunda en la que puede presentarse la situación de inexistencia de capacidad para emitir consentimiento futuro, caso en el que parte de la jurisprudencia constitucional ha considerado que no se atenta contra el derecho a la autonomía del menor porque este no la puede ejercer, dado que el menor no comprende las implicaciones de la operación ni el significado de la maternidad o paternidad.

En este caso la intervención quirúrgica se ha estimado procedente bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la solicitud sea presentada por ambos padres —titulares de la patria potestad—; (ii) que exista certificación médica interdisciplinaria en la que conste que existe un grado profundo y severo de discapacidad; y (iii) que se autorice el procedimiento por el juez competente, quien en cada caso tomará la decisión que mejor salvaguarde los derechos del menor evaluando (i) y (ii). (...)

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la sentencia C-131 de 2014 precisó que la posibilidad de realizar el procedimiento de esterilización no incluye a los niños en situación de discapacidad menores de 14 años, debido a que, antes de esta edad, se presume que ellos no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a este tipo de procedimientos".

(iii) la esterilización quirúrgica que prescinde del consentimiento informado, puede no resultar en mecanismo de protección, sino en un factor de vulnerabilidad frente a situaciones tales como el abuso sexual; y

(iv) el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, así como otorgar todos los apoyos necesarios para poder emitirlos.

Este acercamiento resulta particularmente relevante, pues está ligado a los conceptos de capacidad jurídica, y contribuye a la línea jurisprudencial vigente que desmitifica la concepción de que las personas en situación de discapacidad mental no tienen capacidad para decidir sobre sus asuntos.

Por su parte, la **Sentencia C-182 de 2016**⁵⁰ declaró la constitucionalidad del artículo 60. (parcial) de la Ley 1410 de 2010, que permite la esterilización de personas en situación de discapacidad cuando existe autorización judicial y con el consentimiento sustituto del representante legal, al considerarlo una regla de excepción sujeta a unos requisitos.⁵¹ En consecuencia, la providencia condicionó la constitucionalidad

⁵⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵¹ Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado "Excepcionalmente, la jurisprudencia constitucional ha admitido el consentimiento sustituto en situaciones de emergencias médicas, para los menores de edad —en concordancia con los principios sobre las capacidades evolutivas de los niños y su mejor interés— y en situaciones donde la persona ha sido declarada en interdicción o inhabilitada, en este último caso el consentimiento sustituto sólo aplica para los asuntos por los que la persona fue inhabilitada. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado que los requisitos de la interdicción y la autorización judicial específica para la esterilización quirúrgica de personas en situación de discapacidad mental mediante el consentimiento sustituto son ajustados a la Constitución.

De acuerdo con este marco constitucional, la norma no viola los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a ejercer la capacidad jurídica cuando admite el consentimiento sustituto en la esterilización de personas en situación de discapacidad como una excepción sujeta a dos requisitos: la declaratoria de interdicción y una autorización judicial autónoma. Lo anterior, siempre que se trate de una medida de carácter excepcional, que ha consultado otras alternativas menos invasivas y bajo la verificación de unos requisitos específicos en la autorización judicial: la imposibilidad del consentimiento futuro y la necesidad médica".

de la norma en el entendido de que "la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga".

Sobre el ejercicio de la autonomía de los niños y niñas, específicamente, la sentencia explicó que el consentimiento sustituto no se construía como la decisión de los padres o representantes legales, sino que se debía tener en cuenta la opinión de los menores de edad y, dependiendo de los factores analizados, se debería dar un peso proporcional a su voluntad de conformidad con sus capacidades evolutivas.⁵² Es decir, reiteró la línea jurisprudencial reseñada sobre la exigencia de que los NNA participen de las decisiones sobre su cuerpo que involucran la autonomía futura.

La *ratio decidendi* de esta providencia fue reiterada en las **Sentencias T-303 de 2016**⁵³ y **T-573 de 2016**,⁵⁴ en las cuales se negó la posibilidad del consentimiento sustituto para los casos de esterilización de niñas menores de edad en situación de discapacidad que no estaban en los supuestos excepcionales admitidos. Sin embargo, la última decisión se apartó de la sentencia de constitucionalidad reseñada y dijo que, en estos

⁵² Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. "Para el caso de los menores de edad, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que, dependiendo de los factores, se otorga un mayor o menor peso a la posición del menor de edad. De esta forma, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto entre la opinión del menor de edad y sus padres, en otros ha prevalecido la autonomía del niño y en otros la de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental, como aquella facultad bajo la cual al ser éstos quienes están a cargo de la protección y garantía de los derechos de sus hijos, están en una posición de decidir sobre la dirección en la que esto pueda concretarse. No obstante, lo anterior, la opinión del menor de edad siempre debe ser tenida en cuenta. Igualmente, en el caso de los menores de edad la jurisprudencia ha formulado reglas como la exigencia para los padres del consentimiento informado cualificado y persistente y la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares (*in dubio pro familia*), que en últimas privilegia el ejercicio de la responsabilidad parental y, por lo tanto, también está sujeta a sus límites".

⁵³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub.

⁵⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

casos, se debía dar plena aplicación a la Convención sobre los Derechos de las personas Discapacitadas de Naciones Unidas. En tal sentido, siempre se debía presumir la capacidad y en ningún caso se podía permitir el consentimiento sustituto.⁵⁵ Por su parte, la **Sentencia T-690 de 2016**⁵⁶ reiteró las dos decisiones anteriores en diferentes aspectos. Por una parte, adoptó órdenes para preservar el ejercicio de los derechos reproductivos de la niña de 16 años en situación de discapacidad mental involucrada en el caso, pero por otra, declaró improcedente el amparo, por considerar que la vía para reclamar la esterilización no era la tutela, por requerirse una autorización judicial.

De lo anterior se deduce que la Corte ha avanzado gradualmente en sus decisiones hacia la última posición que otorga un pleno valor al ejercicio del derecho a la autonomía futura de NNA en situación de discapacidad mental. De este modo, en un primer momento, la jurisprudencia constitucional permitió el ejercicio del consentimiento sustituto bajo la condición de la autorización judicial en los casos mencionados. En un segundo momento, permitió el consentimiento sustituto para la esterilización de mujeres en situación de discapacidad mental, sólo en casos excepcionales y ante una serie de requisitos que imponían barreras importantes para el ejercicio anterior. Y, finalmente, ha adoptado una posición de prohibición absoluta del consentimiento sustituto. Sin embargo, esta última posición se da en sentencias de tutela que desconocen el segundo momento que fijó esas reglas mediante una sentencia de constitucionalidad. Esto es relevante en la medida en que las decisiones

⁵⁵ Sentencia T-573 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. "La Sala entiende que ninguna circunstancia habilita la adopción de decisiones que incumben a las personas en situación de discapacidad por vía del consentimiento sustituto, y que, en todo caso, debe presumirse su capacidad jurídica para tomar decisiones de forma libre y autónoma, mediante los apoyos, ajustes razonables y salvaguardas que el Estado debe facilitarles para el efecto.

En consecuencia, en aquellos casos en los que la persona no logre manifestar su voluntad sobre la posibilidad de que se le practique un procedimiento de esterilización, una vez se le hayan otorgado todos los apoyos y salvaguardias para que lo haga, el procedimiento no debería practicarse. Reivindicando en ese sentido el principio "Nada sobre nosotros sin nosotros" que inspiró la incorporación del modelo social de la discapacidad".

⁵⁶ M.P. Alberto Rojas Ríos.

de constitucionalidad tienen un carácter de cosa juzgada con efectos *erga omnes*, mientras que las decisiones de tutela sólo son aplicables a los casos concretos, a menos que, mediante una línea jurisprudencial sostenida configuren jurisprudencia en vigor, lo cual hasta el momento no ha sucedido. En tal sentido, puede afirmarse que no es claro el valor como precedente vinculante de la última posición y que las decisiones que la contienen desconocen la cosa juzgada de la Sentencia C-182 de 2016.

2. Interrupción legal y voluntaria del embarazo

En todos los casos que involucran decisiones vitales sobre la autonomía futura de los NNA, el caso de la interrupción voluntaria y legal del embarazo es la más radical, al permitir, sin matices, que las niñas ejerzan su plena autonomía para decidir sobre la continuación del embarazo y sin mediar grupos interdisciplinarios que contribuyan a proveer información y analicen las capacidades evolutivas para adoptar la decisión.

La **Sentencia C-355 de 2006**⁵⁷ despenalizó el aborto en tres circunstancias y siempre bajo la condición de la voluntad de la mujer: "(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto". En lo relevante, la decisión determinó que el artículo 123 del Código Penal que criminalizaba el aborto sin consentimiento realizado en niñas menores de 14 años era inconstitucional al "despoj[ar] de relevancia jurídica el consentimiento del menor" y, por lo tanto, violaba los derechos al libre desarrollo de la personalidad, autonomía y dignidad de las niñas, al anularlos totalmente.

⁵⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

Adicionalmente, indicó que el Legislador podía reglamentar la representación, curatela o tutela de las niñas pero sin "menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años de edad".

Al adoptar la anterior decisión, la Corte precisó que puesto que la jurisprudencia constitucional había establecido que la edad no podía ser un criterio absoluto al establecer la autonomía para autorizar tratamientos médicos invasivos, tampoco lo podía ser en este caso. Por lo tanto, esta sentencia inaugura una línea jurisprudencial que determina la regla de que las niñas y adolescentes tienen plena capacidad para decidir sobre la interrupción legal del embarazo y su autonomía no está mediada por el consentimiento sustituto.⁵⁸

Sobre la línea jurisprudencial que inaugura esta providencia cabe resaltar dos decisiones. La primera se refiere a la **Sentencia T-388 de 2009**,⁵⁹ en la cual, al resolver un caso sobre interrupción voluntaria del embarazo de una menor de edad, se enfatizó que estaba prohibido imponer barreras adicionales u obstáculos para acceder a la provisión de una interrupción voluntaria del embarazo más allá de lo previsto en la Sentencia C-355 de 2006, y señaló como una barrera inadmisibles "impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción".

La segunda es la **Sentencia C-246 de 2017**,⁶⁰ ya reseñada, en la cual el Tribunal Constitucional estableció que la prohibición de realizar operaciones estéticas para niñas y niños menores de edad era inconstitucional, por anular la posibilidad de otorgar el consentimiento sobre cuestiones

⁵⁸ Las Sentencias que hacen parte de esta línea son: T-209 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-388 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-585 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-841 de 2011 Humberto Antonio Sierra Porto, T-627 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y T-697 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

relativas a asuntos íntimos como el cuerpo y se trataba de una medida paternalista de género, toda vez que la medida tenía un impacto desproporcionado en las niñas. Aun cuando lo dicho en este aspecto no hace parte de la *ratio decidendi* de la providencia, en relación con la autonomía reproductiva se dijo que:

[...] los menores de edad tienen plena autonomía para decidir de manera libre y voluntaria sobre la interrupción de un embarazo en los casos permitidos en el ordenamiento. En ese sentido, la autonomía reproductiva debe entenderse dentro de la protección reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes contemplada en el artículo 44 de la Carta. Así, solo se necesita de la voluntad de la niña para practicarse la interrupción voluntaria del embarazo, lo que requiere, como lo ha explicado la jurisprudencia, que la menor de edad reciba información de manera clara, transparente y atendiendo sus capacidades sobre los riesgos que podrían presentarse en la salud si accede al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, los procedimientos más apropiados para llevarla a cabo y las obligaciones de acceso y servicio en cabeza del Estado, entre otros elementos.

Como ya lo he advertido, esta línea jurisprudencial es la que da mayor prevalencia a la decisión de las niñas en relación con su proyecto vital y, por ello, permite su ejercicio pleno del derecho a la autonomía sin interferencias ni condicionamientos.

3. Eutanasia

La Corte Constitucional ha abordado en dos sentencias la posibilidad de la eutanasia en niños. En el primero de los casos, la **Sentencia T-544 de 2017**,⁶¹ que involucraba a un niño de 13 años diagnosticado con parálisis cerebral severa desde su nacimiento y con patologías adicionales (entre otras, un retraso mental severo con problemas de comunicación),

⁶¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

se determinó una carencia actual de objeto, en la medida en que el niño había fallecido para el momento en que se resolvió la tutela. Al margen de lo anterior, la Corte se pronunció sobre el fondo del asunto para determinar la violación del derecho de petición presentado debido a las graves complicaciones de salud que el niño padecía, cuando la Empresa Prestadora de Salud (EPS), a la cual estaba afiliado éste, no respondió la solicitud de los padres de aplicar el protocolo⁶² para ejercer el derecho a la muerte digna. En la providencia, el Tribunal reiteró su jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente y la viabilidad del consentimiento informado en esos casos⁶³ y dijo explícitamente que los menores de edad también eran titulares de este derecho. En cuanto a los requisitos para ejercer el consentimiento sustituto reiteró las reglas sentadas en la Sentencia C-246 de 2017 y precisó que, por una parte, éste podía ser otorgado por los NNA de conformidad con sus capacidades evolutivas y, por otra, que en casos de no existir la anterior posibilidad, los padres podían ejercer el consentimiento sustituto.

Cabe resaltar que la decisión también reiteró las reglas contenidas en la **Sentencia T-510 de 2003**⁶⁴ sobre el entendimiento que debía dársele

⁶² Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud.

⁶³ Sentencia T-970 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. "La Sala Novena de Revisión estableció los requisitos para la viabilidad del procedimiento de eutanasia: En primer lugar, el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, el cual implica, de un lado, la calificación de la enfermedad por un especialista, es decir que medie un concepto médico en relación con el carácter terminal de la enfermedad y, por otra parte, la consideración del paciente en relación con los intensos dolores y sufrimientos que provoca la enfermedad, y la incompatibilidad de estos con su dignidad [...]

En segundo lugar, el consentimiento libre, informado e inequívoco. En relación con el carácter libre este pretende que el ejercicio del derecho a la muerte digna sea consecuencia de la decisión voluntaria, genuina y despojada de injerencias o presiones de terceros, el carácter informado busca que la persona enferma conozca toda la información relevante para la toma de la decisión y el carácter inequívoco pretende asegurar el carácter definitivo de la decisión del paciente.

En relación con el consentimiento además de la cualificación descrita se precisó que, de acuerdo con el momento en el que se exprese, puede ser previo o posterior. El consentimiento previo se emite antes de padecer la enfermedad terminal y el posterior cuando la voluntad de ejercer el derecho a la muerte digna se manifieste luego de ocurrido el suceso patológico. Asimismo, se previó el consentimiento sustituto, el cual procede en los eventos en los que el paciente que sufre la enfermedad terminal se encuentra en imposibilidad fáctica para manifestar su voluntad. En estos eventos, la familia podrá sustituir el consentimiento y se llevará a cabo el mismo procedimiento, pero el comité interdisciplinario deberá ser más estricto en el cumplimiento de los requisitos".

⁶⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Esta providencia es una sentencia hito sobre las reglas para entender el principio del interés superior del menor en un caso de adopción.

al interés superior de los niños. Esa providencia dispuso que el mencionado principio involucraba criterios de decisión generales que imponía para los jueces lo siguiente:

- (i) Garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes;
- (ii) Asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos;
- (iii) Protegerlos de riesgos prohibidos;
- (iv) Equilibrar sus derechos y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que, si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes;
- (v) Garantizar un ambiente familiar apto para su desarrollo;
- (vi) Justificar claramente la intervención del Estado en las relaciones familiares; y
- (vii) Evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.

De otra parte, la decisión adoptó órdenes complejas para que se investigara la negligencia en la aplicación de la Resolución vigente sobre el procedimiento de solicitud para ejercer el derecho a morir dignamente, se elaborara una sugerencia de protocolo para ejercer este derecho para los NNA y se presentara un proyecto de ley al Congreso de la República para que se reglamentara el derecho a morir dignamente, entre otras.⁶⁵

⁶⁵ La Sentencia T-721 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo resumió las órdenes adoptadas en la Sentencia T-544 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado de la siguiente manera: "la Corte ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud adelantar las investigaciones a que haya lugar frente a las conductas asumidas por la E.P.S. Salud; al Ministerio de Salud y Protección Social, para

El segundo de los casos, resuelto en la **Sentencia T-721 de 2017**,⁶⁶ se trataba de una niña de dos años con epilepsia quien, después de una cirugía para tratar el anterior padecimiento, quedó en situación de discapacidad severa. Como consecuencia de eso, la madre inició un procedimiento de declaratoria de interdicción en el que se le señaló como curadora principal. En razón a los múltiples padecimientos de la niña y su imposibilidad de mejoría, los padres solicitaron la aplicación de la eutanasia. La niña murió antes de que se profiriera el fallo; no obstante, como en el caso anterior, la Corte se pronunció sobre fondo del asunto y declaró la violación de los derechos de petición y a morir dignamente, por considerar que la EPS había fallado en el trámite de la aplicación del protocolo para el procedimiento eutanásico, que debía responder a los principios de celeridad y oportunidad respecto a la peticiones. La providencia reiteró dicha sentencia sobre las reglas del consentimiento y el derecho a morir dignamente, así como su titularidad para los NNA. Más allá de eso, también retomó lo dicho sobre el consentimiento de los menores de edad y la necesidad de regular el derecho a la muerte digna de estos sujetos desde un enfoque diferencial, debido a que esa ausencia normativa había configurado, en ambos casos, un mayor sufrimiento para los pacientes.⁶⁷

que en 4 meses disponga lo necesario para que los prestadores del servicio de salud cuenten con Comités Interdisciplinario similares a los reglamentados en la Resolución 1216 de 2015, para garantizar el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes; sugerir un protocolo médico a discutirse por expertos de diferentes disciplinas que sirva como referente para la realización de los procedimientos tendientes a garantizar el derecho en comento; presente un proyecto de ley, dentro del año siguiente a la expedición de la providencia, que proponga la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y niños, niñas y adolescentes. Se reitera el exhorto al Congreso de la República, para que en 2 años emita la regulación del derecho a morir dignamente, considerando lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional y se invita a la Defensoría del Pueblo, para que dé a conocer el contenido de la providencia y el cumplimiento de las órdenes impartidas, con el fin de generar conciencia de derechos, agencia ciudadana y debate público".

⁶⁶ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁶⁷ Sentencia T-721 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. "En segundo lugar, la Corte encontró violentado el derecho a la muerte digna del menor Francisco, por la desidia de la EPS, aunada a la falta de reglamentación de esta materia en el caso de estos sujetos de especial protección, que impidieron corroborar si se cumplían los requisitos determinados para llevar a cabo el procedimiento de eutanasia. Sobre este particular la Corte dijo que: "es necesario precisar que el derecho a la muerte digna no solo comprende el acto médico de eutanasia sino que para su efectividad abarca también el trámite oportuno y expedito de las solicitudes elevadas por los pacientes dirigidas a obtener la

Aun cuando la jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente de los NNA es poca, las decisiones que hay también valoran el interés superior de los menores de edad y la posibilidad de que los padres adopten decisiones definitivas, en casos extremos, mediante el consentimiento sustituto. No obstante, esa determinación no quiere decir que la voluntad de los niños se haya anulado, sino que en esos casos concretos, los niños no tenían la posibilidad de participar en la decisión, por su edad y condición de salud.

IV. Conclusiones

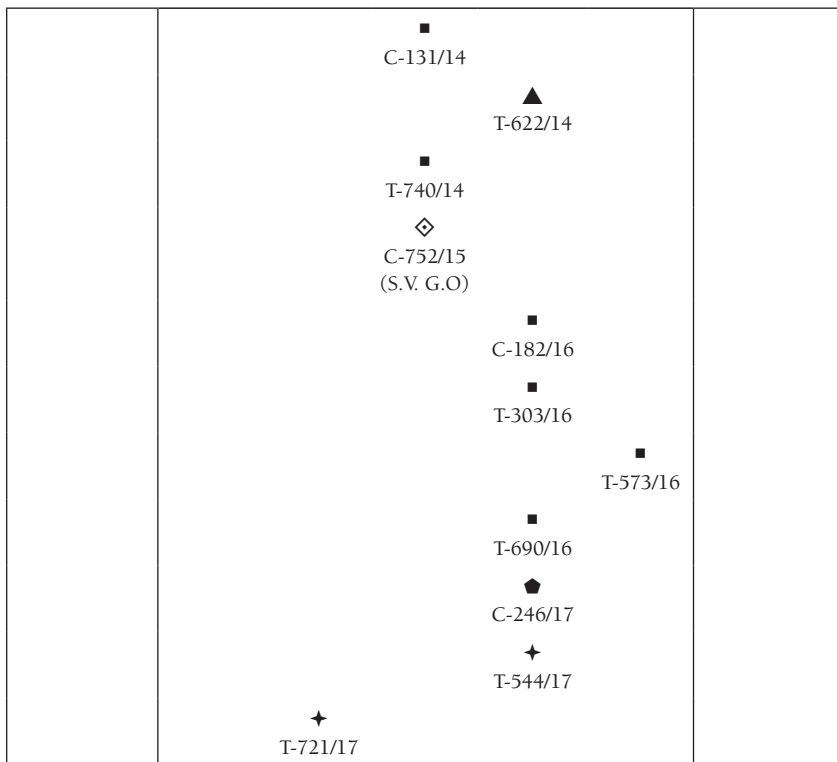
El siguiente cuadro muestra el lugar en el cual se encuentran las decisiones reseñadas entre los dos extremos planteados, de una parte, la prevalencia de las decisiones de los padres en el ejercicio de su potestad parental y, de otra, la mayor participación y prevalencia de la voluntad de los NNA en la adopción de las decisiones que involucran su autonomía futura. Es decir, la tensión jurídica entre el alcance del consentimiento sustituto, como manifestación de la responsabilidad parental, y el derecho a la autonomía de los NNA en las decisiones reseñadas. La línea

garantía del derecho en mención. El trámite de la petición no necesariamente conlleva la práctica del procedimiento si se determina que no concurren los requisitos, pero desde el momento en el que el paciente o, como sucedió en este caso, sus representantes expresan la intención de ejercer el derecho, su garantía demanda una atención seria, integral y expedita la (*sic*) solicitud."

En ese orden de ideas, destacó la necesidad de adoptar decisiones inmediatas para contrarrestar las barreras para materializar el derecho fundamental a la muerte digna de niños, niñas y adolescentes, y en tal sentido advirtió del vacío normativo que agudizó el sufrimiento del menor, urgiéndose "la intervención del juez constitucional para evitar que otros NNA sean víctimas de un trato cruel e inhumano derivado de la negación de su derecho a morir dignamente, el cual incluye determinar si concurren las condiciones para hacer efectivo el procedimiento de eutanasia." Por lo anterior, se resaltó la necesidad de regular el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes, aplicando un enfoque diferencial, por profesionales expertos: "(i) Para obtener y valorar el consentimiento, de acuerdo con el nivel de desarrollo psicosocial, emocional y cognitivo, la obligatoriedad del consentimiento concurrente de los padres y las particularidades del consentimiento sustituto expresado por padres o representantes legales —para cual debe diseñarse un mecanismo—, caso en el cual la valoración que se haga deberá ser más estricta y poner en conocimiento de las autoridades competentes cualquier conducta de investigación o sanción penal; (ii) la comparecencia de expertos en medicina, derecho y psicología en los Comités Científicos Interdisciplinario; (iii) tener en cuenta como criterios transversales a toda la normatividad que se expida: a) prevalencia de la autonomía del paciente, b) celeridad, c) oportunidad e d) imparcialidad".

evidencia la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para dar progresivamente un mayor valor a la voluntad de los menores de edad en decisiones que comprometen su autonomía futura o al menos garantizar su participación en el proceso.

Tensión jurídica entre el alcance del consentimiento sustituto, como manifestación de la responsabilidad parental, y el derecho a la autonomía de los NNA, en el contexto de procedimientos médicos.		
<p>La Corte Constitucional da mayor alcance al consentimiento sustituto prestado por los padres de los niños, niñas y adolescentes, en ejercicio de la su potestad parental y con fundamento en el principio de beneficencia y el interés superior de los niños.</p>	<p>T-476/96</p> <p>T-551/99</p> <p>T-692/99</p> <p>T-1390/00</p> <p>T-1021/03</p> <p>T-248/03</p> <p>T-412/04</p> <p>T-1019/06</p> <p>T-560A/07</p> <p>T-1025/02</p> <p>SU-337/99</p> <p>T-912/08</p> <p>T-055/09</p> <p>T-477/95</p> <p>C-355/06 Línea de IVLE.</p>	<p>La Corte Constitucional da mayor alcance al consentimiento informado de los niños, niñas y adolescentes, como garantía al principio de autonomía y de su interés superior.</p>



▲	Procedimientos relacionados a la identidad de género y la modificación genital
○	Libertad de culto vs. Vida
■	Procedimientos de esterilización definitiva
◇	Otros procedimientos invasivos
★	Interrupción legal y voluntaria del embarazo
⬠	Procedimientos estéticos
✦	Eutanasia

El mapa jurisprudencial anterior muestra que la jurisprudencia constitucional en Colombia ha reconfigurado el concepto de capacidad relativa de los NNA y así, las relaciones familiares, para modificar el alcance del ejercicio del derecho a la autonomía de los menores de edad y delimitar los deberes correlativos al ejercicio de la potestad parental. Esta modificación cambia de forma estructural la relaciones familiares al apartarse de

la concepción tradicional del derecho civil y de familia sobre el ejercicio de la patria potestad y la capacidad relativa de los NNA. En tal sentido, separa los conceptos de la capacidad jurídica del ejercicio de derechos fundamentales. Este giro, como resultado de la constitucionalización del derecho de familia, tiene un impacto particular en el alcance del derecho a la autonomía de los NNA. El cuadro y análisis de las decisiones demuestran que éste no es homogéneo en todos los asuntos revisados ni parte de criterios estáticos o inflexibles. Por el contrario, su delimitación desde el principio del interés superior de los NNA ha permitido cambios radicales que se separan de la concepción tradicional de incapacidad de los menores de edad, o de que su mejor interés es que se adopten decisiones por éstos, para establecer que su mejor interés se encuentra en asegurar que los NNA tengan una participación efectiva en las decisiones que involucran su autonomía futura, de conformidad con sus capacidades evolutivas y en la medida de las posibilidades.

En consecuencia, estos precedentes han modificado el alcance de la capacidad relativa y, en consecuencia, los límites y contenido del *consentimiento sustituto* para comprenderlo como un ejercicio conjunto entre padres y niños y asistido, para algunas situaciones, mediante apoyos interdisciplinarios. Esa reconfiguración implica que los resultados de ese proceso no son siempre los mismos y ofrecen diferentes posibilidades como el mayor o menor peso de la voluntad de los menores de edad en la toma de decisiones. No obstante, las sentencias referidas sí fijan de forma clara, uniforme y contundente la regla que establece que los procesos decisorios deben necesariamente incluir y escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes y darle, en algunos casos, plena prevalencia como en las decisiones sobre la terminación legal del embarazo o en las cuestiones de identidad de género. No obstante, lo anterior no significa que esas decisiones no puedan ser superpuestas por las de los padres o tutores cuando su voluntad vaya en contravía de la garantía de su bienestar y protección.

CAPÍTULO 9

El derecho procesal familiar y los derechos de la infancia en Europa y los Países Bajos

Ton Liefaard*

* Vice-Decano de la Escuela de Derecho de Leiden (Leiden Law School) y es titular de la Cátedra UNICEF en Derechos del Niño, en la Universidad de Leiden, Países Bajos. Correo-electrónico: t.liefaard@law.leidenuniv.nl. Es deseo del autor agradecer al Maestro en Derecho Chris Sandelowsky por su ayuda. Texto traducido al español por Gabriela Gutiérrez.

I. Introducción

Este capítulo se enfoca en dos conceptos que han surgido en las últimas décadas y que tienen implicaciones en el estatus legal procesal de los niños en el derecho familiar: una justicia adaptada para los niños y el acceso a la justicia para éstos. Ambos conceptos se basan en el Derecho Internacionales de los Derechos Humanos aplicables a los niños y las niñas, tal como lo establece la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y como se reconoce en la jurisprudencia regional y local.¹ Si bien el concepto de justicia adaptada para niños y niñas se ha desarrollado en el contexto particular de la participación de los niños y las niñas en el sistema de justicia penal, tiene y debe tener implicaciones en todos los procedimientos judiciales, tanto formales como informales. El concepto de acceso a la justicia para

¹ Véase LIEFAARD, T. y DOEK, J. E., *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht, Springer, 2015; y KILKELLY, U. y LIEFAARD, T. (eds.), *International Human Rights of Children*, Singapore, Springer, 2019.

las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), a su vez, se ha vuelto más relevante debido a una creciente atención internacional al derecho del niño a una tutela judicial efectiva,² y a su derecho a interponer comunicaciones individuales ante el Comité de los Derechos del Niño (el Comité de la CDN) de la ONU bajo el Tercer Protocolo Facultativo (OP3) a la CDN y los objetivos de desarrollo sostenible, en particular, la meta 16.3.³

Ambos conceptos tienen implicaciones para los asuntos fundamentales del derecho procesal familiar, incluyendo la capacidad legal y la legitimación de los niños y las niñas, la representación legal del padre, la madre y otras personas, así como su participación y el acceso a la información en los procedimientos de derecho familiar, incluso la información sobre el peso que se le da a sus opiniones⁴ para la adopción de una decisión que afecte al niño. Este capítulo comienza abordando estos dos conceptos y aclara cómo ambos surgieron a través de los múltiples niveles que componen la infraestructura de los derechos humanos para los niños y las niñas. Esta parte del trabajo se enfoca particularmente a Europa, debido a la importante jurisprudencia sobre la participación efectiva de los niños y las niñas en los procedimientos de justicia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal Europeo o TEDH) y al trabajo del Consejo de Europa en relación con la justicia adaptada para los niños y las niñas. La siguiente sección de este capítulo se centra en los Países Bajos con el objetivo de mostrar cómo los conceptos de acceso a la justicia y justicia adaptada para los NNA han empezado a encontrar su camino en el sistema de derecho familiar holandés. El capítulo se limita al análisis del *statu quo* y se enfoca en la legitimación, la representación y el derecho a ser escuchado, así como a un concepto bastante nuevo desarrollado

² Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General No. 5 (2003). *General Comment No. 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003. UNICEF, *Children's Equitable Access to Justice, Central and Eastern Europe and Central Asia*, Ginebra, UNICEF, 2015.

³ Véase más LIEFAARD, T., "Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda", *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 27, No. 2, 2019, pp. 195-227.

⁴ Es decir, retroalimentación. ONU. Comité de los Derechos del Niño (CRC). Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009. CRC/C/GC/12 párr. 45.

hace poco sobre la emisión de sentencias adaptadas a los niños. El capítulo termina con algunas observaciones finales a manera de conclusión.

II. Derechos de la infancia: desde el derecho a ser escuchado hasta la justicia adaptada para los niños y el acceso a la justicia

1. El derecho a ser escuchado y los derechos de participación de los niños y las niñas

El derecho de NNA a ser escuchados puede considerarse como una de las innovaciones más significativas de la CDN⁵ y se relaciona directamente con el núcleo del reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos bajo el amparo del derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 12 de la CDN establece que un niño, definido como "todo ser humano menor de dieciocho años, a menos que (...) la mayoría se alcance antes" (art. 1o. CDN de la ONU),⁶ tiene derecho a ser escuchado "en todos los asuntos que lo afectan", en particular en procedimientos judiciales y administrativos (art. 12 (2)). Esta disposición se considera como uno de los principios generales de la CDN;⁷ y el derecho a ser escuchado forma parte de los derechos de participación de los NNA, que incluye los derechos a la libertad de expresión (art. 13), a la libertad de conciencia, religión y pensamiento (art. 14), a la libertad de asociación y de reunión pacífica (art. 15) y de acceso a la información (art. 17). El derecho a ser escuchado y la noción más amplia de la participación de

⁵ CANTWELL, N., "The Origins, Development and Significance Of the United Nations Convention On The Rights Of The Child", en S. DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*. Nijhoff, Dordrecht, 1992, p. 28.

⁶ ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

⁷ ONU, Comité CDN, *Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 23 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, párr. 12; Comité CDN, 2009, párr. 2, *supra* nota 4.

los niños y las niñas⁸ también se relacionan con el derecho a un juicio justo, como se establece en el artículo 40 (2) de la CDN y que incluye, entre otros, el derecho a examinar e interrogar a los testigos bajo el principio de igualdad de condiciones en el contexto de la administración de justicia penal.⁹ Es en este contexto que el TEDH ha emitido juicios innovadores que allanan el camino para el desarrollo del concepto de *justicia adaptada para los niños y las niñas*,¹⁰ lo cual se discutirá más adelante.

2. El derecho del niño y de la niña a ser escuchados y la jurisprudencia europea de derechos humanos

La audiencia del NNA en los procedimientos de derecho familiar, ha sido considerada por el Tribunal Europeo como parte de la valoración del interés superior del niño bajo el amparo del artículo 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Específicamente, respecto a la protección del derecho a la vida privada y familiar y los casos de visitas y custodia, adopción, sustracción internacional y protección de niños.¹¹ Una revisión exhaustiva de la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia va más allá del alcance de este capítulo, pero como observa Kilkelly, "es aparente que la aplicación del CEDH, en casos relacionados con niños y niñas, se ha basado indirectamente tanto por el principio como por el contenido del artículo 12 (de la CDN) en el desarrollo de la juris-

⁸ ONU, Comité CDN 2009, párr. 3; véase más en, KRAPPMANN, L., "The Weight of the Child's View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)", *International Journal of Children's Rights*, Vol. 18. No. 4, 2010, pp. 501-513. PARKES, A., *Children and International Human Rights Law. The Right of the Child to be Heard*, Londres/NuevaYork, Routledge, 2013. DALY, A. y RAP, S. E., "Children's Participation in the Justice System", en KILKELLY U., LIEFAARD T. (red.), *International Human Rights of Children*. International Human Rights Singapore, Springer, 2018, pp. 299-319.

⁹ ONU, Comité CDN, *Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado*; 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12. Véase, también, Comité CDN, 2019. *supra* nota 8.

¹⁰ LIEFAARD, T., "Child-Friendly Justice. Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, Vol. 88. No. 4, 2016, pp. 905-927. LIEFAARD, T. y KILKELLY, U., "Child-Friendly Justice: Past, Present and Future", en B. GOLDSON (ed.), *Juvenile Justice in Europe: Past, Present and Future*. Abingdon/Nueva York, Routledge, 2018, pp. 57-73.

¹¹ KILKELLY, U., "The CRC in Litigation Under the ECHR", en LIEFAARD, T. y DOEK, J. E. (eds.), *Litigating The Rights Of The Child: The UN Convention On The Rights Of The Child In Domestic And International Jurisprudence*. Dordrecht, Springer, 2015, pp. 193-209.

prudencia que sustenta la participación de los niños en la toma de decisiones".¹² En el caso *Sahin vs. Alemania*¹³ (visitas) el solicitante reclamaba que su hija de cinco años de edad no había sido escuchada por el Tribunal nacional. Como resultado, el peticionario sostenía que su hija no había estado suficientemente involucrada en el procedimiento judicial, en detrimento a la protección de sus intereses conforme al artículo 8o. del CEDH. La Gran Sala del TEDH determinó que "como norma general, corresponde a los tribunales nacionales valorar las pruebas que tienen ante ellos, incluyendo los medios para determinar los hechos relevantes" (párr. 73). Además, en su opinión, sería "ir demasiado lejos decir que los tribunales locales siempre están obligados a escuchar a un niño en el tribunal cuando se trata de las visitas que le corresponden al padre o madre que no tiene la custodia, pero este asunto depende de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta la madurez del niño en cuestión". En este sentido, la Gran Sala del Tribunal anuló lo determinado por la Sala que había revisado primero el caso¹⁴ y que había encontrado una violación al art. 8o. del CEDH por no escuchar al niño en el tribunal. La decisión de la Gran Sala es acorde con el texto del artículo 12 (2) de la CDN, el cual establece que "el niño o niña (...) tendrá la oportunidad de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y administrativo que afecte al niño o niña, *ya sea directamente o, a través de un representante o un organismo apropiado*, de manera coherente con las normas procesales de la legislación nacional" (énfasis agregado). Al mismo tiempo, se debe admitir que el Comité de la CDN ha recomendado a los Estados partes de la CDN "que, siempre que sea posible, el niño o la niña debe tener la oportunidad de ser escuchado directamente en cualquier procedimiento".¹⁵

Si bien la Gran Sala permite la participación indirecta del niño o la niña si se considera apropiado a la luz de las circunstancias del caso,

¹² *Ibidem*, p. 207.

¹³ TEDH [GS], caso *Sahin vs. Alemania*, 8 de julio de 2003, Appl. No. 30943/96.

¹⁴ TEDH, caso *Sahin vs. Alemania*, 11 de octubre de 2001, Appl. No. 30943/96, en particular párrs. 53-54.

¹⁵ ONU, Comité de la CDN, 2009, párr. 35, *supra* nota 9.

puede concluirse que el Tribunal Europeo ha reconocido la importancia de la audiencia de las NNA bajo el amparo del artículo 8o. del CEDH. De acuerdo con Kilkelly, la sentencia "reconoce que los niños y las niñas con una edad y madurez suficientes deben ser escuchados por los tribunales" y que "también señala a los tribunales nacionales la importancia de buscar el asesoramiento de expertos al tomar tales decisiones".¹⁶ El enfoque del TEDH se confirmó en el caso *Aune vs. Noruega*.¹⁷ En dicho fallo, se sostuvo que la decisión de permitir que los padres y las madres de familias de acogida (*foster care*) adopten a un niño o niña, sin el consentimiento de la madre biológica, se justificaba a la luz del interés superior del niño. Para arribar a esa conclusión, el Tribunal prestó especial atención a los deseos expresados del niño de nueve años involucrado.¹⁸ A su vez, en un caso más reciente, *M. y M. vs. Croacia*,¹⁹ el TEDH resaltó la trascendencia del derecho a ser escuchado en un caso de disputa por custodia, incluyendo los alegatos contra el padre por abuso de menores. Este caso particular reveló un compromiso activo y explícito por parte del Tribunal, "en virtud del principio *jura novit curia*",²⁰ del artículo 12 de la CDN y la Observación General sobre esta disposición del Comité de la CDN,²¹ un compromiso que hasta entonces, había sido bastante limitado.²² En *M. y M. vs. Croacia*, el Tribunal subraya, con referencia explícita al artículo 12 de la CDN, la importancia del derecho de las NNA a ser escuchados y consultados en virtud del derecho a la autonomía personal y teniendo en cuenta que éste tiene "un alcance diferente

¹⁶ KILKELLY, U., *op. cit.*, p. 200, *supra* nota 11.

¹⁷ TEDH, caso *Aune vs. Noruega* 11 de abril de 2011, Appl. No. 52502/07.

¹⁸ Véase TEDH, caso *Aune vs. Noruega*, 11 de abril de 2011, Appl. No. 52502/07, párrs. 36 (subpárraf. 60) y 72. Otro caso importante sobre este asunto es TEDH [GS], caso *Sommerfeld vs. Alemania*, 8 de Julio de 2003, Appl. No. 31871/96, párrs. 71-72.

¹⁹ TEDH, caso *M. & M. vs. Croacia*, 3 de septiembre de 2015, Appl. No. 10161/13.

²⁰ *Ibidem*, párr. 167. Esto significa que el tribunal puede examinar los hechos de oficio en el marco del CEDH y que no está limitado a las quejas legales llevadas ante él por el solicitante o el Estado miembro.

²¹ ONU, Comité CDN, 2009.

²² Lo mismo puede ser dicho sobre el número de casos en los que los niños y las niñas, por sí mismos, impugnan la forma en que han sido (o no han sido) incluidos en la toma de decisiones KILKELLY, U., *op. cit.*, p. 199 y 207, *supra* nota 11. BRUNING, M. R., "Annotation M. and M. v. Croatia", *European Human Rights Cases*, No. 12, 2015, pp. 20-26.

en el caso de los niños" ya que "carecen de la autonomía plena con la que cuentan los adultos, pero son, sin embargo, sujetos de derechos".²³

3. Surgimiento del concepto de "justicia adaptada" para los niños, niñas y adolescentes²⁴

Hacia fines de la década de 1990, en la emblemática sentencia en el caso *T. y V. vs. Reino Unido*,²⁵ el Tribunal Europeo reconoció que todo niño acusado de un delito y llevado ante un tribunal, tiene derecho a una participación efectiva como parte de su derecho a un juicio justo bajo el amparo del artículo 6o. del CEDH.²⁶ Cuando el Tribunal se refirió explícitamente al artículo 40 de la CDN, este dictaminó que "es esencial que un niño o niña acusado de un delito sea tratado tomando en cuenta su edad, su nivel de madurez y capacidad intelectual y emocional, y que se tomen medidas para promover su habilidad de comprender y participar en los procedimientos".²⁷ En este caso en particular, referido a dos niños de 11 años de edad fueron enjuiciados por asesinar a otro niño pequeño, que los primeros no pudieron participar de manera efectiva y, por lo tanto, se les negó un juicio justo.²⁸ En otro caso, el TEDH determinó que el

²³ TEDH, caso *M. y M. vs. Croacia*. 3 de septiembre de 2015, Appl. No. 10161/13, párr. 171.

²⁴ Este párrafo está basado en publicaciones previas: LIEFAARD, T., "Child-friendly Justice. Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, Vol. 88, No. 4, 2016, pp. 905-927; LIEFAARD, T. y KILKELLY, U., "Child-Friendly Justice: Past, Present and Future", en B. GOLDSON (ed.), *Juvenile Justice in Europe: Past, Present and Future*. Abingdon/Nueva York, Routledge 2018, pp. 57-73. LIEFAARD, T., Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda, *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 27, No. 2, 2019, pp.195-227.

²⁵ TEDH [GS], caso *T. vs. Reino Unido*, 16 de diciembre de 1999, Appl. No. 24724/94. Este caso también es conocido como el caso Bulger. Véase, también TEDH [GS], caso *V. vs. Reino Unido*, 16 de diciembre de 1999, Appl. No. 24888/94.

²⁶ KILKELLY, U., *op. cit.*; Art. 40 (2) CDN enlista los derechos del niño y de la niña sobre un juicio justo en conexión con los objetivos (pedagógicos) del sistema de justicia juvenil como se establece en el Art. 40 (1) CDN.

²⁷ TEDH, caso *T. vs. Reino Unido* 16 de diciembre de 1999, Appl. No. 24724/94, párr. 84.

²⁸ El Tribunal sostuvo que era "altamente improbable" que los niños se hayan sentido "suficientemente desinhibidos, en la tensa sala y bajo el escrutinio público, como para consultar a [sus abogados] durante el juicio, o, de hecho, que dada [su] inmadurez y [su] estado emocional perturbado, también es improbable que hayan sido capaces, fuera de la sala del tribunal, de cooperar con [sus] abogados y darles información para fines de [su] defensa"; TEDH, caso *T. vs. Reino Unido*, párr. 88.

derecho de un niño a un juicio justo no requiere que el niño, en juicio por un delito, deba "entender o sea capaz de comprender cada punto de la ley o detalles probatorios".²⁹ Sin embargo, el Tribunal señaló que la "participación efectiva", en este contexto, presupone (...) una comprensión amplia de la naturaleza del proceso del juicio y de lo que está en juego (...), incluyendo la importancia de cualquier sanción que pueda ser impuesta".³⁰

La jurisprudencia del Tribunal Europeo ha influenciado al Comité de la CDN,³¹ el cual declaró en la Observación General No. 10³² que "[un] juicio justo requiere que el niño (...) pueda participar efectivamente en el juicio" y que, como parte de eso, "el niño necesita comprender los cargos y las posibles consecuencias y sanciones, con el fin de instruir al representante legal, impugnar las declaraciones de los testigos, dar cuenta de los eventos y tomar las decisiones apropiadas sobre las pruebas, los testimonios y la(s) medida(s) que será(n) impuesta(s)".³³ Esto también significa que los procedimientos y prácticas de las salas de los tribunales deben modificarse. El Comité de la CDN también subraya la importancia de reconocer que los procedimientos de justicia juvenil "deben llevarse a cabo en una atmósfera de comprensión, que permitan que el niño o la niña participen y se expresen libremente".³⁴ Con base en lo anterior y en el contexto del derecho a ser escuchado y la participación de los niños y niñas *lato sensu*, el Comité de la CDN señala, en su Observación

²⁹ TEDH, caso *SC vs. Reino Unido*, 15 de junio de 2004, Appl. No. 60958/00, párr. 29.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ KILKELLY, U., *op. cit.*;

³² En 2019, el Comité de la CDN reemplazó la Observación General No. 10 por la Observación General No. 24 (Comité CDN, 2019). Este capítulo se refiere principalmente al primero porque este tiene como objetivo presentar el desarrollo cronológico con respecto al concepto de Justicia Adaptada para los niños y las niñas. Cabe señalar, sin embargo, que el Comité de la CDN ha confirmado el derecho a una participación efectiva (véase Comité CDN 2019, párr. 46), aunque ha optado por no desarrollar los conceptos de Justicia Adaptada para los niños y las niñas y acceso a la justicia (Comité CDN, 2019, párr.5).

³³ ONU, Comité CDN, *Observación General No.10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores*, 25 de abril de 2007, párr. 46.

³⁴ *Ibidem*; véase también, la regla 14 de las Reglas de la ONU para la Administración de Justicia Juvenil (las Reglas de Beijing).

General No. 12, sobre el derecho del niño o la niña a ser escuchado que "[un] niño o niña no puede ser escuchado efectivamente cuando el entorno es intimidante, hostil, insensible o inapropiado para su edad" y que "los procedimientos deben ser tanto accesibles como apropiados para los niños y las niñas".³⁵ Esto también significa que "se requiere prestar atención particular a la provisión y entrega de información adaptada para los niños y las niñas, al apoyo adecuado para la auto-abogacía, al personal debidamente capacitado, al diseño de salas de tribunal, a la vestimenta de jueces y abogados (...)".³⁶ Estas recomendaciones del Comité de la CDN están diseñadas para sensibilizar a los Estados Partes sobre la justicia adaptada para NNA, como un concepto clave en todos los procedimientos en los que se pueda afectar a NNA (individualmente o en grupo). De tal concepto se deriva una serie de obligaciones (positivas y negativas) que, finalmente, giran en torno al empoderamiento de los NNA como actores con derecho a una participación efectiva en los procesos judiciales que los afectan.

4. Directrices sobre la justicia adaptada para el niño y la niña³⁷

El enriquecimiento mutuo entre los derechos internacionales de los niños y las niñas y la jurisprudencia del TEDH ha dado como resultado una mayor claridad (legal) sobre la situación jurídica procesal de los NNA. Esta consolidación jurisprudencial ha permeado desarrollos normativos posteriores, tales como las Directrices desarrolladas por el Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada para los niños, y adoptadas por el Comité de Ministros en 2010 (en adelante "las Directrices").³⁸ Las Directrices pro-

³⁵ Comité CDN, 2009, párr. 34.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Véase, también LIEFAARD, T., "Child-friendly justice. Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, Vol. 88, No. 4, 2016, pp. 905-927; KILKELLY, U. y LIEFAARD, T. (eds.), *International Human Rights of Children*. Singapore, Springer, 2019.

³⁸ Consejo de Europa (CE), Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada para los Niños y las Niñas, 17 de noviembre de 2010.

porcionan los principios considerados necesarios para garantizar que "todos los derechos de los niños y las niñas" se respetan plenamente, en los procedimientos judiciales formales y, también, en los procedimientos alternativos a estos.³⁹ Se ocupan de "el lugar y el rol, y las opiniones, derechos y necesidades del niño o niña en los procedimientos [judiciales y alternativos]" (párr. 1) y proporcionan orientación práctica para que los 47 Estados Miembros del Consejo de Europa "den un lugar y una voz al niño o niña en la justicia en todas las etapas de los procedimientos".⁴⁰

En especial, de acuerdo con las Directrices:

La justicia adaptada para el niño y la niña se refiere a los sistemas de justicia que garantizan el respeto y la implementación efectiva de todos los derechos de los niños y niñas al nivel más alto posible, teniendo en cuenta los principios enlistados a continuación y dándole la consideración adecuada al nivel de madurez y comprensión del niño o niña y, a las circunstancias del caso. Esta es, en particular, la justicia que es accesible, apropiada para la edad, pronta, diligente, adaptada y enfocada en las necesidades y derechos del niño o niña, respetando los derechos de estos, incluyendo los derechos al debido proceso, a participar y comprender los procedimientos, al respeto de la vida privada y familiar y a la integridad y dignidad.⁴¹

En resumen, las Directrices brindan mayor orientación a los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre cómo garantizar que los sistemas de justicia sean adaptados a los niños y las niñas. Esto necesariamente incluye: acceso a la información; protección de la vida privada y familiar; acceso a la asesoría legal y representación en nombre del niño o niña; evitando demoras indebidas; la provisión de un ambiente apropiado dentro y alrededor de los procedimientos judiciales, incluso después de la toma de decisiones y, capacitación específica para los profesionales en

³⁹ CE, Directrices, Primera Parte, cap. I, párrs. 1-3.

⁴⁰ CE, Directrices, Segunda Parte, cap. "Estructura y contenido", en el párr. 16.

⁴¹ CE, Directrices, Primera Parte, cap. II bajo. c.

niños y niñas. Al proporcionar una guía detallada, las Directrices especifican las implicaciones del *estado legal dinámico* del niño o niña, bajo el amparo del derecho internacional de los derechos del niño y la niña, el cual se basa en la noción de que, cuanto más grande y maduro sea un niño o niña, será considerado como más autónomo.⁴² Este estado legal dinámico, que gira en torno a las capacidades evolutivas del niño o niña, como se reconoce en el artículo 5o. de la CDN,⁴³ tiene implicaciones en el papel que desempeñan los representantes legales del niño o niña, incluidos su padre o madre, así como otros relacionados con el acceso a la justicia.

5. Acceso a la Justicia para los niños.

La necesidad de reflexionar sobre el estado legal del niño o niña a nivel nacional o local

El acceso a la justicia como concepto relevante para los niños y las niñas ha surgido durante la última década y se ha manifestado con bastante firmeza en las agendas internacionales y globales de derechos humanos y desarrollo sostenible. Profundizar en el concepto va más allá del alcance de este capítulo.⁴⁴ Sin embargo, el aumento en la atención sobre el derecho de los niños a acceder a la justicia, para buscar remedios efectivos con resultados equitativos, proporciona razones para reflexionar sobre el estado legal de los NNA a nivel nacional o local. El acceso a la justicia de la infancia está basado en el derecho humano del niño a buscar recursos

⁴² Cfr. RAP, S. E. y LIEFAARD, T., "Child-friendly Justice: Opportunities and Challenges that Lie Ahead/ Justicia amigable para niños: oportunidades y desafíos que se avecinan/Une justice adaptée aux enfants: nouvelles possibilités et défis à venir", *The Chronicle/International Association of Youth and Family Judges and Magistrates*, julio 2019, pp. 81-82/4-5/43-44. Véase, también, RAP, S.E., SCHMIDT, E. P. y LIEFAARD, T., "Safeguarding the Dynamic Legal Position of Children: A Matter of Age Limits? Reflections on the fundamental principles and practical application of age limits in different legal contexts relating to children in light of international children's rights law, próxima publicación" *Erasmus Law Review*, 2019.

⁴³ VARADAN, S., "The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child", *The International Journal of Children's Right*, Vol. 27. No. 2, 2019, pp. 306-338.

⁴⁴ Véase, ampliamente, LIEFAARD, T., "Access to Justice for Children", *op. cit.*

en caso de violaciones a los derechos.⁴⁵ En particular, implica el empoderamiento legal de los niños y las niñas y el acceso a mecanismos de justicia y recursos que sean sensibles a sus derechos e intereses (es decir, adaptadas para los niños y las niñas). Con base en el derecho del niño y la niña a acceder a la justicia y a la luz de sus capacidades evolutivas (las cuales, según el artículo 5o. de la CDN, tienen implicaciones en el papel que desempeñan el padre, la madre y otras personas legalmente responsables del niño o niña), las barreras legales a nivel nacional o local, incluyendo, por ejemplo, la incapacidad procesal de los niños, deben someterse a análisis crítico.

El Comité de la CDN ha observado que "el estado especial y dependiente de los niños y las niñas crea dificultades reales para ellos en la búsqueda de recursos por violaciones a sus derechos".⁴⁶ De hecho, existen barreras legales específicas a las que se enfrentan los niños y las niñas debido a su minoría de edad, así como a su (supuesta) inmadurez o incapacidad. Muchas jurisdicciones nacionales, como punto de partida, no reconocen la capacidad legal de los niños y las niñas y, subsecuentemente, tampoco su posición legal y a contar con un abogado en su nombre.⁴⁷ Esto tiene implicaciones para el sistema de derecho familiar nacional y puede ser particularmente problemático en caso de conflicto de intereses entre el niño o la niña y su padre, madre o tutor legal. Aunque muchas jurisdicciones europeas tienen excepciones a la regla de que los niños no tienen capacidad legal⁴⁸ y, aunque pareciera que los niños rara vez buscan

⁴⁵ CDN, Art. 41; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 2 (3); Comité CDN, 2003, párr. 24.

⁴⁶ Comité CDN 2003, párr. 24; véase, también, ACNUDH, *Acceso de los niños a la justicia. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/25/35*. 16 de diciembre de 2013, párrs. 13 y ss; UNICEF, *Children's Equitable...* *op. cit.*, pp. 9-13, 66 y ss.

⁴⁷ ACNUDH, *op. cit.*, párr. 37; véase las excepciones en, BOEZAART, T., "Child Law, the Child and South African Private Law", T. BOEZAART (ed.), *Child Law in South Africa*. Claremont, Juta & Co. Ltd, 2009, pp. 22-23 y 34-35 y SKELTON, A., "South Africa" en LIEFAARD, T. y DOEK, J.E. (eds.), *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht, Springer 2015, p. 16.

⁴⁸ Véase KENNAN, N. y KILKELLY, U., *Children's involvement in criminal, civil and administrative judicial proceedings in the 28 Member States of the EU. Policy Brief*. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2015.

recursos de forma independiente sin sus representantes legales,⁴⁹ se ha argumentado que la exclusión categórica de los niños y las niñas a la capacidad legal, sin reconocer sus capacidades evolutivas, es cuestionable a la luz del art. 5o. de la CDN.⁵⁰ Sin embargo, muchas jurisdicciones nacionales sí les brindan la oportunidad de ser escuchados⁵¹ o acercarse informalmente a los tribunales (ver más adelante). Además, las jurisdicciones nacionales o locales pueden proporcionar una forma alternativa de representación (por ejemplo, un tutor *ad litem*), en caso de conflicto de intereses entre el niño o la niña y el padre, madre o tutores legales.⁵²

Junto a lo anterior, resulta importante tener en cuenta que existen barreras como consecuencia de la complejidad de los sistemas de justicia y la falta de sensibilidad hacia niños y niñas, lo cual dificulta bastante el acceso y participación efectiva de los niños y las niñas en los procesos. Los NNA pueden desconocer sus derechos y carecer de información esencial, por ejemplo, sobre cómo obtener asistencia (legal) y qué esperar de ella.⁵³ A la luz de esto, y de acuerdo a lo sostenido por el Comité de la CDN, los estados deben prestar "atención especial para asegurar que haya procedimientos efectivos y sensibles a los niños y las niñas, disponibles para estos últimos y sus representantes".⁵⁴ Dichos procedimientos "deberán incluir la provisión de información adaptada para los niños, asesoramiento, defensa legal, incluyendo ayuda para la auto-abogacía y, acceso a

⁴⁹ FORTIN, J., *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 234.

⁵⁰ Véase LIEFAARD, T., "Access to Justice...", *op. cit.*

⁵¹ De conformidad con el art. 12 de la CDN; para consultar reflexiones críticas sobre este asunto DALY, A. y RAP, S.E., "Children's Participation in the Justice System", en KILKELLY, U. y LIEFAARD, T. (eds.), *International Human Rights of Children*. International Human Rights Singapore, Springer 2018, pp. 299-319.

⁵² PARKES, A., *Children and International Human Rights Law. The Right of the Child to be Heard*, Londres/ Nueva York, Routledge, 2013, pp. 100-103.

⁵³ Existen otras barreras para los niños y las niñas, incluyendo, por ejemplo, discriminación, inseguridad, mecanismo de justicia intimidantes o estigmatizantes y una carencia de aceptación de que los niños y las niñas o cierto grupo de estos tienen derechos, incluyendo el derecho de acceso a la justicia, dadas las normas culturales o sociales y prácticas comunes; ACNUDH, *op. cit.*

⁵⁴ ONU, Comité CDN, 2003, párr. 24.

procedimientos de denuncia independientes y a los tribunales con la asistencia necesaria tanto legal como de otro tipo".⁵⁵

6. Algunas conclusiones provisionales

El concepto de justicia adaptada para NNA tiene como base sus derechos reconocidos por el derecho internacional, así como la jurisprudencia europea de derechos humanos, desde el primer reconocimiento del derecho de participación efectiva de los niños y las niñas previsto artículo 60. de la CEDH. El concepto de acceso a la justicia para la infancia ha surgido más adelante, respaldado importantemente por la entrada en vigor del tercer Protocolo Facultativo de la CDN en 2014. Ambos conceptos forman parte de un marco integral de derechos humanos con múltiples niveles, en torno a las recomendaciones del Comité de la CDN, la jurisprudencia del Tribunal Europeo y las Directrices de la justicia adaptada para los niños,⁵⁶ y que ha dado razones a los estados reflexionar sobre los procedimientos judiciales nacionales y sobre la posición específica de los niños y las niñas en ellos. Esto ha tenido implicaciones en la forma en que se debe mirar a los niños y a las niñas en los procedimientos de tribunales familiares a nivel nacional, como es el caso de los Países Bajos, entre otros. Los siguientes párrafos detallarán la posición legal de los niños y las niñas en los asuntos de la Corte Familiar holandesa.

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Las Directrices han empezado a jugar un rol en la jurisprudencia de la CEDH (*supra* nota 24). Véase, por ejemplo, TEDH (GS), caso *Blokhin vs. Rusia*, 23 de marzo de 2016, Appl. No. 47152/06; TEDH, caso *M & M. vs. Croacia*, 3 de septiembre de 2015, Appl. No. 10161/13; TEDH, caso *N.T.S. y otros vs. Georgia*, 2 de febrero de 2016, Appl. No. 71776/12; y TEDH, caso *Roche y Roche vs. Malta*, 28 de junio de 2018, Appl. No. 42825/17 y 66857/17. Más allá de Europa, las Directrices han sido usadas como ejemplo de iniciativas similares en otras partes del mundo (véase *supra* nota 42). Por ejemplo, en abril de 2017, la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia (AIMJF) lanzó sus Directrices sobre los Niños en Contacto con el Sistema de Justicia (AIMJF, *Guidelines on Children in Contact with the Justice System*, Londres, IAYFJM, 26 de abril de 2017), las cuales están dirigidas a practicantes que trabajan con niños y niñas en el contexto de justicia juvenil, así como a los hacedores de políticas, legisladores y todos aquellos que estén interesados en los niños y las niñas y sus derechos.

III. Los derechos de los niños y las niñas en los Países Bajos: algunas observaciones generales sobre el sistema legal holandés⁵⁷

1. El sistema de derecho civil holandés

El sistema legal holandés es considerado como un sistema legal (*quasi*) monista con una tradición de derecho civil, al igual que muchos otros sistemas legales en Europa continental. El derecho civil está codificado y la legislación estatutaria define al derecho sustantivo y procesal. Como se sabe, en los sistemas de derecho civil, la legislación es exhaustiva y se actualiza de manera continua.⁵⁸ En el sistema de derecho civil holandés, la hechura de la legislación, de primera mano, recae en el legislador, es decir: el Parlamento holandés (*Staten-Generaal*) que consiste en la Segunda Cámara (i.e., *Tweede Kamer*; la Cámara de Representantes) y la Primera Cámara (i.e., *Eerste Kamer*; el Senado). Los Países Bajos no tienen un sistema de precedentes y los tribunales no desempeñan un papel activo en la elaboración de leyes. Van Rhee y Van der Woude señalan que, en estricto sentido, las sentencias judiciales no son una fuente de derecho.⁵⁹ Como consecuencia de lo anterior, los tribunales deben establecer los hechos relevantes y aplicar la ley en un caso específico. Los tribunales superiores, en particular, los Tribunales de Apelación y la Corte Suprema, proporcionan interpretaciones autoritarias de la ley. Sin embargo, en general, los tribunales son reacios a declarar la inaplicabilidad de leyes o

⁵⁷ Basado, en parte, LIEFAARD, T. y BRUNING, M., "Commentary on the Judgment of the Hoge Raad of the 5th December 2014", en STALFORD, H., HOLLINGSWORTH, K., GILMORE, S. (eds.), *Rewriting Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice*. Oxford, Hart Publishing 2017, pp. 173-181.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, "The Common Law and Civil Law Traditions". Disponible en: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivillawTraditions.pdf> (última visita, 15 de Septiembre de 2019).

⁵⁹ VAN RHEE, C.H. y VAN DER WOUDE, W., "Judicial Rulings with Prospective Effect", en VAN VLIET, L. P. W. (ed.), *Netherlands Reports to the Nineteenth International Congress of Comparative Law. Vienna 2014*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2015, p. 13.

proporcionar interpretaciones que van más allá de los objetivos del legislador holandés. También se puede argumentar que el Poder Judicial, en particular la Corte Suprema,⁶⁰ desempeña un papel en el desarrollo y la formación de la ley y en la promoción de la unidad de la jurisprudencia. Esto es particularmente relevante si los tribunales encuentran una inconsistencia entre la ley holandesa y el derecho internacional, y el legislador falla al no actuar al respecto.⁶¹ Esto se relaciona con la naturaleza monista del sistema legal holandés.

2. La naturaleza monista del sistema holandés y la CDN

La Constitución holandesa prohíbe en su artículo 20 la revisión judicial de las leyes estatutarias holandesas y los tratados internacionales. Sin embargo, la ley estatutaria holandesa puede revisarse a la luz de las normas establecidas en los tratados internacionales. Las disposiciones del derecho estatutario holandés, así como las establecidas en la Constitución, no pueden ser aplicadas por los tribunales si éstas entran en conflicto con las disposiciones de tratados legalmente vinculantes o las resoluciones de instituciones internacionales.⁶² Adicionalmente, el artículo 93 de la Constitución holandesa estipula que las disposiciones de los tratados ratificados por los Países Bajos pueden ser aplicados directamente si, por la naturaleza de su contenido, son vinculantes para todos.

⁶⁰ La Corte Suprema de los Países Bajos es responsable de escuchar las apelaciones de casación, cuyo objetivo es "promover la uniformidad legal y el desarrollo de la ley" (<https://www.rechtspraak.nl/English/Judicial-system/Pages/Supreme-Court.aspx>, visitado por última vez el 22 de septiembre de 2019). La Corte Suprema examina si los tribunales inferiores (tribunales de distrito y de apelación) observaron la aplicación adecuada de la ley al llegar a su decisión. Los hechos del caso son establecidos por los tribunales inferiores. De acuerdo con el art. 79 de la Ley (Orgánica) del Poder Judicial (*Wet op de rechterlijke organisatie*), la Corte Suprema puede anular resoluciones de tribunales inferiores en caso de incumplimiento de las normas procesales o en caso de violación o aplicación indebida de la ley.

⁶¹ GERARDS, J.H. y FLEUREN, J.W.A., *Implementatie van het EVRM in de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen / WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2013, p. 37; véase también VAN RHEE, C.H. y VAN DER WOUDE, W., *op. cit.*, p. 14-15.

⁶² Constitución del Reino de los Países Bajos, Art. 94.

En consecuencia, el sistema legal holandés se considera un sistema monista.⁶³ Las normas jurídicas internacionales forman parte del orden jurídico holandés y pueden prevalecer sobre las normas nacionales. No es necesario adoptar legislación mediante la cual las disposiciones de los tratados internacionales se incorporen a la legislación nacional.

Desde la ratificación por el Reino de los Países Bajos en 1995 de la CDN, ésta se ha integrado al ordenamiento jurídico holandés, con efecto interno inmediato. Esto no significa necesariamente que las disposiciones de la CDN tengan *efecto directo* o fuerza de auto-ejecución. Contrariamente a lo que sugiere el Comité de la CDN en su Observación General No. 14, sobre el principio del interés superior del niño,⁶⁴ como si se tratara de un "derecho sustantivo" que "crea una obligación intrínseca para los Estados, es directamente aplicable (auto-ejecutable) y puede ser invocada ante un tribunal",⁶⁵ el efecto directo de la disposición de la CDN se define a nivel nacional o local por los tribunales y depende de la naturaleza del contenido de la disposición. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema holandesa, el contenido de la disposición es decisivo y, si una disposición tiene un efecto directo (o no), es una pregunta que debe responderse explicando el contenido concreto de la disposición, ubicada en su contexto.

Como es bien sabido, de conformidad con los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el tribunal debe tener en cuenta el propósito de todo el tratado, incluyendo el historial de redacción, el preámbulo y los anexos. Cuando ni el contenido ni el historial de redacción del tratado son concluyentes, puede utilizarse el fraseo de la disposición específica para determinar su efecto directo. Se requiere que la redacción describa el propósito de la disposición de manera precisa

⁶³ Cfr. GERARDS, J.H. y FLEUREN, J.W.A, *op. cit.*, *supra* nota 51.

⁶⁴ ONU, Comité CDN, Art. 3 (1).

⁶⁵ ONU, Comité CDN 2013, párr. 6a.

y sin ambigüedades. Esto no significa que no pueda dejarse algún margen de discrecionalidad al gobierno holandés, por ejemplo, en la implementación de la norma. Sin embargo, el propósito de la disposición —es decir, la protección de la norma adjunta— debe ser absolutamente claro. La disposición del tratado invocada debe ser lo suficientemente detallada para permitir que el tribunal aplique la norma. De esa manera, se puede aplicar como ley objetiva en el orden jurídico holandés.⁶⁶

El impacto de la CDN en la jurisprudencia holandesa no sólo depende del reconocimiento de la fuerza de auto-ejecución de las disposiciones de los tratados por los tribunales holandeses. Los tribunales holandeses también están obligados a aplicar e interpretar la ley holandesa a la luz del derecho internacional. En otras palabras, la interpretación de las normas nacionales nunca puede resultar en una violación de los tratados que han sido ratificados por los Países Bajos. Esta es "una regla establecida desde hace mucho tiempo en la jurisprudencia holandesa"; lo cual lleva a Limbeek y Bruning concluir que "la necesidad de examinar el efecto directo de un artículo sólo se requiere si la aplicación de la legislación nacional no es suficiente para cumplir con una obligación específica bajo la CDN".⁶⁷ Los tribunales holandeses deben aplicar la legislación nacional a la luz de la CDN, un "principio [que] se deriva de la presunción de que los Países Bajos, al ratificar un tratado, tienen la intención de cumplir con sus obligaciones".⁶⁸

La investigación jurídica muestra que se ha utilizado cada vez más la CDN en casos ante tribunales holandeses en todos los niveles.⁶⁹ Sin

⁶⁶ La Corte Suprema de los Países Bajos, 10 de octubre de 2014, *NJ* 2015/12; La Corte Suprema de los Países Bajos, 30 de mayo de 1986, *NJ* 1986, 688.

⁶⁷ LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., "Two Decades of the CRC in Dutch Case Law", en LIEFAARD, T. y DOEK, J. E. (eds.), *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht, Springer, 2015, p. 91. Citado por la Corte Suprema de los Países Bajos, 3 de marzo de 1919, *NJ* 1919, 371.

⁶⁸ LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., *op. cit.*, p. 91. *Ibidem*.

⁶⁹ LIEFAARD, T. y DOEK, J.E., "Kinderrechten in de rechtspraak. Een internationaal perspectief", *FJR* 2015/20, pp. 82-87. *FJR* 2015/20 con referencia a investigación holandesa relevante; véase también

embargo, los tribunales holandeses no son claros ni consistentes en sus juicios con respecto a la aplicabilidad directa de las disposiciones de la CDN.⁷⁰ Es más, como han observado Limbeek y Bruning,⁷¹ es posible advertir cierta reticencia entre los tribunales, incluyendo a la Corte Suprema, en el uso de la CDN y los instrumentos internacionales relacionados, como marco de referencia pertinente.⁷²

De otra parte, se considera que el CEDH tiene efecto directo en el orden legal holandés,⁷³ como una "Declaración de Derechos exigible y ejecutable para los Países Bajos".⁷⁴ Ello se suma a que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido un impacto significativo en el sistema legal holandés, incluyendo al derecho de familia holandés. Y, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere cada vez más a la CDN y a los instrumentos internacionales relacionados, incluyendo los Comentarios Generales del Comité de los Derechos del Niño de la ONU y las Directrices sobre la justicia adaptada para el niño y la niña,⁷⁵ es de esperarse que las normas internacionales de los derechos de los niños y las niñas pronto encuentren su camino para integrar plenamente el sistema legal holandés, independientemente de la aplicabilidad directa de las disposiciones de la CDN como tales.

DE GRAAF, J. C., "The Application of the United Nations Deventon of the Rights of the Child in Dutch Legal Practice", en DIDUCK, A., PELEG, N. y REECE, H. (eds.), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy* (Essays in honour of Michael Freeman), Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, pp. 589-602.

⁷⁰ LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., *op. cit.*, pp. 89-104, *supra* nota 67.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Véase también, LIEFAARD *FJR* 2015/20, *op. cit.*, *supra* nota 69.

⁷³ GERARDS, J.H. y FLEUREN, J. W.A., *op. cit.*, p. 35, *supra* nota 61.

⁷⁴ Mak, E. "Foreign precedents in constitutional litigation", en VAN VLIET, L.P.W. (ed.), *Netherlands Reports to the Nineteenth International Congress of Comparative Law. Vienna 2014*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2015, p. 283, *apud*. UZMAN, J., BARKHUYSEN, T. y VAN EMMERIK, M.L., *Revista Electrónica de Derecho Comparado*, 2010, p. 11.

⁷⁵ *Idem*. Véase también, European Union Agency for Fundamental Rights y Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the Child*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2015.

IV. El acceso a la justicia para los niños y el derecho a ser escuchados en los Países Bajos⁷⁶

Si nos centramos en los elementos de acceso a la justicia y la justicia adaptada para el niño y la niña en materia de derecho familiar en los Países Bajos, el punto de partida relevante es que los niños no tienen capacidad jurídica de acuerdo con la legislación civil holandesa. Conforme la Ley de la Familia holandesa, un "menor" es una persona de menos de dieciocho años,⁷⁷ lo cual corresponde con la definición de "niño o niña" según la CDN. Como regla, un menor carece de capacidad legal, con algunas excepciones, bajo la ley holandesa.⁷⁸ La madre y el padre (o tutores legales) son responsables de la representación legal del niño en los asuntos civiles, como parte de su responsabilidad legal respecto al mismo.⁷⁹ En caso de conflicto de intereses entre el niño y su representante legal, el tribunal puede nombrar un tutor *ad litem* (*curator bijzondere*), el cual puede representar al niño o la niña en los procesos judiciales civiles e iniciar dicho procedimiento.⁸⁰ Un niño también puede presentar una solicitud para dicha designación y tienen el derecho de apelar la negativa del tribunal a hacerlo.⁸¹ En algunos asuntos de derecho familiar, el derecho holandés otorga a los niños la posibilidad de acercarse informalmente al tribunal y pedir una decisión específica. Este acceso informal al tribunal está disponible en asuntos relacionados con la custodia después del divorcio y el contacto entre un niño y el padre o la madre.⁸²

A pesar de su incapacidad legal, un niño es una parte interesada en todos los procedimientos familiares,⁸³ incluidos, por ejemplo, los proce-

⁷⁶ Con base, en parte, en LIEFAARD, T. y BRUNING, M., *supra* nota 57.

⁷⁷ Código Civil holandés. Art. 1:233 del *Burgerlijk Wetboek*.

⁷⁸ Véase LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., *op. cit.*, pp. 92-93, *supra* nota 67.

⁷⁹ Código Civil holandés. Art. 1:245 (4).

⁸⁰ Código Civil holandés. Art. 1:250.

⁸¹ Corte Suprema de los Países Bajos, 29 de mayo de 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409.

⁸² Código Civil holandés. Art. 1:251a (4) y Art. 1:377g.

⁸³ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 798 (2).

dimientos que involucran medidas de protección infantil. Un niño también tiene derecho a ser escuchado en los procedimientos judiciales si tiene doce años o más y no se le considera legalmente incompetente para expresar su voluntad.⁸⁴ Un menor de menos de doce años puede ser escuchado, si el tribunal lo considera competente para ello, pero no tiene un derecho a exigir que ello siempre ocurra. En la práctica, rara vez se invita a los niños menores de doce años a participar en los procesos judiciales y, se puede asegurar, que los niños menores de doce años a menudo no solicitan una audiencia ante el tribunal.⁸⁵ Sin embargo, cabe señalar, que el Tribunal de Distrito de Ámsterdam, con base en un programa piloto específico, ha comenzado a invitar a niños de ocho años o más (es decir, menores de doce años) a una audiencia con un juez de menores en asuntos de derecho familiar.⁸⁶ Adicionalmente, el Tribunal de Distrito de La Haya invita a los niños y las niñas de seis años en adelante a una reunión con el tribunal en casos de sustracción internacional de menores. Asimismo, ha comenzado un programa en el que el Tribunal nombra a un tutor *ad litem* en cada caso internacional de sustracción de menores en el que participan uno o más niños de tres o más años de edad.⁸⁷

La regla de la ley holandesa de que un niño menor de doce años no tiene derecho a ser escuchado por el tribunal también tiene implicaciones para su acceso a la información. En diciembre de 2014, la Corte Suprema dictó un fallo en un caso en el que la madre de un niño había presentado una apelación quejándose de que el Tribunal de Distrito le había

⁸⁴ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 809. Véase más en Corte Suprema de los Países Bajos, 1 de noviembre de 2013, NJ 2014/24 comentado por SFM Wortmann.

⁸⁵ DE JONG-DE KRUIJF, M. y VAN DER ZON, K., "'Directe' participatie van minderjarigen bij de gerechtshoven in Nederland. Hoger beroep tegen een uithuisplaatsingsbeslissing en de rol van de minderjarige", *TREMA*, noviembre 2015. Véase también, Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 391.

⁸⁶ Véase VAN LEEUWEN, C., *Het hoorrecht begrenst/begrensd. Wat is wenselijk in het civiele jeugdrecht?*, Master's thesis 2015-2016 (Leiden Law School, Leiden University). Disponible en: <https://www.universiteitleiden.nl/nieuws/2017/02/scripts-jeugdrecht-online>

⁸⁷ Carta del Ministro de Protección Legal ('Rechtsbescherming') del 27 de junio de 2018 al Parlamento (*Documentos Parlamentarios II*, 2018/29, 30 072, No. 37).

negado a su hijo el derecho a acceder a todos los archivos del caso, lo cual ella consideraba necesario para evaluar si el niño deseaba ejercer su derecho a ser escuchado en el tribunal.⁸⁸ Conforme la ley holandesa, cada parte interesada tiene el derecho a acceder a los archivos relacionados con el asunto legal en juego⁸⁹ y esto también se aplica a los asuntos de derecho familiar.⁹⁰ La Corte Suprema confirmó la sentencia de los tribunales inferiores y dictaminó que, el disfrute efectivo del derecho a ser escuchado de un menor competente puede requerir que éste se informe sobre el contenido de los archivos relevantes para el proceso judicial.⁹¹ Sin embargo, en caso de que no se pueda considerar que un niño tiene capacidad legal con base en una excepción prevista por la ley o, si no tiene derecho a acceder a ciertos archivos de acuerdo con una disposición especial,⁹² él o ella puede ser representado por sus representantes legales en el acceso a los archivos. En caso de que el niño considere que sus intereses no están bien representados, puede acercarse a un tribunal y solicitar el nombramiento de un tutor *ad litem*. En consecuencia, la Corte Suprema determinó que el derecho de acceso a la justicia —conforme lo establecido en el art. 6o. párr. 1 del CEDH y el art. 12 de la CDN— fue suficientemente protegido por la ley holandesa, aunque subrayó que el niño debe poder acceder a la justicia de manera efectiva. A la luz de esto, la Corte Suprema consideró que, con referencia a un informe elaborado por el Defensor de los Niños holandés (2012) y los estándares políticos desarrollados por los tribunales de distrito holandeses con respecto al tutor *ad litem*, la legislación y la práctica holandesas protegen efectivamente el derecho de los niños y las niñas a acceder a la justicia.⁹³

Esta sentencia debe verse como parte de una línea de jurisprudencia en evolución en la que se desarrolla la posición legal de los niños en los

⁸⁸ Corte Suprema de los Países Bajos, 5 de diciembre de 2004, ECLI: NL: HR: 2014: 3535.

⁸⁹ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 290.

⁹⁰ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 798.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 3.8.

⁹² Código de Procedimientos Civiles, véase Art. 811 (d).

⁹³ *Ibidem*, párr. 3.7.3.

procedimientos civiles.⁹⁴ A pesar de ello, esta sentencia ha sido criticada por ser bastante limitada en su compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de las referencias explícitas al art. 6o. (1) de la CEDH y art. 12 de la CDN.⁹⁵ La Corte Suprema se basa en gran medida del legislador holandés y los objetivos de la ley holandesa sobre este asunto,⁹⁶ al tiempo que hace caso omiso de los nuevos conceptos de justicia adaptada para los niños y las niñas y el acceso a la justicia para estos, en conexión con el estado legal dinámico del niño o niña y sus capacidades evolutivas conforme el art. 5o. de la CDN. La Corte Suprema también pasa por alto el Comentario General del Comité de la CDN sobre el derecho a ser escuchado, el cual subraya la importancia de la información para la participación efectiva de los niños y las niñas en los procedimientos, incluyendo el derecho a acceder a los archivos propios.⁹⁷ Se puede argumentar que, si la Corte Suprema hubiera mostrado más disposición para comprometerse con las normas internacionales de derechos de los niños y las niñas, lo cual podría haberse justificado a la luz de la naturaleza monista del sistema legal holandés, habría podido llegar a una conclusión más progresista sobre el derecho independiente del niño a acceder a los archivos de un caso.

Como antecedente adicional relevante respecto a la evolución del derecho holandés en esta materia, resulta importante destacar que, en 2016, el Comité de Gobierno para el Replanteamiento de la Paternidad (*Staatscommissie Herijking Ouderschap*) recomendó al legislador holandés: *a*) disminuir a ocho años de edad el límite para el derecho a ser escuchado; *b*) considerar otorgar acceso informal a la justicia a niños y

⁹⁴ LIEFAARD, T. y BRUNING, M., *op. cit.*, p. 175.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Como se menciona en el párr. 3 de este capítulo, esto es comprensible a la luz de la tradición del derecho civil en los Países Bajos. El Tribunal de Apelación dictaminó, en este caso, que hubiera sido inapropiado que un tribunal de justicia fortaleciera la posición legal de un menor, reconociendo que éste debe ser considerado como una verdadera parte interesada, con base en los desarrollos y tratados internacionales que apuntan a fortalecer y salvaguardar el estatus legal del menor. Esto es parte del mandato del legislador holandés, según la Corte de Apelaciones; *Ibidem*. párr. 3.6.4.

⁹⁷ ONU, Comité CDN, 2009, párr.38.

niñas a partir de los doce años de edad en todos los casos de custodia; y, c) revisar la posibilidad y conveniencia de establecer un acceso formal a la justicia a los niños y niñas mediante el reconocimiento de su capacidad legal (en evolución) en los procedimientos civiles, incluyendo los procedimientos de derecho familiar.⁹⁸ El Gobierno holandés ha aceptado estas recomendaciones, las cuales han sido claramente fundadas en los derechos internacionales de los niños y las niñas, a través de la publicación de un proyecto de investigación integral, el cual se espera será publicado a finales de 2019. Se tiene la expectativa de que esta investigación contribuya eventualmente a la toma de decisiones sobre el acceso a la justicia de los niños y las niñas bajo el amparo del derecho de familia holandés.⁹⁹

V. Juicios adaptados para el niño y la niña en los Países Bajos¹⁰⁰

Otro desarrollo reciente, que ha surgido y evolucionado en los Países Bajos, es la emisión de "juicios adaptados para los niños y las niñas".¹⁰¹ En enero de 2017, dos niños acusaron a una jueza del tribunal para menores en el distrito de Rotterdam, ya que ésta ignoró una carta enviada por los niños, en un caso relacionado con el nombramiento de un nuevo tutor *ad litem*.¹⁰² Además, alegaron que la jueza simplemente estaba usando el procedimiento para obligarlos a hablar con ella sin la asistencia de un abogado u otro representante. La demanda fue rechazada por el tribunal especial establecido para revisar la impugnación presentada

⁹⁸ Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en ouders in de 21^e eeuw*, Den Haag: Xerox/OBT 2016, pp. 392 y 394.

⁹⁹ El autor ha fungido como miembro del Comité de Gobierno.

¹⁰⁰ Este párrafo se basa, en parte, en el blog del autor "Juicios adaptados para el niño y la niña"; véase <https://leidenlawblog.nl/articles/child-friendly-judgments> (consultado por última vez el 15 de septiembre de 2019).

¹⁰¹ Véase también, STALFORD, H. y HOLLINGSWORTH, K. (de próxima publicación) sobre desarrollos similares en el Reino Unido.

¹⁰² Tribunal de Distrito de Rotterdam, 2 de febrero de 2017, ECLI: NL: RBROT: 2017: 911.

por los niños. La sentencia especial del tribunal se formuló, como lo expresó el mismo tribunal, en "un lenguaje que los niños puedan entender". Al hacer uso de resúmenes breves y conclusiones provisionales, el tribunal trató de explicar los pasos que llevaron a la sentencia final. Los fundamentos legales de la sentencia también se formularon de manera menos formal. Este es un ejemplode de los primeros intentos de los tribunales holandeses de realizar sentencias más accesibles y comprensibles para los niños y las niñas. A su vez, el 21 de marzo de 2017, el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden intentó hacer algo similar en un caso de protección del niño o niña, ya que dirigió un párrafo específico al niño, con el fin de explicarle las conclusiones del tribunal de una manera adaptada para éste.¹⁰³ En otro caso relacionado con la residencia habitual de un niño, el Tribunal de Distrito de Midden-Nederland (Utrecht) redactó una sentencia completa en un lenguaje que pretendía ser más accesible para el niño involucrado.¹⁰⁴ Más recientemente, el Tribunal de Distrito de Limburgo decidió redactar una carta separada para el niño, con la finalidad de informarle los resultados del caso en el que el niño había presentado ante el tribunal una solicitud informal para cambiar su residencia habitual y, en consecuencia, informó a los padres.¹⁰⁵

Los tribunales holandeses no están solos en su intento de aumentar la accesibilidad de sus sentencias para los niños y niñas. En Inglaterra, en febrero de 2016, el Honorable Juez Peter Jackson pronunció, por primera vez, una sentencia con lenguaje adaptado para los niños y las niñas.¹⁰⁶ Este caso se refería a una orden de restricción entre un padre y sus hijos, ya que el padre había tratado de llevar a los niños a Siria con el pretexto de un viaje a Disneylandia en París. La sentencia fue relativamente breve

¹⁰³ Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden, 21 de marzo de 2017, ECLI: NL: GHARL: 2017: 2579.

¹⁰⁴ Tribunal de Distrito de Midden-Nederland, 22 de marzo de 2017, ECLI: NL: RBMNE: 2017: 1541.

¹⁰⁵ Tribunal de Distrito de Limburgo, 29 de enero de 2019, ECLI: NL: RBLIM: 2019: 1253.

¹⁰⁶ Consejo del Condado de Lancashire vs. M & Ors (Rev 1) [2016] EWFC 9 (04 de febrero de 2016).

y escrita de manera más accesible. El juez usó oraciones cortas combinadas con un resumen legal al final de cada párrafo ("En lenguaje legal, hago estos hallazgos..."). El caso recibió atención en Inglaterra y en el extranjero, también por ser el primer caso en el que un juez usó la función de *emoji*:☺. Un caso que, posiblemente, ha atraído aún más atención fue el relacionado con una disputa de custodia, y en el que el mismo Juez Peter Jackson redactó una carta a un niño de catorce años de edad llamado Sam, comenzando con las líneas:

Querido Sam, fue un placer conocerte el lunes y espero que tu campamento de esta semana haya ido bien. Este caso es sobre ti y tu futuro, por lo que estoy escribiendo esta carta como una forma de comunicar mi decisión a ti y a tus padres.¹⁰⁷

El Juez Jackson explica con detalle al niño qué decisión se tomó y por qué el tribunal finalmente decidió fallar en contra de los deseos del niño de vivir con su padre en el extranjero.

Estos desarrollos en los Países Bajos, y en otros lugares,¹⁰⁸ revelan una cierta conciencia entre los jueces sobre la importancia de hacer que los juicios que afectan a los niños sean más accesibles y comprensibles para los ellos. Ciertamente, este es un desarrollo interesante a la luz de los conceptos de justicia adaptada para niños y su acceso a la justicia. Las Directrices sobre la justicia adaptada para la infancia enfatizan la importancia de "las sentencias y resoluciones judiciales que afectan al niño (...) explicadas en un lenguaje que éste pueda entender, particularmente, aquellas decisiones en las que no se han seguido su punto de vista y opinión".¹⁰⁹ Aunque debe reconocerse que emitir juicios en un lenguaje adaptado para los niños y las niñas no es algo fácil de hacer y plantea muchas preguntas, incluyendo aquéllas relacionadas con el papel que juegan los tribunales (y otros profesionales del derecho) y su responsabilidad, así

¹⁰⁷ Una (Carta a una persona joven), Re (Rev 1) [2017] EWFC 48 (26 de julio de 2017).

¹⁰⁸ Para más ejemplos, véase Stalford, H. y Hollingsworth, K. (de próxima publicación).

¹⁰⁹ Primera parte, cap. IV, directriz 49.

como la capacitación, los medios y tiempo disponibles con los que cuentan los profesionales del Poder Judicial para que emitan juicios más accesibles para los niños, está claro que los juicios adaptados reflejan un cierto nivel de liderazgo. Se trata de un liderazgo y compromiso entre los profesionales del Poder Judicial para la implementación de las nociones internacionales de los derechos del niño y la niña en su práctica legal y para el reconocimiento de los niños no sólo como titulares de derechos, sino también como actores que se ven afectados —directa o indirectamente—, en asuntos del derecho de familia.

VI. Algunas observaciones finales

Está claro que el sistema legal holandés, particularmente, el sistema de derecho de familia, se ha vuelto más sensible a los derechos de los niños, su acceso a la justicia y al concepto de justicia adaptada para estos últimos. A pesar de ello, es posible argumentar que el sistema legal y la tradición holandesas —en su estado actual y en desarrollo— justifican un enfoque crítico con base en los derechos de los NNA y los principios de la justicia adaptada para estos. Entre otros aspectos que resultan criticables se encuentran la incapacidad legal de los niños o menores (como regla general) y la limitación de doce años de edad, para que los niños siempre sean escuchados por el tribunal. Ambos aspectos, entre otros posibles, requieren una mayor reflexión y una posible reevaluación a la luz del compromiso que ha adquirido el Gobierno holandés respecto a los derechos del niño y la niña al haber ratificado en 1995 la CDN. Teniendo en cuenta la tradición del derecho civil en los Países Bajos, sería esperar demasiado que el Poder Judicial sea el líder en este asunto de forma independiente y sin el apoyo del legislador. Sin embargo, y como demuestran distintos capítulos de este libro, los tribunales podrían dar un paso adelante al reconocer que en los últimos 30 años los derechos del niño y la niña se han convertido en una importante fuente de derecho, lo cual también debe tomarse en serio a la luz de la creciente referencia e inclusión de la jurisprudencia de los tribunales europeos.

CAPÍTULO 10

Constitución y familia en México: nuevas coordenadas

Ana María Ibarra Olguín*

Sofía del Carmen Treviño Fernández**

* Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

** Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

Se ha hablado ya desde hace varios años sobre la constitucionalización del derecho de familia como parte de un fenómeno generalizado de constitucionalización del derecho¹ y del derecho privado.² De manera más reciente, algunos autores han destacado, especialmente en Latinoamérica, un proceso de transformación del derecho de familia a partir de la

¹ En las discusiones sobre neoconstitucionalismo, Riccardo Guastini ha desarrollado la idea de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, para lo cual identifica ciertas características, entre ellas, contar con una Constitución vinculante y rígida que se "sobreinterpreta" y se aplica directamente, garantizada por un control judicial fuerte. *Cfr.* GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009; GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento: concepto y condiciones", *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 153-166. Sobre la constitucionalización del derecho privado ver CALDERÓN VILLEGAS, J.J., *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Bogotá, Temis, 2010; KEMELMAJER de Carlucci, A., "Codificación y constitucionalización del Derecho Civil", en MARTINIC Galetovic, M. D.; RIOS Labbé, S. y TAPIA, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1193-1213.

² Isabel C. Jaramillo ha identificado debates sobre la constitucionalización del derecho privado que inician desde la década de los años treinta del siglo pasado en relación con la inclusión de derechos sociales en las constituciones. *Cfr.* JARAMILLO, I. C., "The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Canonical Family Law Treatises of Latin America", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, No. 4, 2010, pp. 843-872.

incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y de un desarrollo jurisprudencial que "impregna" el derecho que regula las relaciones familiares.³ Esta transformación implicaría cuestionar las bases de la dogmática del derecho de familia ancladas en una concepción orgánica e ideal y en una distribución desigual de beneficios o derechos en el seno familiar. Este capítulo está inmerso en este debate de las últimas décadas en relación con el derecho de familia en México.

Nos gustaría distinguir entre dos fenómenos diferentes de "constitucionalización". Por un lado, la constitucionalización del derecho de familia puede referirse a la introducción al texto constitucional de temas que impactan el derecho familiar, es decir, la incorporación de cláusulas constitucionales que se refieran a la familia. Por otro lado, también podríamos hablar de la constitucionalización del derecho de familia mediante actividad judicial, esto es, la definición de ciertos conflictos y relaciones familiares en términos de derechos constitucionales a través de decisiones judiciales, principalmente en sede constitucional.

En nuestra opinión, el derecho de familia en México se encuentra en este proceso de cambio desde hace un par de décadas, pero de manera más pronunciada en los últimos diez años. Por esta razón, en estas páginas daremos cuenta de estas transformaciones que no han sido analíticamente sistematizadas en México y que apuntan hacia la constitucionalización. Consideramos que las dos facetas descritas anteriormente nos permiten hablar sobre una nueva relación entre el derecho constitucional y el derecho de familia en México. Por un lado, modificaciones al texto constitucional, incluyendo la incorporación de tratados de derechos humanos, como la Convención de los Derechos del Niño (CDN) o la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación

³ ESPEJO N. y LATHROP F., "Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America", *The Cambridge Companion to Comparative Family Law*, 2019, pp. 128-157. LATHROP F., "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno", *Estudios constitucionales*, Vol. 15, No. 1, 2017; MEYER, D. D., "The Constitutionalization of Family Law", *Family Law Quarterly*, Vol. 42, No. 3, 2008, pp. 529-572.

contra la Mujer (CEDAW), han ensanchado el derecho constitucional que afecta las relaciones familiares. Por el otro, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha tocado todos los temas básicos del derecho de familia y expandido sus fronteras, tanto con la aplicación directa como con el desarrollo de derechos constitucionales (ya sean de fuente nacional o internacional).

Los cambios que describiremos en este capítulo permiten concluir que el derecho de familia no puede entenderse sin tomar en cuenta su nueva relación con el derecho constitucional: los problemas de derecho de familia se han traducido en conflictos entre derechos que tocan las fibras más delicadas de los principios constitucionales: autonomía, libertad e igualdad. Además, conflictos encapsulados en el derecho de familia han contribuido también al desarrollo de la doctrina constitucional de la Suprema Corte.

Ahora bien, consideramos necesario partir de una definición tentativa del derecho de familia para el desarrollo del presente trabajo. Cuando hablamos del derecho de familia nos referimos a la rama del derecho que regula la creación y disolución de las relaciones jurídicas familiares y que determina los derechos y responsabilidades legales derivadas de la situación familiar. Esto significa que el derecho de familia decide quién cuenta como miembro legal de la familia y quién no, cómo se inician y terminan las relaciones jurídicas familiares, y qué significa (legalmente) ser un miembro de la familia.⁴

Bajo esta perspectiva, analizamos la experiencia mexicana de evolución del derecho de familia, pues consideramos que en los últimos diez años ninguna "institución" se ha visto intacta. Para concluir lo anterior, consideramos que existen nuevas respuestas a las preguntas básicas que el derecho familiar ha buscado contestar, a saber, ¿cómo y quiénes integran una

⁴ Aquí retomamos la propuesta de definición de Jill Hasday que desarrolla en HASDAY J. E., *Family Law Reimagined*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

familia? ¿qué derechos y responsabilidades derivan de la relación familiar? Con base en la definición propuesta, el tema central del derecho familiar consiste en dar respuesta a estas preguntas.

Por otra parte, en tanto las normas (en sentido amplio) emitidas por las autoridades —el Estado— son las que determinan la existencia de estos deberes y beneficios legales, nos interesa saber cómo y de qué maneras el derecho estructura la vida familiar y bajo qué tipo de justificación o justificaciones lo hace, esto es, cómo el Estado "interviene"⁵ o determina a la familia. Además, en tanto no solo es el derecho familiar el que influye en este tipo de relaciones, necesitamos saber cómo otros ámbitos del derecho se refieren a la familia y se cruzan con el derecho familiar. Fundamentalmente, queremos saber ¿cómo y para qué interviene el derecho en las familias?

A partir del hallazgo de nuevas respuestas es que podemos hablar de una transformación del derecho de familia. En tanto las respuestas se han dado en clave de derechos constitucionales, podemos hablar de la constitucionalización del derecho de familia, es decir de la influencia de la doctrina constitucional en la regulación de las relaciones familiares.

Pero indagar sobre lo nuevo, necesariamente, nos hace preguntarnos bajo qué paradigma respondía el derecho a estas cuestiones. La literatura especializada en familia ha abordado ya este tema desde diversas perspectivas. Por ejemplo, la literatura crítica habla sobre el "excepcionalismo" del derecho de familia y, principalmente, cuestiona la idea tradicional de la familia como un orden natural o social dado que se refiere a un ámbito privado fuera de las relaciones económicas del mercado.⁶

⁵ Para Francis E. Olsen, "(e)l Estado define a la familia y determina los roles dentro de la familia; no tiene sentido hablar de intervención o no intervención, porque el Estado constantemente define y redefine la familia y ajusta y reajusta los roles familiares." (Traducción propia de OLSEN F. E., "The Myth of State Intervention in the Family", *Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 18, No. 835, 1985, p. 842).

⁶ Alma Beltrán y Puga retoma esta corriente crítica del derecho de familia para hablar sobre México a partir de la literatura estadounidense y del trabajo de Isabel Jaramillo en Colombia. *Cfr.* BELTRÁN y

Para esta visión, el derecho de familia considera como "miembros" solo a aquellos que integran esa familia "ideal" derivada de un orden natural o social, generalmente integrada por un matrimonio entre personas de diferente sexo con hijos. La distribución de los derechos y obligaciones, bajo esta perspectiva, se rige por relaciones de poder jerárquico patriarcal en las que el Estado no debe intervenir por tratarse de relaciones privadas de afecto y solidaridad. Esta es la forma de familia a la que el derecho está dirigida, y por lo tanto, la forma de familia que el derecho constituye.

Otra manera de acercarse al problema es desde lo que Jill Hasday ha llamado los cánones del derecho de familia, en su estudio sobre el tema en Estados Unidos. Por *canon* se refiere a las narrativas mediante las cuales operadores, abogados, jueces y profesores se acercan a la materia y definen cuáles son los textos fundacionales (leyes y sentencias) que guían y dan sentido a su actuación. Si bien esta autora estudia el contexto norteamericano, podríamos trasladar su análisis a nuestra experiencia, en cuanto que también parecen describir nuestro entendimiento del derecho relacionado con la familia.

En su crítica, Hasday se refiere a cinco características que también parecen dar luz a las preguntas iniciales. En primer lugar, el canon del derecho de familia lo describe como un derecho local y estable, que está fuera de la federalización/centralización del derecho. En segundo lugar, el derecho de familia se concibe a sí mismo ajeno a la economía del mercado en tanto prohíbe intercambios económicos en el seno familiar que sí se dan en otros ámbitos. Además, el derecho de familia —dirá el canon tradicional— se distingue del derecho a la seguridad social o del derecho de asistencia social en tanto se refiere exclusivamente a relaciones privadas.

PUGA, A., "La laicidad y el excepcionalismo del derecho de familia en México: Un apunte histórico", *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*. MEDINA, M. J. y CAPDEVIELLE, P. (COORDS.), *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013; HALLEY, J. y RITTICH, K., "Critical Directions in Comparative Family Law, Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism", *American journal of comparative law*, No. 4, 2010, pp. 753-775; HALLEY, J., "What is Family Law? A Genealogy Part I", *Yale Journal of the Law and the Humanities*, Connecticut, Vol. 23, No. 1, 2011.

Finalmente, para Hasday, se pretende sostener que el derecho de familia (ahora ya) prioriza la igualdad de género y el mejor interés de los niños mientras antes no lo hacía, al mismo tiempo que se centra en el matrimonio y la paternidad, dejando de lado otros nexos familiares, como podrían ser hermanos, abuelos, etcétera.⁷

Estos trabajos y otros⁸ insisten en recalcar (y cuestionar) la centralidad del matrimonio para toda la producción normativa en materia de familia, necesaria para sostener la concepción orgánica e ideal en la cual los padres tienen poder completo sobre sus hijos, fuera de la intervención estatal; y en la que es desigual la distribución de las cargas y los beneficios derivados de las relaciones de familia (ya sea, entre hombres y mujeres, entre padres e hijos o entre personas con discapacidad y tutores). Además, esta visión también resalta lo "natural" de la familia, esto es, la centralidad de la procreación, el determinismo de las relaciones biológicas y de los roles de género en la crianza y en el cuidado.

Esta concepción o paradigma —herencia del colonialismo y la codificación—⁹ se reflejó en las "instituciones del derecho de familia", en los códigos y leyes familiares que existen en cada entidad de nuestro país, en los libros de derecho familiar, así como en las mentes de los mexicanos (abogados y no abogados).¹⁰ Esto es, se convirtieron en formas profundamente arraigadas y generalizadas de pensar sobre el derecho de familia y sus principios rectores, que se fortalecieron durante décadas con su repetida invocación. Nuestra postura es que la revisión del derecho familiar, derivada de la incidencia del derecho de los derechos humanos tanto en la creación de leyes como en el desarrollo jurisprudencial, apunta

⁷ Cfr. HASDAY, J. E., *op. cit.*, *supra* nota 4; HASDAY, J. E., "The Canon of Family Law", *Stanford Law Review*, Vol. 57, No. 3, 2004, pp. 825-900.

⁸ SAEZ, M., "Transforming Family Law Through Same-Sex Marriage: Lessons from (and to) the Western World", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 25, pp. 125-196.

⁹ BELTRÁN y PUGA, A., *op. cit.*, *supra* nota 6.

¹⁰ Cfr. WELTI, C., ¡Qué familia! *La familia en México en el siglo XXI*, Encuesta Nacional de Familia, México, UNAM-IJ, 2015.

hacia nuevas respuestas sobre derecho y familia y, posiblemente, hacia un nuevo paradigma de esa relación.

Nos gustaría destacar que este es un primer estudio introductorio para poner en discusión el proceso de cambio del derecho de familia en la Constitución y jurisprudencia mexicanas que describiremos. Esperamos que la reconstrucción que realizamos dé pie a los muchos debates que aquí solo mencionamos brevemente. Así, reconocemos que no puede entenderse la constitucionalización del derecho de familia como un fenómeno independiente de la constitucionalización del derecho en general y del proceso de cambio constitucional en nuestro país. No obstante, la finalidad última de este escrito es que los cambios de los que aquí daremos cuenta permitan partir de un nuevo piso para la construcción de una doctrina propia del derecho de familia que no tenga el mismo punto ciego: el refuerzo de las dicotomías público/privado, familia/mercado o cuidado/trabajo. Tal vez así será posible crear una teorización más sofisticada de la relación entre el derecho y la familia.

Estructuramos este trabajo en tres apartados. En el primero hablaremos de una de las facetas de constitucionalización: los cambios en las normas que elevan a rango constitucional tanto la protección de las relaciones familiares como los principios y derechos que le dan sentido y federalizan debates que se entendían exclusivos del derecho local (I). En segundo lugar, describiremos cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema mexicana ha dado sentido a estas incorporaciones y ha expandido el alcance de ciertos derechos para darles contenido en el derecho de las relaciones familiares (II).

A manera de conclusión, profundizaremos en las preguntas que hemos planteado en esta introducción para sustentar por qué consideramos que podemos hablar de un fenómeno de constitucionalización que, si bien complejiza lo que se entendía por derecho de familia, no lo vacía de contenido. Además, así como el derecho constitucional ha penetrado en el

derecho de familia, el derecho de familia también ha contribuido a desarrollar nuevas doctrinas de derecho constitucional que, a su vez, han permeado otras áreas del derecho (III).

I. La familiarización del derecho constitucional federal: cambios en la ley

Es posible analizar el proceso de constitucionalización con la mirada en los procesos de incorporación al texto constitucional de aspectos que normalmente se relacionan con el derecho de familia, o con el reconocimiento de derechos que necesariamente tendrán un impacto en la regulación familiar. En este apartado, por un lado, analizaremos de manera muy breve cómo la Constitución se ha referido a la familia y, por otro, cómo la incorporación de los tratados internacionales a rango constitucional ha modificado no solo el parámetro de constitucionalidad, sino que también ha motivado la incorporación de nuevos conceptos al texto constitucional que han influido de manera muy importante en el derecho de familia.

Por otra parte, hablaremos de cómo algunas reformas constitucionales han motivado la creación de diversas leyes generales para la protección de ciertos grupos que, si bien no forman parte del derecho constitucional en sentido estricto, federalizan la regulación de ciertos temas que impactan necesariamente el derecho de las relaciones familiares. Lo anterior se vuelve más pronunciado si se reconoce que ciertas áreas del derecho, que no se han considerado como estrictamente "derecho de familia", trascienden a esas relaciones, y son constitucionalmente materia federal o concurrente. El recuento de este proceso permite conocer cómo se ha modificado el derecho de familia en nuestro país a partir de la penetración del derecho de los derechos humanos (a nivel constitucional, internacional o federal), y de una nueva visión sobre la regulación del Estado sobre la familia, en materias no previstas por el código civil.

1. La familia en la Constitución mexicana

Para hablar de la "familiarización del derecho constitucional" o lo que algunos llaman derecho familiar constitucional,¹¹ es necesario traer a cuenta dos aspectos distintos, pero relacionados. La Constitución mexicana, a diferencia de otras constituciones de la región,¹² no regulaba de manera específica a la familia en su texto original. Hasta hoy, la Constitución protege a la familia como principio, pero no regula su creación o disolución ni establece alguna definición. No obstante, múltiples reformas han reforzado esa protección e incorporado otros principios o derechos que gradualmente han impactado en el derecho familiar. En este sentido, la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en la materia es doble; por un lado, se ha utilizado como argumento para modificar el texto constitucional, por ejemplo, en la incorporación del interés superior de la niñez; y, por el otro, en la incorporación de los derechos humanos previstos en tratados internacionales a través de la reforma al artículo 1o. constitucional.

Desde la década de los años ochenta, México ha transitado hacia el reconocimiento e incorporación del derecho internacional, específicamente, hacia el derecho internacional de los derechos humanos, tanto con el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (Corte IDH), como con la suscripción de múltiples tratados. Sin embargo, no fue hasta la reforma constitucional de 2011 que se consolidó este proceso, al introducir como nuevo parámetro de análisis constitucional a las normas contenidas en los tratados internacionales en materia de derecho humanos.

¹¹ Cfr. PRIETO V., M. y PRIETO V., Amanda, "Derecho familiar constitucional", *Revista de investigación en Derecho, Criminológica y Consultoría Jurídica*. Año 9, No. 18, oct. 2015-mar. 2016, pp. 213-217.

¹² Cfr. VILLABELLA-ARMENGOL, C. M., "Constitución y familia. Un estudio comparado", *Dikaion*. Vol. 25, No. 1, 2016, pp. 100-131.

La reforma de derechos humanos, que no solo modificó el primer artículo constitucional, sino que además trastocó de manera fundamental el orden constitucional, permite sostener que múltiples tratados, —como la Convención para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) de 1979, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará) de 1995, o la Convención de los Derechos del Niño (CDI) de 1990—, tienen rango constitucional. El reconocimiento de los derechos ahí contenidos ha modificado el derecho de las relaciones familiares y ha sido un elemento crucial para la construcción jurisprudencial de la materia, como se verá más adelante.

Ciertas incorporaciones a la Constitución han tenido un impacto significativo en la regulación de las relaciones familiares. En primer lugar, la incorporación del interés superior de la niñez, en octubre de 2011, marca el reconocimiento de lo ya desarrollado a nivel internacional y en la jurisprudencia de la Suprema Corte. El primer asunto que puede identificarse en el que se habla del "interés superior del menor" es la contradicción de tesis 106/2004 de la Primera Sala, resuelta en noviembre de 2005. Esta misma reforma añadió, además, la facultad del Congreso Federal para expedir leyes que desarrollaran los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA) de manera concurrente, precisamente, a la luz de su interés superior y de los tratados internacionales en la materia.

Sobre este tema también hay reformas muy recientes en materia educativa, como la inclusión del interés superior de la niñez como principio rector en los servicios educativos de mayo de 2019. Decreto cuya exposición de motivos insiste en la transformación motivada por la Convención de los Derechos del Niño que abandonó el modelo tutelar para dar paso a la visión del niño o niña como "actor social relevante y visible en el espacio público".¹³ En este sentido, el interés superior de la infancia, como principio reconocido textualmente, ha venido a justificar el desarrollo

¹³ CPEUM, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de mayo de 2019.

doctrinal y jurisprudencial, y fungido como uno de los ejes rectores de las transformaciones al derecho de familia.

Por otra parte, en 2014, se incorporó el derecho a la identidad y al registro inmediato después del nacimiento como un derecho necesario para poder ejercer otros derechos, e incluso, se previó en el texto constitucional la gratuidad en la expedición de la primer acta de nacimiento. También, como se verá más adelante, el derecho a la identidad ha influido en el desarrollo de la jurisprudencia sobre derecho familiar. Finalmente, reformas recientes han incorporado la paridad y la perspectiva de género en diferentes ámbitos, desde el educativo hasta el de la representación en cargos públicos.

En este sentido, otro eje rector para la evolución del derecho de familia —aunque no es de reciente reconocimiento constitucional— es el principio de igualdad. En la Constitución mexicana, la igualdad entre "varón y mujer", así como el derecho a decidir sobre el número y espaciamento de los hijos, se incorporaron en 1974 como parte de la consolidación de los movimientos feministas de las décadas de los años 60 y 70. En esa misma reforma, se estableció la obligación, que sería desarrollada en la ley, de protección de "la organización y el desarrollo de la familia". Mientras que en 1983 se incorporó el derecho de las familias de disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

En otro aspecto, debemos destacar el artículo 123 constitucional que regula el derecho laboral y la seguridad social en México, pues es el que más menciones incluye de la familia o los familiares y de los únicos preceptos que hablaron sobre familia en la Constitución de 1917, al lado del patrimonio de familia en el artículo 27 y de la prohibición de las injerencias arbitrarias del artículo 16.¹⁴ El artículo 123 abarca desde el derecho de

¹⁴ De la interpretación del artículo 16 constitucional, en relación con el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, en las sentencias recaídas al Amparo directo en revisión 3859/2014 y del Amparo en revisión 208/2016, se reconoció

preferencia para los trabajadores que son "jefes de familia", hasta la extensión de los beneficios médicos y de seguridad social a los miembros de la familia del trabajador y de otros sectores sociales. Es interesante mencionar que la protección a trabajadoras embarazadas, que incluye el descanso pagado en el período inmediato al nacimiento y los recesos para la lactancia, fueron previstos en el texto constitucional original de 1917, y reforzados también en 1974 con la incorporación de la obligación de conservar el empleo y todos los derechos que hubiera adquirido con motivo de la relación de trabajo.

Finalmente, en cuanto a reformas específicas sobre familia en la Constitución, es importante mencionar también las siguientes. Con la reforma constitucional de 2015, sobre justicia penal para adolescentes, se incorporó la reinserción familiar como uno de los fines prioritarios de este régimen en el artículo 18. Además, la reforma en materia de amparo, también de 2011, introdujo la "estabilidad de la familia" como un interés que debe protegerse en estos juicios (artículo 107 constitucional). De manera más importante, el "derecho a la protección de la familia" se reconoció textualmente hasta la reforma de derechos humanos de 2011, en el artículo 29 constitucional, como uno de los derechos que no puede restringirse o suspenderse. Vale destacar que de la exposición de motivos se desprende que el listado de los derechos que no pueden suspenderse fue extraído directamente del artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin duda, la reforma más relevante en relación con el derecho de familia fue la publicada en 2017, a la luz de las reformas de *Justicia Cotidiana* en las que se le otorgaron facultades al Congreso Federal para emitir una legislación única en materia procesal civil y familiar. El tiempo estipulado para emitir el que sería un código único terminó ya hace mucho (en marzo de 2018), y no hay luces sobre cuándo se emitirá la legislación mediante

el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de la familia.

la cual se regirán alrededor de 85% de los procesos judiciales locales¹⁵ y que además servirá como código supletorio para casi todos los juicios del país.

Ahora bien, de las reformas referidas podemos concluir que la Constitución mexicana ha incorporado progresivamente protecciones a la familia o ha previsto derechos que han reconfigurado el derecho familiar. Vale destacar que el texto de la Constitución se reforma con frecuencia, lo que ha llevado a ciertos autores a cuestionar los mecanismos de cambio constitucional mexicano.¹⁶ No obstante, también es posible concluir que, a pesar de lo detallado del texto constitucional, éste no regula de manera específica temas de familia,¹⁷ a pesar de un intento en ese sentido.

Con motivo del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México de 2009, y el posterior desarrollo jurisprudencial que declaraba inconstitucional toda legislación civil que limitara el acceso al matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer, en 2016, el entonces presidente presentó una iniciativa de reforma que "constitucionalizaría"¹⁸ el matrimonio igualitario, con el propósito expreso de establecer una protección constitucional que evitara restricciones injustificadas al derecho de contraer matrimonio.¹⁹ Esto, en el contexto de que a pesar de la jurisprudencia de la Corte, había —y hay, hasta el día de hoy— entidades federativas que no reconocían el matrimonio entre

¹⁵ CIDE, *Informe de resultados de Justicia Cotidiana*, México, CIDE, 2015, p. 16.

¹⁶ Cfr. POZAS LOYO, A., "El procedimiento de la reforma constitucional: un examen crítico", y POU GIMÉNEZ, F., "Las ineficacias legales y políticas del Hiper-reformismo constitucional mexicano", en CASAR, M. A. y MARVÁN, I. (coords.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México (1997-2012)*, México, Taurus, 2014, pp. 13-85.

¹⁷ En contraste, véase, el artículo 42 de la Constitución colombiana, el cap. VII de la Constitución brasileña o el contenido de la Constitución de Ecuador (arts. 67 y ss.) o la de Bolivia (sección VI), entre otras.

¹⁸ La reforma añadiría un párrafo en el que se establecería que el derecho a contraer matrimonio no puede restringirse a ninguna persona mayor de 18 años por motivos relacionados con el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la salud o las condiciones sociales, la religión, las preferencias sexuales o cualquier otra que atente contra la dignidad humana.

¹⁹ JUSTICIA COTIDIANA. "Iniciativa de Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Oficio No. SELAP/300/1175/16, 17 de mayo de 2016.

personas del mismo sexo en su código o ley familiar. Después de una movilización conservadora y religiosa en contra de la iniciativa, la Cámara de Diputados rechazó la propuesta presidencial.

En la respectiva sesión legislativa, algunos miembros de la mayoría sostuvieron que le correspondía a cada estado legislar en materia civil, razón por la cual apoyar la iniciativa iba en contra de la autonomía de los estados.²⁰ Esta conclusión es extraordinaria si se considera que el matrimonio igualitario en ese momento ya había sido reconocido por la Corte mexicana de manera reiterada, y nos muestra cómo es la visión de, al menos algunos, legisladores sobre lo local en materia del derecho de familia. Este acontecimiento da paso al siguiente punto que trataremos en este apartado, que si bien no se refiere a la constitucionalización del derecho de familia, sí a su posible federalización.

2. ¿Derecho familiar federalizado?

En primer lugar, debe reconocerse también que la intervención federal en el derecho que rige las relaciones familiares ya es importante, independientemente de la federalización del derecho, ya sea a través de leyes generales o de decisiones de tribunales federales. Lo anterior, a pesar de la concepción sobre lo "local" del derecho de familia.

La penetración del derecho de los derechos humanos en el derecho de familia no se ha dado únicamente a nivel constitucional. En las últimas décadas se ha dado una expansión importante en el número de leyes y reglamentos de protección de derechos humanos que impactan en el derecho de las relaciones familiares. En primer lugar, las leyes publicadas en 2006 sobre igualdad de las mujeres resultan relevantes. Tanto la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia como

²⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, Comisión vota en contra de dictamen que proponía matrimonio igualitario, Boletín No. 2517, 9 de noviembre de 2016.

la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres buscaron reconfigurar las relaciones entre hombres y mujeres incluso dentro del hogar. En especial, el desarrollo en temas de violencia familiar (si bien no siempre efectivo)²¹ visibiliza las dimensiones de poder dentro de los hogares y otorga mecanismos de protección para víctimas de violencia. La dimensión "privada" y "local" del derecho de familia parece desdibujarse con la creación de legislación federal que atañe a los derechos de las personas y reconoce la igualdad por razones de género.

Por otro lado, existen leyes que regulan los derechos de ciertos grupos de manera específica, como son: la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores o la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, que en partes se refieren de manera explícita a las relaciones de familia de estos sujetos y a los deberes de protección que se les deben dentro y fuera del entorno familiar. Estas leyes reestructuran también este tipo de relaciones, pues otorgan a los integrantes de una familia derechos frente a los otros miembros familiares, así como frente al Estado, derechos que derivan del reconocimiento de su dignidad y autonomía como personas independientes.

Finalmente, la existencia de un Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o, incluso, de la Ley de Asistencia Social o la Ley General de Salud permite desarrollar la idea de que el derecho de familia no es únicamente aquél previsto en los códigos civiles o leyes familiares, pues existe una dimensión familiar en otras áreas del derecho.²² En el derecho agrario, por ejemplo, la transmisión de derechos ejidales involucra la determinación de relaciones familiares, como sería la preferencia de la esposa sobre los hijos en caso de defunción del ejidatario, sin que hubiera lista sucesoria. En el derecho fiscal o migratorio, el reconocimiento de ciertos beneficios depende también de la determinación legal de una relación familiar.

²¹ Véase, *supra* nota 9.

²² Cfr. HALLEY, J. y RITTICH, K., *op. cit.*, *supra* nota 6.

De manera más relevante, el derecho a la seguridad social, que está legislado a nivel federal de manera general, tiene un efecto muy importante en la distribución de beneficios materiales y de aseguramiento en el seno familiar, e incluso en algunos casos la definición de cuestiones que se considerarían estrictamente materia de derecho de familia son construidas a nivel federal como, por ejemplo, la determinación de cuándo existe un concubinato²³ o si se deben reconocer derechos a las parejas del mismo sexo.²⁴ Entonces, como se mencionó, lo relevante termina siendo a qué nivel de gobierno consideramos que ciertos temas de derecho de familia deben de ser regulados, sin que podamos afirmar, entonces, que "lo familiar es materia local".

En este sentido, cuando hablamos de la constitucionalización del derecho de familia o de la penetración del derecho de los derechos humanos en la regulación de las relaciones familiares, debemos tomar en cuenta tanto las modificaciones constitucionales, ya sea con cambios al texto constitucional o a través de la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como las transformaciones derivadas de leyes generales, cuyo estatus es constitucional a la luz de los límites entre lo que consideramos qué es o no el derecho de familia.

Lo hasta aquí descrito se refiere a las modificaciones a la Constitución Federal y a la emisión de leyes para la protección de derechos humanos que han contribuido a este proceso de constitucionalización. En contraste, la regulación a nivel estatal, en atención a la pluralidad de los

²³ En este sentido, el artículo 130 de la Ley del Seguro Social condiciona el derecho a recibir una pensión de viudez a "la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato". Esta definición de concubinato fue declarada constitucional por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el AR 343/2019, resuelto el 5 de septiembre de 2019.

²⁴ En el amparo en revisión 485/2013, la Suprema Corte determinó que el artículo 84, fracción III de la Ley del Seguro Social leído en su literalidad resultaba inconstitucional. SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 485/2013, 29 de enero de 2014. También, el amparo en revisión 750/2018 de la misma Sala abordó el tema en relación con las pensiones de viudez. SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 750/2018, 9 de enero de 2019.

mismos, se ha modificado a paso mucho más lento. Más bien, la jurisprudencia constitucional ha sido la que ha dado forma y contenido a los derechos humanos dentro de los conflictos de carácter familiar. Como abordaremos en el siguiente apartado, el papel de la Corte mexicana y de los tribunales federales ha sido parte esencial del proceso de constitucionalización.

II. La constitucionalización del derecho de familia: transformación jurisprudencial

En este apartado describiremos cómo la Suprema Corte mexicana, funcionando en Pleno o en Salas,²⁵ ha aplicado los principios contenidos tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales y en las leyes federales, en la regulación de las relaciones familiares; y cómo, a partir de estos principios, ha reconfigurado prácticamente todo el derecho de familia.²⁶ Como hemos señalado, estos ajustes "constitucionales" no han correspondido a una reforma legal de gran calado que deje atrás los paradigmas en la concepción tradicional de la familia, anclada en roles de género y en la idea de que los NNA son sólo sujetos de protección. En ese sentido, la Corte ha tenido que *suplir al legislador ordinario* para resolver los conflictos que surgen de las nuevas coordenadas constitucionales. De igual manera, los casos muestran que, en muchas ocasiones, los conflictos de familia son entre derechos humanos que no admiten soluciones uniformes, sino soluciones basadas en juicios de ponderación.

Haremos un breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte en los distintos ámbitos que informan el derecho de familia. Desde luego, solo

²⁵ Abordaremos principalmente casos de la Primera Sala, por ser los asuntos de familia de su competencia; sin embargo, tanto el Pleno como la Segunda Sala también han desarrollado jurisprudencia sobre interés superior de la niñez o de igualdad por razones de género.

²⁶ Habría que estudiar la labor de los tribunales locales, ya sea, aplicando la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de México y de los tribunales federales, o a partir de innovaciones y criterios propios.

retomamos algunos de los casos que consideramos clave en el proceso de constitucionalización del derecho de familia. Como veremos, la doctrina de la Suprema Corte en materia familiar se ha articulado esencialmente en dos ejes: el interés superior de la niñez y el derecho a la igualdad.

1. Niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos

Partimos del interés superior de la niñez (i) y su proyección en la autonomía de los niños, niñas y adolescentes (ii), para llegar a la tríada —niños, padres y Estado—objeto de estudio, bajo el concepto de responsabilidad parental (iii). Luego, veremos cómo el interés superior de la niñez también dio lugar a una nueva comprensión de la parentalidad que ya no se identifica con el hecho biológico (iv). Esta evolución motivó el que se protegieran todos los tipos de familia y se cuestionaran los roles dentro de la vida familiar.

1.1. Interés superior de la niñez

Sin duda alguna, el principio denominado interés superior de la niñez ha tenido un papel muy importante en el proceso de constitucionalización del derecho de familia. A partir de este principio, muchos temas de familia entendidos tradicionalmente como cuestiones de legalidad se han articulado como conflictos de derechos humanos.²⁷

Como mencionamos, en México, la incorporación expresa de este principio al texto constitucional fue posterior a la interpretación de la Suprema Corte²⁸ que lo encontró implícito en la regulación de los derechos

²⁷ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., "La doctrina de la Suprema Corte sobre el interés superior del niño y su incidencia en el Derecho Familiar", en CASTAÑEDA RIVAS, M. L. (ed.), *Libro homenaje a la jurista Olga Sánchez Cordero*, México, UNAM, 2014.

²⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1187/2010, 1 de enero de 2019.

de los NNA previstos en el artículo 4o. de la Constitución.²⁹ De acuerdo con la jurisprudencia, este principio tiene una función tanto justificativa como directiva. Por un lado, justifica todos los derechos que tienen por objeto la protección de la niñez, y por otro, opera como una directriz para juzgadores, legisladores y autoridades administrativas.³⁰ En tanto directriz, ordena actuar de acuerdo con "lo que es mejor para un niño".³¹

¿Qué significa dar prioridad al interés de la infancia? La Corte ha calificado este principio como un "concepto jurídico indeterminado".³² No obstante, ha dicho que el interés superior del niño impone la necesidad de establecer medidas agravadas o reforzadas a favor de la niñez;³³ y, a partir de ese mandato, ha delineado sus márgenes de aplicación. Así, la jurisprudencia establece, por un lado, una serie de deberes concretos a cargo de los jueces y otras autoridades, y, por otro, criterios que deben

²⁹ CPEUM, Artículo 4o. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

(...)

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

(...)

³⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1187/2010, 1 de enero de 2019.

³¹ Véase, entre otros, SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 430/2013, 28 de mayo de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3466/2013, 7 de mayo de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3859/2014, 23 de septiembre de 2015, y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2618/2013, 23 de octubre de 2013.

³² Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012, 5 de diciembre de 2012 y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2554/2012, 16 de enero de 2013.

³³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 12/2010, 2 de marzo de 2011.

ponderarse a la hora de decidir cuestiones que involucren los derechos de los niños. En ese sentido, el interés superior del niño se configura como un principio que establece una serie de deberes específicos a la vez que ordena ponderar cuidadosamente las circunstancias particulares de los casos en cuestión.

En cuanto a los deberes del juzgador, la Suprema Corte de México ha establecido la obligación de realizar una amplia suplencia de la queja cuando estén involucrados los NNA;³⁴ la obligación de ordenar el desahogo de las pruebas que sean necesarias para resolver el caso;³⁵ e incluso, *la potestad de recabar pruebas de oficio*;³⁶ y de valorar todo el material probatorio "que está integrado en autos, aun cuando vaya más allá de la *litis* planteada en la demanda".³⁷

Además, la Suprema Corte ha revisado la actuación de las entidades a cargo del cuidado de los niños de forma muy rigurosa.³⁸ En los casos paradigmáticos de *bullying* y madres en reclusión, ha establecido una serie de deberes para todas las autoridades administrativas y particulares que estén involucradas en el desarrollo de los niños. En el primer caso elaboró sobre los deberes de cuidado de instituciones educativas y, en consecuencia, los estándares para acreditar negligencia por parte de las autoridades escolares en atender el fenómeno.³⁹ En ese mismo sentido, la Suprema Corte ha advertido la necesidad de tomar medidas afirmativas que protejan a los menores de posibles actos de discriminación.⁴⁰ En los

³⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 645/2008, 29 de octubre de 2008.

³⁵ SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 496/2012, 6 de febrero de 2013

³⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2539/2010, 26 de enero de 2011.

³⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1187/2010, 1 de enero de 2010 y SCJN, Primera Sala, Amparo directo 2539/2010, 26 de enero de 2011.

³⁸ Al tiempo de indicar estos deberes concretos a cargo de autoridades y jueces, la Corte ha señalado que "el interés superior del menor no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta, en tanto las relaciones familiares son extraordinariamente complejas y variadas". En ese sentido, el juzgador debe valorar las características particulares de cada caso para determinar dónde se ubica el interés superior de la infancia. Así, la Suprema Corte ha ido estableciendo las circunstancias que deben ponderarse en las instituciones que involucran a los NNA. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

³⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo 35/2014, 15 de mayo de 2015, párr. 57-58.

⁴⁰ *Ibidem*.

casos de madres en reclusión se ha remarcado la atención que se debe prestar a la protección del vínculo materno.⁴¹ El deber de proteger a los NNA incluso obliga a las autoridades penitenciarias a valorar la situación de los niños que están bajo el cuidado de las personas en reclusión, al momento de otorgar beneficios preliberacionales.⁴²

En relación con el interés superior de los niños, tanto el cumplimiento de los deberes en concreto establecidos, como el mandato de no establecer soluciones totalizadoras, han sido calificados por la Suprema Corte como "cuestiones de constitucionalidad". La Corte ha entendido que el determinar el contenido del interés superior de la infancia, esto es determinar qué es mejor para los NNA, es una cuestión de constitucionalidad; mientras que, establecer la veracidad de los hechos es una cuestión de apreciación y valoración.⁴³ En esa línea, la interpretación del interés superior de la niñez ha justificado la competencia de la Suprema Corte, permitiéndole estudiar una gran cantidad de asuntos en los que se han reinterpretado muchas instituciones del derecho de familia a la luz de los derechos de los NNA.⁴⁴

En este sentido, los deberes que impone el interés superior de la niñez han generado que los jueces tengan un papel más activo en la resolución de las controversias familiares, pues se les faculta a ir más allá de la *litis* planteada, o incluso, de allegarse de oficio al material probatorio que necesiten para decidir lo mejor para el menor. Esta mayor discrecionalidad judicial ha contribuido a que los asuntos familiares se resuelvan en clave de derechos y, a partir de estos, puedan cuestionarse también las normas de los códigos de familia que estén en tensión con el interés superior del niño.⁴⁵

⁴¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 644/2017, 5 de julio de 2017, párr. 25-27.

⁴² SCJN, Primera Sala, Solicitud de reasunción de competencia 61/2015, 24 de febrero de 2016 y SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 644/2017, 8 de junio de 2017.

⁴³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2539/2010, 26 de enero de 2011.

⁴⁴ ZALDIVAR LELO DE LARREA, A. *op. cit.*, *supra* nota 27.

⁴⁵ *Ibidem*.

1.2. Sujetos completos (no en potencia) y autonomía progresiva de los NNA

Al igual que el interés superior de la infancia, el deber de considerar a los NNA como "sujeto titular de derechos autónomos"⁴⁶ y no solo como sujeto de protección, demandó el reinterpretar muchas de las instituciones familiares a partir de los derechos de la niñez y su agencia autónoma.

En esa línea, en sede jurisdiccional se empezó a reconocer que las niñas, niños y adolescentes son seres autónomos capaces de tomar decisiones por sí mismos. La Suprema Corte ha aplicado paulatinamente esta garantía de dos maneras. En un primer momento, estableció el deber de garantizar la participación de los niños en el proceso.⁴⁷ Al respecto, cabe destacar a los precedentes establecidos por la Primera Sala, de acuerdo con los cuales debe garantizarse que los niños comparezcan al juicio, con la finalidad de que el juez escuche su opinión.⁴⁸ Incluso se ha sostenido que el derecho de los menores para comparecer a juicio es una garantía del debido proceso.⁴⁹ Al mismo tiempo se estableció una serie de requisitos para que la opinión del niño sea recabada de manera adecuada.⁵⁰ No obstante, se indicó que aunque su opinión debe tomarse en cuenta para llegar a una decisión, no es la voluntad del niño la que determina la decisión.⁵¹

Luego, además del derecho de los NNA a participar en los procesos en los que se vean involucrados, la Corte estableció que pueden tomar decisiones por sí mismos conforme vaya aumentando su autonomía. Es decir, se

⁴⁶ FANLO Cortés, I., "Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos. Algunas notas introductorias", en *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, pp. 9-10.

⁴⁷ Véase SCJN, Primera Sala, Amparo directo 30/2008, 11 de marzo de 2009.

⁴⁸ Este derecho se ha desarrollado en las sentencias que resolvieron los siguientes asuntos: *contradicción de tesis 60/2008*, *amparo directo 30/2008*, *amparo en revisión 66/2011*, *contradicción de tesis 70/2012*, *contradicción de tesis 96/2012* y *amparo directo en revisión 2479/2012*.

⁴⁹ Al respecto, véase la sentencia de la Primera Sala, Amparo directo en revisión 2479/2012, de 24 de octubre de 2012.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Véase, entre otros, *Contradicción de tesis 60/2008-PS*; *Amparo directo en revisión 2479/2012*; *Amparo directo en revisión 1674/2014*; *Amparo directo en revisión 2618/2013*; *Amparo directo en revisión 2548/2014*; *Contradicción de tesis 256/2014* y *Amparo directo en revisión 4122/2015*.

incorporó el principio de autonomía progresiva de los NNA. Así, se dijo que en la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Conforme a la doctrina de la Primera Sala, a fin de determinar la capacidad de los niños para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos, es fundamental que los juzgadores realicen una ponderación entre la evaluación de las características propias del niño (edad, nivel de maduración, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor en el corto y largo plazo, entre otras cuestiones).⁵²

Este principio ha sido evaluado en casos de guarda y custodia⁵³ y restitución internacional de menores.⁵⁴ Sin embargo, han sido pocos los asuntos que realmente han puesto en tensión la voluntad parental o del Estado con la de los NNA. En ese sentido, resalta el *amparo en revisión 1049/2017*, en el que se evaluó la oposición de los padres de una niña de seis años a recibir transfusiones sanguíneas para tratar su padecimiento de leucemia por pertenecer a la religión de los Testigos de Jehová. En este precedente no se recabó la opinión de la niña por la situación de urgencia médica que planteaba el caso, sin embargo, se señaló que "el menor de edad podrá decidir qué tratamientos o intervenciones médicas recibir, siempre y cuando ello no afecte derechos de mayor entidad que su propia autonomía, en tanto la misma aún se encuentra en formación".⁵⁵

El principio de autonomía progresiva de los NNA implicó que una serie de normas establecidas en los códigos civiles fueran reinterpretadas por la Suprema Corte. De la misma manera, la Corte ordenó reponer muchos de los procedimientos en los que no fue tomada en consideración la

⁵² Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1674/2014, 15 de mayo de 2015. También, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

⁵³ Amparo directo en revisión 1674/2014, Amparo directo en revisión 2618/2013, Amparo directo en revisión 4122/2015.

⁵⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo 27/2016, 10 de enero de 2018.

⁵⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018.

opinión del menor.⁵⁶ Sin embargo, debido a la presión por zanjar la cuestión en tiempo o frente a otros elementos probatorios, en muchos otros casos se consideró que, a pesar de no haberse escuchado al niño, no conduciría a nada reponer el procedimiento.⁵⁷

En síntesis, tanto el interés superior de la niñez como la paulatina consideración del niño como un sujeto autónomo modificaron las reglas tradicionales del derecho de familia, y abrieron la posibilidad de que los casos que involucraran estos principios fueran evaluados como cuestiones de constitucionalidad. Por otro lado, estos principios implicaron que la relación de las niñas, niños y adolescentes con sus padres o tutores, y la intervención del Estado en las relaciones de familia, se modificara drásticamente. Las personas a cargo de los niños y el propio Estado deben darles a estos prioridad, al tiempo de considerarlos como seres con plena capacidad.

1.3. Responsabilidad parental: triada estado, padres y niños

Aunque consideramos que Latroph y Espejo tienen razón en cuanto a que el concepto que mejor abarca a las relaciones entre hijos, padres y Estado es el de "responsabilidad parental",⁵⁸ desde nuestra mirada, las instituciones de "patria potestad" y "autonomía familiar" de la doctrina mexicana también sirven para dar cuenta de las relaciones que se dan dentro de esa triada.

En esa línea, la Corte evolucionó del criterio en el que se consideraba que "la patria potestad era un deber de los padres", a aquel criterio en el que se estableció que dicha institución "es un derecho de los hijos, cuyo interés

⁵⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2479/2012, 24 de octubre de 2012.

⁵⁷ Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4122/2015; Amparo directo en revisión 1674/2014 y Amparo directo en revisión 249/2015.

⁵⁸ Véase LATHROP GÓMEZ, F. Y ESPEJO YAKSIC, N. (coords.), *Responsabilidad Parental*, Chile, Thomson Reuters, 2017.

es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo, la necesidad de la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución".⁵⁹ La posibilidad de vigilancia del cumplimiento de los derechos de los niños ha autorizado intervenciones justificadas a la autonomía familiar, dejando de lado el presupuesto de que la familia era un asunto privado lejano del interés del Estado.

Desde esta nueva concepción se han *articulado los deberes* a cargo de los padres y tutores de los NNA, y las posibilidades de intervención del Estado en el núcleo familiar. Así, es desde los intereses del niño o niña que deben ejercerse los poderes y responsabilidades de los padres. La Corte ha evaluado las causales de pérdida de patria potestad,⁶⁰ el derecho de vistas y convivencias,⁶¹ el derecho de los niños a vivir una vida libre de violencia,⁶² la institución de alimentos,⁶³ entre otros ejemplos. A partir de estos precedentes, la Corte en México entendió que los padres y tutores, más que derechos sobre sus hijos, "tienen la oportunidad excepcional de ser madre o padre, y por lo tanto de velar por el bienestar y la educación de un ser humano"; y que, aunque son ellos quienes guían a los menores, su actuación siempre debe tener como eje el interés superior de la niñez.⁶⁴

Teniendo al interés superior de la niñez como principio, la Suprema Corte autorizó en diversos casos intervenciones del Estado a la autonomía

⁵⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012, 5 de diciembre de 2012; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014, y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 553/2014, 9 de abril de 2014.

⁶⁰ SCJN, Contradicción de tesis 21/2006-PL, 28 de junio de 2007; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012; Amparo directo en revisión 1200/2014 y Amparo directo en revisión 553/2014.

⁶¹ SCJN, Contradicción de tesis 123/2009, Amparo directo en revisión 2931/2012, Amparo directo en revisión 3094/2012 y Amparo directo en revisión 583/2013.

⁶² Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015.

⁶³ Véase, entre muchos otros, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3360/2017, 21 de febrero de 2018; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1388/2016, 1 de febrero de 2017; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 518/2013, 23 de abril de 2014; SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 482/2012, 13 de marzo de 2013.

⁶⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

familiar y desarrolló el derecho a la vida privada familiar. En primer lugar, reconoció la primacía de los padres para tomar todas las decisiones que conciernen al cuidado, la custodia y el control sobre sus hijos, señalando que, para que las relaciones intrafamiliares puedan florecer, la familia debe tener espacio suficiente y estar libre de otras intrusiones.⁶⁵

En segundo término, y a pesar del valor y peso que debe tener la autonomía familiar, la Corte mexicana autorizó que el Estado interviniera en decisiones que en principio sólo le conciernen a la familia —como la educación y salud de los hijos—. Así, autorizó la impartición de educación sexual en las escuelas públicas primarias, a pesar de la oposición de los padres basada en sus creencias religiosas.⁶⁶ También, resolvió que "aunque las decisiones médicas de los padres sobre sus hijos están inicialmente protegidas por un claro campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor (aun cuando ésta no sea necesariamente la intención de los padres)".⁶⁷ Así, en el caso de la niña de seis años, determinó que los padres no podían negarse a que su hija recibiera las transfusiones sanguíneas necesarias para tratar la enfermedad de leucemia, a pesar de que la oposición de los padres tuviera como fundamento sus creencias religiosas.⁶⁸ Bajo esta perspectiva, la Corte ha sostenido que la autonomía familiar no puede ejercerse de un modo contrario al propósito de la institución parental: velar, precisamente, por el bienestar de la niña.

⁶⁵ De acuerdo con la Primera Sala, el derecho a la vida privada y familiar "se configura como una garantía frente al Estado y frente a terceros para que no puedan intervenir injustificadamente en decisiones que sólo corresponden al núcleo familiar. Entre estas facultades se encuentra el derecho de los padres a tomar todas las decisiones concernientes sobre sus hijos, por ejemplo, qué hacer con su tiempo libre, a qué escuela llevar a los hijos, qué nombre poner a sus hijos, entre muchas otras actividades que se manifiestan en la cotidianidad de la vida familiar". SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 208/2016, 19 de octubre de 2016.

⁶⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 800/2017, 11 de octubre de 2017. También SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 203/2016, 9 de noviembre de 2016.

⁶⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018.

⁶⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2162/2014, 15 de junio de 2016.

Sin duda, esta nueva forma de entender la tríada de relaciones entre hijos, padres y Estado, en la que el NNA es un sujeto que merece medidas de protección reforzada al tiempo de ser una persona con plenos derechos, modificó de manera sustantiva las instituciones del derecho de familia. Es entonces a la luz de los derechos del niño y su capacidad plena que deben enfrentarse las controversias que se dan en el marco de la *responsabilidad parental*.

1.4. La función parental ¿quiénes son hijos? El nexo biológico contra la realidad social

El interés superior de la niñez, como un principio que no impone soluciones totalizadoras, modificó el propio concepto de familia así como el entendimiento de quiénes son padres. En ese sentido, la doctrina de la Corte evolucionó de sostener que la realidad biológica definía la parentalidad a considerar también la realidad social de los NNA en correlación. En ese sentido, en oposición a lo establecido en las normas de los códigos civiles, se ha determinado que la relación biológica no necesariamente define en qué núcleo familiar estará mejor un niño.

En un inicio, la Primera Sala identificaba el derecho a la identidad de los NNA con la realidad biológica.⁶⁹ En sintonía con las reglas establecidas en los códigos familiares, reconocía la filiación a quien probara el nexo biológico. Más tarde, entendió que la realidad social puede llegar a configurar la personalidad del niño, por lo que alterar su esquema familiar podría resultar en una afectación a su derecho a la identidad.⁷⁰ No obstante esta posibilidad, la Corte otorgó una presunción a favor del nexo biológico, la cual puede ser derrotada por el interés superior de la niñez.⁷¹

⁶⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1603/2012, 28 de noviembre de 2012.

⁷⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012, 5 de diciembre de 2012. También, *amparos directo en revisión 2554/2012 y 3486/2016*.

⁷¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016. También, *amparo directo en revisión 139/2017 y amparo directo 34/2016*.

Para determinar en qué supuestos cede el vínculo biológico —estima la Sala— tienen que ponderarse, por un lado, las condiciones en las que ocurrió la separación entre padres biológicos e hijos. En este sentido, es preciso evaluar si los padres dejaron voluntariamente a los niños o si de alguna manera se vieron obligados a ello; si los dejaron en total desamparo o bajo el cuidado de terceros; y si dicha separación se hizo con carácter definitivo o de manera temporal. Por otro lado, debe ponderarse la consolidación de una realidad familiar distinta a la realidad biológica. Es decir, el juez debe evaluar si de acuerdo con las circunstancias del caso, sería perjudicial para el menor desprenderlo del contexto social y familiar en el que ha crecido, y en el que posiblemente ha formado un sentimiento de apego y de identidad.⁷² En estos casos también resulta fundamental la evaluación del tiempo en que el niño o niña ha permanecido al lado de sus padres no biológicos.

Estos parámetros deben evaluarse para determinar la oposición entre la realidad biológica y social de los NNA, cumpliendo con el deber de no establecer soluciones uniformes sino aquellas que atiendan de mejor manera al interés superior de la niñez. Sin embargo, los casos que se presentan en estos contextos son verdaderos "casos difíciles". En un precedente reciente de la Corte, por ejemplo, se planteaba si la madre biológica de una niña podía reclamar su maternidad, luego de tres años de haberla entregado a otra señora, quien la registró como hija biológica suya y no siguió el procedimiento de adopción. De un lado, se argumentaba que reconocer la maternidad social de quien la registró implicaba validar una actuación ilegal, del otro, se sostenía que la niña ya estaba integrada en su nuevo núcleo familiar, donde recibía la atención y cariño necesarios para desarrollarse plenamente. En virtud del interés superior de la niña, la Corte determinó que la parentalidad de la niña correspondía a quienes le habían dado cuidados y afecto como sus padres aunque no

⁷² SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016

guardaran un vínculo biológico con ella.⁷³ Muchos otros casos planteaban de igual manera dilemas muy difíciles de zanjar.

En esa misma línea, la Corte mexicana advirtió que para determinar en qué núcleo familiar estará mejor un NNA, "no deben admitirse especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres". Así, en el *amparo directo en revisión 2618/2013*,⁷⁴ la Suprema Corte resolvió que, cuando se alegue una situación de riesgo basada en que el padre tiene alguna característica especialmente protegida por la Constitución, como podría ser su orientación sexual, su salud, o cualquier otra, deben existir pruebas sobre que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el niño.⁷⁵ La Corte afirmó que: "[...] una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño".⁷⁶

A partir de este tipo de decisiones judiciales, en las que los derechos de las personas se convierten en el centro de análisis, el derecho de familia empezó a convertirse en un campo fértil para reclamos anclados en el principio de igualdad y no discriminación. Es así como se plantearon una serie de casos relacionados, primero, con la asimilación de otras uniones al matrimonio, luego, con el reconocimiento de las familias homoparentales y, finalmente, con la protección de los derechos de las personas trans y personas con discapacidad. Como veremos en la siguiente sección,

⁷³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

⁷⁴ En este asunto, la SCJN aplicó la doctrina de la Corte IDH contenida en el caso *Atala Riffo*. consideraron que no existen pruebas científicas de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los progenitores. Por lo que "cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia". SCJN, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 254, párrs. 128 y 129 y notas al pie.

⁷⁵ Véase el *amparo directo en revisión 2618/2013*, que aplica la doctrina de *Atala Riffo*, *supra* nota 15, párrafo 109. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2681/2013, 23 de octubre de 2013.

⁷⁶ Véase página de asunto *amparo directo en revisión 2618/2013*. *Cfr.* *Atala Riffo*, *supra* nota 15, párrafo 111.

el derecho a la igualdad y no discriminación también ha tenido un papel clave en la reconfiguración del derecho de familia.

2. Nuevas familias: la función parental y el distanciamiento de los roles de género

Como se ha señalado, el derecho a la igualdad y no discriminación permitió dar cabida a nuevas formas de familia y a repensar los roles que se dan dentro de ésta. A partir de este derecho, la jurisprudencia se alejó de preconcepciones legalizadas en los códigos y leyes familiares para buscar construir lo que se estimó como las mejores soluciones para los NNA. Se puso en duda, por ejemplo, si los niños están mejor con sus padres biológicos o si representa para ellos algún riesgo tener a padres homosexuales. De la misma manera, empezó a cuestionarse la forma en la que se distribuyen cargas familiares entre hombres y mujeres. Estos nuevos ejes, sin duda alguna, alteraron de forma significativa los constructos tradicionales contenidos en los códigos de familia.

En este apartado analizaremos cómo el reconocimiento de las "nuevas familias" (i) ha transformado quién debe ser considerado como padre (ii) e influenciado también discusiones sobre el género como determinante del rol parental (iv). Finalmente, brevemente daremos cuenta de cómo la jurisprudencia sobre perspectiva de género ha abierto la dimensión económica de la vida familiar (v).

2.1. ¿El alejamiento del matrimonio (heterosexual) como familia ideal?

Un primer paso hacia la igualdad y no discriminación en el ámbito familiar fue la equiparación de los derechos y responsabilidades derivadas del concubinato al matrimonio. En una vasta colección de casos, la Suprema Corte estableció "que el matrimonio y el concubinato son instituciones similares y que es constitucionalmente válido que entre ambas existan

diferencias jurídicas, siempre y cuando dichas distinciones sean objetivas, razonables y justificadas".⁷⁷ En este sentido, sostuvo que los concubinos tienen derecho a recibir alimentos en los mismos términos que las personas casadas.⁷⁸ De igual manera, se extendió el derecho a recibir una compensación económica por el trabajo realizado en el hogar del matrimonio al concubinato;⁷⁹ así como la posibilidad de que los concubinos pudieran ser representantes o tutores en caso de la declaración de interdicción de alguno de ellos.⁸⁰

Este reconocimiento de las uniones de hecho se dio a la par de la protección de las familias homoparentales. En un precedente clave para el derecho a la igualdad, la *acción de inconstitucionalidad 2/2010*, el Pleno de la Suprema Corte determinó la constitucionalidad de las reformas al Código Civil del, entonces, Distrito Federal, que permiten contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Más allá de admitir esta posibilidad, el Máximo Tribunal sentó las bases para una nueva concepción de la familia. La Corte señaló que la Constitución "no alude a un 'modelo de familia ideal' que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación". Se indicó que:

la Constitución tutela a la familia entendida como *realidad social*. Lo que significa que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: *familias nucleares* compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyen a través del matrimonio o uniones de hecho; *familias monoparental* compuestas por un padre o una madre e hijos; *familias extensas o consanguíneas* que se extienden a varias generaciones,

⁷⁷ Cfr. SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 148/2018, 11 de julio de 2012; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 597/2014, 19 de noviembre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4116/2015, 16 de noviembre de 2016, y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 387/2016, 26 de abril de 2017, entre otros.

⁷⁸ SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 148/2018, 11 de julio de 2012.

⁷⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 597/2014, 19 de noviembre de 2014.

⁸⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 387/2016, 26 de abril de 2017.

incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y desde luego también *familias homoparentales* conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos.⁸¹ En este sentido, el Pleno concluyó que en la actualidad la familia se sostiene primordialmente "en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común."⁸² Este precedente permitió que pudieran ser protegidas todas las formas de organización familiar y que, por tanto, no sean admitidas las distinciones injustificadas entre estos grupos. Así, se reconoció claramente que las parejas homoparentales pueden acceder al matrimonio.

Luego, en el *amparo en revisión 581/2012*, la Corte sostuvo que no sólo es constitucional admitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, sino que son discriminatorias las normas que regulan el matrimonio y que impiden que estas parejas puedan acceder a él. Más aún, la Sala sostuvo que "los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de 'separados pero iguales'".⁸³ Con todo, es necesario anotar que algunos de los precedentes que posibilitaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo se anclaron en el derecho al libre desarrollo de la personalidad —ya expuesto en la declaración de inconstitucionalidad de las causales de divorcio— y no en el derecho a la igualdad. En esos casos se razonó que este derecho incluye la posibilidad de casarse y que no es proporcional limitar su ejercicio a las parejas del mismo sexo.⁸⁴

⁸¹ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010.

⁸² SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010 (énfasis añadido, párrafo 250).

⁸³ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 581/2013, 5 de diciembre de 2012, pp. 48-49.

⁸⁴ Cfr. SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010 y SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2018, 19/02/2019. Ver también los *amparos en revisión 457/2010*, *567/2012*, entre otros. Sobre las diferentes formas en la que la Corte ha abordado la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, véase NIEMBRO ORTEGA, R., "Entre el liberalismo y el igualitarismo. Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia

Sin duda alguna, este redimensionamiento de la concepción de la familia, y la comprensión de que todas las uniones, con independencia de sus miembros, merecen igual reconocimiento y protección, cambiaron las coordenadas que articulaban el derecho de familia. De este modo, muchas otras instituciones, como la filiación, adopción, alimentos, compensación, esquemas de seguridad social, entre otras, tuvieron que ser reinterpretadas a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación.

2.2. La función/intensión parental ¿quiénes son padres?

Estos avances en el derecho a la igualdad y no discriminación se proyectaron en los derechos parentales. Además de admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, se estableció que estas parejas pueden acceder al proceso de adopción⁸⁵ y a las distintas técnicas de reproducción asistida.⁸⁶

En la ya citada *acción de inconstitucionalidad 2/2010*, se sostuvo de forma contundente que la preferencia u orientación sexual de una persona constituye una categoría especialmente protegida por la Constitución, de modo que deben justificarse de forma muy robusta las distinciones basadas en esta categoría. Así, a estas personas y parejas no puede negárseles *a priori* la posibilidad de adoptar, en tanto no existe ninguna evidencia que indique que es perjudicial para los NNA crecer en una familia homoparental. Por el contrario, permitir la adopción para estas parejas, posibilita que los niños puedan crecer en una familia.

También, el reconocimiento de todas las formas de familia y de las técnicas de reproducción asistida implicó que las presunciones de materni-

sobre matrimonio igualitario⁹, en *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM-IJ, 2017.

⁸⁵ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, la Tesis de jurisprudencia 1a.J. 8/2017 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, de 27 de enero de 2017 (Reiteración).

dad y paternidad ancladas en el hecho biológico y en el matrimonio resultaran anacrónicas, por decir lo menos. En México, la filiación por cuanto a:

la mujer-madre, la reduce a la prueba del parto (en la práctica, a la presentación de la constancia médica de alumbramiento o documento equivalente para efectos del registro de nacimiento, salvo los casos de investigación de maternidad donde ésta se podrá acreditar con prueba genética); y la filiación respecto del hombre-padre, la sujeta a la presunción legal de paternidad en caso de que el nacimiento se haya producido dentro de un matrimonio; y al reconocimiento voluntario o a la declaración de la paternidad en sentencia judicial, cuando el nacimiento sucede sin que haya matrimonio entre los padres (hombre-mujer), bajo la lógica de que, *la procreación supone la intervención de dos personas de diferente sexo*.⁸⁷

Estas reglas han tenido que ser reinterpretadas por los órganos judiciales de acuerdo con interés superior de la niñez y al reconocimiento de los derechos de paternidad de las parejas del mismo sexo. Con base en el principio de *voluntad procreacional*, la Primera Sala ha permitido el reconocimiento de la filiación de niños gestados a través de técnicas de reproducción asistida. En el *amparo directo en revisión 2766/2015*,⁸⁸ por ejemplo, se le impidió a una mujer reclamar el *desconocimiento de la paternidad* de su ex esposo, debido a que al niño se gestó con el gameto sexual masculino de un donador anónimo (inseminación artificial heteróloga). La Sala estableció que en tanto sí existió voluntad procreacional de la pareja, ninguno de los padres puede retractarse o poner en duda el vínculo filial.

Recientemente, en el *amparo en revisión 553/2018*,⁸⁹ la Sala sostuvo que un matrimonio de dos varones podía reconocer como hija suya, a una

⁸⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019, pp. 51-52.

⁸⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017.

⁸⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018.

niña procreada a través de la técnica de reproducción asistida conocida como "vientre subrogado", en la que uno de ellos aportó el gameto sexual masculino, con la participación de una mujer que aceptó gestar el embrión formado por fecundación *in vitro*, con la aportación del gameto sexual femenino de una donante anónima. En este caso, se indicó que era imperativo definir la filiación de la niña, pues la ausencia de regulación sobre el tema no podía ser un impedimento para el reconocimiento y protección de sus derechos, con independencia —se precisó— de las observaciones de orden bioético y jurídico respecto de la técnica llamada "maternidad subrogada", "gestación subrogada o por sustitución" o "útero subrogado". Así, sin pronunciarse sobre la validez constitucional de la técnica específica, la Sala resolvió que lo importante era proteger el interés superior de la niña y, en consecuencia, debía reconocerse la filiación.

Finalmente, en el *amparo en revisión 852/2017*, la Sala reconoció la co-maternidad de una pareja de dos mujeres, en un caso donde el niño nació de una relación sexual entre una de las mujeres y un tercero. Se determinó que basta la manifestación de voluntad de la pareja de la madre biológica en reconocer al niño para determinar la filiación, con todo lo que ello implica. La Corte dejó a salvo los derechos del progenitor de reclamar la paternidad, sin embargo, señaló que "al ser una hipótesis posible *pero de incierta realización*, no puede ser apta para impedir que la pareja de la madre biológica reconozca al menor de edad."⁹⁰

Pocos son los casos en los que se han abordado preguntas sobre técnicas de reproducción asistida y sobre la manera en la que se determina la filiación, no obstante, consideramos que en tanto estas técnicas se usen de manera más frecuente o transparente, la Corte inevitablemente tendrá que resolver sobre su constitucionalidad⁹¹ y, nuevamente, el rezago en la acción legislativa en estos temas complican la actividad judicial. Además,

⁹⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019, p. 72.

⁹¹ Por ejemplo, se encuentra pendiente de resolver la *Acción de inconstitucionalidad 16/2016* relacionada con la regulación de técnicas de reproducción asistida en Tabasco.

como Lathrop y Espejo⁹² han precisado, preguntas sobre "multiparentalidad" han sido rechazadas hasta ahora por la Corte mexicana, no obstante, este tipo de casos abren nuevos caminos sobre filiación y parentalidad de los que la jurisprudencia tendrá que hacerse cargo.

2.3. El alejamiento del determinismo por razones de género

La protección de todas las formas de familia, así como la necesidad de contemplar la realidad social de los NNA, y no sólo el hecho biológico al momento de establecer su filiación, modificaron no sólo el quiénes pueden ser padres, sino también la función y rol que éstos tienen dentro del seno familiar. Bajo estos cambios, la Corte se ha alejado del paradigma tradicional reflejado en las normas de los códigos familiares y en otros ordenamientos que afectan principalmente a la mujer.

En el *amparo directo en revisión 2655/2013* se introdujo el deber de utilizar la perspectiva de género cuando se advierta una situación de asimetría de poder entre un hombre y una mujer. En este sentido, la Corte ha sostenido que en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta debe ser tomada en cuenta a fin de visibilizar si esa situación incidió en la forma de aplicar el derecho al caso concreto.⁹³ La perspectiva de género ha sido una herramienta metodológica muy poderosa al permitir cuestionar la neutralidad del derecho y la forma de valorar los hechos.

La Corte ha aplicado esta perspectiva en un gran número de casos, y su uso se ha extendido más allá del derecho familiar. En esa lógica, se consideró a la violencia intrafamiliar como un ilícito constitucional que puede

⁹² ESPEJO N. y LATHROP F., *op. cit.*, pp. 147-148., *supra* nota 3. Ellos se refieren a lo resuelto en la *contradicción de tesis 154/2005*. SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 154/2005-PS, 18 de octubre de 2006.

⁹³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013.

generar responsabilidad civil, y cuyas consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación.⁹⁴

El cuestionamiento de los roles de género también se observa en los precedentes en los que la Corte realizó una interpretación conforme de aquellas normas que establecían que, una presunción a favor de la madre al momento de determinar a quién corresponde la guarda y custodia de los niños menores de 10 años. Señaló que estas normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, *per se*, la persona más preparada para tal tarea. Esta resolución fue muy controvertida pues al tiempo de indicar la importancia de la presencia de la madre en los primeros años de vida, se señaló que "no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos", por lo que debe otorgarse la guarda y custodia de acuerdo a lo que sea mejor para el menor.⁹⁵

Ahora, en cuanto a la dupla mujer-madre, no podemos dejar de mencionar los casos que ha resuelto la Corte sobre aborto, en tanto hablan sobre la concepción de la "obligatoriedad" de la maternidad que todavía prevalece en el orden jurídico y que desconoce a la mujer como un sujeto autónomo. Al respecto, podríamos concluir que el tribunal no ha presentado una postura consistente en la materia, ya que, esencialmente, se ha dejado bajo la competencia de las entidades federativas la posibilidad de

⁹⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018.

⁹⁵ Se indicó que "es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre", no sólo en cuanto "a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro". SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1573/2011, 7 de marzo de 2012. Véase, también, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2159/2012, 24 de abril de 2013.

penalizar la interrupción del embarazo motivado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, aquél que se realiza sin tener que acreditar ninguna circunstancia excluyente de responsabilidad. En este sentido, por un lado, se estimó constitucional la despenalización de la interrupción legal del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación en la Ciudad de México, antes Distrito Federal,⁹⁶ y por el otro, se validaron las reformas a las constituciones estatales que protegen la vida desde la concepción (ante la falta de una mayoría consolidada).⁹⁷ Al mismo tiempo, la Corte también ha emitido decisiones en las que ha reforzado las protecciones para que las mujeres tengan acceso a la interrupción legal del embarazo en casos de violación⁹⁸ y cuando está en riesgo la salud o vida de la mujer embarazada.⁹⁹

Finalmente, con relación a los roles de cuidado, la Corte también se ha pronunciado respecto a disposiciones que, si bien no estaban contenidas en los códigos familiares, sí tienen un impacto directo en la vida familiar.¹⁰⁰ De este modo, por ejemplo, la Segunda Sala determinó la inconstitucionalidad de la legislación en materia de seguridad social que impedía a los hombres acceder al servicio de guarderías, pues negar este acceso implica validar que si no es la mujer quien solicita el servicio, entonces, es ésta quien debe estar al cuidado de los hijos, lo que la Sala estimó que refuerza estereotipos de género.¹⁰¹ Así también, en cuanto a la aplicación

⁹⁶ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 10/2000, 30 de enero de 2002.

⁹⁷ Véase, SCJN, Pleno Acción de inconstitucionalidad 11/2009, 28 de septiembre de 2011 y SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 62/2009, 29 de septiembre de 2011.

⁹⁸ Véase, SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 601/2017, 4 de abril de 2018 y SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 1170/2017, 18 de abril de 2018.

⁹⁹ Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1388/2015, 4 de noviembre de 2015.

¹⁰⁰ En relación con el derecho a la vida privada y familiar, en otra línea de casos, la Corte determinó que son inconstitucionales las normas que establecen que los niños deben registrarse con el apellido de sus padres varones en primer lugar. Se estimó que la práctica implica considerar que las mujeres tienen una posición secundaria frente a los padres de sus hijos, por lo que resultaban contrarias al derecho de igualdad y no discriminación. Por tanto, se resolvió que "no se encuentra justificado el limitar el derecho de los padres a decidir el orden de los apellidos de sus hijos, a partir de prejuicios o medidas que pretenden perpetuar la situación de superioridad del hombre en las relaciones familiares". SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 208/2016, 19 de octubre de 2016, p. 59. También *amparos en revisión 646/2017, 656/2018, 653/2018, 992/2018, 6605/2017*.

¹⁰¹ *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 59/2016, 29 de junio de 2016.

de la perspectiva de género, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la exclusión del trabajo doméstico del régimen de seguridad social.¹⁰²

2.4. Una dimensión económica del derecho familiar

En relación con lo anterior, la Primera Sala ha desarrollado una línea jurisprudencial que apunta a hacia la reivindicación del trabajo en el hogar. A través de la interpretación de las instituciones de alimentos y compensación, principalmente, se ha otorgado protección a las personas que se han dedicado durante el matrimonio o concubinato al hogar y al cuidado de los hijos. De acuerdo con la Sala, estos mecanismos pretenden paliar "la inequidad que puede producirse cuando alguno de los cónyuges, en aras del funcionamiento del matrimonio, asume determinadas cargas domésticas y familiares en mayor medida, sin recibir remuneración económica a cambio".¹⁰³ La Corte ha determinado que opera la presunción de que el cónyuge o concubino necesita alimentos cuando se ha dedicado a las labores del hogar. Incluso, ha resuelto que la pareja que se dedicó al hogar tiene derecho a recibir una compensación económica de su ex cónyuge aun en los casos en los que el matrimonio se celebró bajo el régimen de separación de bienes.¹⁰⁴

Posteriormente, en el *amparo directo en revisión 1754/2015*, la Corte protegió la denominada "doble jornada laboral". Indicó que, muchas mujeres además de tener un empleo o profesión, también realizan actividades laborales dentro del hogar y que el tiempo dedicado por parte de las mujeres a estas actividades es mucho mayor respecto al tiempo dedicado por los hombres. Esto, a juicio de la Corte, "constituye una carga desproporcionada para las mujeres y en la práctica es un subsidio invisible al sistema económico, que perpetúa su subordinación y explotación".¹⁰⁵

¹⁰² Cfr. SCJN, Segunda Sala, Amparo directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018.

¹⁰³ Cfr. SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 416/2012, 5 de diciembre de 2012.

¹⁰⁴ Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4883/2017, 28 de febrero de 2018 y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1996/2013, 25 de septiembre de 2013. También, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3490/2014, 15 de abril de 2015

¹⁰⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1754/2015, 14 de octubre de 2015, p.

En esa línea, la Corte expuso que la doble jornada representa una "sobrecarga que limita el tiempo disponible de las mujeres para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su empleabilidad y el acceso a empleos de calidad".¹⁰⁶ Así, el hecho de que las mujeres, en alguna medida, hayan tenido un empleo o adquirido bienes propios representa un costo de oportunidad que debe ser resarcido a través de las instituciones de alimentos y compensación. Finalmente, bajo ciertas circunstancias específicas, se han extendido las obligaciones económicas a otras personas fuera del núcleo familiar en casos de alimentos de abuelos a nietos, por ejemplo.¹⁰⁷

Como se observa, el derecho a la igualdad y no discriminación ha permitido cuestionar prácticas arraigadas en diferentes disposiciones normativas sobre el rol de hombres y mujeres en el seno familiar y parte de esta jurisprudencia ha puesto la atención en el aspecto patrimonial de las relaciones familiares. Así, el desarrollo de la doctrina de la Corte que partió, principalmente, del derecho a la igualdad y no discriminación, se extendió no sólo a las parejas del mismo sexo, sino a otros grupos como las personas trans y las personas con discapacidad.

3. Otros desarrollos

En este breve apartado se abordamos la expansión de la jurisprudencia en materia de igualdad y libre desarrollo de la personalidad en relación con los derechos de las personas trans (i) y de las personas con discapacidad (ii). Si bien, los casos que han llegado a la Corte sobre estos temas no encuadran necesariamente en el derecho de familia, estimamos que el desarrollo y reconocimiento de derechos en materia de identidad de género y derecho al libre desarrollo de la personalidad en estos asuntos, impacta necesariamente en las relaciones de familia, por lo que deben de ser tratados en este capítulo.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014 y *cfr.* SCJN, Pleno, Amparo en revisión 992/2005, 28 de enero de 2008.

3.1. Derechos de las personas trans

Existen pocos casos respecto a la protección de los derechos de las personas trans.¹⁰⁸ No obstante, en un precedente poderoso, el *amparo directo* 6/2008, la Suprema Corte sentó las bases sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad de las personas. Así, determinó que las personas que han tenido un procedimiento de reasignación sexogenérica deben tener la posibilidad de realizar un cambio de nombre para que éste se ajuste a su identidad. Derivado de lo anterior, la Corte ha tenido que pronunciarse respecto de la vía idónea para exigir la adecuación del acta de nacimiento por reasignación.

En México, la mayoría de las disposiciones establecen que la adecuación del acta de nacimiento en cuanto al nombre y demás datos esenciales debe realizarse ante una autoridad judicial, pero no prevén un procedimiento específico para la reasignación sexogenérica. No obstante, y de acuerdo a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte ha señalado que esta adecuación debe realizarse en la vía administrativa, pues la judicial resulta muy complicada y onerosa para quien pretende realizarla.¹⁰⁹

3.2. Derechos de las personas con discapacidad

Respecto a los derechos de las personas con discapacidad, la Suprema Corte ha desarrollado en diferentes ocasiones el concepto de modelo

¹⁰⁸ Retomamos el término *trans* de la definición de la Corte IDH, para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

¹⁰⁹ La manera de abordar y justificar la prevalencia de la vía administrativa sobre la jurisdiccional para el tema específico se ha desarrollado de manera puntual en el *amparo en revisión* 1317/2017, así como el *amparo en revisión* 101/2019. SCJN, Pleno, Amparo directo 6/2008, 6 de enero de 2009 y SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1317/2017, 17 de octubre de 2018. *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 101/2019, 8 de mayo de 2019.

social de discapacidad, bajo el cual, la discapacidad debe ser considerada como una desventaja derivada de las barreras que impone la sociedad, al no prever las necesidades de personas con diversidades funcionales.¹¹⁰ La Suprema Corte ha entendido que el modelo social exige que la sociedad se adapte a las necesidades de las personas con discapacidad a fin de no dañar su dignidad y autonomía.¹¹¹ Este entendimiento, derivado de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, fue un parteaguas para comprender la discapacidad y su protección.

En un grupo de casos la Corte indicó que las personas con discapacidad tienen derecho a ciertos ajustes razonables para hacer efectivo su derecho a la justicia. Al respecto, ha adoptado diversas medidas como: la emisión de sentencias en formato de lectura fácil,¹¹² la creación de metodologías específicas para adjudicar los derechos de padres con discapacidad en juicios de adopción;¹¹³ la obligación de los jueces de valorar la necesidad de establecer cualquier tipo de ajuste razonable para que las personas con discapacidad puedan acceder a un proceso justo;¹¹⁴ o la adopción de un principio de mejor interpretación posible de la voluntad en casos en los cuales no sea posible determinar la voluntad y preferencias de una persona.¹¹⁵

De manera más relevante para nuestro estudio, la Corte analizó la constitucionalidad de la figura del estado de interdicción. En un primer asunto —con la intención de no dejar un vacío normativo— la Primera

¹¹⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 410/2012, 11 de noviembre de 2012.

¹¹¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4441/2018, 28 de noviembre de 2018. Se estableció que el acceso a la justicia tiene tres dimensiones: jurídica, física y comunicacional. Sobre la primera, la Suprema Corte considera que se encuentra relacionada con el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad a través de un modelo de asistencia en la toma de decisiones. La segunda dimensión implica la posibilidad de acceder a los edificios en los que se llevan a cabo los procesos. Finalmente, la tercera faceta implica que las autoridades brinden toda la información del proceso en formatos de comunicación adecuados, como lenguaje de señas o formatos de lectura fácil.

¹¹² SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013.

¹¹³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3859/2014, 23 de septiembre de 2015.

¹¹⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4441/2018, 28 de noviembre de 2018.

¹¹⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2805/2014, 14 de enero de 2015.

Sala realizó una interpretación conforme de las disposiciones del código civil.¹¹⁶ No obstante, en un caso posterior,¹¹⁷ la Primera Sala consideró que las normas que regulan la interdicción son discriminatorias, por lo que no puede admitirse la interpretación conforme. En esta nueva resolución, sostuvo que la interpretación conforme no repara la discriminación porque la norma continúa existiendo a pesar de ser contraria al artículo primero constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México.¹¹⁸ Así, el estado de interdicción se tomó como una figura basada en el modelo médico de sustitución de la voluntad; puso el acento en las deficiencias de las personas con discapacidad y no en las barreras del entorno. En ese sentido, el estado de interdicción, en tanto niega el derecho a la capacidad jurídica, resulta inconstitucional tal y como está regulado.

Finalmente, como evidencia de la relevancia del desarrollo de la jurisprudencia relacionada con los derechos de las personas con discapacidad en el derecho de familia (en tanto es muchas veces el propio entorno familiar el que afecta sus derechos), es necesario destacar lo resuelto en el *amparo directo en revisión 2387/2018*. En este caso, la Primera Sala realizó una interpretación de principio de restablecimiento de la paz y orden familiar,¹¹⁹ para sostener que deben priorizarse los estándares que optimizan los derechos de las personas con discapacidad, tales como la accesibilidad, la igualdad de condiciones y oportunidades, la plena participación en todas las actividades intrafamiliares, la sensibilización y concientización respecto de la aceptación de las diferentes condiciones humanas, pues la familia debe ser el *entorno primario donde se despliegan estos derechos*.¹²⁰

¹¹⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013.

¹¹⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019.

¹¹⁸ Vale la pena destacar que, en relación con el régimen de interdicción y estereotipos, la sentencia retoma el criterio relativo a que las normas pueden funcionar como medios textuales a través de los cuales se configuran mensajes que conllevan un juicio de valor que puede ser negativo, derivado del amparo en revisión 152/2013 sobre matrimonio igualitario. SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014.

¹¹⁹ Previsto en el artículo 2.359 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

¹²⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2387/2018, 13 de marzo de 2019, p. 45.

III. La relación Constitución-familia

En el apartado introductorio de este trabajo planteamos una serie de preguntas, con el propósito de analizar si podemos hablar o no de una transformación del derecho de familia derivada de la penetración del derecho de los derechos humanos en la Constitución y en la adjudicación de este tipo de relaciones. Estas preguntas tienen que ver con la determinación de los miembros de una familia y de los derechos y obligaciones que derivan de esa caracterización. Otras se relacionan con la manera en la que el Estado estructura estas relaciones, su justificación y las formas de intervención, y, finalmente, otra tiene que ver con cómo otros sistemas que, en principio, no se considerarían derecho familiar, efectivamente regulan las cargas y beneficios de las relaciones familiares.

Como establecimos, bajo la concepción tradicional, el derecho de familia responde a una idea de familia orgánica e ideal, formada a través del matrimonio heterosexual y que se rige por el determinismo de las relaciones biológicas en lo que se refiere a la paternidad y a los roles de género en la crianza y en el cuidado. En otra dimensión, los hijos se encuentran bajo el poder de sus padres, el derecho de familia es privado, local y no participa del mundo económico, por lo que se encuentra más alejado del poder estatal.

Para dar respuesta a esas preguntas, primero tendríamos que destacar que, en definitiva, el reconocimiento de que la interpretación del interés superior del menor y la aplicación de la perspectiva de género son "cuestiones de constitucionalidad", que abrieron la puerta para un gran desarrollo jurisprudencial constitucional-familiar. Temas que no habían sido tocados por la justicia constitucional por tratarse de aspectos "no constitucionales" bajo la doctrina de la Corte, ahora son casos que se adjudican con frecuencia. Por esta razón, consideramos que la mayor parte de los cambios que describimos se dieron a partir de esos dos ejes: el interés superior de la niñez y el derecho a la igualdad.

En este sentido, las respuestas que describimos en el apartado anterior parten de una nueva definición de la(s) familia(s) —protegida constitucionalmente— para la determinación de quiénes son miembros. Así, el desarrollo jurisprudencial sobre concubinato y sociedades de convivencia (en su equiparación con el matrimonio), en relación con las decisiones sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, reconfiguró la familia jurídica como objeto de protección constitucional. Si bien la construcción jurisprudencial todavía gira alrededor del matrimonio, en principio, ya no hay una única familia que merezca reconocimiento, en tanto otro tipo de uniones maritales y no maritales (en contraposición al matrimonio heterosexual) presuponen también la constitución de derechos y obligaciones legales entre las partes y frente al Estado.

En este aspecto también, la pregunta sobre cómo se forma una familia, y cómo se disuelve, ha sido atravesada por la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las causales de divorcio, bajo la cual se les reconoce autonomía plena a las personas en cuanto a la elección de sus planes de vida, lo que se torna incompatible con la necesidad de justificarle al Estado la decisión de terminación del vínculo matrimonial.

Por otro lado, las decisiones sobre adopción de parejas homoparentales y medios de reproducción asistida, a la par de la línea de sentencias que contraponen los nexos biológicos frente la realidad social de los NNA para resolver casos de custodia o patria potestad, comienzan a alejar a la paternidad —¿quiénes son padres?— de la biología imperante en toda la legislación civil, y la acercaron hacia la funcionalidad o intencionalidad de la relación padre-hijo, la función de ser padre (parentalidad).

Por lo que se refiere a la constitución de los derechos y obligaciones de los miembros de una familia también podemos observar cierta evolución. El desarrollo tanto legal como jurisprudencial sobre alimentos, pensiones compensatorias y de doble jornada, de cierta manera, reconoce el valor económico del trabajo en el hogar y resalta el aspecto patrimonial de las relaciones familiares. A su vez, la incorporación de tratados inter-

nacionales y la consecuente emisión de leyes sobre la violencia contra las mujeres han dado pie a la consolidación de jurisprudencia sobre daños patrimoniales y extrapatrimoniales en casos de violencia intrafamiliar,¹²¹ entre otros aspectos. Al comparar casos anteriores de la Corte¹²² con la jurisprudencia reciente parece haber un giro de ciento ochenta grados que, si bien no destruye lo "privado" del derecho de familia, parece desdibujar, un poco, esa contraposición.

En este sentido, el papel del Estado en la definición de la familia y la pregunta sobre la justificación de la intervención estatal en este tipo de relaciones parecen haber tenido un desarrollo dual. Por un lado, el reconocimiento jurisprudencial del derecho a la vida privada familiar presenta un primer acercamiento a una justificación racionalizada de la actividad estatal en relación con los miembros de una familia. Esto es, obliga a las autoridades a dar buenas razones para tomar ciertas decisiones que se entienden parte de esa esfera de protección. Al mismo tiempo, la consolidación de ese concepto a la par del interés superior de la niñez, ha dado nuevas bases para analizar la forma en la que el Estado puede intervenir en la toma de decisiones de los padres respecto de sus hijos, al reconocer a los niños como sujetos de derechos oponibles frente al Estado y frente a sus padres. Nuevamente, se rompe el velo de la no interferencia o privacidad de las relaciones dentro de la familia.

Si bien ciertos casos presentan un panorama alentador en cuanto al abandono de las criticadas concepciones tradicionales, la evolución ha sido gradual y dispar. Por ejemplo, la jurisprudencia sobre el interés superior de la niñez ha reforzado la perspectiva proteccionista del Estado sobre los NNA y no ha desarrollado su visión más autónoma —ello motivado, en parte, por el tipo de casos que han llegado hasta ahora a la Corte—.

¹²¹ SCJN. Primera Sala, Amparo directo en revisión 5490/2016.

¹²² Véase, por ejemplo, la Contradicción de tesis 5/92 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelta en 1994, bajo la cual "la cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho".

Así también, aunque la jurisprudencia ha reconocido el aspecto patrimonial y económico de las relaciones familiares, lo ha hecho mayoritariamente en relación con los efectos entre cónyuges, concubinarios o convivientes, sin vincularlo con su aspecto más social¹²³ o frente a terceros,¹²⁴ en la distribución de las cargas y beneficios económicos. Esto es, tal vez con la excepción del caso de guarderías, la evolución jurisprudencial sobre el cuidado continúa refiriéndose al aspecto privado de la relación y no a sus impactos sociales.

No obstante, estimamos que, en general, la penetración del derecho de los derechos humanos sí ha modificado de manera considerable el derecho de familia —muchas veces dejando de lado los códigos civiles— y ha transformado la forma en que debemos acercarnos a esta disciplina: casos sobre temas esencialmente familiares ahora son debates que informan la doctrina constitucional.

Por supuesto, la transformación no sólo viene de arriba hacia abajo —del derecho constitucional al derecho de familia—, también se da de abajo hacia arriba. Por ejemplo, el primer caso de matrimonio igualitario no derivó del reclamo de inconstitucionalidad de algún código local que prohibiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino de la reforma al código civil del Distrito Federal, que abrió el matrimonio a parejas gay, resultado de la importante y persistente movilización LGBT+ presente en México y de la apertura de ciertos canales institucionales.¹²⁵ Douglas NeJaime describe un proceso similar en Estados Unidos, al destacar la influencia del derecho de familia en el derecho constitucional estadounidense.¹²⁶

¹²³ Cfr. SCJN, Segunda Sala, Contradicción de tesis 128/2019, 11 de septiembre de 2019 o SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 343/2019, 5 de septiembre de 2019.

¹²⁴ Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2730/2015, 23 de noviembre de 2016 o SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 139/2016, 29 de junio de 2016.

¹²⁵ Cfr. DIEZ, J., *The Politics of Gay Marriage in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

¹²⁶ Véase el capítulo 4 de este libro.

Además, consideramos que el proceso también es horizontal. En un principio, partimos de una definición del derecho de familia como aquel que regula la creación y disolución de las relaciones familiares reconocidas legalmente y que determina los derechos y responsabilidades de los miembros de la familia. Ahora, que una sentencia o ley caiga en esta definición de derecho familiar no necesariamente quiere decir que esa sentencia o ley es, exclusivamente, derecho de familia. Como Hasday propone, uno de los problemas de la visión tradicional del derecho de familia es que a éste se le trata como un área completamente independiente del derecho, por lo que la ley, acto o sentencia o es completamente materia del derecho de familia o es completamente otra categoría legal.¹²⁷ Este problema de las fronteras del derecho familiar, a decir de la corriente crítica del derecho, oscurece las múltiples maneras en las que el derecho estructura la vida familiar; y al distanciarlo del derecho a la seguridad social o a la asistencia social —por ejemplo—, insiste en vaciarlo de contenido económico y le niega el carácter de determinante en la desigualdad social.

En este sentido, el fortalecimiento de la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras embarazadas, la apertura del acceso a guarderías a hombres derechohabientes del sistema de seguridad social, e incluso el reconocimiento del derecho de las trabajadoras domésticas de participar de ese sistema formal, son también formas en las que el derecho configura y determina el desarrollo de la vida familiar. Muchos de estos temas, como mencionamos, se encuentran centralizados en la federación y no en los ámbitos locales.

Ahora, aun si prescindimos de ese debate, es clara la influencia del derecho de familia en el desarrollo de los derechos constitucionales, así como la migración de criterios nacidos o desarrollados con motivo de conflictos familiares a otras áreas del derecho, como sería el derecho del trabajo

¹²⁷ HASDAY, J. E., *op. cit.*, p. 49. *supra* nota 7.

(protección reforzada de la estabilidad laboral de mujeres embarazadas); el derecho administrativo (en las obligaciones de las instituciones educativas a la luz del interés superior del menor); o en el derecho penal (con el uso de la perspectiva de género en casos de violencia y en la definición de tipos penales).

El derecho de familia —consideramos— ha sido caldo de cultivo para el desarrollo de doctrina constitucional, en especial, en relación con el principio de igualdad y el interés superior del menor. Por supuesto, estos son principios paraguas que afectan a todo el orden jurídico, sin embargo, es notable el número de casos que es posible identificar en los que la Corte mexicana ha retomado criterios desarrollados en casos de derecho de familia y los ha trasladado a otras materias.

Así, la obligación de juzgar con perspectiva de género trasladada al derecho penal¹²⁸ para casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, con independencia de si se trata de hombres o de mujeres quienes recienten el daño, partió de un caso en el que un hombre denunció un trato discriminatorio en un juicio sobre régimen de convivencia de un niño, materia estrictamente familiar.¹²⁹ Al respecto, solo hace falta mirar el desarrollo jurisprudencial sobre tipo penal de feminicidio en las sentencias de los *amparos directos en revisión 5267/2014*

¹²⁸ Por ejemplo, la Corte concluyó que el comportamiento sexual de una mujer y el uso de estereotipos prejuzgaron sobre su responsabilidad penal cuando se le imputaba no haber evitado y no haber reportado el homicidio de una persona. *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2468/2015, 22 de febrero de 2017. En otro, en el que una mujer fue declarada penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio calificado por razón de parentesco, al haberse establecido que había causado la muerte de su esposo, la Corte ordenó la reposición del procedimiento para que el tribunal inferior analizara el asunto con perspectiva de género en tanto de las pruebas ofrecidas en el procedimiento se desprendería que la mujer y sus hijos sufrían de violencia familiar ejercida por el esposo. *Véase* SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6181/2016, 7 de marzo de 2018. En ambos casos, la argumentación de las sentencias estuvo construida sobre criterios derivados de asuntos familiares, así como del derecho internacional sobre derechos humanos sobre violencia de género. En específico, el desarrollo jurisprudencial en materia de familia partió de una controversia en la que se decretó un divorcio por causa de abandono del domicilio conyugal por parte de una mujer y la pérdida de la patria potestad en un contexto de violencia de género. *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013.

¹²⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 912/2014, 5 de noviembre de 2014.

y 652/2015 —las cuáles partieron sobre estos criterios de igualdad— para reconsiderar el impacto que casos de familia han tenido en la doctrina constitucional.

Asimismo, la extensión de esta jurisprudencia de familia no sólo se dio en casos penales, también ha influido en el derecho administrativo. Por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que sirvió como base para las resoluciones sobre la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del uso lúdico de la marihuana,¹³⁰ tuvo sus orígenes en el *amparo directo* 6/2008 sobre derechos de las personas trans, en la inconstitucionalidad de las causales de divorcio¹³¹ y en algunas de las resoluciones sobre matrimonio entre personas del mismo sexo.¹³²

Para terminar, dentro del propio derecho civil, doctrinas desarrolladas con motivo del derecho de familia han sido aplicadas en temas como la constitución de una asociación civil. Recientemente, la Corte extendió el criterio sobre efectos discriminatorios y estigmatizantes de las normas jurídicas, desarrollado en la línea sobre matrimonio entre personas del mismo sexo,¹³³ a los preceptos del Código Civil sobre capacidad jurídica para constituir una sociedad a la luz de los derechos de las personas con discapacidad.¹³⁴

Entonces, en cuanto la pregunta sobre la constitucionalización del derecho de familia, podríamos sostener que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, y el importante desarrollo jurisprudencial, efectivamente, ha impregnado el derecho que regula las relaciones familiares del derecho de los derechos humanos. Así, a nivel

¹³⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015.

¹³¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3979/2014, 25 de febrero de 2015.

¹³² *Cfr.* SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010 y SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2018, 19/02/2019. También, véase, los *amparos en revisión* 457/2010, 567/2012, entre otros.

¹³³ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014. También, véase, los *amparos en revisión* 263/2014, 48/2016, 630/2016 y 492/2014.

¹³⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 702/2019, 11 de septiembre de 2019.

normativo, el derecho de familia se ha constitucionalizado. Además, en el proceso se han cuestionado las bases de la dogmática del derecho de familia basadas en una concepción orgánica e ideal y en una distribución desigual de beneficios o derechos en el seno familiar. Este ejercicio, adicionalmente, nos ha demostrado que el proceso de constitucionalización es más complejo y dialógico de lo que podría aparentar. Para conocer el derecho de familia habría que estudiar el derecho constitucional, pero para aprender sobre derecho constitucional es necesario también saber sobre derecho de familia.

Ahora bien, el derecho de familia reflejado en la nueva jurisprudencia y en las leyes de protección de derechos humanos coexiste con los códigos y leyes familiares concebidos bajo el paradigma anterior, así que la "transformación" de la que hablamos es, en el mejor de los casos, parcial. ¿Qué tanto se refleja en la mente de los operadores jurídicos? ¿Hay una transformación en las narrativas del derecho familiar? Esto es, en la manera en la que los abogados practicantes, legisladores y jueces se refieren y se acercan al derecho que regula este tipo de relaciones. ¿Qué tanto los "textos fundantes" del derecho de familia se han modificado? Es decir, los códigos y las leyes familiares, por un lado, pero también los tratados de derecho familiar que enseñan a la nueva generación de abogados el derecho de familia. Éstas son preguntas que por el momento no podemos contestar.

No obstante, el desarrollo que aquí hemos descrito nos permite repensar y construir con nuevas coordenadas un paradigma bajo los principios constitucionales del interés superior del menor, autonomía, libertad y el derecho a la igualdad en la distribución de los beneficios y cargas de las relaciones familiares, que además reconozca la importancia de la discreción y de atención a los hechos que esta área del derecho requiere, así como la necesidad y dificultad de marcar las fronteras y caminos para la actividad judicial.

Esta nueva cimentación es crucial si reconocemos que el derecho de familia, al estructurar este tipo de relaciones, da forma a la organización social,

determina el estatus económico de las personas, así como las relaciones entre generaciones familiares, en temas de intimidad y de niñez. El derecho de familia es un prisma para pensar sobre género, orientación sexual, clase y otras categorías de discriminación en tanto configura los derechos y oportunidades de las personas. El derecho de familia así, va desde lo más íntimo de las relaciones personales hasta las estructuras más grandes que le dan sentido a la sociedad.

Colaboradores

Ana María Ibarra Olguín

Ana María Ibarra es Candidata a Doctora y Maestra en Derecho por la Universidad de Virginia, Estados Unidos. Licenciada en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Durante más de ocho años fue Secretaria de Estudio y Cuenta especializada en derechos humanos en la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar. Contribuyó en la construcción de líneas jurisprudenciales sobre interés superior del menor, *bullying* escolar, evolución de la autonomía de las niñas y niños, el derecho a la identidad, derecho de daños, responsabilidad patrimonial del Estado, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En 2019 inicia labores como Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Douglas NeJaime

Douglas NeJaime es profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de Yale, donde enseña en las áreas de derecho de familia, ética legal, derecho

y sexualidad y derecho constitucional. Antes de unirse a la facultad de Yale en 2017, NeJaime fue profesor de derecho en la Facultad de Derecho de la UCLA, donde se desempeñó como director del Instituto Williams, un instituto de investigación sobre orientación sexual e identidad de género y políticas públicas. NeJaime es coautor con Carlos Ball, Jane Schacter y William Rubenstein, de la obra *Cases and Materials on Sexuality, Gender Identity, and the Law* (2017). Su trabajo reciente incluye "The Nature of Parenthood" (2017); "Marriage Equality and the New Parenthood" (2016); "Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics" (2015).

Karyna Batista Sposato

Karyna Batista es Profesora Adjunta del Departamento de Derecho de la Universidad Federal de Sergipe (UFS). Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Bahía (UFBA). Maestría en Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Licenciada en Tercer Ciclo por el Programa de Doctorado en Problemas Actuales de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Pablo Olavide (UPO) de Sevilla/ España. Trabajó como investigadora en la Facultad de Derecho de São Paulo de la Fundación Getulio Vargas (FGV-SP), fue Directora Ejecutiva de la Oficina Brasileña del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Es consultora de UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) en el campo de la justicia juvenil. Actualmente es Coordinadora del Programa de Postgrado en Derecho (PRODIR) de la Universidad Federal de Sergipe. Tiene publicaciones y experiencia académica en las áreas de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Derechos Humanos y Derecho Penal y Criminología.

Leonor Etcheberry Court

Leonor Etcheberry es Abogada por la Universidad de Chile. Actualmente, se desempeña como Abogada integrante de la Excelentísima Corte Suprema y docente de la Academia Judicial en la formación de Jueces y

Ministros de Cortes de Apelaciones y formación de alumnos de postgrado en diversas Universidades Nacionales chilenas. Adicionalmente, se encuentra en proceso de elaboración de su tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Madrid. Desde el mes de julio de 2019 es Presidenta del Colegio de Abogados de Chile. Es Ex Directora de Facultad y Académica de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, ex directora de la academia judicial. Posee una gran trayectoria profesional y experiencia en materia de derechos de familia, infancia y adolescencia, temas respecto de los cuales ha realizado publicaciones de gran relevancia como: *"El derecho a ser oído"* en *Constitución Política e Infancia. una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (2017); entre otras publicaciones en el tema. Además de numerosos artículos de análisis de sentencias de derecho de Familia e Infancia en la *Revista Chilena de Derecho Civil*, Fundación Fueyo.

Marisa Herrera

Marisa Herrera es Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Especialista en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. Profesora Titular de "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Avellaneda. Profesora Adjunta, "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Maestría en Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa. Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Universidad Nacional del Sur. Directora de la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Codirectora del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Facultad de Derecho, Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Codirectora de la *Revista de Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, en los temas correspondientes al área de familia, infancia y adolescencia.

Mónica Arango Olaya

Mónica Arango Olaya es abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Completó su Maestría en Derecho en la Universidad de Harvard en 2010. Fue Directora Regional para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos entre los años 2010 y 2015; después de lo cual, asumió el cargo de Magistrada Auxiliar en la Corte Constitucional de Colombia hasta el 2019. Actualmente es estudiante de doctorado en leyes en la Universidad de Oxford. Ha publicado artículos sobre derecho constitucional, derecho internacional y derechos reproductivos, así como sobre la intersección de los anteriores temas con los derechos de los sobre niños.

Nicolás Espejo Yaksic

Investigador Asociado del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN de México y Visiting Fellow del Exeter College, Oxford University. Es, además, Investigador *Ad Honorem* del Centro de Estudios Justicia y Sociedad de la Universidad Católica de Chile. Ha desarrollado su trabajo académico en el campo de los derechos humanos, especialmente, en torno a los derechos de la niñez, tanto en la teoría legal, como en el derecho familiar, penal juvenil y el derecho internacional. Entre sus últimas publicaciones destacan *Discapacidad Intelectual y Derecho* (con Fabiola Lathrop como co-editor (2019)); "Specialised Child Justice Systems in Latin America", en *Violence Against Children in the Criminal Justice System. Global Perspectives on Prevention* (2019); "The Constitutionalization of Family Law in Latin America" (con F. Lathrop) en *The Cambridge Companion to Comparative Family Law* (2019); así como "International Laws on the Rights of Indigenous Children", en *International Human Rights of Children* (2018).

Rachel Taylor

Rachel Taylor es Fellow Exeter College y Profesora Asociada de Derecho en la Universidad de Oxford donde imparte el curso de derecho de la

niñez. Sus líneas de investigación generales son en Derecho Administrativo, Daños, Derecho Constitucional (Tercera Edad), Derecho de Familia, Niños, Familias y el Estado, Derecho Constitucional. Sus publicaciones más recientes son: "Religion as Harm: Radicalisation, Extremism and Child Protection" (2018), y "Putting Children First? Children's Interests as a Primary Consideration in Public Law" (2016). "Responsibility for the Soul of the Child: The Role of the State and Parents in Determining Religious Upbringing and Education" (2015).

Rosa Celorio

Rosa Celorio es Decana Asociada de Estudios jurídicos internacionales y comparados por la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington (GW Law). Estudió política internacional en la Escuela de Servicio Exterior de la Universidad de Georgetown, derecho en la Facultad de Derecho del Boston College y asuntos globales en el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Estrasburgo en Francia. Trabajó por más de una década como abogada principal en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Ha trabajado en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la discriminación y las cuestiones de género para el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM, actualmente ONU Mujeres) en Nueva York y Ecuador. Entre sus obras más recientes, destaca la ya sexta edición (2017) de *International Human Rights: Problemas de Derecho, Política y Práctica* en colaboración con los profesores Dinah L. Shelton, Hurst Hannum y S. James Anaya.

Sofía del Carmen Treviño Fernández

Sofía Treviño es Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN. Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), con la Beca Federico García Sámamo; institución en la que también cursó la Maestría en Derechos Humanos y Garantías. Obtuvo el título de Maestra en Derecho (LL.M.)

por la Universidad de Yale, Estados Unidos, en 2017. Durante más de cinco años formó parte de la Ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Comenzó su carrera profesional en el despacho Aguinaco Abogados A.C, y ha impartido seminarios de Derecho Constitucional en el ITAM.

Ton Liefwaard

Ton Liefwaard es Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden. Profesor titular de Derechos del Niño y titular de la Cátedra UNICEF de Derechos del Niño en la misma universidad. Enseña los derechos de los niños, el derecho de los niños y la justicia juvenil desde una perspectiva internacional y comparativa y ha publicado ampliamente sobre el significado de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales y regionales relacionados con la posición de los niños a nivel nacional. Es director del programa del Programa de Maestría (LL.M) Estudios Avanzados en Derechos Internacionales de los Niños. También coordina la Escuela de Verano Fronteras de los Derechos del Niño, así como sus ediciones regionales. También coordina, en cooperación con el Grotius Centre for International Legal Studies, el Tribunal Simulado de los Derechos del Niño, que se celebra cada dos años. Recibió el premio al mejor profesor de la Facultad de Derecho de Leiden en 2015.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en noviembre de 2019 en los talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V., San Lorenzo núm. 244, Col. Paraje San Juan, Alcaldía Iztapalapa, C.P. 09830, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle en 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel cultural de 90 gramos.

Una serie de reformas legales, así como un creciente número de decisiones judiciales de cortes supremas y tribunales constitucionales, han comenzado a dar cuenta de la forma en que los sistemas constitucionales definen y regulan la vida familiar. Esos cambios alcanzan diversas materias, tales como el divorcio, el reconocimiento de uniones consensuadas o parejas de hecho, el matrimonio entre personas del mismo sexo, custodia compartida de los hijos, las técnicas de reproducción asistida, la responsabilidad parental y el interés superior del niño, entre otras.

Los textos incluidos en esta obra precisan los distintos alcances conceptuales, dogmáticos y jurisprudenciales derivados de la creciente relación entre el campo del derecho constitucional y del derecho familiar, en una perspectiva comparada. Con ese objetivo en mente, se da cuenta de una serie de innovaciones teóricas y avances jurisprudenciales observables en distintas jurisdicciones, en especial, las de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, los Estados Unidos de América, Holanda, México y el Reino Unido. Sin constituir una revisión exhaustiva de tales avances doctrinarios y jurisprudenciales, los autores de esta obra abren un debate de largo aliento sobre las discusiones más destacadas que, en el campo de las relaciones familiares, la protección de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución, están teniendo lugar dentro y fuera de México.

