

# RDFAS

# REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

**ANO 4**

**ABRIL/JUNHO 2017**

**COORDENAÇÃO**  
**CARLOS ALBERTO GARBI**  
**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**  
**THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

*Coordenação*

**CARLOS ALBERTO GARBI**

**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**

**THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA  
**ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**  
[WWW.ADFAS.ORG.BR](http://WWW.ADFAS.ORG.BR)

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

**CONSELHO EDITORIAL**

**Conselho Editorial Internacional**

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

**Conselho Editorial Nacional**

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

ISSN. 2358-2057

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

*Coordenação*

**CARLOS ÁLBERTO GARBI**  
**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**  
**THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**

*Comissão de redação*

**ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO**  
**BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI**  
**DUÍLIO SILVA SANTANA DE ARAÚJO**

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

**ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS**

Rua Maria Figueiredo, 595 – 5º andar  
04002-003 - São Paulo - SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS

(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)

Tel. (11) 3252-2131

E-mail: [contato@adfas.org.br](mailto:contato@adfas.org.br)

e-mail para submissão de originais

[rdfas@adfas.org.br](mailto:rdfas@adfas.org.br)

Visite nosso site

[www.adfas.org.br](http://www.adfas.org.br)

Fechamento desta edição: [28.01.2018]

## APRESENTAÇÃO

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem no seio do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos magistrados, promotores, procuradores, advogados e estudantes.

Com periodicidade trimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

## PRESENTACIÓN

“RDFAS” Revista de Derecho de Familia y de Sucesiones, es un órgano de difusión científica y cultural de “ADFAS “Asociación de Derecho de Família y de Sucessões.

“ADFAS” tiene como propósito de estudiar y difundir el Derecho de Familia y de las Sucesiones, así como las disciplinas correlativas, jurídicas y no jurídicas, y restaurar el estudio dogmático de esas ramas del Derecho, considerando que la família, como base de la sociedad es núcleo esencial dela tutela de los derechos de la personalidad, necesita de protección, en razón del desprestígio causado por interpretaciones dissonantes de las ansias sociales que dan orden constitucional e infraconstitucional, y que es el centro natural de creación y educación de los niños y adolescentes, así como de los cuidados de los ancianos.

El Direcho de Família y de las Sucesiones envuelve el interes social y no es limitado a los intereses individuales.

No obstante, RDFAS fué concebida como un vehículo destinado al diálogo entre los operadores del derecho de las mas variadas vertientes, de modo que se encuentra abierta a la participación de todas las corrientes de pensamientos, sin perder jamas de vista el ordenamiento y la supremacia de la seguridad jurídica.

Cada uno de los autores se posiciona livremente sobre temas actuales y polémicos, de modo que los artículos no reflejen pensamento unívoco, en razón de la divergencia de opiniones y también porque desarrollan de forma independiente, corrientes que representan novedades en el escenario, jurídico, doctrinário y jurisprudencial.

Asi, RDFAS tiene como propósito de anoticiar las ideias, pensamientos y los debates que surgen en el ceno del Derecho de Família y de las Sucesiones y en desenvolver un espacio de meditación sobre sus reflexiones en la actividad de los magistrados, promotores, procuradores, abogados y estudiantes.

Con periodicidad trimestral, “RDFAS” contiene artículos y otros textos científicos, como comentários sobre importantes acordadas de los tribunales estatales, como así también, del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

## **NOTA SOBRE O VOLUME 12 / NOTA SOBRE EL VOLUMEN 12**

Neste volume 12 apresentamos uma nova fase da RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões, em que os mais prestigiados autores da América Latina contribuíram em artigos sobre diversos e relevantes temas do Direito de Família e das Sucessões.

O Direito Brasileiro não pode ser considerado uma ilha, sem inspiração na doutrina e na legislação de outros países que têm costumes assemelhados.

A tendência brasileira de isolamento e exagerado ineditismo no pensamento jurídico vem acarretando uma discrepância espantosa entre o que quer a sociedade e o que vem sendo proposto por correntes doutrinárias ditas progressistas.

Por isso, a RDFAS, neste volume, reuniu artigos de autores latino-americanos, para que se apresente uma visão comparada do Direito de Família e das Sucessões.

En este volúmen 12 presentamos una nueva fase de RDFAS – Revista de Derecho de Família y de las Sucesiones, en que los mas prestigiados autores de América Latina contribuyeron en artículos sobre diversos y relevantes temas del Derecho de Família y de las Sucesiones.

El Derecho Brasileiro no puede ser considerado una isla, sin inspiración en la doctrina y en la legislación de otros países que tienen costumbres semejantes.

La tendencia brasileira de aislamiento es exagerado e inadecuado al pensamento jurídico bien acaminado, una discrepancia espantosa entre lo que quiere la sociedad y lo que viene siendo propuesto por corrientes doutrinárias llamadas progresistas.

Por eso, RDFAS, en este volúmen, reunió artículos de autores latino-americanos, para que se presente una visión comparada del Derecho de Família y de las Sucesiones.

Regina Beatriz Tavares da Silva

Presidente nacional da ADFAS e Coordenadora da RDFAS

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	5
--------------------	---

NOTA SOBRE O VOLUME 12 .....	6
------------------------------	---

### DOCTRINA NACIONAL

**Ideologia de gênero: visão totalitária que viola direitos constitucionais das crianças e dos adolescentes**

*Gender ideology: totalitarian view that violates the children and adolescent's constitutional rights*

Regina Beatriz Tavares da Silva, Augusto César Lukascheck Prado e  
André Fernando Reusing Namorato ..... 10

### DOCTRINA ESTRANGEIRA

***Derecho del padre a determinar e impugnar su paternidad: nudos críticos y necesidad de respuestas coherentes***

Alejandra Illanes Valdés ..... 31

***El norte grande, antofagasta y sus inmigrantes: una mirada desde el derecho de familia***

Alexis Mondaca Miranda ..... 48

***El valor del silencio en las acciones de estado de familia***

Alicia García de Solavagione ..... 69

***Acerca del derecho a la privacidad durante la niñez y adolescencia***

Beatriz Ramos Cabanellas ..... 82



***Análisis de la jurisprudencia española en atención a la filiación y la inscripción registral de los menores nacidos a través de gestación por sustitución en país extranjero***

Daniela Jarufe Contreras ..... 102

***Alimentos de la persona por nacer en el Código Civil y Comercial argentino***

Julio Luis Gómez ..... 141

***Tensiones entre las asignaciones forzosas***

Mabel Rivero de Arhancet ..... 150

***Acciones de filiación en el código civil y comercial***

María Magdalena Galli Fiant ..... 176

***El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

Ursula C. Basset ..... 201

**NORMAS DE PUBLICAÇÃO ..... 226**

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

**DOCTRINA NACIONAL**

## **IDEOLOGIA DE GÊNERO: VISÃO TOTALITÁRIA QUE VIOLA DIREITOS CONSTITUCIONAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES<sup>1</sup>**

**GENDER IDEOLOGY: TOTALITARIAN VIEW THAT VIOLATES THE CHILDREN  
AND ADOLESCENT'S CONSTITUTIONAL RIGHTS**

### **Regina Beatriz Tavares da Silva**

Pós-doutora em Direito da Bioética pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

Presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS

Advogada e sócia fundadora de Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados.

### **Augusto César Lukascheck Prado**

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Advogado e Pesquisador.

### **André Fernando Reusing Namorato**

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Pós-graduando em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Conforme afirma Joan Scott, Professora da Escola de Ciências Sociais do Instituto de Altos Estudos de Princeton, Nova Jersey, no seu uso mais recente, “o ‘gênero’ parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir no caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos

---

<sup>1</sup> Como citar este artigo: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, PRADO, Augusto César Lukascheck e NAMORATO, André Fernando Reusing. Ideologia de gênero: visão totalitária que viola direitos constitucionais das crianças e dos adolescentes. *In* Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 10/29.

como ‘sexo’ ou ‘diferença sexual’. O gênero sublinhava também o aspecto relacional das definições normativas das feminilidades.”<sup>2</sup>

A ideologia de gênero, nos moldes da expressão que vem sendo usada em nossos dias, surgiu no início dos anos 1990, na Universidade de Berkeley, nos EUA, na obra “Gender, Trouble, Feminism and Subversion of Identity”, de Judith Butler, que tratou da “heteronormatividade”, termo usado para descrever situações nas quais orientações sexuais diferentes da heterossexual são marginalizadas e defendeu a abolição da diferenciação sexual, tendo sido introduzida nas Conferências da Mulher, na ONU, na última década do século XX.

Na Conferência da ONU sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995, mencionou-se mais de 200 vezes a expressão “discriminação de gênero”, sem defini-la. Apesar dos pleitos de delegados de vários países por uma definição, as comissões responsáveis negaram-se a fornecê-la, sob o argumento de tratar-se de significado “autoevidente”. Era conveniente aos defensores da tese trabalhar com conceitos não definíveis, abstratos e fluidos, pois não se pode criticar o que não se conhece, não se pode combater o que não se pode ver. A partir do momento em que se define o que se está a estudar, é possível debater, seriamente, acerca do objeto sob análise.<sup>3</sup>

O conceito foi finalmente definido em 2006, em Conferência realizada em Yogyakarta, na Indonésia, convocada pelas ONGs europeias *International Commission of Jurists* e *International Service for Human Rights*, que tinha como objetivo estabelecer os “princípios relativos à aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”.<sup>4</sup>

Assim, o termo “identidade de gênero” foi cunhado como o sentimento profundo e a experiência de gênero de cada pessoa, que pode corresponder ou não ao sexo de nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo, o que pode envolver, se escolhido livremente, modificações da aparência ou função corporal por meio de

---

<sup>2</sup> SCOTT, Joan. *Gender: a useful category of historical analyses*. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/M8rDOP>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

O’ LEARY, DALE. “A agenda de gênero. Redefinindo a Igualdade”. Condensado da obra de Dale O’Leary *The Gender Agenda*. Lafayette, Louisiana: Vital Issues Press, 1997. Disponível em <<http://www.votopelavida.com/agendagenero.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>4</sup> No original: “Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity”. Disponível em: <<http://migre.me/uMTxf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

cirurgia médica ou outros meios, e outras expressões de gênero, incluindo vestimenta, discurso e maneirismos.<sup>5</sup>

E o termo “orientação sexual” foi definido como a capacidade de cada pessoa para profunda afeição emocional e atração sexual nas relações íntimas e sexuais com indivíduos de um gênero diferente ou do mesmo gênero ou de mais de um gênero.<sup>6</sup>

O contexto da passagem do sexo ao gênero foi marcado por “estudos sobre os hormônios e cromossomos sexuais que tornou complexa a noção de sexo biológico; o crescimento do trabalho feminino, inclusive braçal; a importância do movimento feminista na luta pela igualdade entre os sexos; e a emergência das culturas minoritárias gays e lésbicas.”<sup>7</sup>

Surgem então os conceitos de “sexo psicológico” e “identidade de gênero”.

Nota-se, assim, que no início do movimento feminista da década de 1960, a palavra gênero foi utilizada como instrumento de análise crítica da dominação masculina, para, depois, designar variabilidade e flexibilidade sexual.<sup>8</sup>

Se a definição era, antes, inexistente, hoje, ela é inadequada. Em primeiro lugar, porque é de difícil compreensão e causa muitas confusões. Em segundo lugar, é de mencionar a atecnicidade de definir um objeto utilizando-se, nesta definição, dos mesmos termos que se pretende definir. É o que se verifica na definição proposta pela Conferência de Yogyakarta, quando se tentou fornecer o conceito de “identidade de gênero”, termo *definiendum*, referindo-se à expressão “experiência de gênero” no *definiens* proposto. Afinal, permanece a pergunta: o que se entende por “gênero”?

---

<sup>5</sup> No original: “each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex as signed at birth including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms”. Disponível em: <<http://migre.me/uMTxf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>6</sup> No original: “Each person’s capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender”. Disponível em: <<http://migre.me/uMTxf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>7</sup> ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, vol. 19, núm. 1, enero-marzo, 2009, pp. 29. Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil Disponível em: <<http://goo.gl/la1jVn>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>8</sup> Idem, p. 31.

A ideologia de gênero, nos termos atualmente examinados, considera o gênero como construção social. O sexo definiria apenas os aspectos biológicos e anatômicos, enquanto o gênero seria uma definição mais ampla do papel sexual do indivíduo, de modo que essa ideologia despreza o enquadramento “restrito” da designação homem ou mulher, conforme lapidarmente esclarece Verônica Cezar-Ferreira, Doutora em Psicologia Clínica pela PUC-SP e Diretora de Relações Interdisciplinares da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, em Parecer solicitado por esta Associação.<sup>9</sup>

Nessa deturpação do princípio da igualdade entre homem e mulher, o sexo passou a ser redefinido no século XX. “Neste contexto, a noção de sexo biológico se tornou mutável e plural, dividida em partes constituintes - cromossomos, hormônios e genitais – que podem ser modificadas; macho e fêmea não são mais considerados opostos e sim intercambiáveis; comportamentos ditos masculinos e femininos não surgem espontaneamente do sexo biológico; e o desejo sexual assume autonomia em relação ao sexo e ao gênero”.<sup>10</sup>

Nesse sentido, comentando os conceitos de sexo e de gênero, Judith Butler chega a afirmar que “se o caráter imutável do sexo é questionado, talvez esta construção chamada ‘sexo’ seja tão culturalmente construída como o gênero. De fato, talvez tenha sido sempre gênero, com a consequência de que a distinção entre sexo e gênero acaba por não ser em absoluto distinção alguma.”<sup>11</sup>

Observe-se que Psicólogo neozelandês e Professor na John Hopkins University de Baltimore. Dr. John Money, no final da década de 1960, sustentava que a sexualidade dependeria da educação recebida e poderia diferir do sexo biológico. Em experimento, sugeriu aos pais de um menino gêmeo, que havia sofrido amputação peniana, que o castrassem e o educassem como menina, ao passo que deveriam dispensar, ao outro irmão, uma educação “típica” de meninos. A experiência fracassou completamente, pois aquele que havia sido educado para ser

<sup>9</sup> VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Disponível em: <<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>10</sup> ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, vol. 19, núm. 1, enero-marzo, 2009, pp. 29. Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil Disponível em: <<http://goo.gl/la1jVn>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>11</sup> BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and Subversion of Identity*. Ed. Routledge, Nova York, 1990, p. 7 *apud* SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2011, p. 53.

mulher rasgava seus vestidos femininos, acusava os pais de lavagem cerebral e ameaçava suicidar-se caso não permitissem que se comportasse como homem que era.<sup>12</sup> Essa experiência, voltada à implementação da ideologia de gênero, não pode ser esquecida, porque demonstra quão desastrosa é essa ideologia.

Segundo essa ideologia, por ser o gênero uma construção meramente social, em que as características sexuais são secundárias, por meio dela propõe-se que as crianças sejam educadas sem sexo definido para que possam optar por seu gênero, ou seja, haveria o que podemos chamar de “abstração do sexo” ou “neutralidade sexual”, com consequente esvaziamento do conceito de homem e mulher.

Procura-se, evidentemente, alterar o conceito tradicional e sedimentado da palavra “gênero” – homem e mulher –, conferindo-lhe outro significado com o escopo de utilizá-la como instrumento de poder.<sup>13</sup> É o que afirma Ives Gandra da Silva Martins, ao prefaciар livro de Jorge Scala, no qual destaca que o objetivo “é alterar o conteúdo ôntico de conceitos genéricos, difundindo-o pela sociedade até convencê-la de que a adulteração corresponde ao verdadeiro sentido conceitual daquela palavra ou daquela ideia reinterpretada.”<sup>14</sup>

Em deturpação evidente, essa ideologia utiliza-se do histórico de desigualdade entre homens e mulheres, do poder masculino e da submissão feminina, para afirmar que todas as definições de papéis dos indivíduos estão atreladas à construção social. Já que a igualdade entre homens e mulheres é inegavelmente buscada na maior parte das relações nos países desenvolvidos, não existindo cargos ou funções tipicamente masculinos ou femininos, não existiria também comportamento exclusivamente masculino ou feminino, o que levaria à tal neutralidade sexual.

O combate à desigualdade entre os sexos transformou-se em combate à discriminação de gênero, num perigoso atalho argumentativo. Do combate aos abusos contra a mulher e a dominação masculina, passou-se à defesa da ideia de neutralidade sexual na formação das crianças e dos adolescentes.

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/M8rDOP>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>13</sup> SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2011.

<sup>14</sup> SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2011, p. 9.

Como esclarece Verônica Cezar-Ferreira, em seu Parecer, deve-se efetivamente combater a ideia de que determinado comportamento seja tipicamente masculino ou feminino, ou de que certas profissões, cargos e funções sejam próprios somente de homens ou de mulheres:

Há homens mais sensíveis e isso é tido como característica feminina em sua personalidade; há mulheres mais assertivas e combativas, o que é visto como característica masculina de sua personalidade. Nem aquela maior sensibilidade nem essa combatividade fazem do homem menos homem ou da mulher menos mulher. É uma falácia a afirmação contrária.<sup>15</sup>

Como afirma Verônica Cezar-Ferreira, não há como negar as características físicas e psicológicas próprias de cada sexo, o que advém da constituição de cada ser humano.

Em suma, da igualdade entre homens e mulheres,<sup>16</sup> extrapolou-se absurdamente para a ideia de que deveriam ser desprezadas as características masculinas e femininas na formação do ser humano, ou seja, como se devesse ser ignorado o sexo biológico do nascimento até a pessoa realizar a sua definição individual. A necessidade da tomada de medidas que provocassem a igualdade entre homens e mulheres foi usada com fins deturpados, ideológicos e políticos, tendo sido, desse modo, alterado o seu objetivo inicial.

Assim, lamentavelmente, chegou-se à ideologia de gênero.

Como observa também Verônica Cezar-Ferreira, sob a alegativa de que se pretende evitar discriminação e maior aceitação da diversidade, a ideologia de gênero pretende que a criação e a educação das crianças e dos adolescentes sejam realizadas sem a definição se são meninos ou meninas, para que façam essa escolha mais tarde. Propõe uma neutralidade no gênero, sem que o sexo masculino ou feminino seja determinante na formação e educação de uma criança ou de um adolescente.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Disponível em: <<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>16</sup> Essa igualdade é consagrada no art. 5º, I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Também na relação conjugal: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>17</sup> VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. “Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS”. Disponível em: <<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.



A introdução desse tipo de ideologia, na educação de uma criança, é uma violência, já que a pessoa não tem, na infância, conhecimento de si mesma. Pretender a introdução deste debate num contexto de pessoas incapazes de enfrentá-lo não pode gerar benefício algum. O menino e a menina, submetidos a esse tipo de ideologia, não saberão a qual das duas categorias pertencem. Assim, a pretexto de resolver o problema da desigualdade, cria-se outro ainda mais grave: o problema de identidade.

É também o que afirma Verônica Cezar-Ferreira no referido Parecer ao destacar que “uma criança a quem se diz que não é menino nem menina, e que ela decidirá a respeito disso, pode manter-se em estado de indefinição sem possibilidade de situar-se no mundo”, já que o ser humano precisa de previsibilidade para sobreviver. E conclui: “Problemas de ordem psicoemocional e social podem instalar-se, provocando prejuízos biopsicossociais nas crianças e adolescentes”.<sup>18</sup>

Como acentuou a mencionada Parecerista, a pessoa humana, do ponto de vista da espécie, é macho ou fêmea; do ponto de vista biológico, homem ou mulher; e, do ponto de vista social, masculina ou feminina, de modo que casos como de “disforia de gênero”, em que a pessoa sofre transtorno psicológico caracterizado por “sentimento persistente de inadequação ao gênero imposto no nascimento”, que exigem cuidados especiais, não são a regra.

A implantação da ideologia de gênero na educação das crianças colocará em dúvida a sua identidade, com grandes chances de torná-las sujeitas à disforia de gênero, que é a inadaptação da pessoa ao seu sexo biológico, ainda que a isso sejam levadas por induzimento em equívoco. Se o sexo é neutro, a criança perguntará a si mesma: sou menino ou menina? Identifico-me ou não com o meu sexo ou gênero de nascimento? Nada mais óbvio do que a geração e disseminação dessas lancinantes dúvidas.

As pesquisas acerca da “disforia de gênero” têm seu marco inicial com a cirurgia realizada em Georges Jorgensen em 1952, que se tornou Christine. Sua operação realizada na Dinamarca e posterior tratamento nos Estados Unidos chamou atenção da sociedade e do meio científico para o “fenômeno transexual”.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. “Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões” – ADFAS. Disponível em: <<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>19</sup> ARÂN, Márcia; MURTA, Daniela. “Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde.

A partir da Segunda Guerra Mundial, assistimos a um avanço tecnológico fortemente atrelado à construção do “eu”. Nesse contexto de avanço da biomedicina e de maior liberdade sexual, insere-se a possibilidade de mudança de sexo. O termo transexualismo foi utilizado pela primeira vez em 1910 por Magnus Hirschfeld e retomado 40 anos depois por Dr. David O. Cauldwell, no artigo intitulado *Psychopatia Transexuallis* de 1949.<sup>20</sup>

Em 1977, a condição do transexual foi incorporada à categoria psiquiátrica de “disforia de gênero”, continente de outras “enfermidades” ligadas à identidade de gênero.

Esta denominação, que designa a insatisfação decorrente da discordância entre o sexo biológico e a identidade sexual de um indivíduo, aponta como única possibilidade de tratamento a realização da cirurgia de conversão sexual e a utilização de hormônios. Posteriormente, em 1980, a condição transexual foi agregada ao manual diagnóstico psiquiátrico DSM III (Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais) e em 1994, com a publicação do DSM IV, o termo “transexualismo” foi substituído por “Transtorno de Identidade de Gênero” (TIG).<sup>21</sup>

Portanto, a disforia de gênero é um transtorno de identidade, que merece toda a atenção e o devido tratamento, e jamais sua generalização.

Conforme nota intitulada “Ideologia de gênero causa danos às crianças”, emitida pela “*American College of Pediatricians*”, uma das associações médicas de pediatria mais influentes dos EUA, “a crença de uma pessoa de ser algo que ela não é, na melhor das hipóteses, é um sinal de pensamento confuso. Quando um menino, biologicamente saudável, acredita que é uma menina, ou uma menina, biologicamente saudável, acredita que é um menino, existe um problema psicológico objetivo, que está na mente, não no corpo, e deve ser tratado dessa forma. Essas crianças sofrem de disforia de gênero, formalmente conhecida como transtorno de identidade de gênero, uma desordem mental reconhecida na edição mais recente do

---

Physis” — *Revista de Saúde Coletiva*, vol. 19, núm. 1, enero-marzo, 2009, pp. 24-25, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil Disponível em: <<http://goo.gl/la1jVn>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>20</sup> ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, vol. 19, núm. 1, enero-marzo, 2009, pp. 25, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil Disponível em: <<http://goo.gl/la1jVn>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>21</sup> Idem, p. 26

*Manual Diagnóstico e Estatístico da American Psychiatric Association*. A psicodinâmica e as teorias da aprendizagem social dessa desordem nunca foram refutadas”.<sup>22</sup>

Ainda, de acordo com a mesma Associação, “segundo o *Manual Diagnóstico e Estatístico*, 98% dos meninos e 88% das meninas confusos com seu gênero aceitam o seu sexo biológico naturalmente ao passar pela puberdade”.<sup>23</sup>

Ademais, também é mencionado, na referida manifestação, que as taxas de suicídio são 20 vezes maiores entre adultos que se submetem à mudança de sexo e fazem uso de hormônios do sexo oposto, mesmo na Suécia, tido como o país de maior ação dos grupos LGBT.<sup>24</sup>

Esclarece, ainda, Verônica Cezar-Ferreira que “a criança é plástica, física e psiquicamente. Educar é preciso e possível, mas moldar não é educar, e moldá-la para ser infeliz sob o argumento de que se faz exatamente o contrário”,<sup>25</sup> é, do ponto de vista psicológico e jurídico, uma grave violação aos direitos fundamentais da criança.

Nos aspectos psicoemocionais e psicosssexuais, segundo esclarece a citada Parecerista, “uma pessoa para discutir sua sexualidade precisa ter essa compreensão de si mesma, saber algo de si própria. Não se pode implantar de fora para dentro, colocando a criança diante de certos dilemas e propondo tomadas de

---

<sup>22</sup> No original: “A person’s belief that he or she is something they are not is, at best, a sign of confused thinking. When an otherwise healthy biological boy believes he is a girl, or an otherwise healthy biological girl believes she is a boy, an objective psychological problem exists that lies in the mind not the body, and it should be treated as such. These children suffer from gender dysphoria. Gender dysphoria (GD), formerly listed as Gender Identity Disorder (GID), is a recognized mental disorder in the most recent edition of the Diagnostic and Statistical Manual of the American Psychiatric Association (DSM-V). The psychodynamic and social learning theories of GD/GID have never been disproved”. Disponível em: <<http://goo.gl/wvlg3t>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>23</sup> No original: “According to the DSM-V, as many as 98% of gender confused boys and 88% of gender confused girls eventually accept their biological sex after naturally passing through puberty”. A referida pesquisa pode ser obtida em: American Psychiatric Association: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, Arlington, VA, American Psychiatric Association, 2013 (451-459). See page 455 re: rates of persistence of gender dysphoria.

<sup>24</sup> Os dados podem ser obtidos em: Dhejne, C, et.al. “Long-Term Follow-Up of Transsexual Persons Undergoing Sex Reassignment Surgery: Cohort Study in Sweden.” PLoS ONE, 2011; 6(2). Affiliation: Department of Clinical Neuroscience, Division of Psychiatry, Karolinska Institutet, Stockholm, Sweden.

<sup>25</sup> VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. “Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS”. Disponível em: <<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

decisões. Crianças não têm condições de transformar estas informações em conhecimento.”<sup>26</sup>

E continua, observando que se o menino experimenta os sapatos da mãe, ou a menina veste-se com a gravata do pai, é porque crianças brincam de ser o outro. Essas experiências não têm conotação sexual.

Assim, é importante destacar que a ideologia de gênero, ideia que pretende a implantação, na educação das crianças e dos adolescentes, da chamada “abstração do sexo”, levará os menores à “disforia de gênero”, transtorno raro e que merece atenção e cuidados adequados.

Essa ideologia de gênero viola os direitos da criança e do adolescente, previstos no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nota-se que, na ordem constitucional, a família é protagonista na educação de uma criança, estando prevista em primeiro lugar no referido dispositivo da Lei Maior.

Cabe à escola ensinar e à família, educar. Na escola, transmitem-se conhecimentos indispensáveis à formação da pessoa. Na família, educa-se a pessoa, com a sua efetiva formação.

Os papéis da escola e da família, claro fique, muitas vezes convergem, mas a atividade de transmitir conhecimentos é preponderantemente da escola e a atividade educativa especialmente da família!

Posição contrária viola o disposto no art. 26, n. 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Os pais têm um direito preferencial para escolher o tipo de educação que será dada aos seus filhos.”.

Lembra, a Parecerista antes citada, João Paulo II, em sua Carta às Famílias (1994), ao tratar de Educação, quando afirma que qualquer colaborador no

---

<sup>26</sup> VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. “Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS”. Disponível em: <<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

processo educativo deve atuar em nome dos pais e ter seu consentimento. O Estado é um colaborador e não o protagonista da educação.<sup>27</sup>

Do mesmo modo se manifestava Pio XI, na Encíclica *Divini Illius Magistri*, de 31 de dezembro de 1929, ao afirmar que a educação é direito-dever dos pais e não do Estado, tratando-se, assim, de direito inquestionável:

A família recebe, portanto, imediatamente do Criador, a missão e consequentemente o direito de educar a prole, direito inalienável porque inseparavelmente unido com a obrigação rigorosa, direito anterior a qualquer direito da sociedade civil e do Estado, e por isso inviolável da parte de todo e qualquer poder terreno.<sup>28</sup>

Em suma, a educação é um direito dos pais, oriundo do poder funcional denominado Poder Familiar, e devem ser exigidas, do Estado, as melhores condições para que esse direito seja exercido.

Importa destacar que a tentativa de imposição da ideologia de gênero por meio da educação escolar assemelha-se à atuação de Estados Totalitários.

O Estado, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari, é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.<sup>29</sup> O Estado Totalitário, no entanto, exerce esta soberania sem limitações à sua atuação, objetivando o controle de todos os aspectos da vida pública e privada de seus membros. Convém lembrar a expressão consagrada por Benito Mussolini neste sentido: “Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado”.

Destaca o viés totalitário desse processo, o Professor Ives Gandra da Silva Martins, quando analisa a resignificação do termo “gênero”: “transforma-se, portanto, tal desfiguração conceitual, em instrumento de poder (...) para a introdução de novas concepções hodiernas, totalitárias e desumanas, muito embora à luz de uma falsa defesa da ‘liberdade’ e de ‘direitos humanos.’”<sup>30</sup>

<sup>27</sup> VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Disponível em: <<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/GZTrjH>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>29</sup> DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119. Ademais, Herman Heller nos fornece a seguinte definição de Estado: “O gênero próximo do Estado é, pois, a organização, a estrutura de efetividade organizada de forma planejada para a unidade da decisão e da ação. A diferença específica, relativamente a todas as outras organizações, é a sua qualidade de dominação territorial soberana” (HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 282).

<sup>30</sup> SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2011, p. 9.

Parte-se, como afirma Jorge Scala, de um “preconceito inicial” que corrobora o viés autoritário da empreitada: “partiram de um preconceito necessário: negar a natureza humana e conceber, portanto, cada ser humano como essa massa informe que deve ser modelada e dotada de sentido mediante um processo ideológico-político de reengenharia social.”<sup>31</sup>

E, ainda de forma mais explícita: “a ideologia de gênero é uma ideologia totalitária. Com esse adjetivo quero dizer que sua pretensão é a de abarcar todos os aspectos da vida pessoa e social. É uma nova antropologia, que pretende criar um novo ser humano, para então expandir-se e informar a totalidade da vida social.”<sup>32</sup>

Essa construção é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Como afirma Herman Heller, “a democracia é uma estrutura de poder construída de baixo para cima; a autocracia organiza o Estado de cima para baixo. Na democracia, rege o princípio da soberania do povo: todo o poder estatal dimana do povo; na autocracia, o princípio da soberania provém do dominador: o chefe do Estado reúne em si todo o poder do Estado.”<sup>33</sup>

Nenhum cabimento há em delegar, à escola, a tarefa de dizer o que é certo ou errado, dando muito menos enfoque à sua atuação como transmissora de conhecimento do que como transmissora de valores, valores estes escolhidos pelo Estado, frise-se. A escola é o melhor meio para se chegar às mentes das crianças e dos adolescentes. E isso ocorre cada vez mais cedo – com o ingresso de crianças cada vez mais precocemente nas escolas – e de forma cada vez mais intensa, com a proposta, por exemplo, de educação em tempo integral.

Não se pode transmitir à escola, como instrumento de Estado, a função de construir o que é certo e o que é errado, transformando-se a educação em modulação e induzimento de comportamentos, criando-se, desse modo, uma população amorfa, submissa e manipulável pela vontade estatal.

Esse processo é levado a cabo por detrás de uma cortina de fumaça que é a defesa dos direitos dos homossexuais. No entanto, não é disso que se trata. O foco do debate é desviado, propositadamente. Os homossexuais devem sim ter seus direitos reconhecidos pela ordem jurídica, mas acabam sendo instrumentalizados por aqueles que pretendem a introdução desta ideologia na educação brasileira.

---

<sup>31</sup> Idem, p. 49.

<sup>32</sup> Idem, p. 134.

<sup>33</sup> HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 292.

Basta observar que, de acordo com a ideologia de gênero, que pretende o esvaziamento dos conceitos de homem e mulher, por meio de sua substituição por um conceito arbitrário de “identidade de gênero” – indefinível, como já mencionamos – não haveria mais sentido em se utilizar o termo “homossexual”, pois este se refere, justamente, à atração que um homem sente por outro ou que uma mulher sente por outra e, uma vez que não mais existiriam tais conceitos de homem e mulher, não haveria que se falar em homossexualidade. Ao se defender a ideologia de gênero, não haveria sequer mais sentido em se lutar contra a discriminação sofrida por essa parte da população.

O que é necessário frisar, destarte, é que a ideologia de gênero está além de qualquer forma de sexualidade, pois é a sua negação mesma, isto é, a afirmação de que o ser humano é sexualmente neutro, indefinido. Como defender as mulheres se elas não são mulheres? Como defender os homossexuais, se eles não são homossexuais? Cria-se uma vulnerabilidade geral e irrestrita. Trata-se de claro e verdadeiro engodo que precisa ser evitado.

Poder-se-ia argumentar que bastaria a defesa geral dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, indiscriminadamente, o que, aliás, seria desejável, pois isso já abarcaria essas parcelas da população mencionadas acima. No entanto, como a história demonstra, todos os movimentos parcelares de defesa das minorias autonomizaram-se, com suas reivindicações e pautas próprias, com o intuito de fortalecer seus respectivos grupos. Criou-se o movimento feminista, para defender os direitos das mulheres; o movimento em defesa dos direitos dos homossexuais; e assim por diante.

Não é razoável, portanto, reduzir a importante e histórica luta das mulheres por seus direitos a uma luta pelos direitos dos seres humanos em geral. Estas parcelas da população foram historicamente marginalizadas e por isso construíram os próprios movimentos na defesa de seus direitos. A proposta de abolição de qualquer forma de sexualidade com a adoção de uma “abstração do sexo” faz regredir e não avançar as pautas de toda essa parcela da população, que há muito luta para ter seus direitos reconhecidos.

O debate, portanto, nada tem a ver com defesa dos direitos dos homossexuais, que não negam ou rejeitam seu sexo biológico. O que não é aceitável é a imposição de uma “abstração do sexo” às crianças e adolescentes. Portanto, em um Estado Democrático de Direito, não se pode permitir tamanha

ingerência estatal na vida dos cidadãos, ignorando-se qualquer limitação ao poder soberano do Estado.

Como afirma Pedro Vidal Neto, “a expressão Estado de Direito sugere imediatamente a ideia de Estado submetido ao Direito e de limitação do Poder Estatal pelo Direito”.<sup>34</sup>No mesmo sentido, Herman Heller: “constitui singularmente uma realidade política de máxima importância prática que a organização democrática do Estado de Direito, com a sua divisão de poderes e garantia dos direitos fundamentais, limite eficazmente o poder político dos dirigentes mediante preceitos constitucionais, assegurando a todos os membros do povo do Estado sem exceção, uma soma muito variável, certamente, na realidade, de “liberdades”, isto é, de poder social e político.”<sup>35</sup>

Portanto, é de todo incompatível com o Estado Democrático de Direito a imposição da ideologia de gênero à educação das crianças e adolescentes.

Não obstante tudo o que foi mencionado, o Poder Executivo Federal manifestou a pretensão de implementar essa ideologia de gênero na educação de nosso país, mesmo vencido pelo PNE – Plano Nacional de Educação (Lei 13.005, de 25 de junho de 2014), que suprimiu todas as referências à ideologia de gênero do Projeto que lhe fora encaminhado.

Embora na votação pelo Congresso Nacional do Plano Nacional de Educação – PNE (Lei 13.005, de 25 de junho de 2014), que tem vigência de 10 anos, tenham sido suprimidas todas as referências sobre ideologia de gênero, propostas pelo Poder Executivo, o Fórum Nacional de Educação,<sup>36</sup> órgão incumbido de monitorar e acompanhar a execução e o cumprimento das metas do PNE, entre as quais a elaboração dos Planos Estaduais, Distrital e Municipais de Educação, apresentou como terceira diretriz obrigatória no planejamento e nas políticas educacionais no Brasil, o texto que havia sido expressamente rejeitado pelas duas casas do Congresso Nacional: “superação das desigualdades educacionais, com

---

<sup>34</sup> VIDAL NETO, Pedro. *Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1979, p. 157. Interessante, ainda, a observação do autor: “pode-se afirmar, por conseguinte, que nem todo Estado é Estado de Direito, embora todo Estado disponha de um sistema normativo jurídico e atue sob a forma do direito” (Idem, p. 158).

<sup>35</sup> HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 294. E complementa o mesmo autor: “A ordem e a sentença no Estado de Direito devem basear-se na ordenança e na lei, e esta, por sua vez, na Constituição, porque a unidade e ordenação da conexão de ação organizada do Estado exige um sistema de supra e subordinação eficazes” (HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 314).

<sup>36</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/a5uTq1>>. Acesso em: 28 ago. 2016.



ênfase na promoção da igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual, e na garantia de acessibilidade”. Esse documento, ademais, menciona e especifica, trinta e cinco vezes, nas suas páginas, estratégias relacionadas aos termos “identidade de gênero” e “orientação sexual”.

A Base Nacional Comum Curricular (BNC), prevista na Constituição Federal, em seu art. 220, que orientará a construção do currículo de todas as escolas de Educação Básica do país, espalhadas de Norte a Sul, públicas e particulares, e cuja apresentação final estava prevista para junho de 2016, mas foi adiada,<sup>37</sup> retomou a ideologia de gênero. Como exemplo, nos “Direitos à aprendizagem e ao desenvolvimento que se afirmam em relação a princípios éticos” é previsto como base que “as crianças, adolescentes, jovens e adultos, sujeitos da Educação Básica, têm direito ao respeito e ao acolhimento na sua diversidade, sem preconceitos de origem, etnia, gênero, orientação sexual (...)”.<sup>38</sup> Ainda, ao tratar da “Etapa da Educação Infantil”, prevê que “esse trabalho deve se pautar pela constante reflexão e intervenção, por parte do/a professor/a, no combate ao preconceito e às discriminações culturais, de gênero, étnico-raciais, de classe social”.<sup>39</sup> Vale mencionar, por fim, dentre as diversas passagens que fazem referência ao “gênero”, a seção que trata do “Campo de experiências corpo, gestos e movimentos”, que possui a seguinte passagem: “O corpo expressa e carrega consigo não somente características físicas e biológicas, mas também marcas de nosso pertencimento social que repercutem em quem somos e nas experiências que temos em relação ao gênero, à etnia ou raça, à classe, à religião e à sexualidade.”<sup>40</sup>

No âmbito dos Planos Estaduais de Educação, os Estados do Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Maranhão, Paraíba, Pará, Amapá, Amazonas, Roraima, bem como o Distrito Federal, fazem referência ao gênero em seus planos estaduais.<sup>41</sup>

Por outro lado, estados como o Paraná, Mato Grosso, Tocantins, Sergipe, Rio Grande do Norte, Bahia, Ceará e Acre não adotam a ideologia de gênero em seus Planos Estaduais de Educação.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/0XOWwU>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>38</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/dtbwSm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>39</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/dtbwSm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/hw2ksC>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>42</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/hw2ksC>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

Merece menção o Plano Estadual de Educação do Estado do Ceará que, em seu art. 3º, inciso VX “impede, sob quaisquer pretextos, a utilização de ideologia de gênero na educação estadual”.

Até a data do fechamento desta edição, apenas os Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro não têm seus planos estaduais sancionados. O primeiro possui projeto de lei enviado ao respectivo Poder Legislativo Estadual. Já o segundo possui somente documento-base elaborado.<sup>43</sup>

Observe-se que o Plano Estadual de Educação do Estado de São Paulo – Projeto de Lei 1.083/2015, foi enviado à ALESP em 04.08.2015 e não faz referência à ideologia de gênero. Sua vigência tem previsão de 10 anos, tendo sido aprovado por aquela Casa Legislativa em 14.06.2016<sup>44</sup> e sancionado, sem referência à ideologia de gênero, em 08/07/2016 (Lei nº 16.279, de 8 de julho de 2016).

Quanto aos Planos Municipais de Educação, destaca-se o de São Paulo, Lei 16.271 de 17 de setembro de 2015, que foi votado e sancionado sem referência à ideologia de gênero, graças ao precioso trabalho realizado por muitos combativos Professores, entre os quais: Ives Gandra da Silva Martins, Gilberto Haddad Jabur e Vanda Regina da Silva.

As tentativas de inclusão dessa ideologia na educação brasileira não cessam. A Câmara dos Deputados, ao votar a Medida Provisória 696/2015,<sup>45</sup> editada pela então Presidente da República Dilma Rousseff, suprimiu a referência que existia na referida medida provisória à ideologia de gênero, ou seja, veda essa ideologia.<sup>46</sup> A referida Medida Provisória, como fora editada pela Presidência da República, incluía “o planejamento de gênero”, como ação do Governo Federal e das demais esferas de governo, como uma das atribuições do recém-criado Ministério de Direitos Humanos, Políticas para as Mulheres e Igualdade. O art. 2º da MP determinava a alteração da Lei 10.683 de 28 de maio de 2003, para que em seu art. 27, XXV, f, 2, constasse essa ideologia. Posteriormente, o Projeto de Lei de Conversão n. 25 de 2 de dezembro 2015, proveniente da MP 696/2015, continuou fazendo referência à ideologia de gênero. Dentre as atribuições do Ministério de Direitos Humanos, Políticas para as Mulheres e Igualdade, estaria o “planejamento da incorporação da perspectiva de gênero que contribua na ação do Governo federal

---

<sup>43</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/LC2Ur8>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/UU55qt>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>45</sup> A MP 696/2015 foi convertida na Lei 13.266/2016.

<sup>46</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/OnGCQP>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

e das demais esferas de governo para a promoção da igualdade entre mulheres e homens”. Utilizando-se de redação ambígua, esse Projeto de Lei de Conversão dava abertura à interpretação de que a ideologia de gênero deveria ser adotada em nosso país. No entanto, a Câmara dos Deputados, ao final da apreciação do Projeto de Lei de Conversão n. 25, suprimiu a referência à ideologia de gênero. A redação final da Câmara dos Deputados atribui ao Ministério de Direitos Humanos, Políticas para as Mulheres e Igualdade a atribuição de elaborar “planejamento que contribua na ação do Governo Federal e das demais esferas de governo para a promoção da igualdade entre mulheres e homens”. No Senado Federal, em 15 de março de 2016, foi enviado à sanção presidencial o texto final, que manteve a redação da Câmara dos Deputados.

Trata-se de situação nacional *sui generis*. Enquanto o Poder Legislativo Nacional, assim como grande parte dos Poderes Legislativos Estaduais e Municipais não acolheram, em suas normas educacionais, a ideologia de gênero, o outro Poder, o Executivo, no âmbito nacional, por meio do fórum e da base curricular antes mencionados, assim como em parte do âmbito estadual e municipal, insiste em reimplantar essa ideologia, como vem ocorrendo, por exemplo, na capital da Bahia, Salvador, em que a Câmara Municipal rejeitou a ideologia de gênero na educação daquela cidade e os Professores de escolas públicas, portanto, ligados ao Poder Executivo, insistem em incluir questões de gênero e sexualidade na pauta da educação pública.<sup>47</sup>

Acabávamos de realizar o fechamento deste artigo e assistimos à programa sobre uma espécie de fórum infantil, que está sendo realizado na capital do estado de São Paulo, em andamento durante os meses de junho e julho de 2016, em que se ensinam crianças a não ter preferências de cor – azul ou rosa – como se preferência naturalmente advinda do sexo biológico pudesse ser equiparada a discriminação. Um atentado às crianças paulistanas!

Nota-se, diante do exposto, que o desprezo do Poder Executivo em relação às determinações normativas do Poder Legislativo, nas matérias que são da competência deste último Poder, precisam ser estancadas definitivamente, reiterando-se que, até mesmo nacionalmente, o PNE foi ofendido pelo Fórum Nacional de Educação e pela Base Curricular de Educação.

---

<sup>47</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/jPPqib>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

É necessária a atenção especial do Poder Executivo Federal, diante de uma nova Presidência da República, à Base Nacional Comum Curricular da Educação.

Diante de outras polêmicas, especialmente relacionadas aos conteúdos de história e de literatura portuguesa, o MEC – Ministério da Educação – decidiu rever o conteúdo da Base Nacional Comum Curricular de Educação; o novo documento, que mantém a ideologia de gênero, será analisado em seminários nas redes estaduais e municipais de ensino e as discussões serão sistematizadas pelo Consed – Conselho Nacional de Secretários de Educação e pela Undime – União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação, encarregadas de entregar relatório ao MEC. Com base nas contribuições dos referidos seminários, o MEC irá elaborar a versão final do documento, que será votado no CNE – Conselho Nacional de Educação.<sup>48</sup> Esta é uma ótima oportunidade para que o Poder Executivo fique atento ao que essa base curricular pretende implementar, em ideologia de gênero, no ensino escolar.

Deve-se combater a tentativa de imposição desta malfadada ideologia, que tenta instrumentalizar as escolas, utilizando-se do desconhecimento da população acerca do tema.

A sociedade, como um todo, precisa ser alertada sobre o que efetivamente é a ideologia de gênero.

A ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – prepara anteprojeto legislativo para que seja expressamente vedada, em nível nacional, a ideologia de gênero na educação brasileira, esperando contar com o Poder Legislativo Federal, que, até agora, apresentou-se coerente e adequado na supressão de todas as sugestões que lhe foram feitas de implementação desse pernicioso pensamento.

O desvirtuamento da expressão gênero, no decorrer do século passado, como antes exposto, leva o incauto a confundir a igualdade entre homens e mulheres e a tutela dos direitos dos homossexuais com neutralidade sexual, confusão esta que precisa urgentemente ser desfeita, já que os poucos conhecedores da real intenção da ideologia de gênero utilizam-se da ambiguidade existente no termo gênero para, ardilosamente, implementar essa ideologia.

---

<sup>48</sup> Disponível em: <<http://goo.gl/fqM5ZA>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

## Referências bibliográficas

American Psychiatric Association: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, Arlington, VA, American Psychiatric Association, 2013 (451-459).

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. “Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde”. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, vol. 19, núm. 1, enero-marzo, 2009, pp. 29. Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil Disponível em: <<http://goo.gl/la1jVn>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DHEJNE, C, et.al. “Long-Term Follow-Up of Transsexual Persons Undergoing Sex Reassignment Surgery: Cohort Study in Sweden.” *PLoS ONE*, 2011; 6(2). Affiliation: Department of Clinical Neuroscience, Division of Psychiatry, Karolinska Institutet, Stockholm, Sweden.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2011.

SCOTT, Joan. *Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history*. New York, Columbia University Press. 1989.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Texto de apresentação da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS à Academia Paulista de Letras Jurídicas – APLJ. Disponível em: <<http://goo.gl/5W4ybw>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

VERÔNICA MOTTA CEZAR-FERREIRA. Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental, elaborado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Disponível em:

<<http://goo.gl/OqMeGM>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1979.

## Links consultados

<<http://goo.gl/x1p0KA>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/M8rDOP>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/wvlq3t>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/GZTrjH>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/hw2ksC>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/OnGCQP>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://migre.me/uMTxf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/a5uTq1>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/0XOWwU>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/dtbwSm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/dtbwSm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/LC2Ur8>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/UU55qt>>. Acesso em: 28 ago. 2016.  
<<http://goo.gl/jPPqib>>. Acesso em: 28.08.2016.

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

**DOCTRINA ESTRANGEIRA**

## **DERECHO DEL PADRE A DETERMINAR E IMPUGNAR SU PATERNIDAD: NUDOS CRÍTICOS Y NECESIDAD DE RESPUESTAS COHERENTES<sup>49</sup>**

**Alejandra Illanes Valdés**

Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Magister en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Profesora de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Nuestro actual régimen filiativo, en lo tocante a la determinación de la filiación, deriva principalmente de las modificaciones estructurales introducidas por la Ley 19.585; mediante las cuales el legislador buscó adecuar la normativa existente sobre la materia, a la Constitución Política de la República y a los principios y reglas contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile; dentro de los cuales, fundamental importancia tuvo la Convención de los Derechos del Niño, ratificada en el año 1990.

La consideración anterior, permite que a la hora de juzgar la referida reforma, desde la perspectiva del niño, podamos estimar que ella cumple, aunque no sin imperfecciones, con los principios y derechos que la inspiraron: libre investigación de paternidad y maternidad, preferencia de la verdad real por sobre la formal y derecho de identidad.

Ahora bien, ese juicio que pudiese ser más o menos positivo, cambia radicalmente cuando nos aproximamos al tema en comento desde la perspectiva del padre y nos preguntamos acerca de su derecho a investigar su paternidad y a hacer valer la verdad real por sobre la formal o nos preguntamos directamente por su derecho a la identidad; quedando a nuestro juicio en evidencia, que una relación que estimamos que debiera ser simétrica entre procreantes y procreados, rompe esta

---

<sup>49</sup> Como citar este artículo: VALDÉS, Alejandra Illanes. Derecho del padre a determinar e impugnar su paternidad: nudos críticos y necesidad de respuestas coherentes. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 31/47.



exigencia afectando seriamente el derecho del padre a determinar e impugnar su paternidad, y con ello por tanto su derecho de identidad.

El derecho a la identidad es un derecho inherente a la dignidad humana, y siendo esta una condición que nuestra Constitución Política predica respecto de todas las personas, el padre tiene también derecho a protección jurídica, siendo válida entonces la afirmación que algunos autores han formulado a estos respectos, en el sentido que, “Así como cada hijo tiene el derecho inalienable de conocer su origen biológico, cada padre y madre tienen el derecho fundamental de conocer a quienes procrearon.”<sup>50</sup>

La consideración anterior no pretende desconocer el rol que sobre la materia tiene y debe seguir teniendo el interés superior del niño como principio orientador en esta materia, el cual justifica en gran medida las soluciones legales y jurisprudenciales que desde la ratificación de la CDN se han venido presentando sobre la materia; pero nos quedamos con la reflexión que sobre el particular ha reproducido en innumerables fallos de la Corte Suprema, en el sentido que tal primacía no puede importar un desconocimiento del derecho a la identidad biológica y de los derechos de quienes intentan hacer valer su relación con el niño<sup>51</sup>.

Si partimos de la premisa anterior, y consideramos que el interés superior del niño si bien debe encausar el funcionamiento del régimen filiativo, no puede invocarse para desconocer el derecho del padre a constituir o desvirtuar su paternidad, resultan innegable la existencia de nudos críticos respecto de los cuales urgen soluciones coherentes, no sólo con el referido interés, sino que también con los otros principios que se proclaman como informadores del régimen.

En efecto, desde ya hace algún tiempo que interrogantes tales como si el padre tiene o no derecho a reclamar la filiación matrimonial de un hijo que no tiene

<sup>50</sup> SCHMIDT HOTT, Claudia, “Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad”, en *Actualidad Jurídica, La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, 2009, N°20, PP 483-507.

<sup>51</sup> Corte Suprema, 2 de noviembre de 2006, Rol 6553-2005, disponible en [http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=1&CRR\\_IdTramite=354359&CRR\\_IdDocumento=194197](http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=354359&CRR_IdDocumento=194197): “La primacía del interés superior del niño en el ámbito de la solución de los conflictos no puede desconocer el principio del derecho a la identidad biológica, los derechos de quienes intentan valer su vinculación con el niño, pues la condición de privilegiar el supuesto bienestar actual de un menor en relación con su entorno importaría que se negaría el acceso a obtener el reconocimiento de otros, lo cual se contraponen a principios constitucionales que ilustran el sistema de protección de los derechos del niño y que se encuentra en pie de igual, ya que la finalidad del mismo es rescatar, en el análisis el bienestar general tanto presente como futuro y, tal como lo reconoce el artículo 222 del Código Civil, buscando en su primer aspecto, la mayor realización espiritual y material del niño”

filiación paterna o si sólo cabe reconocerlo; o cuál es la fórmula del cómputo del plazo de caducidad para impugnar la paternidad presumida o para ejercer la acción de nulidad del reconocimiento por vicios en la voluntad; nos conducen a respuestas que estimados como inadecuadas; pero a eso que ya es menudo problema hoy debemos agregar la existencia de algunos fallos en que, ante la ausencia de esfuerzos legislativos serios, o, más bien fructíferos, destinados a corregir importantes asimetrías en la materia y en el loable afán de hacer justicia, han llegado a resolver derechamente contra texto expreso de la ley; lo que a nuestro juicio nos deja probablemente en el peor de los escenarios: aquél en que si quiera resulta posible asegurar cuál será en definitiva la regla que habrá de aplicarse al caso concreto.

#### **DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS.**

Identificar todas las hipótesis de afectación del derecho a investigar paternidad es un objetivo demasiado ambicioso para esta ponencia que sólo pretender reparar en tres cuestiones vinculadas a la determinación e impugnación de la paternidad que nos han llamado la atención, tal como hemos dicho, por la existencia de criterios disimiles de solución.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 184 y siguientes del Código Civil existen tres mecanismos de determinación de la paternidad: la presunción simplemente legal del artículo 184, aplicable al hijo de filiación matrimonial<sup>52</sup>; el reconocimiento y la sentencia judicial; y resulta ser que en las tres figuras encontramos problemas; y en ese orden analizaremos los nudos críticos que se presentan.

#### **1. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y LA AUSENCIA DE MECANISMOS EFECTIVOS DE CORRECCIÓN RESPECTO DEL PADRE CUYA PATERNIDAD SE PRESUME.**

El artículo 184 del CC. consagra la presunción de paternidad en los siguientes términos: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la

---

<sup>52</sup> A partir de la reforma introducida por la Ley 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil, por aplicación de lo dispuesto en su artículo 21, la presunción de paternidad se aplica también en este contexto.

celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges”.

La referida presunción, como ocurre en la mayoría de los ordenamientos, indudablemente satisface dos objetivos: de una parte al interés superior del niño, en cuanto permite la constitución del estado filial, con independencia de la voluntad del padre y, por otra, la necesidad de certeza y seguridad, valor universalmente perseguido, al fijar hitos a partir de los cuales, todo niño nacido al amparo de la presunción adquirirá la condición referida, quedando por tanto sustraído de los vaivenes del matrimonio, logrando así una cierta claridad general sobre la constitución o no del estado filial; el que, como se ha dicho, operará con independencia de la voluntad de sus progenitores.

La presunción *PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT*, tiene mecanismos de corrección que amparan al padre cuya paternidad se presume, estos son: la acción de desconocimiento de paternidad (art. 184 inc.2do del CC) y la acción de impugnación de paternidad (art.212 del CC).

La primera de las acciones mencionadas, esto es, la acción de desconocimiento procede en el supuesto del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, “si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad”; acción que debe ejercerse al plazo y forma de la acción de impugnación; aunque, como corresponde destacar, persigue una finalidad limitada: obtener una declaración judicial en orden a que el hijo no está amparado por la presunción y que consecuentemente no es hijo matrimonial, por no haber sido concebido dentro de matrimonio; todo ello en concordancia con el artículo 76 del CC.

La segunda acción en cabeza del padre es la acción de impugnación consagrada en el artículo 212 del CC, el cual dispone: “La paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido dentro de los ciento ochenta días subsiguientes al día en que se tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer”.

El problema compartido por ambas acciones, por estar sujetas al mismo régimen en materia de plazo, salta a la vista: se trata a todas luces de un plazo de extremadamente breve, y que por la forma de cómputo contemplado, esto es “en el término de ciento ochenta días siguientes a que tuvo conocimiento del parto, o

dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer”, transforman su eficacia en letra muerta, sustituyendo la presunción simplemente legal de paternidad en una presunción de derecho; lo cual resulta paradójico en un sistema que se predica como garante de la realidad biológica por sobre la formal.

Así entonces, aunque haya engaño de la madre la acción habrá caducado si el marido descubre tardíamente no ser el padre, aunque esté en condiciones de probar que no lo es<sup>53</sup>.

Frente al problema que nos ocupa, esto es, el plazo y fórmula de cómputo del mismo, respecto a la acción de impugnación de la paternidad presumida, se han comenzado a levantar desde hace algún tiempo algunas voces críticas en el ámbito de la doctrina nacional, que han llegado a calificar derechamente a la caducidad de la acción impugnatoria como inconstitucional, por trasgredir el derecho fundamental a la identidad biológica dentro de la filiación matrimonial<sup>54</sup>.

Sobre este punto expresa Claudia Smith, que el mantenimiento de la presunción de paternidad es conveniente en el ordenamiento jurídico nacional “desde el momento en que un hombre y una mujer deciden unirse en matrimonio, lo hacen para emprender una trayectoria común basada en los deberes y derechos esenciales que genera el matrimonio y que recepta el mismo Código Civil a partir de los artículos 131 y siguientes.”, pero lo que no considera ajustado a la norma constitucional “es que existiendo dudas acerca de la paternidad por hechos revelados después de largo tiempo, como por ejemplo cuando los hijos tienen más de diez años, y que se confirman por la prueba pericial biológica del ADN que excluye definitivamente la paternidad, aquella no pueda ser impugnada, pues la acción ha caducado; toda vez que el derecho a la identidad biológica, que es

---

<sup>53</sup> La situación descrita precedentemente se ve agravada además en el sistema chileno por dos factores sobre los que es necesario detenerse: se trata de una presunción que se aplicará aunque los cónyuges se encuentren separados de hecho, y en segundo término existe una práctica institucionalizada en el Registro Civil chileno, sobre la base del cual se admite el reconocimiento de hijos de mujeres casadas, lo que se malentiende por los maridos, como una suerte de excepción a la aplicación de la presunción en comento, lo que los lleva a omitir las acciones judiciales que en los hechos corresponde. Sobre este tema, véase GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo, “Revisión de la paradoja de la regla de paternidad marital. un examen analítico”, en *Revista de Derecho · Escuela de Postgrado* N° 5, julio 2014 Páginas 85 - 118 ISSN 0719 - 1731, disponible en <http://www.revistaderedcho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/35837/37480>

<sup>54</sup> SCHMIDT, (cit 2)

simétrico, es consustancial al ser humano, tiene recepción constitucional, y no puede el legislador prohibir su procedencia”.<sup>55</sup>

Que la crítica al sistema, por nuestra parte, no implica pretender que la acción impugnatoria no deba estar expuesta a un plazo de caducidad, porque ello contravendría la necesidad de seguridad y certeza que el derecho también reclama, sino que establecer un sistema de cómputo que resguarde efectivamente el derecho de sus titulares, y en el caso que nos ocupa, del marido de la madre.

Siendo clarísimo el tenor de la norma, aunque acertadas también las críticas a su respecto, en autos rit C 1877-2011, con fecha 22 de julio de 2013, el Juzgado de Familia de Talca rechazó la demanda de impugnación de paternidad deducida por el Sr. Emilio Benenati, con fecha 5 de septiembre de 2011, en contra de doña Luisa Angélica Marín (con la que se encontraba unido en matrimonio desde el año 2003) para dejar sin efecto la filiación de la niña C.A.B.M, nacida el día 26 de diciembre de 2005; por estimar que esta había sido deducida fuera de plazo; resolución que fue confirmada por la I. Corte de Corte de Apelaciones de Talca, dejando en claro en que el caso de autos el plazo de que disponía el demandante era de 180 días contados desde el nacimiento de la menor; plazo que indudablemente se encontraba vencido en exceso al momento de interponer la acción.

Pues bien, la Corte Suprema por resolución de fecha 24 de noviembre de 2014, en un fallo del que no conocíamos precedente, sostiene que, “La paternidad del marido se constituye por medio de la denominada presunción simplemente legal

---

<sup>55</sup> SMITH, (cit 2 ), pp502. Cabe agregar, que la referida crítica nos acerca a la evolución experimentada por el sistema español, en el que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil español, norma prácticamente idéntica al artículo 212 del CC, en lo referente al inicio del plazo de caducidad de la acción en comento, por estimarse que la referida norma, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil *“cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial”,* agregando que, *“La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art.116 CC), que siendo inicialmente iuris tantum, sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et iure, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de paternidad (art.39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art.10.1 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción”* BOE Suplemento Tribunal Constitucional núm. 148, de 22-06-2005, pp. 69-80. Asimismo, la [STC 156/2005](#), de 09-06-2005.

de paternidad *pater is est quem nuptia demonstrat*, la que, a su vez se configura por la ocurrencia de dos supuestos facticos: la cohabitación de los cónyuges y la fidelidad de la mujer. Atendida su naturaleza de simplemente legal, admite prueba en contrario y, precisamente en la especie, el actor acreditó que no concurrió el supuesto de fidelidad de la mujer, puesto que a través de la prueba biológica pericial que se agregó en autos resultó excluido de paternidad de la menor, es decir, no es su hija biológica. En tales condiciones no pudo configurarse la presunción *pater is est* y, por consiguiente, el plazo contemplado en el artículo 212 del Código Civil para ejercer la acción, se hace improcedente de aplicar en la medida que los hechos no se encuadran en el supuesto legal que contempla la norma sustantiva de fondo para ejercer la acción de impugnación, ya que se está en presencia de una hipótesis diferente, puesto que si bien la niña nació dentro de matrimonio, lo cierto es que ella no puede presumirse como hija del marido, porque se probó que no lo era y, en consecuencia, se destruyó la presunción aludida. Así las cosas, habiéndose constatado que no se configuró la presunción de paternidad que exige la ley, por no concurrir los presupuestos fácticos, para con ello hacer aplicable el plazo contemplado en el artículo 212 del Código Civil, resulta que la sentencia impugnada, al rechazar la demanda de impugnación de paternidad por no haberse ejercido dentro de plazo, priva indebidamente al demandante del derecho a ejercer la referida acción y, con ello de la garantía de acceso a un proceso legalmente tramitado, razón por la cual corresponde dejar sin efecto la sentencia impugnada y ordenar al juez de primer grado se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido.<sup>56</sup>

Respecto a la críticas que desliza el fallo acerca del artículo 212, no podemos sino coincidir en el sentido de que la norma en los hechos priva a los maridos de impugnar la paternidad presumida, atendido que los 180 días o el año conforme a su tenor literal deben computarse a partir del nacimiento del niño, con lo que efectivamente se les priva de su derecho a acceder a la justicia; sin embargo, ésta que pudiere ser una razón que perfectamente podría justificar una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, como así ocurrió en el derecho español en que el Tribunal Constitucional declaró en el año 2005 que era inconstitucional un precepto prácticamente idéntico al que

---

<sup>56</sup> Corte Suprema, 24 de noviembre de 2014, Emilio Benenati Crisofulli con Luisa Marín Letelier, Rol N°6936-214; legalpublishing CL/JUR/8881/2014.

comentamos; estimamos que ello no autoriza a los tribunales ordinarios para eludir su aplicación; menos aún con el tipo de argumentación que se utiliza<sup>57</sup>.

En efecto, la presunción de paternidad se basa sólo en dos hechos ciertos, cuales son, el matrimonio de los padres y el nacimiento del hijo dentro de dicho matrimonio, no en la fidelidad de la madre que es por cierto un hecho desconocido; el cual si bien autoriza para impugnar, ello debe hacerse dentro del plazo que el ordenamiento jurídico ha fijado para ello.

## **2. El reconocimiento y la ausencia de mecanismos eficaces de corrección por parte del padre.**

El régimen chileno, en lo tocante al reconocimiento de paternidad, se limita a establecer requisitos formales, existiendo como único límite de fondo lo dispuesto en el artículo 189 del CC., en el sentido que “No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta”.

En función de lo señalado, aparece de manifiesto que a pesar de ser el reconocimiento un mecanismo destinado a determinar la filiación por naturaleza, esto es aquella fundada en una vinculación biológica entre reconociente y reconocido, no necesariamente existirá dicho vínculo entre reconocientes y reconocidos; situación que no es sólo tolerada sino que además ampara por el legislador patrio<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> En España, La [STC 138/2005](#), de 26-05-2005, ha declarado inconstitucional el párrafo primero de este artículo, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil (BOE Suplemento Tribunal Constitucional núm. 148, de 22-06-2005, pp. 69-80). La sentencia resuelve de este modo la cuestión de inconstitucionalidad núm. 929/1996, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, en relación con el primer párrafo de este artículo por posible vulneración de los arts. 14, 24.1 y 39.2 CE. El TC había admitido a trámite esta cuestión de inconstitucionalidad mediante providencia de 12 de marzo de 1996 (BOE núm. 73, de 25-03-1996, p. 11325).] [Asimismo, la [STC 156/2005](#), de 09-06-2005, ha declarado inconstitucional el párrafo primero de este artículo, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por las mismas razones que la STC 138/2005, de 26-05-2005 (BOE Suplemento Tribunal Constitucional núm. 162, de 08-07-2005, pp. 122-126). La sentencia resuelve de este modo la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4203/2003, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gandía, por supuesta inconstitucionalidad del primer párrafo de este artículo, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por posible contradicción con el art. 24.1 CE. El TC había admitido a trámite esta cuestión de inconstitucionalidad mediante providencia de 16 de septiembre de 2003 (BOE núm. 235, de 01-10-2003, p. 35636).]

<sup>58</sup> La situación descrita contrasta con la regulación que ha hecho el legislador en el Código Civil español, en que a pesar de no existir límites claros respecto de los denominados “reconocimientos

Ahora bien, al margen de los cuestionamientos que puedan hacerse al sistema de reconocimiento contemplado en nuestro ordenamiento; lo cierto es que, como se ha dicho, cumplida las exigencias formales del reconocimiento de paternidad contenidas en los artículos 186 y siguientes del CC. se tendrá por padre al reconociente, sea éste el padre biológico del reconocido o no.

Partiendo de la consideración anterior, y aunque el ordenamiento pudiere estimarse por algunos que no es suficientemente claro, parece lógico y razonable que el legislador no haya considerado al reconociente como titular de la acción de impugnación; no por la razón que suele explicitarse en la mayor parte de los fallos que conocemos en la materia, consistente en el carácter irrevocable del reconocimiento; sino porque al no exigírsele al reconociente que tenga un vínculo filiativo real con el reconocido, no puede aquél emplear la ausencia de dicho nexo como fundamento de la acción impugnatoria; esto no, sin atentar gravemente a la estabilidad en las relaciones jurídicas y primordialmente, como se ha visto, contra el interés superior del niño.<sup>59</sup>

---

por complacencia”, contiene exigencias que permiten resguardar de mejor manera los derechos de los distintos actores de la relación filiativa; y que debieran impedir situaciones como las que se han conocido en Chile en los últimos años, en que niños han sido reconocidos por terceros extraños sin vínculo biológico ni afectivo con ellos ni con sus madres; generándose en algunos casos situaciones complejas, respecto de las cuales se ha debido reconocer que nuestro ordenamiento carece de instrumentos correctivos eficaces para solucionarlos; generándose algún interés, infructuoso aún, a nivel parlamentario en ordena a emular sistemas comparados, y dentro de esos al español, con el objeto de rodear de mayores garantías al reconocimiento.

En este contexto corresponde tener presente la existencia de iniciativas legislativas tendientes a modificar el modelo señalado. Es así como lo plantea Proyecto de Ley Boletín N°5816-07 “La realidad nos demuestra que en Chile alrededor de 30.000 niños al año sólo son reconocidos por su madre dentro del primer año de vida. Altos índices de madres solteras, de familias uniparentales reflejan un creciente ausentismo paterno. Sin embargo, no podemos soslayar que muchos hombres reconocen la paternidad de hijos que biológicamente no lo son, por ello es importante establecer un mecanismo de reconocimiento donde la madre tenga una participación, a fin de promover y velar por que los reconocimientos sean efectuados por los verdaderos padres. En Chile, el hombre -a quien la ley presume padre- puede reconocer al hijo, cualquiera sea su edad, con todas las consecuencias que derivan tanto para el hijo como para la madre (cambio de apellidos, posibilidad de reclamar su tuición, patria potestad, necesidad de autorizar su salida del país). Y es en razón de esas consecuencias, lo que incentiva a reforzar la ley vigente, para buscar siempre la mayor precisión a la hora de determinar la filiación paterna. De este modo, según la actual legislación, el hijo que no ha sido reconocido por otra persona, el presunto padre no tiene plazo para hacerlo, aunque el hijo sea mayor de edad, se encuentre casado o sea un adulto mayor, nada obsta a este derecho del presunto padre. Al hijo reconocido solo le cabrá repudiar el reconocimiento cuando sea mayor de edad, teniendo para ello, que iniciar un procedimiento judicial”.

<sup>59</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado en forma mayoritaria denegando al reconociente acción impugnatoria. “Se ha señalado que la aceptación de la acción e impugnación se opone a la irrevocabilidad del reconocimiento (C.Sup 3 de octubre de 2002, rol 2646-2002, LP 26031; C.Sup 30 de octubre de 2003, LP 28789).”, aduciéndose también que no resulta procedente que el autor del reconocimiento pueda actuar en contra de su propio acto, que admitir esto significaría aceptar una revocación simulada o encubierta del reconocimiento, que el artículo 216 CC excluye al padre reconociente de la titularidad de la acción de impugnación, lo que guarda relación con el inciso final



Distinta es la situación del reconocimiento que es fruto de consentimiento viciado, aquél que el reconciente ha efectuado bajo engaño o justificable error de ser hijo suyo el reconocido, o, mediando fuerza; en cuyo caso la ley legitima al reconciente para solicitar la nulidad del reconocimiento.

Es así, como en base al artículo 202 del CC, el padre reconciente probando la ocurrencia del vicio que invoca, podrá obtener la declaración de nulidad del reconocimiento.

El problema que todos bien conocemos, es que la acción de nulidad del reconocimiento, a la que se refiere el art 202 del CC., dispone que esta acción en el caso de fundarse en vicios de la voluntad prescribe en el plazo de un año, contado desde la fecha de su otorgamiento o, en el caso de fuerza, desde el día en que ésta hubiere cesado; lo que, igual como ocurre a propósito de la impugnación de la paternidad presumida, lo más probable es que en aquellos reconocimiento motivados por error o dolo, el reconciente sólo esté en condiciones de descubrir que el hijo al cual ha reconocido no es su hijo biológico, cuando ya haya caducado la acción; quedando por lo tanto en letra muerta este instrumento de protección del derecho del padre engañado.

El panorama expuesto da cuenta de un complejo escenario para los padres reconocientes, que basados en la real convicción de ser el reconocido hijo suyo han manifestado su voluntad en ese orden; lo que, según veremos, se ve agravado por la inexistencia de una norma que le reconozca a los padres acción de reclamación de paternidad, tratándose de hijos que no tienen filiación paterna determinada; cuestión que en definitiva termina forzando, aún a aquellos que pudieran albergar alguna duda respecto de su vínculo biológico con el niño, a reconocer voluntariamente, y por lo tanto a ciegas, con todas las consecuencia que ello trae aparejado.

Ante el defecto normativo evidente del artículo 202 del Código Civil, en lo que respecta a la fórmula de cómputo del plazo de prescripción, es que también en

---

del art.213del CC, ya que la expresión “toda persona” del artículo 216inc.5° del CC se refiere a terceros ajenos a la vinculación que se impugna, y que el padre reconciente no puede ser titular de la acción de impugnación por cuanto éste es legitimado pasivo de la acción (C. de Apelaciones Valpo., julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461). Sobre esta materia véase, Corral Talciani, Hernán, Acciones de Filiación: Legitimación y Conflicto de Intereses, Revista de Derecho (U. de Concepción), 2009 (2011), pp 53-90, disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/acciones-de-filiacion-y-conflictos-de-intereses1.pdf>.

este contexto se han alzado voces críticas, que incluso han inspirado proyectos de reforma, encontrándonos con que desde el 15 de marzo de 2012 se encuentra aprobado por la Cámara de Diputados, en general y en particular, proyecto de ley que modifica la norma en comento en el sentido siguiente: “La acción para impetrar la nulidad del acto de reconocimiento por vicios de la voluntad prescribirá en el plazo de un año, contado desde la fecha de su otorgamiento y en el caso de error o fuerza desde que éste hubiere cesado”.<sup>60</sup>

La aplicación de la disposición en comento, en su redacción actual, ha llevado a que en innumerables casos se hayan rechazado demandas de nulidad de reconocimientos, precisamente por encontrarse caducada la acción al momento de su interposición; pese a haberse acreditado que el conocimiento del error se había producido mucho tiempo después del reconocimiento.

En el contexto anotado se explica la sentencia dictada en autos RIT C4432-2013 dictada por el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, con fecha 8 de octubre de 2013, que en primera instancia rechazó la demanda de nulidad del acto de reconocimiento del niño A.T.O deducida por don Nelson Torres en contra de doña Myriam Olivares, luego que en el año 2012 descubriera a través de exámenes bilógicos que el niño reconocido en enero del año 2010 no era su hijo; sentencia confirmada por la I.Corte de Apelaciones de Santiago por haber transcurrido más de un año contado desde el reconocimiento.

Pues bien, en un fallo muy similar al dictado a propósito de la impugnación de la paternidad presumida, con fecha 17 de noviembre de 2014, la E.Corte Suprema<sup>61</sup>, procede a rechazar el recurso de casación deducido por la padre y a casar de oficio la sentencia recurrida, por estimar que los jueces de instancia al estimar caducada la acción de nulidad han vulnerado la interpretación de la ley y ello ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; con lo que se termina acogiendo la acción de nulidad interpuesta.

Señala el considerando sexto del fallo citado, “que de los hechos descritos por el actor en su demanda se desprende que su voluntad se encontraba viciada, pero no por la fuerza como sostiene el recurrente, sino por la concurrencia

---

<sup>60</sup> Proyecto de ley que modifica normas en materia de nulidad del reconocimiento de la paternidad por vicios del consentimiento. Boletín 7650-18, disponible en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

<sup>61</sup> Corte Suprema, 17 de noviembre de 2014, autos caratulados Nestor Torres Reyes con Myriam Olivares Rebolledo, Rol 5127-2014, Legalpublishing, CL/JUR/8565/2014.

de una falsa representación de la realidad que radicó en la identidad del niño, la que de no haber existido, habría evitado que lo reconociera como su hijo, y que aquélla se mantuvo hasta conocer el resultado del examen biológico que acompañó en su demanda, cuyo resultado fue corroborado con la prueba pericial pertinente, puesto que ambos excluyeron la paternidad en relación al niño reconocido, por lo que al demandante atendido el estado actual de la ciencia y los hechos establecidos en la causa, no le era posible desprenderse de esa falsa representación de la realidad, sino una vez obtenida esa certeza por medio de dichos exámenes”.

No se hace cargo directamente el referido fallo del problema de caducidad de la acción invocado por la defensa, y es algo sobre lo que reparan los votos de minoría al señalar que “aun en el evento que de estimarse que hubo error, su acción no pudo prosperar atendido que le afecta el plazo de caducidad contemplado en el artículo 202 del CC”.

En la misma línea encontramos un pronunciamiento aún más reciente de la E. Corte Suprema, dictado con fecha 18 de marzo<sup>62</sup>, en que volviendo a casar de oficio la sentencia recurrida, que a su turno había confirmado la declaración de caducidad de la acción de nulidad del reconocimiento, ordena retrotraer la causa al estado de celebración de la audiencia preparatoria del juicio oral, con el fin de que se disponga, además, la realización de la prueba pericial pertinente y se continúe con la tramitación de la causa hasta la dictación de una nueva sentencia por un juez no inhabilitado.

Este segundo fallo tiene por lo menos el mérito de hacerse cargo del tema de la caducidad en comento. Es así como en el considerando octavo expresa “Que, excluir la posibilidad de ejercer la acción de autos por haber transcurrido el plazo que establece el artículo 202 del Código Civil, no es aplicable al caso de autos (se trataba de una niña reconocida en el año 2004 y la acción de nulidad se había interpuesto el año 2013), puesto que en la especie el actor nunca pudo verificar la falsa representación de la realidad, sino una vez que se sometió particularmente a una prueba biológica, de forma tal que sólo a partir de esa fecha le fue posible ejercer sus derechos y, porque, además limitar la referida acción, sin que se haya verificado la veracidad de los exámenes particulares, los que en todo caso, permiten construir las bases de una presunción, pugna con prerrogativa de mayor rango

---

<sup>62</sup> Corte Suprema, 18 de marzo de 2015, autos caratulados Héctor Riquelme Zambrano con Joselin Cortés Jofré, Rol 12492-2014, Legalpublishing CL/JUR/1444/2015.

reconocidas constitucionalmente, al conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva, que en este caso es proporcional con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación de un individuo, el que se vincula con el derecho a la identidad, que es un derecho humano fundamental amparado por Tratados Internacionales y la Constitución Política de la República y que forma parte del núcleo duro de los derechos de la personas”.

Nuevamente, y al igual que en el caso anterior, no podemos sino coincidir con lo planteado por la E. Corte Suprema en el sentido que la acción de nulidad del reconocimiento debe dar tutela efectiva al derecho de identidad que corresponde también al padre; pero si no lo hace, podía la Corte prescindir del tenor literal de la norma aplicada y disponer el sin más el cómputo del plazo de prescripción desde un momento distinto al reconocimiento?. Estimamos que no

### **3. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL PADRE PARA RECLAMAR LA PATERNIDAD, RESPECTO DE HIJOS QUE NO TIENEN FILIACIÓN PATERNA DETERMINADA.**

La tercera vía que permite la determinación de la paternidad es por medio de las acciones de filiación; sin embargo, nos encontramos en este caso con que el legislador al regular la acción de reclamación de la filiación no matrimonial ha dispuesto en el artículo 205 que esta corresponde sólo al hijo contra su padre o su madre, o a cualquiera de estos cuando él hijo tenga determinada una filiación diferente...”.

Lo anterior, tal como lo ha interpretado mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencial, implica que el padre aún cuando pudiere albergar dudas acerca de su paternidad, si resulta que el niño no tiene filiación establecida sólo podrá reconocerlo, sin que pueda reclamar judicialmente su paternidad con el objeto de obtener las pruebas necesarias para confirmar o descartar de su paternidad; lo que, si además consideramos que éste está privado de la acción de impugnación, realmente aparece como un laberinto sin salida.

El presente caso tiene sin embargo características distintas de las otras dos situaciones antes planteadas, que a nuestro juicio podrían llegar a fundamentar de mejor manera una decisión judicial amparando la pretensión del padre, y de hecho, como nos consta, así lo hacen algunos tribunales.

La primera diferencia dice relación con la redacción del precepto. Aún cuando en la discusión de la Ley 19.585 existe constancia de que no se daría acción de reclamación al padre o madre en el contexto de la filiación matrimonial, porque estos podían directamente reconocer al hijo; lo concreto es que la redacción del precepto no es clara a estos respectos, porque el artículo 205 cuando se refiere a la acción que corresponde al padre dice que ésta le corresponderá cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, no que “sólo” le corresponda en ese caso. La expresión “sólo”, utilizada por la norma, podemos estimar que se aplica únicamente cuando se refiere a la acción que puede ejercer el hijo y no a aquella que corresponde a sus padres.

Una segunda cuestión, que también permite fundar de mejor manera la esta acción, es el hecho de que las acciones que nacen de los derechos no dependen de que estén o no tipificadas en el ordenamiento jurídico; existen porque existe el derecho y no porque una norma la consagre; de tal manera que para que el padre no tuviera la referida acción tendría que existir una norma que lo privara del mismo, que no la hay; existiendo por el contrario disposiciones que obran en el sentido contrario: proclamando el derecho a investigar paternidad y maternidad y admitiendo para ello toda clase de pruebas.

A pesar de lo dicho, esto es, estimando que en este caso contamos con mejores razones para amparar el derecho del padre a reclamar su paternidad, creemos que en tanto no se revise la normativa existente seguiremos estando en lo que describíamos como el peor de los mundos; en que frente a la pregunta acerca de la legitimación del padre de la acción de reclamación tendremos que empujar a quien alberga dudas acerca de su paternidad a reconocer o a iniciar un juicio con destino absolutamente incierto; en el que un tribunal podrá desestimar tempranamente la demanda, normalmente en la audiencia preparatoria ante la imposibilidad de aplicar el control de admisibilidad en esta materia; podrá acogerla a tramitación con o sin oposición de la contraria ordenando la práctica de pruebas periciales biológicas; pero cuántos jueces estarán dispuestos a dictar sentencia y a acoger en definitiva la demanda ante la negativa injustificada de la madre a practicarle las pruebas periciales biológicas al menor?

Es este último punto el que nos hace mantener lo que hasta aquí venimos sosteniendo, en el sentido que urge que el legislador introduzca las modificaciones

necesarias que permitan garantizar al padre, con el debido respeto al interés superior del niño, su legítimo derecho a investigar también su paternidad.

### **CONCLUSIONES:**

1. La dictación de la Ley 19. 585 por parte del legislador chileno produjo un significativo avance en materia de filiación, dejando establecidos como principios rectores del sistema: la igualdad, el interés superior del niño y la libre investigación de paternidad y maternidad; todo ello con el objeto de adecuar la normativa del Código Civil a los mandatos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y también a los mandatos contenidos en nuestra propia Carta Fundamental.
2. El principio de libre e investigación de paternidad y maternidad, está destinado a satisfacer el derecho a la identidad, derecho esencial a todo ser humano, dentro del cual se comprende el derecho a conocer su filiación.
3. Como consecuencia de lo anterior, así como cada hijo tiene el derecho inalienable a conocer su origen biológico, cada padre y madre tiene el derecho fundamental de conocer a quienes han procreado.
4. Si bien la Ley referida ha implicado un significativo avance en materia de investigación de paternidad y maternidad, tales avances no han mejorado sustancialmente la situación del padre, respecto del cual persisten algunos nudos críticos que impiden la plena satisfacción de su derecho a la identidad, en los términos antes anotados.
5. En efecto, examinada la situación del padre a la luz de las disposiciones del Código Civil, es posible constatar que existen problemas a la hora de determinar, reclamar e impugnar su paternidad.
6. Así, y en principio, la paternidad presumida, sólo puede impugnarse por el padre, o desconocerse en su caso, dentro de los ciento ochenta días subsiguientes al día en que se tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer.
7. Lo anterior implica que, aunque haya existido mala fe y engaño por parte de la madre, si el marido descubre después de los exiguos plazos indicados, que no es el padre, queda impedido de impugnar la paternidad que la ley le ha presumido; lo que, tal como ha dicho el Tribunal Constitucional en España, termina convirtiendo la

presunción de paternidad en una presunción de derecho, y que como tal no admite prueba en contrario. No al menos, por el marido de la madre.

8. Para el caso de la paternidad determinada por reconocimiento, la situación del padre en nada mejora a la hora de querer corregir hipótesis de falta de correspondencia entre la verdad formal y la real, por cuanto en el caso de querer invalidar su reconocimiento por la vía de la nulidad (al menos en los casos de voluntad viciada), en principio, sólo dispone del término de un año contado desde el reconocimiento; y en el caso de querer intentar la vía de la impugnación, aunque el legislador no lo ha excluido expresamente como legitimado activo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sistemáticamente le han negado esta vía.

9. Como tercer problema hemos examinado lo que ocurre en materia de reclamación de paternidad, en que la interpretación mayoritaria acerca del artículo 205 del CC. estima que la ley reserva al padre esta acción sólo en el evento que el hijo tenga ya determinada otra filiación paterna; situación que al margen de ser una abierta vulneración de su derecho a investigar paternidad y maternidad, termina empujando al que supone ser padre a un reconocimiento prácticamente imposible de invalidar, aunque cuente con la prueba para ello.

10. Pero si los temas examinados son ya un problema, ni siquiera novedoso para quienes miramos desde hace algún tiempo esta parte esta materia, esto se ha visto agravado por la existencia de fallos en que, como se dijo al comenzar, con el loable afán de hacer justicia han desatendido el tenor de la ley enfrentándonos a lo que estimamos termina convirtiéndose en un problema mayor, como es la falta de certeza jurídica.

11. Los ciudadanos tenemos el derecho a conocer las reglas conforme a las cuales serán resueltas nuestras pretensiones por los tribunales de justicia; derecho que en la materia que planteamos sentimos conculcado, cuando mediante soluciones creativas los tribunales ordinarios inspirados en los más altos principios jurídicos, tratados internacionales y derechos constitucionales, dejan de aplicar el derecho vigente; que si bien tiene defectos graves que requieren ser corregidos; esto debe producirse por los cauces institucionales que en derecho corresponda: Tribunal constitucional, Poder Legislativo.

12. Señala el CC. en materia de interpretación legal que “cuando el tenor de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”; regla que entendemos que debe servir no sólo a los jueces, sino que también a

quienes hoy contribuyen a la doctrina del derecho de familia en nuestro país; la que considero, esto muy a título personal, que en muchos casos han dado las alas pensar que las malas leyes se combaten perfectamente con buenos argumentos y no, como es debido, con mejores leyes, que por cierto entiendo merecemos.

13. Merecemos leyes que entreguen soluciones adecuadas y coherentes entre sí, a los nudos críticos que aún persisten en el régimen filiativo chileno, que garanticen los derechos de todos los involucrados, y por cierto el de los padres; responsabilidad que creemos que no puede seguir siendo traspasada a los jueces.



## EL NORTE GRANDE, ANTOFAGASTA Y SUS INMIGRANTES: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO DE FAMILIA<sup>63</sup>

**Alexis Mondaca Miranda**

Profesor de Derecho civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Máster en Empresa, Derecho y Justicia por la Universidad

Este artículo se inscribe en el proyecto Fondecyt de Iniciación 2015 N° 11150118 (“La incidencia de los vínculos de familia en la resolución de las acciones de amparo deducidas para revocar las decisiones administrativas de expulsión de extranjeros”).

Se agradece al Programa Fondecyt por financiar esta investigación.

### I. Introducción

La inmigración es un proceso global de gran complejidad, de antigua data, pero que presenta una innegable y pública actualidad, que plantea diversos desafíos a la sociedad en su conjunto y al ordenamiento jurídico en particular. Si analizamos el mundo en que nos ha tocado vivir, fácil es constatar que en todos los continentes se presentan movimientos de migrantes de entidad. Para ilustrar esta afirmación, basta con pensar en la situación de los refugiados sirios que intentan por todos los medios llegar a Europa, entre otros destinos, y la mucho más cercana situación existente en Venezuela, que ha provocado un éxodo cada vez más masivo hacia Colombia.

En efecto, el Derecho debe saber reaccionar implementando una normativa que responda satisfactoriamente a las nuevas realidades que implica el recibir población foránea<sup>64</sup>, mezclando con sapiencia los habituales ejes sobre los que se estructura una política estatal migratoria, a saber, el necesario control del

---

<sup>63</sup> Como citar este artículo: MIRANDA, Alexis Mondaca. El norte grande, antofagasta y sus inmigrantes: una mirada desde el derecho de familia. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 48/68.

<sup>64</sup> Un buen ejemplo de lo señalado, a propósito del caso español, se encuentra en VIDAL FUEYO, María del Camino, *Las Leyes Autonómicas en materia de inmigración: algunas reflexiones respecto de su necesidad y contenido*, en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (dir.) y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (coord.), *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 25-54.

ingreso de extranjeros y la integración de los mismos. Tradicionalmente la política nacional sobre la materia ha considerado tan solo el primero de los ejes señalados; luego, es necesario avanzar adoptando medidas que signifiquen una aplicación del segundo eje.

Múltiples causas pueden explicar la necesidad que sienten los seres humanos de abandonar su país de origen y de ingresar a otro Estado, en ocasiones muy distinto culturalmente<sup>65</sup>, y en el que muchas veces son objeto de xenofobia, más o menos encubierta, la que se concreta en determinados y variados actos de discriminación. Como lo ha planteado García y Gainza, explicando los motivos de los flujos migratorios en el subcontinente sudamericano, “En las últimas décadas, las poblaciones sudamericanas se movilizan en el marco de procesos migratorios internacionales motivados por factores económicos, laborales, sociales, culturales y políticos. La búsqueda de mejores perspectivas de vida, la procura de mejores condiciones de empleo y salariales, la posibilidad de alcanzar posiciones socio-profesionales adecuadas, la oportunidad de ascender en la escala social, la posibilidad de asimilarse al grupo de referencia y la necesidad de asentarse en un lugar librado de los peligros que acechan en tiempos de dictaduras, guerras y conflictos armados, han sido los principales factores que empujan a los sudamericanos a emigrar, ya sea hacia otros destinos regionales o afuera del subcontinente”<sup>66</sup>.

Chile y su Derecho de familia no escapan a lo anterior. En efecto, los flujos migratorios que ha recibido Chile se explican mayoritariamente por factores económicos y laborales, sin perjuicio de la relevancia de algunos procesos de decadencia política que han afectado a determinados países, como es el caso de la reciente inmigración venezolana. Tengamos en vista, además, que por consideraciones propias de la naturaleza humana, es inevitable que el extranjero constituya en el país receptor vínculos de familia, o bien que se traslade con nexos de familia ya existentes en su país de origen. Así, el ordenamiento jurídico en general y el Derecho de familia en específico, deben preocuparse por considerar la

---

<sup>65</sup> Piénsese, por ejemplo, en las crecientes cifras de inmigrantes de Haití que han ingresado a Chile, en razón de la conocida inestabilidad social, política y económica de dicho país. Además de hablar un idioma distinto (la lengua oficial es el criollo haitiano y el francés), la religión oficial de Haití es el vudú, creencia absolutamente extraña y contrapuesta a la religión cristiana, que desde los inicios de la conquista española ha caracterizado el sentimiento religioso chileno.

<sup>66</sup> GARCÍA ZAMORA, Rodolfo y GAINZA Patricia, Economía, migración y política migratoria en Sudamérica: avances y desafíos, en Migración y Desarrollo, vol. 19, n° 23, 2014, 4.

importancia de primer orden, que tanto para la sociedad como para el inmigrante, poseen sus relaciones de familia.

Lo anterior es particularmente relevante, puesto que en las últimas décadas ha aumentado ostensiblemente la población extranjera. En conformidad a una serie de cifras, entre ellas las proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadísticas, según la estimación del Censo del año 2012, el número total de inmigrantes asciende a casi medio millón. Debemos agregar a esta cifra a los extranjeros que se encuentran en una situación no regularizada de residencia, por lo tanto, el número total de inmigrantes debe aumentarse en forma considerable. Es necesario indicar, también, que todo permite colegir que el número de población foránea aumentará en el futuro. En síntesis, Chile se ha convertido en un núcleo de atracción para los flujos de migración.

Este aumento de población extranjera ha generado un alza en las órdenes de expulsión emitidas por la autoridad administrativa, medidas decretadas en ejercicio de las facultades discrecionales con que se ha dotado a la administración en sede de extranjería. En efecto, en esta materia, existe un fértil campo de ejercicio de las facultades discrecionales atribuidas al ente administrativo, como el artículo 13 del Reglamento de Extranjería, que emplea los términos “utilidad” y “conveniencia”. Es evidente que no es labor sencilla determinar cuándo la permanencia en el país, o por el contrario, la expulsión de un ciudadano extranjero es “útil” o “conveniente”.

En el mismo sentido, dotar de contenido a los mencionados conceptos es una labor que debe realizarse caso a caso, en la que el respeto de los derechos de los inmigrantes debería ser una de las principales preocupaciones de la administración pública. Asimismo, ésta tendría que fundamentar debidamente sus resoluciones, de forma tal, de evitar toda mácula de arbitrariedad. En breves palabras, difícil es considerar en un caso concreto tanto la “utilidad” como la “conveniencia” de expulsar a un extranjero, puesto que se trata de conceptos jurídicos indeterminados.

Lo señalado ha producido una reacción del afectado por la ejecución de una orden de expulsión. Así, se han deducido acciones constitucionales de amparo que, basadas en la defensa de los vínculos de familia, buscan revocar en sede judicial las órdenes de expulsión, actos administrativos que son tildados de arbitrarios. A mayor detalle, y como hemos señalado en otra oportunidad, las Cortes

de Apelaciones, en primera instancia, y la Corte Suprema, tribunal competente en segunda instancia, deben considerar que el extranjero no es un ser aislado, sino que se encuentra ligado a los otros integrantes de su familia y a la sociedad en su conjunto. Es decir, la expulsión puede generar consecuencias negativas para personas diversas del sujeto pasivo de la medida que establece el abandono forzado del país.

En la misma línea, es aconsejable que se analicen las distintas situaciones en que pueden encontrarse los inmigrantes. Así, en el razonamiento del sentenciador debe considerarse que “es de toda evidencia que no es lo mismo expulsar a un extranjero que no ha constituido vínculo familiar alguno que imponer el abandono del país al nacional de otro Estado que ha contraído en nuestro país hace muchos años matrimonio, que tiene dos hijos chilenos y cuya mujer se encuentra actualmente embarazada de un tercer hijo”<sup>67</sup>.

En concreto, al hablar de vínculos de familia, hacemos referencia a los siguientes nexos: matrimonio, uniones de hecho (estén o no formalizadas mediante el contrato de acuerdo de unión civil), y a la filiación<sup>68</sup>. La existencia de tales lazos familiares, en concepto de los extranjeros que han deducido las referidas acciones constitucionales de amparo, debería ser suficiente para calificar el acto administrativo correspondiente como arbitrario, de modo tal de lograr su revocación.

En este panorama, un punto clave es analizar cuáles son los perjuicios que se provocarían al núcleo fundamental de la sociedad, en el supuesto de ejecutarse la orden de expulsión. En otras palabras, debe imponerse la noción de que una expulsión no necesariamente es un acto que trae beneficios a la sociedad chilena, sino que, por el contrario, a lo menos en algunos casos, es posible que cause graves daños.

## **II. La inmigración en la zona norte**

A continuación, efectuaremos unos breves comentarios sobre las características que poseen los flujos migratorios del así denominado Norte Grande

---

<sup>67</sup> MONDACA MIRANDA, Alexis, *Los nexos de familia y la revocación de las resoluciones de expulsiones de extranjeros*, en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (coords.), *Estudios de Derecho Familiar I*, Santiago, Thomson Reuters, 2016, 379.

<sup>68</sup> No descartamos la relevancia de otros nexos de familia, como el parentesco en la línea recta o colateral, pero el matrimonio, el concubinato y la generación de descendencia, han sido comúnmente alegados como fundamento de las acciones de amparo a las que se refiere el presente trabajo.

de Chile. Desde un punto de vista geográfico, el Norte Grande de nuestro país, comprende las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y una parte de la región de Atacama<sup>69</sup>. En consecuencia, su territorio se encuentra dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Arica, de Iquique, de Antofagasta y de Copiapó.

A nivel nacional, destaca el extremo norte como una zona receptora de movimientos migratorios, cada día mayores en su número. No se trata de una realidad nueva para el Norte Grande. A mayor detalle, recordemos que la Guerra del Pacífico, principalmente en el extranjero fue denominada Guerra del Guano y del Salitre. Desde un primer momento Chile sacó provecho de las riquezas disputadas con Bolivia y con Perú. En este sentido, no olvidemos que la conquista de la zona de Tarapacá permitió costear las futuras campañas del ejército chileno. De esta manera, el esfuerzo militar fue financiado por las ventas del guano y del salitre. Dicha riqueza fue un factor esencial que conduciría a la derrota definitiva de Bolivia y de Perú. A propósito del primer país, en la práctica su participación en la contienda cesó en la llamada en Chile batalla de Tacna, o como es conocida en los países antagonistas de la guerra, batalla del Campo de la Alianza. En el caso del Perú, sin perjuicio de la campaña de la Sierra (y especialmente de la batalla de Huamachuco en la que se derrotó definitivamente a las huestes guerrilleras de Cáceres), los flujos

---

<sup>69</sup> El límite sur del Norte Grande está dado por el Río Copiapó, curso fluvial que marca el inicio del llamado Norte Chico, área geográfica constituida mayoritariamente por la IV Región de Coquimbo. Los flujos migratorios del Norte Chico son claramente menores que los existentes en el Norte Grande. Si bien es cierto existen yacimientos mineros en la IV Región (principalmente de cobre, oro y plomo), no presentan la importancia económica que ostentan las vetas que se explotan en las regiones de Arica y Parinacota, Iquique, principalmente Antofagasta, y de Atacama.

Una de las más llamativas características de la minería de Atacama y de Coquimbo, es la presencia de la “pequeña minería”, es decir, de “piques”, o sea, socavones de poca envergadura, actividad económica precaria muy sensible a los vaivenes del mercado. Sobre este punto, se ha escrito que “Muchos hombres y mujeres se aventuraron por viejos derroteros y trazaron otros nuevos que, seguramente, serán transitados por otros contingentes cuando nuevamente el precio del cobre se encumbre hasta niveles insospechados y generadores de altos ingresos. La economía de los pequeños mineros y de los pirquineros es así, con alzas y bajas, fugaces las más de las veces, y está compuesta de muchos proyectos personales sin mayor lógica económica, impulsados por motivaciones que tienen relación con imaginarios contruidos a partir de experiencias –como la de Tamaya– lejanas en el tiempo y que corresponden a la “edad de oro” de la actividad en el siglo XIX, es decir el cuarto de siglo 1850-1875”, ORTEGA MARTÍNEZ, Luis, *La minería del cobre del Norte Chico (tradicional) y los medianos y pequeños productores en perspectiva histórica*, en *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Fronterizos*, vol. X, nº 2, 2010, 42.

monetarios originados en la explotación minera del territorio recientemente conquistado, apuraron los pasos de los soldados chilenos hacia Lima.

La incorporación de las riquezas del norte al erario nacional reforzó los movimientos migratorios hacia dicha zona. En palabras de González, Lufín y Galeno, “Durante el denominado ciclo histórico del salitre, 1880-1930, que hegemonizó la tecnología Shanks, se verificó el flujo migratorio más importante en Chile, en 1907, y por ende, la región salitrera de Antofagasta, en el norte del territorio, vio incrementada fuertemente su población en todos los ámbitos, precisamente por contingentes latinoamericanos, los principales, y por oleadas de europeos que, por razones de crisis económica, inestabilidad política y efectos de la primera guerra mundial (1914-1918), debieron otear sus horizontes en ultramar”<sup>70</sup>. Lo opuesto sucedió en Perú y Bolivia; la pérdida de su principal fuente de ingreso, incidió de manera significativa y negativa en el esfuerzo bélico.

Un primer movimiento migratorio que nos interesa dirigido hacia el hoy denominado Norte Grande (en su momento zona sur del Perú y de Bolivia), estuvo compuesto de chilenos que buscaban trabajo en la industria salitrera. Esta migración fue importante para Chile desde los inicios de la Guerra del Pacífico en un doble sentido: en primer término, como justificación y apoyo popular de la ocupación de la ciudad de Antofagasta, y en segundo lugar, como campo fértil de reclutamiento de soldados.

Con respecto a lo primero, recordemos que la acción de tinte bélico que desató el conflicto fue la ocupación de Antofagasta, ocurrida el 14 de febrero de 1879, la que se realizó sin disparar tiro alguno, esto es, sin encontrar las fuerzas chilenas la más mínima resistencia. Incluso, las tropas dirigidas por el coronel Emilio Sotomayor fueron recibidas con fuertes vítores de la población antofagastina de la época, la que obviamente, en su gran mayoría, estaba compuesta por trabajadores chilenos y por sus familias. Al descrito apoyo popular, debe sumarse un aspecto económico: la relevancia de primer orden que habían adquirido en el plano económico los intereses de otro grupo de inmigrantes chilenos, los dueños de los

---

<sup>70</sup> GONZÁLEZ, José Antonio, LUFÍN, Marcelo y GALENO Claudio, Mujeres europeas en el ciclo salitrero de la Región de Antofagasta: 1880-1930. La inmigración de italianas, yugoeslavas y alemanas, en Revista de Historia, nº 396, vol. 6, nº 2, 257.

capitales productivos. En efecto, un pilar de la industria del guano y del salitre fue la presencia de capitales chilenos e ingleses<sup>71</sup>.

Con respecto a lo segundo, los inmigrantes chilenos fueron reclutados por el ejército que comenzó la llamada “Campaña de Tarapacá”. En este sentido, una vez iniciadas las hostilidades, muchos de los trabajadores de las oficinas salitreras pasaron a engrosar las filas de los diversos regimientos de línea del ejército chileno, para lo que se acudió al procedimiento denominado “enganche”, el que implicaba un servicio militar mínimo de cinco años, a cambio, cada soldado tenía derecho al pago de una determinada cantidad de dinero<sup>72</sup>.

Si ayer fue el salitre el principal motivo de los movimientos migratorios del siglo XIX, en la actualidad, en el norte de Chile, su lugar ha pasado a ser ocupado por la industria cuprífera. Así, hoy es el cobre el mineral de mayor relevancia para la economía chilena, lo que explica que nuevamente las zonas en las que se encuentran localizadas las principales vetas, destaquen a nivel nacional en cuanto a recepción de extranjeros<sup>73</sup>.

Después de la Región Metropolitana, zona que representa el 61,5% de la población total de inmigrantes, el área que más extranjeros ha recibido ha sido el

---

<sup>71</sup> Sobre el particular, se ha escrito lo siguiente: “Desde fines de la década del cincuenta se comenzaron a explotar por empresarios chilenos asociados a capitalistas ingleses los primeros yacimientos de nitratos en la zona de Mejillones, que llevaron al despunte de la actividad extractiva en la región. Esta zona poseía ricos yacimientos de guano y salitre, incluyendo algunos de plata en la cercana región de Caracoles que comenzaron a producir en la siguiente década. El desarrollo del puerto de Antofagasta, convertido por los chilenos desde 1868 en el eje del embarque del caliche, terminó por desplazar a Cobija como principal salida al mar de Bolivia”, GUERRA VILABOY, Sergio, *La dramática historia de la Guerra del Pacífico (1879-1883) y de sus consecuencias para Bolivia*, Revista Izquierdas, nº 15, 2013, 202.

<sup>72</sup> “Durante el período de este trabajo, los sueldos de los soldados bordeaban los 9-12 pesos. Entre 1854 y 1871 ascendía a 9 pesos. Pero, conforme a un aumento salarial establecido por una ley de noviembre de 1871, giraba en torno a los 11-12 pesos, siendo mayor para los soldados del arma de artillería por su mayor especialización técnica. A esto agréguese la denominada gratificación de enganche - de 11 pesos- que el recluta recibía a manera de aliciente sólo por una vez, al momento de su ingreso voluntario. En tercer lugar, hay que considerar que al sueldo indicado se le aplicaba un descuento por concepto de gastos diarios, por ejemplo, vestuario, rancho, etc. Descuento que ascendía a 4 pesos, aproximadamente”, VERBAL, Valentina, *El Ejército de Chile en vísperas de la Guerra del Pacífico. Los problemas del enganche (1866-1879)*, en *Revista de Historia de la Universidad de Concepción*, nº 22, vol. 1, 2015, 116.

<sup>73</sup> TAPIA LADINO, Marcela, Frontera y migración en el norte de Chile a partir del análisis de los censos de población. Siglos XIX-XXI, en *Revista de Geografía Norte Grande*, 2012, nº 53, 177.

extremo norte, que ha recepcionado un 16.2% de dicha población<sup>74</sup>. En efecto, un importante porcentaje de población foránea se ha asentado en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama<sup>75</sup>.

En cuanto a los principales países de origen de los inmigrantes, éstos son Bolivia, Perú y Argentina, es decir, precisamente los países con los que limita el extremo norte de Chile. A mayor detalle, la mayor población foránea es la peruana (31,7%), seguida de la argentina (16,3%), y de la boliviana (8,8%). También destacan, en el último tiempo, los colombianos (6,1%) y los ecuatorianos (4,7%)<sup>76</sup>.

### III. Los inmigrantes en Antofagasta

La búsqueda por la riqueza minera es el factor que produjo el nacimiento de la Antofagasta moderna. En este sentido, siguiendo a Vidal Gormaz, “El pueblo de Antofagasta se improvisó, puede decirse en 1870, con motivo del importante descubrimiento de los ricos veneros argentíferos de Caracoles, i más tarde a causa de las abundantes salitreras del Salar del Carmen, Salinas, Carmen Alto, i por último del vasto calichal de Aguas Blancas. Antes de 1870, Antofagasta solo era conocido por uno que otro atrevido cateador i por algunos changos pescadores que corrían la costa en busca del congrio”.

Agrega el citado autor que: “La ciudad, no obstante la aridez del terreno en que yace, no carece de nada. Su mercado se halla bien surtido de verduras i de toda clase de artículos de consumo para las familias. Lo mismo ocurre con las tiendas i almacenes. Posee también Antofagasta un Club, dos hoteles principales i algunos de segundo orden, restaurants, casas de diversión. Las policías de aseo i de seguridad son buenos i atendidos debidamente por la autoridad. No hai todavía ningún colegio de educación secundaria. La población de la ciudad se estima en 4.500 almas, chilenos en su mayor parte, siendo los restantes europeos i americanos, sin escasear algunos asiáticos”<sup>77</sup>. Es decir, desde sus orígenes, la actual capital de la II Región se vinculó a movimientos migratorios que se fundaban

<sup>74</sup> Situación de los DDHH en Chile. Informe Anual. INDH 2016, 41.

<sup>75</sup> TESSADA, José, *Inmigración en Chile. Diagnóstico y Propuesta de Políticas*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Panel de Políticas Públicas CEP, 2013, 2.

<sup>76</sup> Informe OBIMID. La migración en Chile, 2016, 41.

<sup>77</sup> VIDAL GORMAZ, Francisco, *Jeografía Náutica de la República de Chile*. Capítulo XVI. Entre el grado 24º i el grado 23, en *Anuario Hidrográfico de la Marina de Chile*, nº 7, 1881, 153.



en la perspectiva de lograr una mejor situación económica. *Mutatis mutandis*, podemos afirmar que el mismo panorama puede apreciarse en estos días.

Una vez incorporada Antofagasta a la soberanía chilena, además del previsible contingente de extranjeros nacionales de los países limítrofes, la ciudad recibió un primer grupo de población foránea procedente de Europa, la que decididamente ha influido en el desarrollo de la misma.

Con respecto a los primeros, el resultado de la Guerra del Pacífico no significó el exilio de los residentes antofagastinos de nacionalidades diversas a la chilena. Por el contrario, la Antofagasta chilena era un crisol de bolivianos, chilenos y peruanos, entre otros. Lo anterior le dio a la ciudad un aire cosmopolita; extranjeros y minería, aspectos siempre ligados a la historia de Antofagasta. Como lo explica González, Lufín y Galeno, “La ciudad de Antofagasta se constituyó como una urbe cosmopolita, abierta a la inmigración, donde su espacio urbano albergó simultáneamente áreas residenciales y comerciales con determinadas edificaciones destinadas a cité o conventillo, que fue una proyección de la especulación inmobiliaria que afectó al crecimiento económico, al desarrollo arquitectónico, a la expansión de los establecimientos educacionales y por cierto a la creciente necesidad de nuevas viviendas para una población que se aventuraba al riesgo o al albur de la fortuna personal atraído por el magnetismo de una pujante actividad industrial y comercial”<sup>78</sup>.

A propósito de los inmigrantes procedentes de otros continentes, como ha observado con lucidez González, los aportes de los extranjeros se han vistos reflejados en los espacios públicos de la ciudad. A mayor detalle: en la principal plaza de la ciudad, llamada Colón, en la que se encuentra el distintivo reloj donado por la comunidad inglesa (imitación en miniatura del célebre reloj Big Ben de Londres); el Odeón de la misma plaza, financiado por la comunidad eslava, especialmente croata; siempre en la Plaza Colón, la estatua del león y el monumento a los Reyes Católicos, obras debidas a la colonia española; la comunidad china contribuyó con el pórtico del Cementerio General; los alemanes hicieron lo propio con la Columna a la Libertad ubicada en la Plaza Sotomayor; los griegos aportaron

---

<sup>78</sup> GONZÁLEZ, José Antonio, LUFÍN, Marcelo y GALENO, Claudio, La presencia boliviana en el desierto de Atacama después de la postguerra de 1879. Patrones de migración e inserción en la sociedad de Antofagasta, en *Diálogo Andino*, n° 48, 2015, 111.

con la estatua Los Gladiadores, en el Parque Brasil; y los turcos con la estatua de los Sufíes<sup>79</sup>.

En la actualidad, en virtud de los vaivenes propios de nuestros días, han llegado extranjeros provenientes de nuevos países, especialmente de climas tropicales, ya no solo peruanos, bolivianos y argentinos. En el caso de la ciudad de Antofagasta, tanto a nivel local como nacional, han llamado principalmente la atención los colombianos, a los que deben sumarse los cubanos, ecuatorianos y personas provenientes de otras regiones de Centro y de Sudamérica. De esta manera, ya se notan en las calles antofagastinas, como hemos indicado, haitianos, a los que se suma una pujante y creciente comunidad venezolana, y en la cercana ciudad puerto de Mejillones, coreanos.

Un comentario especial merece el fenómeno migratorio proveniente de Colombia, en especial, la población afrocolombiana. Echeverri ha resaltado las principales características de los movimientos migratorios de la mencionada población. Así, destaca sus lugares de origen, ligados éstos a la zona del Pacífico colombiano, principalmente, y en segundo lugar, al área cafetera. Agrega que una nota muy distintiva es la discriminación racial de la que son víctimas, agudizada en el caso de las mujeres al agregarse una estigmatización sexual. Aunque la autora no lo mencione, podemos añadir, respecto a la población masculina, una nueva estigmatización, esta vez, delictual. Resalta dentro de las causas que explican el aludido flujo migratorio, la inestabilidad política y social de Colombia, motivada, en su momento, por la actividad de las FARC. Finalmente, indica Echeverri, el propósito perseguido por los colombianos afrodescendientes es mejorar sus condiciones de vida y un respeto por sus derechos esenciales<sup>80</sup>.

En otras palabras, siempre las áridas, pero ricas tierras del norte han sido escenario de recepción de movimientos migratorios. Es bueno recordar que los inmigrantes no están constituidos solo por extranjeros, también existen fenómenos de migración interna. En este sentido, no olvidemos que el Norte Grande recibió

---

<sup>79</sup> Precisa el nombrado autor que: "Tales sitios y monumentos fijaron también, como sostuvo Lewis Mumford, los hechos culturales que irradiaron hacia otros ámbitos: la época reflejó la mayor cantidad de imprentas y producción bibliográfica, donde los inmigrantes contribuyeron con las instalaciones tipográficas, librerías, periódicos, -principalmente la colonia croata- en su propio idioma y escritores", GONZÁLEZ, José Antonio, *Una ciudad del desierto y la migración. La experiencia de Antofagasta*, en TELLO BIANCHI, Erika (edit.), *Sociedad, Valores y Economía: aproximaciones a la complejidad de nuestro tiempo*, Antofagasta, Ediciones Universitarias, Universidad Católica del Norte, 2017, 230.

<sup>80</sup> ECHEVERRI, María Margarita, Otriedad racializada en la migración forzada de afrocolombianos a Antofagasta (Chile), en *Nómadas* n° 45, 2016, 93-94.

considerables números de migrantes chilenos que llegaron con la esperanza de participar en la bonanza económica que provocaba la recientemente adquirida industria del guano y del salitre, los que se sumaron a la población chilena residente en los tiempos en que las mencionadas riquezas pertenecían a Perú y a Bolivia.

Sin perjuicio de lo señalado, hoy una buena parte de la población antofagastina no mira con buenos ojos al extranjero. Se observan negativas consecuencias en el contexto de la aculturación sufrida por los mismos. De esta manera, la aculturación ha llegado al extremo de afectar la salud mental de la población foránea, siendo una causa de estrés. Dicho estrés se explica por la lejanía con sus tierras de origen, por la discriminación y rechazo que sienten de parte de la población nacional. Es decir, la integración del extranjero, en muchas ocasiones, no deje de ser tan solo un discurso de ciertos, ni siquiera de todos, los agentes políticos<sup>81</sup>.

En concordancia con lo recientemente afirmado, las resoluciones que ordenan la expulsión de inmigrantes no causan mayor impacto en la ciudad, la que con dicha conducta pareciera dar la espalda a su origen y desarrollo ineludiblemente ligado a nacionales de otros países. En términos más directos, con una xenofobia más o menos encubierta, existe un ambiente en el que se respira que debe otorgarse mayor tutela jurídica a los vínculos de familia de los chilenos, y en menor medida, a las relaciones familiares de los extranjeros. Contribuir a la lucha en contra de lo señalado es el objetivo perseguido con este trabajo.

#### **IV. El principio de proporcionalidad de las sanciones aplicado a los litigios de extranjería**

En los últimos años, en los tribunales de justicia superiores de nuestro país, en el contexto de la resolución de acciones de amparo deducidas por extranjeros, con las que se intenta revocar las órdenes de expulsión que les amenazan, se ha venido imponiendo una interpretación que busca la tutela de los vínculos de familia de los extranjeros, asignándoles una relevante entidad.<sup>82</sup> En

---

<sup>81</sup> URZÚA, Alfonso, HEREDIA, Osvaldo, y CAQUEO-URÍZAR, Alejandra, Salud mental y estrés por aculturación en inmigrantes sudamericanos en el norte de Chile, en Revista Médica de Chile, nº 144, 2016, 565.

<sup>82</sup> Todas las sentencias citadas en este trabajo se encuentran disponibles en la página del Poder Judicial de Chile: [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).

virtud de dicha interpretación, en atención a los vínculos de familia que se logren acreditar en sede judicial, un inmigrante podría obtener la revocación de una orden de expulsión en su contra dictada<sup>83</sup>.

Podemos destacar, dentro de esta línea jurisprudencial que está imponiendo el supremo sentenciador, las sentencias roles 1.727-2016 y 9.081-2014. En cuanto a la primera, de 15 de marzo, se acogió el amparo deducido en atención a la existencia de un concubinato. Efectivamente, de acuerdo al considerando 3º, además del hecho de realizar una actividad remunerada, se tuvo en vista que *la extranjera convive con un ciudadano chileno, circunstancias que en su conjunto vuelven desproporcionada la sanción administrativa impuesta y la privan de fundamento racional y, consecuentemente, permiten afirmar que se pone en peligro la libertad personal de la amparada por un acto arbitrario de la autoridad recurrida, lo que conlleva que la acción interpuesta deba ser acogida*.

En armonía con el propósito de defender la familia, ahora con respecto a la filiación, la Corte Suprema en la causa Rol 9.081-2014, de 29 de abril, estableció en el considerando 5º, *que la ejecución de la orden de abandono del país es desproporcionada e importa una trasgresión al principio del interés superior del niño, en la especie, en relación con el menor (...) porque implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta, también, lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*<sup>84</sup>.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta ha comenzado a recorrer el sendero trazado por el máximo tribunal chileno. Con todo, no se trata de un punto pacífico. En los litigios de extranjería a que hemos aludido, se contraponen, a lo menos en principio, dos intereses. Por una parte, la necesidad de otorgar un verdadera tutela jurídica a las relaciones de familia, con total prescindencia de la

---

<sup>83</sup> Para un estudio más detallado de los pronunciamientos del supremo sentenciador, sugerimos la lectura de los siguientes fallos: con relación al matrimonio: roles 6.414-2016 y 10.190-2017; a propósito de las uniones de hecho, roles: 981-2011, 7.018-2012, 66-2013, 10.769-2013, 6.366-2013, 6.649-2013, 9.081-2014, 10.836-14, 9.051-2015, 12.356-2015 y 17.127-2016; y sobre la filiación, roles: 3.867-2010, 981-2011, 7.018-2012, 1.805-2013, 2.174-13, 66-2013, 4.463-2013, 6.366-2013, 6.649-2013, 4.466-2013, 10.769-2013, 9.081-2014, 9.098-2014, 10.836-14, 3.574-2015, 9.051-2015, 12.356-2015, 8.397-2017, 4.964-2017, 9.386-17 y 9.317-2017.

<sup>84</sup> Lo mismo resolvió la Corte Suprema, entre otras, en las sentencias roles 3.867-2010, 7.018-2012, 66-2013 y 6.366-2013.

nacionalidad de sus componentes. Pero, por otro lado, un presupuesto de la eficacia del Derecho viene dado por la aplicación de una sanción a todo aquel que con su conducta ha realizado alguna violación del ordenamiento jurídico. En otras palabras, así como es incorrecto lesionar injustificadamente los vínculos de familia, tampoco es aceptable dejar sin una pena a quien ha cometido algún tipo de infracción.

¿Cómo resolvemos el dilema planteado?: la solución está dado por una justa aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones en sentido estricto. Cada día es más frecuente escuchar en el tribunal de segunda instancia de Antofagasta, en los litigios de extranjería, la alegación del principio de proporcionalidad de las sanciones<sup>85</sup>. En esencia, dado que muchas líneas se han escrito sobre el principio nombrado, solo diremos que en su virtud, una pena o sanción puede ser calificada de desproporcionada, por lo tanto, arbitraria, si de ella se generan más perjuicios que beneficios<sup>86</sup>. Dicho ejercicio es el que deseamos realizar con relación a los litigios de extranjería.

Por lo tanto, debemos cuestionarnos cuál es el perjuicio y la ventaja que para nuestra sociedad genera la ejecución de la medida de expulsión. Luego profundizaremos sobre el perjuicio. El beneficio es fácilmente deducible: el abandono forzado del territorio nacional por parte de quien ha cometido algún hecho ilícito. Entre las infracciones más comunes, podemos indicar las siguientes: ingreso

---

<sup>85</sup> Véase la sentencia Rol 60-201, *Núñez Lopera con Departamento de Extranjería y Migración*, fallo que expresa en su considerando primero: *Argumentando en derecho sostiene que el rechazo de la visa y orden de abandono afecta la libertad personal del amparado e impide materializar sus legítimas oportunidades laborales, citando jurisprudencia al efecto, de modo que la autoridad debió ponderar la situación actual en que se encuentra considerando en ello, su núcleo familiar principal y la debida proporcionalidad que debe revestir la medida de abandono del país en relación a la conducta desplegada por el amparado que motiva el rechazo de la solicitud, por ello los conceptos de conveniencia y utilidad a los que alude la resolución dictada por la autoridad migratoria no serían tales o no están razonablemente aplicados.*

<sup>86</sup> “Como ya se adelantó, en esencia el principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF), la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. En virtud de él se “prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas –Übermassverbot– y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites”, ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales*, año 10, nº 1, 2012, 68.

irregular, permanencia no regularizada, simulación de contrato y comisión de un crimen o simple delito.

A propósito del ingreso irregular, éste constituye una de las infracciones de mayor frecuencia. Usualmente viene precedido por un intento previo de acceso por las vías correspondientes a Chile, pero al ser rechazada dicha petición, decide el extranjero entrar en violación a la respectiva normativa de extranjería<sup>87</sup>. En la práctica, lo descrito se realiza atravesando algún paso fronterizo no autorizado, bajo la guía de los denominados “coyotes”, quienes, constituyendo verdaderas asociaciones ilícitas, lucran con el deseo del extranjero de radicarse en determinado país<sup>88</sup>.

Con respecto a la permanencia no regularizada, ésta se origina en virtud de un ingreso a territorio nacional que se ha realizado por las vías legales pertinentes, que autoriza a permanecer en Chile por un determinado período de tiempo. Pero, sucede que al vencer la visa de turista, y al no poder obtener la calidad de “residente transitorio”, el extranjero debería abandonar el país. Lo anterior no

---

<sup>87</sup> En un caso resuelto por la CA de Antofagasta, *Caicedo Morales con Gobernación Provincial de Antofagasta e Intendencia Regional de Antofagasta*, Rol 3-2014, no obstante la existencia de matrimonio, la expulsión del extranjero fue confirmada, en atención a que en reiteradas oportunidades el amparado realizó ingresos ilegales al país. Se acreditó que el inmigrante había sido expulsado con anterioridad en tres ocasiones. En el considerando cuarto se indicó lo siguiente: “*Que asimismo, a fojas 19, comparece doña Jessica Vergara Santana, Prefecto Inspector, Jefa II Región Policial de Antofagasta, en representación de la Policía de Investigaciones y señala que el extranjero amparado registra los siguientes movimientos migratorios: Salida 8 de junio de 2010 (expulsado), Salida 19 de junio de 2010 (expulsado) Salida 29 de septiembre de 2010 (expulsado), sin que en ninguna de esas oportunidades se registre la forma de ingreso al país. Asimismo, refiere que fue consultado en el Sistema de Gestión Policial PDI “Gepol”, nivel asesoría técnica, en el cual el extranjero registra los siguientes antecedentes: Detenido y puesto a disposición de la Fiscalía Local de Antofagasta, por delito flagrante de Ingreso Clandestino al país el 21 de abril de 2010, Denuncia a la Intendencia Regional de Antofagasta por infracción al art. 6, sancionado en el art. 146 del Reglamento de Extranjería de fecha 22 de abril de 2010, expulsión del territorio nacional e impedimento de entrada al país, vigente mediante Decreto 077/791 de fecha 12 de mayo de 2010, siendo expulsado tres veces por la avanzada carretera Chacalluta. Además el amparado registra haberse encontrado sujeto a control de firmas en el Departamento de Extranjería y Policía Internacional de Antofagasta, desde el 21 de abril de 2010 hasta el 7 de junio de 2010, fecha correspondiente al día anterior a su primera expulsión al país. Además de haber sido reembarcado a su país, con fecha 11 de diciembre de 2008 por infracción al artículo 26 N° 4 del Reglamento de Extranjería*”, disponible en <http://www.pjul.cl> (visitado el 10/04/17).

<sup>88</sup> Lo señalado ha generado nuevos problemas: pensemos en el cada vez mas común delito de trata de personas. En dicho crimen, personas inescrupulosas exigen a los inmigrantes elevadas sumas de dinero, a cambio de supuestamente garantizarles el ingreso a Chile. La realidad demuestra que en muchas ocasiones, todo termina, en el caso de mujeres, en prostitución forzada. Tengamos en cuenta, también, que muchos extranjeros se han visto mutilados al atravesar los campos minados existentes en la frontera norte de Chile, los que fueron instalados durante la década de los setenta del siglo pasado, en el contexto de los problemas que a dicha época tenía Chile con el Perú.

ocurre, por el contrario, continúa el inmigrante viviendo en Chile, configurándose, de este modo, el ilícito que da fundamento a la respectiva orden de expulsión<sup>89</sup>.

Otro nuevo fenómeno que han generado los flujos de migrantes es la simulación de contrato de trabajo, es decir, la declaración de un contenido de voluntad que no coincide con la voluntad interna o real. Como ocurre con las simulaciones absolutas, se trata de una convención que pretende crear la apariencia de un acto jurídico, en circunstancias que las partes no desean la celebración de acto alguno. Usualmente el fin perseguido es ilícito, burlar de alguna manera un precepto legal.

En la simulación que nos interesa, la alegación de la existencia de un contrato de trabajo es efectuada para obtener una visa y, como lógica consecuencia, para evitar una expulsión. Se trata de una simulación particular, puesto que, además de su natural contenido laboral, abarca lo necesario para cumplir con las cláusulas especiales que nuestro ordenamiento jurídico exige a los contratos de trabajo de extranjeros, o sea, cláusula de viaje o de pago de pasaje de retorno al país de origen, cláusula de vigencia, cláusula de impuesto a la renta y cláusula de régimen previsional<sup>90</sup>.

Finalmente, otra común infracción esgrimida por el ente administrativo como fundamento de su decisión de expulsión, es la perpetración de un crimen o simple delito. Sobre este punto existe una interesante jurisprudencia que se pronuncia sobre la gravedad de los ilícitos penales cometidos por un extranjero.

---

<sup>89</sup> La permanencia irregular, sumada a un posterior ingreso clandestino al país, motivó que la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en la causa *Vélez Velásquez y otro con Intendencia Regional de Antofagasta*, Rol 22-2014, rechazara una acción de amparo. En justificación de lo anterior, se manifestó en el considerando quinto: *Que, con el mérito de lo informado, no se advierte que la autoridad recurrida haya incurrido en una conducta ilegal o arbitraria al disponer la expulsión de la amparada, mediante la Resolución Exenta N° 2.154/1.529 y posteriormente mediante Decreto N° 40, en la medida que aquéllas se han adoptado previa ponderación de los elementos necesarios para ello, particularmente la gravedad que importa la vulneración flagrante a normas regulatorias de ingreso al territorio nacional, en el caso de marras, su permanencia en Chile habiéndose vencido la visa que se lo permitía y luego el reingreso por vía clandestina, en circunstancias que la amparada había sido ya expulsada del país. Al efecto, cabe tener presente que conforme documentación acompañada por la recurrida, la propia recurrente declaró haber hecho abandono del territorio chileno y haber decidido ese mismo día reingresar por un paso no habilitado. Lo anterior reviste la gravedad suficiente para justificar la resolución administrativa de expulsión.*

<sup>90</sup> En este sentido, se ha señalado que: “Esta simulación se originará cuando el trabajador extranjero que sujeta su permanencia al país a la existencia de un contrato de trabajo, burla la ley presentando a la autoridad competente un contrato sin que exista una relación laboral real, para el solo objeto de obtener la visa sujeta a contrato. Esta situación se produce puesto que la terminación del contrato de trabajo que ha servido de antecedente para el otorgamiento de la visación, será causal de caducidad de la visa del trabajador, y de las de sus familiares que se hayan otorgado con ocasión del contrato de trabajo”, ROJAS RIQUELME, Nadia, *El contrato de trabajo para extranjeros. Análisis de sus cláusulas especiales, simulación e informalidad laboral*, Santiago, Ius Civile, 2017, 43-44.

A mayor detalle, en el caso de Antofagasta, uno de los ilícitos penales más comunes es el tráfico de drogas, y su Corte de Apelaciones ha entendido que posee tal gravedad dicho ilícito que, no obstante los lazos de familia acreditados por el amparado inmigrante, se rechaza la acción deducida confirmándose, de este modo, la medida de expulsión.

En efecto, riguroso ha sido el criterio empleado por la Corte de Antofagasta cuando el delito cometido por el inmigrante es el delito de tráfico de drogas. Así, en la causa Rol 46-2016, caratulada *Montoya con Ministro del Interior*, el sentenciador entendió que, sin perjuicio de la tutela que debe proporcionarse a la familia, ésta no puede ser empleada como un obstáculo insalvable llegado el momento de decidir sobre la expulsión de un extranjero que ha violado en forma particularmente intensa la ley<sup>91</sup>. En la parte pertinente del considerando sexto de la citada sentencia se indica que: *la situación familiar y en especial la relación con sus hijas y conviviente, si bien es atendible no puede constituir una excusa absolutoria para los efectos de las sanciones y atribuciones que tiene el ejecutivo respecto de los extranjeros que cometieren delito, específicamente el tráfico ilícito de estupefacientes, lo que en este caso no cabe dudas. Asimismo, si bien el informe de Gendarmería refiere la no reincidencia como también una readaptación adecuada al medio libre, estas argumentaciones no pueden constituir el presupuesto de la arbitrariedad o ilegalidad en este recurso, puesto que se trata de antecedentes que deberá considerar el propio poder Ejecutivo a propósito de los recursos que establece el reglamento respectivo, de manera que teniendo presente la naturaleza de esta acción cautelar no cabe sino rechazar el recurso.*

---

<sup>91</sup> Revísese, también, las sentencias de la CA de Antofagasta Rol 34-2014, *Romero Márquez con Gobernación Provincial de Antofagasta*, y Rol 26-2014 *Abella Llanten con Gobernación Provincial de Antofagasta*. En similar sentido, la causa Rol 22-2014, *Vélez Velásquez y otro con Intendencia Regional de Antofagasta*, en la que se señaló en el considerando sexto: *Que no altera lo anterior, la circunstancia que la amparada haya tenido una hija en nuestro país. La pretensión de dejar sin efecto el decreto de expulsión fundado en los efectos negativos que aquél pudiera tener para la niña no puede ser acogida, como quiera que la determinación constituye una sanción por el quebrantamiento grave de la normativa de extranjería y la circunstancia de ser madre de un infante no puede constituir una causa de exculpación ni menos un motivo que justifique la omisión en la sanción del ilícito. Por lo demás, se mantienen incólume los derechos y obligaciones de la madre con relación a su hija.*



Pero en otras ocasiones, y cada día con mayor frecuencia, la Corte de Antofagasta, considerando los daños que podrían provocarse a la familia, ha aceptado las acciones de amparo. El arraigo familiar y social del inmigrante, y los perjuicios a dicho arraigo, han sido elementos decisivos para el sentenciador.

Un buen ejemplo del criterio recientemente señalado, es la sentencia Rol 67-2017, caratulada *Huanca Ramos con Intendencia Regional de Antofagasta*, en este juicio la recurrente era de nacionalidad boliviana, madre de un hijo. Con referencia al arraigo del extranjero, en el considerando cuarto se señaló: *Que de los antecedentes tenidos a la vista aparece que la medida adoptada por la autoridad administrativa ha perdido vigencia u oportunidad*. En el mismo considerando, se agregó que: *En ese sentido, la motivación que se tuvo en vista al dictar el acto, como el arraigo social y familiar en el territorio nacional de la amparada inciden en la necesidad de acoger el presente recurso, dado que necesariamente la misma cambió en el transcurso de los años correspondiendo pues a una situación diversa y actualmente inexistente. Por lo que se hace necesario acoger el recurso de amparo, sin perjuicio de las facultades de la administración para mensurar, si en la actualidad la amparada reúne los requisitos para permanecer en el país*.

A continuación, con el objetivo de contribuir a otorgar mayores argumentos a la interpretación favorable a evitar un daño a los nexos de familia, sin caer en el extremo de sostener que en caso alguno un inmigrante podría ser expulsado, profundizaremos más sobre los eventuales perjuicios que puede sufrir la familia, de procederse al cumplimiento de la orden de abandono forzado del territorio nacional.

Para estos efectos, basándonos en la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, distinguiremos entre un daño estrictamente familiar y un perjuicio de índole patrimonial, aunque ligado al familiar, dado que ambos tipos de daños han sido considerados relevantes por el máximo sentenciador de la Región de Antofagasta.

## **V. El perjuicio de índole estrictamente familiar**

El daño más directo que genera la expulsión es el que incide en forma inmediata en los nexos de familia. Resulta de toda evidencia que la expulsión de un miembro de la familia (pensemos principalmente en el padre o en la madre), acarrea

perniciosas consecuencias para el grupo familiar en su conjunto. En este sentido, el abandono forzado de un inmigrante que posee lazos de familia traerá como consecuencia la disgregación de ésta.

La defensa a los nexos de familia es exigida por distintos instrumentos internacionales que constituyen Derecho vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Solo por mencionar algunos, destaca la Declaración Universal de los DDHH, en concreto su artículo 16, precepto que reconoce el *derecho a fundar una familia*. Además, es particularmente relevante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, texto que establece en el artículo 10.1 lo siguiente: *Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo*.

También el Derecho interno exige la debida tutela de los vínculos de familia. Destacan en este sentido el inciso 2º del artículo 1º de la Constitución Política, en cuya virtud *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*. Se agrega en el inciso final del mismo artículo, que es deber del Estado *proteger a la familia y propender a su fortalecimiento*.

En el campo de las normas de rango legal, entre otras, resalta el artículo 1 de la Ley N.º 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil. La norma nombrada, en la primera parte de su inciso 1º, reitera el texto constitucional al prescribir que *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*, para luego agregar que *El matrimonio es la base principal de la familia*.

En síntesis, por exigencias de Derecho internacional y de Derecho interno debe nuestro sistema jurídico preocuparse de no causar un daño injustificado a la familia. Insistimos, siempre teniendo presente el principio de proporcionalidad de las sanciones, de forma tal de realizar un análisis sobre las ventajas y perjuicios provocados por la sanción de expulsión aplicada a un extranjero.

En suma, de procederse a la expulsión del hombre o de la mujer, es clara la afección a la relación sentimental de que se trate, sea un matrimonio o una relación de hecho, esté o no formalizada bajo la figura del acuerdo de unión civil. Más evidente es el daño si el extranjero ha generado descendencia. De ejecutarse la orden de expulsión se producirá un cambio en las condiciones de vida del niño. Así, se generará un escenario de ausencia de la figura paterna, o materna, según

corresponda. La familia se verá enfrentada al siguiente dilema: abandona el país el miembro sobre el que recae directamente la sanción de expulsión, o le acompañan en este éxodo los integrantes menores de edad de la familia. Es difícil pensar en una madre, cuyo hijo tiene pocos años, que decida regresar a su país de origen dejando al niño en territorio del Estado que le ha expulsado.

La consideración del principio del interés superior del niño adquiere en esta materia una especial relevancia. Chile ha suscrito y ratificado diversos tratados y convenciones relativas al mencionado principio. Probablemente, la más conocida es la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicho cuerpo normativo prescribe en su artículo 13 inciso 1º, que en todas las medidas que adopten las instituciones públicas y 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”<sup>92</sup>.

Como ya hemos indicado, para comprender todo lo anterior, primordial es no olvidar que el extranjero que se ha radicado en nuestro país no es un ser humano aislado, sino que se encuentra inserto en un conjunto de relaciones familiares (que puede ser más o menos complejo, según el caso), y por lo tanto, sociales.

## **VI. El daño patrimonial vinculado al familiar**

El aspecto pecuniario también ha sido tenido en cuenta por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. En este sentido, los sentenciadores han tenido en vista que la expulsión puede implicar la pérdida del trabajo del extranjero, y por lo tanto, la privación de la principal fuente de ingresos de la familia. Una vez más, apreciamos que la Corte de Apelaciones aprecia no solamente al inmigrante como un ser autónomo, sino como una persona inserta en un sistema estructurado de relaciones sociales, específicamente en este punto, laborales.

Ya hemos indicado que uno de los tradicionales motivos que explican los desplazamientos migratorios, es la esperanza de desarrollar una labor remunerada en el país receptor, y que el relativamente positivo panorama que muestra la economía chilena, ha resultado atractivo para los nacionales de diversos estados.

---

<sup>92</sup> Sobre este punto véase, BARRIENTOS, Marcelo, *¿El interés superior o inferior del niño? Aplicación jurisprudencial del artículo 42 de la Ley de Menores a la luz del Código Civil*, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho civil. Viña del Mar, 2011*, Santiago, Thomson Reuters LegalPublishing, 2012, 117-126.

En esta misma línea, los ingresos percibidos por los extranjeros, han permitido no solamente su manutención en el territorio nacional, sino que, además, contribuyen decididamente a solventar las necesidades de sus parientes que se encuentran en Chile y en sus respectivos países de origen.

Consideremos los efectos que la ejecución de la medida de expulsión provocará en el descrito panorama económico del inmigrante. Fácil es advertir cuáles serían los perjuicios de índole pecuniaria que se seguirían de la expulsión: la inevitable pérdida de trabajo, y por consiguiente, de la paga a él asociado. Tan dramática es la situación económica de otros países, que los relativamente bajos ingresos que perciben ciertos grupos de inmigrantes (que desempeñan trabajos que los nacionales han desdeñado, por ejemplo, recolección de basura, mozos u mozas en restaurantes, “bomberos” en estaciones de combustible), les permiten enviar dinero al extranjero, los que son de suma importancia para sus familiares que permanecen en los respectivos países de origen. Lo anterior, aunque para algunos podría sonar exagerado, podría incluso conducirnos a afirmar que la expulsión genera un daño que va más allá de las fronteras de nuestro país.

Finalmente, en la línea establecida en el párrafo precedente, aunque este trabajo se ha centrado en la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, dejamos establecido que, particularmente fecunda, en la labor de desarrollo del referido perjuicio pecuniario, ha sido la Corte de Apelaciones de Iquique, tribunal que ha considerado el daño pecuniario a que hemos aludido, producido no solo para el inmigrante y su grupo familiar existente en Chile, sino que también para sus parientes que residen en el extranjero<sup>93</sup>.

## **VII. Conclusiones**

En virtud del presente texto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Actualmente Chile es uno de los países sudamericanos que recibe mayores flujos de inmigrantes. Este fenómeno social se ha hecho particularmente presente en la zona norte de nuestro país, dado el atractivo que la industria del cobre y sus

---

<sup>93</sup> Véase las sentencias roles 21-2017, Rol 7-2016, 181-2015, 101-2015 y 1-2015.

servicios relacionados presentan para el extranjero que busca un mejor futuro, tanto para su persona como para su familia.

2. El elevado número de inmigrantes ha generado como efecto el aumento de las resoluciones de los entes administrativos que decretan la expulsión de los mismos. Ante este escenario, se han deducido acciones de amparo, que fundadas en la existencia de nexos de familia, buscan calificar de desproporcionado el acto administrativo, y por lo tanto, de justificar su revocación.

3. Desproporcionada puede ser la resolución de expulsión, en el evento de generar más perjuicios que beneficios. Centrándonos en los perjuicios, éstos pueden ser de una doble índole: de naturaleza estrictamente familiar, por un lado, y por el otro, pecuniaria, pero unida al aspecto familiar. Así, el abandono forzado del extranjero del territorio nacional es causa de la desmembración del grupo familiar, produciéndose, además, un claro daño a la filiación, en virtud de la ausencia de la figura paterna o materna. Súmese a lo anterior, la pérdida de la fuente laboral del inmigrante, lo que afecta negativamente no solo al grupo familiar residente en Chile, sino que también a los parientes que se encuentran en sus países de origen.

4. En definitiva, la ciudad de Antofagasta, y su tribunal de apelaciones, deben proteger la familia, con independencia de la nacionalidad de sus miembros. Una exigencia de la lógica y de la justicia conducen a rechazar una sanción cuando de ella se derivan en forma notoria más perjuicios que beneficios. Consideramos que ello puede ocurrir en los juicios de extranjería en los que el fundamento de las acciones de amparo es la existencia de algún nexo familiar.

De esta manera, apoyamos la interpretación que sostiene que en el proceso de razonamiento judicial deben considerarse los vínculos de familia que ha constituido el inmigrante. En efecto, obviar dichos lazos y tratar al extranjero como un ser aislado, sin mayores relaciones en nuestra sociedad, puede conducir a decisiones abiertamente injustas, además de ser una interpretación que no posee un respaldo en la realidad.

## EL VALOR DEL SILENCIO EN LAS ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA<sup>94</sup>

### THE VALUE OF SILENCE IN FAMILY LAW

### O VALOR DO SILÊNCIO NAS AÇÕES DO ESTADO NO DIREITO DA FAMÍLIA

**Alicia García de Solavagione**

Prof. Titular de Derecho de Familia y Sucesiones  
Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina  
Doctora en Derecho y Ciencias Sociales  
Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de  
Derecho  
Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia.

**Palavras chave:** Acoes de condenacao. Status de filho. Termo. Expiracao. Inconstitucionalidade.

A través de fallos paradigmáticos de la justicia cordobesa (Argentina), fue motivo de nuestra preocupación, la asignación de significado al silencio, como expresión de voluntad, en el Derecho de familia. Naturalmente, estos casos reflejan nuestra decepción por lo que resuelven tribunales especializados en Argentina, respecto a las *Acciones de Estado* de Familia, y la eventualidad de declarar inconstitucionales los plazos de caducidad de dichas herramientas legales.

Se ha hecho práctica frecuente, en Argentina, plantear pleitos por vía del Recurso extraordinario del Amparo, buscando fulminar normas que fijan plazos, deteriorando la estabilidad familiar en general y matrimonial en particular. Peligrosa actitud pues TRANSFIERE A LOS JUECES FUNCIONES LEGISFERANTES, AVANZANDO SOBRE EL PODER JUDICIAL, PILAR DE LA DEMOCRACIA, CONVIRTIENDO AL CIUDADANO ARGENTINO EN UN SER ANÓMICO.

---

<sup>94</sup> Como citar este artículo: SOLAVAGIONE, Alicia García de. El valor del silencio en las acciones de estado de familia. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 69/81.

En este sentido, la Cámara de Apelaciones del Noroeste de Chubut en autos: “P. M. G. c/ G. V. M. s/ Ordinario (Divorcio)”, acertadamente ha dicho: “Ante tal estado de cosas, nos guste o no, nuestro régimen matrimonial no deja marco discrecional alguno para la interpretación del Juez, pues, el adulterio existe o no existe, no siendo susceptible de gradaciones -como las injurias graves- o de otras valoraciones. EN CONSECUENCIA: LAS LEYES CLARAS SE APLICAN, LAS OSCURAS SE INTERPRETAN, NO PUDIENDO EL SENTENCIANTE, SO PRETEXTO DE INTERPRETAR LA LEY, DEJARLA SIN EFECTO, MODIFICARLA O ALTERAR SU ESPÍRITU, YA QUE ESTARÍA ATRIBUYÉNDOSE POTESTADES PROPIAS DEL LEGISLADOR Y AFECTANDO EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES, PILAR FUNDAMENTAL DE NUESTRO SISTEMA REPUBLICANO DE GOBIERNO (Art. 1 de la Constitución Nacional)”.

### ***I.- INTRODUCCION: UNA HISTORIA PECULIAR***

El poderoso empresario periodístico ALFRED CHARLES WILLIAM HARMSWORTH, Vizconde de Northcliffe, compró el prestigioso Diario “Times” en 1908.

Un día viernes por la noche, recorriendo la publicación que acababa de comprar, observó un hombrecillo que corría impertérrito por los pasillos, llevando en sus brazos un bolso de viaje. Desconcertado por la sorpresiva aparición, siguió con la mirada al desconocido quien, tras saludarlo, se detuvo al frente de una puerta y se introdujo en la habitación.

Desconcertado, el insigne Lord Northcliffe no lograba explicarse qué sucedía en las mismísimas entrañas del edificio donde funcionaba el diario, por lo que, decidido a investigar, entró también al cuarto y encontró un reducido pero confortable departamento. Equipado con mesada de cocina, baño con todos los implementos para la ducha y demás afeites; el lugar albergaba cómodamente al desconocido, quien no pertenecía al personal del “Times”. Intrigado por la presencia del individuo, lo interrogó largamente, y vino así a enterarse de esta insólita historia.

Éste le contó que era “funcionario” del Banco que colindaba con el edificio del periódico: el “Coutt’s Bank”; que su trabajo consistía en portar, todos los fines de semana, el bolso de viaje con doce kilogramos de oro, y que este procedimiento provenía de una costumbre impuesta hacía casi un siglo. En efecto, comienza esta

práctica a raíz de la derrota de Napoleón Bonaparte en la batalla de Waterloo por el duque de Wellington, ocurrida un día domingo 18 de junio de 1815. El astuto dueño del “Times” por entonces, periodista de raza, decidió enviar un cronista de guerra con la misión de narrar a los lectores la histórica batalla. Pero, pequeño detalle, no recordó que era domingo, por lo tanto inhábil, y en la Inglaterra del siglo XIX no había bancos abiertos, y no se contaba con el efectivo suficiente para cubrir los gastos del viaje y mantenimiento del corresponsal. Al director le desesperaba el hecho de tener un banco pegado al diario y no poder utilizarlo, por lo que, resignado, envió al periodista al día siguiente del hecho, el 19 de junio de 1815, luego de hacer el siguiente arreglo con el “Coutt’s Bank”: en la víspera de los días en que el Banco estuviese cerrado, debían enviar a un empleado provisto con cien mil libras esterlinas en monedas de oro y que permaneciera en el diario para atender cualquier emergencia.

Pasaron los años, murieron el director del “Times”, los redactores, los funcionarios del Banco, y todos los personajes de la historia original. Mientras tanto a nadie se le ocurrió cambiar esa modalidad a pesar de que había avanzado la industria de las compañías de seguros, se perfeccionaron las transacciones financieras locales e internacionales que aceleraron el manejo de dinero; se crearon cajas fuertes blindadas, etcétera. Por el contrario, durante más de cien años, empleados del Banco, en el entendimiento de que no debe mudarse fácilmente lo que mucho tiempo ha sido observado, pasaron los fines de semana y feriados encerrados en el pequeño departamento en la sede del “Times”<sup>95</sup>.

*La permanencia de una costumbre a veces suele estar en relación directa con la tradición*, aunque ella sea absurda. Es así entonces que el Vizconde de Northcliffe acabó con esa innecesaria práctica, naturalmente por obra de la casualidad.

En este orden de ideas y luego de esta iniciática miscelánea, cabe interrogar si en nuestra especialísima ciencia familiar, se le debiera atribuir algún significado al silencio en ciertos casos, cuando por el transcurso del tiempo se causa un Daño Irreparable, a un presunto hijo. En síntesis, la reserva o el mutismo que prolongó una antigua costumbre inglesa sin ninguna consecuencia negativa, nos

---

<sup>95</sup> Marguch, Juan: “Donde el pasado es siempre presente”. Diario “La voz del Interior”. Sección Temas. 24-11-2002, pág. 5F. Extraído de “Such Interesting People” de Robert J. Casey.



interpela sobre si existiría cierta similitud con las acciones de estado de familia y los plazos de caducidad para impugnarlas. Veamos.

## II.- PRIMER CASO CONCRETO

En los autos caratulados “Mercado, Pedro Víctor Daniel - Adopción”, se discutía la legitimación del actor para finalizar su propio juicio de adopción, pues la mujer que lo cobijó y amó como su hijo biológico, no alcanzó a reconocerlo formalmente como tal por haber fallecido *antes* de concluir el juicio respectivo. El tribunal de grado, hace lugar a su petición, reconociéndole el derecho de seguir gestionando su propia adopción que había iniciado Ramona Mercado de Toffanelli.

Insólitamente, el decisorio fue recurrido y apelado por la Asesora Letrada argumentando, entre otros fundamentos *francamente desopilantes*, que exceden al tema de estudio, que: “...el juicio estuvo paralizado durante ocho años previos al fallecimiento de la peticionante, quien no dió muestra alguna de su intención de continuarlo...”.

El magistrado rechaza el recurso, manifestando que la mujer fallecida manifestó expresamente su voluntad al momento del otorgamiento de la guarda preadoptiva, y que los efectos de la sentencia de adopción se retrotraen a ese momento; expresando con precisión lo que transcribimos literalmente: “V)...*Es claro, si la doctrina le ha concedido al adoptado la legitimación activa, es porque reconoce la existencia de negligencias comunes por parte de los adoptantes, y el hecho de haber estado parado ocho años, no perjudica esta situación, ni puede tener una significación mayor que la de haber estado parado. Para entender una voluntad diferente de la adoptante, hubiera sido necesario que la realizara. Contra la voluntad expresa no cabe hacer deducciones, ni sacar conclusiones de hechos que ni siquiera sirven de indicios*”.

En segunda instancia, la Cámara 1ra. en lo Civil y Comercial<sup>96</sup> rechaza la apelación añadiendo que: “...la circunstancia que la presente litis hubiera estado paralizada por varios años, no trae aparejado el cercenamiento del derecho del peticionante, ni autoriza a presumir que cesó la voluntad de la fallecida por continuar la adopción”. Y ratifica lo expuesto por el juez inferior en orden a que, siendo menor

---

<sup>96</sup> “MERCADO PEDRO VICTOR DANIEL -ADOPCIÓN-“. Cámara Civil y Comercial de 1° Nominación. Auto Interlocutorio N° 364 del 13/08/02. Sánchez Tórres. Sársfield Novillo. Bustos Argañaráz.

de edad el adoptado Pedro Mercado, se confirmó la guarda “con fines a la futura adopción” a la Sra. Laura Ramona Mercado Vda. de Toffanelli, quien había aceptado el cargo.

Se observa en este caso que el juez a-aquo y la Cámara en segunda instancia, NO valoraron negativamente *la inactividad procesal* como manifestación tácita de la voluntad, lo que hubiera implicado negarle la expectativa de poseer el derecho de filiación adoptiva a un sujeto que ya posee el status de adoptabilidad o guarda judicial. La manifestación de voluntad de la progenitora, se había expresado ya durante el trámite de guarda, por lo que el consentimiento otorgado en aquella oportunidad, es el que debe ser tenido por cierto. El resto, esto es, el trámite administrativo puede haber sufrido las vicisitudes propias de toda incidencia legal, pero ello no implicó la abdicación a la intención de adoptar de la madre arrogada.

Por otro costado, el art. 597 del CCCN es determinante al estipular que las personas mayores de edad, pueden ser adoptadas (...) cuando: “b) *Hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobado*” (antecedente art. 311 del CC velezano).

### III.- SEGUNDO CASO ESPECÍFICO: LA CONCRECIÓN DE UNA AUTENTICA “*ABERRATIO JURIS*”.

En autos “T.D.J.E. c/ R.D.Q. - Impugnación de paternidad”<sup>97</sup>, vigente el anterior Código Civil, el progenitor legal inicia la acción a fin de declarar la inconstitucionalidad del plazo de caducidad de un año desde la inscripción del hijo nacido durante la vigencia del matrimonio, para impugnar la paternidad matrimonial, es decir, lo estipulado en el art. 259 derogado<sup>98</sup> -actual art. 589 del CCCN- que al incorporar el matrimonio de personas del mismo sexo, se convirtió en un contrasentido, en atención a que, *si algo se puede presumir de un matrimonio igualitario, es que el niño NO es de alguno de los progenitores*, se denomina “*impugnación de la filiación presumida por la ley*”.

<sup>97</sup> “T.D.J.E. c/R.D.Q. - Impugnación de paternidad matrimonial”. Cámara 1ra. Familia. Córdoba, 23/10/02.

<sup>98</sup> El citado Art. 259 prescribía, taxativamente: “La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por ÉSTE y por el hijo. La acción del marido caduca si transcorre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. EL HIJO PODRÁ INICIAR LA ACCIÓN EN CUALQUIER TIEMPO...”.

Las características del asunto obligan a puntualizar que el accionante ya no era de estado civil CASADO, como fija la norma, sino que estaba *divorciado de la madre del menor* al momento de entablar la demanda, y desde hacía ya varios años.

En efecto, a raíz de desavenencias matrimoniales obtuvo su divorcio vincular por presentación conjunta, siendo alertado *tiempo después* por amigos y parientes sobre la infidelidad de su esposa (SIC), al tiempo de la concepción de J.L.T.D. Se debe dejar aclarado que no se ha consignado en el fallo el lapso de tiempo transcurrido, desde el nacimiento del hijo hasta las “infidencias familiares”, que generaron en el impugnante un estado de incertidumbre tal, que lo impulsó a efectuar junto con su presunto hijo J.L. una prueba genética privada, la que dió como resultado la exclusión de todo vínculo biológico paterno-filial entre ambos; el hijo tenía ya 20 años y era un avanzado y erudito estudiante de medicina.

La demandada (madre biológica) pidió el rechazo de la pretensión, aduciendo que la acción había caducado y se encontraba prescripta. En cambio, y en actitud que enaltece al joven J.L.T.D., manifiesta que él no iba a desconocer los resultados de las pruebas científicas, y que se allanaba a la demanda porque: *“NO niega el afecto que siempre profesé al actor y a quienes él creyó sus hermanos y que su comportamiento obedecía a que él “tiene una ética” aprendida del su padre, el señor T.D., quien para él sigue siendo su padre; que él como hijo impugnado, es el verdadero perjudicado por el resultado de cuestiones a las que ha sido totalmente ajeno; que, en definitiva, es su persona y su destino lo que se está juzgando. Solicita, aunque más no sea, se le permita el derecho a usar el apellido que portó durante veinte años, y que lo representó en su historia vital.*

La Cámara de Familia de 1ra. Nominación de Córdoba (Argentina), hizo lugar al planteo del padre legal y *declaró la inconstitucionalidad del plazo de un año que establece el artículo 259, segundo párrafo (a pesar de que se trata de una acción intentada entre ex cónyuges), hoy 598 del CCCN, haciendo lugar a la acción de impugnación de paternidad matrimonial, y declara que J.L.T.D. no es hijo del Sr. J.E.T.D., no obstante, autoriza al joven a conservar el apellido del impugnante<sup>99</sup>.*

En la sentencia bajo análisis se vulneraron varios principios que tuvo en miras el legislador argentino al sancionar el artículo citado, toda vez que:

---

<sup>99</sup> Ver fallo completo en el “Semanario Jurídico” n° 1389. Córdoba. Argentina.

A) La norma exige que sea sólo el marido/mujer unidos en matrimonio, quien pueda solicitar la impugnación de la filiación presumida por la ley, sin embargo, en este caso el accionante estaba ya DIVORCIADO VINCULARMENTE, por lo cual no tenía legitimidad para intervenir, por cuanto el distracto conyugal fulmina el vínculo matrimonial, permitiéndole recuperar la aptitud nupcial. El tribunal hizo caso omiso de este requisito.

B) Había transcurrido con creces el plazo normativo de un año desde el nacimiento del presunto hijo, impugnando el presunto padre cuando el MENOR TENÍA 20 AÑOS. Ahora bien, tampoco se pudo determinar el motivo por el cual las infidencias familiares tardaron tanto en llegar al interesado, que ocasionaron que el niño luego de consolidarse en su "*status familiae*" de hijo matrimonial, se entere a los veinte años que no es hijo de quien cree que es, destruyendo su biografía en aras de una supuesta verdad biológica que DEMORÓ VEINTE AÑOS EN SER REVELADA.

OBSÉRVESE QUE LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN, COMO VEREMOS A POSTERIORI, PARA EL HIJO NO CADUCAN NUNCA, POR LO QUE ÉL PUEDE INICIARLA CUANDO CREA ESTAR PREPARADO PARA CONOCER SU VERDAD EXISTENCIAL. Luego del Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Vázquez Ferra", se estableció que existe tanto el derecho a querer conocer sus orígenes, como a no querer saber su verdad biológica, ambos derechos merecedores de protección constitucional.

C) Para completar la incoherencia de esta Sentencia, a pesar de que se hizo lugar a la acción de impugnación de paternidad matrimonial, por lo tanto el menor ya no era hijo del impugnante, se le autoriza mantener el apellido paterno "T.D." pues era, en el círculo social donde desarrollaba su vida, públicamente conocido así. Se hizo justicia a la carta; esto es: lo que se pide, aunque sea una verdadera "*aberratio juris*", se concede sin remilgos, aunque razones humanitarias lo hagan comprensible. No se respeta la norma.

#### **IV.- ¿ES CORRECTO ARGUMENTAR QUE EL SILENCIO EN LAS ACCIONES DE ESTADO, INCIDE DE MODO POSITIVO O NEGATIVO EN LOS SUJETOS?**

Como es dable observar en el relato anterior, pueden pasar meses y años de silencio sin que ello tenga relevancia alguna entre las partes. Parafraseando a

Miguel de Cervantes Saavedra, podría decirse que: *“contra el callar no hay castigo ni respuesta”*<sup>100</sup>. *Pero existen los plazos de caducidad en el derecho de familia.*

Recurriendo a los clásicos, Llambías denomina voluntad tácita al resultado de la conexión de diversos actos cumplidos por el sujeto que por su trabazón lógica, muestran la existencia de una determinada voluntad en el agente, con independencia de la intención de exteriorizarla que éste haya tenido. El ejemplo típico es el silencio<sup>101</sup>.

Por otra línea doctrinaria, Planiol y Ripert expresan que existe un “silencio calificado” o “circunstanciado” cuando se presume en el silencio una voluntad concordante con sus manifestaciones precedentes.

El artículo 263 del novel Código Civil, expresa que *el silencio opuesto a actos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse, que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.*

Recordemos que el artículo 590 del CCCN fija: “la acción de impugnación de la filiación presumida por ley, podrá ser ejercida por el o la cónyuge (por lo que excluiría al ex cónyuge divorciado, es decir, carece de legitimación para accionar), por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La acción del contrayente caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Lo sugestivo y temerario es que podría presentarse el caso de que esa reserva, mutismo o silencio, mantenidos por el progenitor matrimonial durante tantos años, obedeciera a una especulación de *mala fe*, por ej.: conociendo que ese niño no es suyo, lo admite y acepta otorgándole trato de hijo, nombre familiar y fama o publicidad-notoriedad social filiatoria, requisitos imprescindibles del instituto de la “posesión de estado” filial, hasta que sobreviene el divorcio conflictivo con la madre/padre del menor, utilizando luego durante años y años, la amenaza de iniciar la acción impugnatoria, como herramienta de venganza o represalia contra la/el contrayente, precisamente invocando revelar al hijo su verdadero origen.

<sup>100</sup> De Cervantes Saavedra, Miguel: “Persiles y Segismunda”. Libro I, Capítulo XXIII.

<sup>101</sup> Ver los Arts. 918 y 919 del Código Civil Argentino.

De allí que debe ser restringidísimo el plazo de caducidad otorgado al instituto de la impugnación filiatoria matrimonial, caso contrario y de probarse que la demora en indagar la veracidad biológica de su hijo y de desligarse de sus obligaciones alimentarias y patrimoniales ocurrieron dolosamente, deberá ser demandado por daños y perjuicios por su impugnación tardía.

En este supuesto, el silencio mantenido por el progenitor legal durante veinte años incidió negativamente en el menor, pudiendo éste reclamar indemnización por daño moral. Ese silencio circunstanciado o calificado es altamente sospechoso para quien adujo que se enteró de la infidelidad de su esposa por “infidencias familiares”.

## **V.- CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. SU TRASCENDENCIA**

Nos ilustra el Dr. Eduardo Fanzolato que: “En determinadas situaciones existe un interés individual o superior en que el derecho sea ejercido con prontitud y cuidado; por eso la ley o los particulares fijan plazos de caducidad del derecho, recortando en el tiempo la duración del mismo. Si no se lo ejerce en el lapso prefijado, caduca. En la caducidad, la duración de los derechos está rígida y taxativamente fijada por la ley o el pacto”<sup>102</sup>. La caducidad de los plazos tiene un significado jurídico unívoco, claramente distinto de la prescripción.

“Estos plazos de caducidad tienen un mayor contenido de ORDEN PÚBLICO porque es como si la utilidad social y el orden público que exige la seguridad jurídica ejercieran mayor presión o evidenciaran mayor urgencia. Esto explica sus características diferenciadoras: puede y debe ser apreciada de oficio por el juez, es irrenunciable una vez cumplida, la caducidad sólo afecta ciertos derechos que nacen con una vida limitada en el tiempo, con una duración preestablecida. Vencido el término, expira”.

Es decir que los plazos de caducidad impuestos en la ley sustantiva, tienen un sentido aún en su brevedad: no admiten dispensa, ni suspensión, ni pueden ser convenidos por las partes.

Por ello coincidimos en un todo con Gómez Corraliza<sup>103</sup>, quien expresa: “a juzgar por la duración de los plazos y por las situaciones de la vida real a las que

<sup>102</sup> Fanzolato, Eduardo Ignacio: “Derecho de Familia”. Tomo I. Ed. Advocatus. 2007. Pág. 195.

<sup>103</sup> Gómez Corraliza, Bernardo: “La caducidad”. Montecorvo, Madrid 1990. Pág. 513.

respectivamente se refieren, institucionalmente parece menos urgente resolver la incertidumbre en los casos de prescripción que en los casos de caducidad”.

En el derecho de familia aún no ha sido tratada en profundidad, la diferencia entre *prescripción* y *caducidad*, por ello recurrimos al maestro Fanzolato, quien en la obra mencionada, esboza lo difuso que resulta establecer las diferencias entre ambas. Destaca que “mientras la caducidad, como institución general, extingue el derecho, la prescripción sólo extingue la acción; pero en materia de acciones de familia de estado esa regla no rige porque, en este aspecto específico, la caducidad sólo extingue la acción”.

La caducidad puede ser declarada de oficio ya que sus plazos son de ORDEN PUBLICO, constituyendo un verdadero presupuesto de la acción. La jurisprudencia en nuestro país tiene dicho:

- “La caducidad, a diferencia de la prescripción, puede ser pronunciada de oficio cuando se encuentra interesada la moral y la ley en función del BIEN COMÚN DE LA SOCIEDAD y pueden peticionarla los ministerios públicos, en defecto de las partes”<sup>104</sup>.
- “Las acciones relacionadas con la institución matrimonial y LA FAMILIA imponen al juez la obligación de pronunciarse sobre la extinción del derecho no ejercido en el plazo perentorio que la regla legal establece, pues media un INTERÉS DE ORDEN PUBLICO COMPROMETIDO”<sup>105</sup>.

La Cámara Nacional Com., Sala B, se explayó y opinó que: “La caducidad opera como una suerte de SANCIÓN CIVIL particular, que no tiende sino a impulsar el cumplimiento de ciertos actos, por contraposición a la prescripción que es una institución universal que tiene por fin proteger y consolidar los patrimonios y que comprende igual e indistintamente todos los derechos subjetivos”<sup>106</sup>.

En conclusión: el plazo de caducidad, estipulado en un año para que el/la contrayente pueda impugnar la filiación del hijo que cree que no es suyo, si bien es cierto que podría parecer exiguo, no lo es, y será cuestión de política legislativa ampliarlo un poco más, observando los efectos peligrosos que puede ocasionar en los niños el paso del tiempo, *alterando su biografía más allá de dicho plazo*. En este orden de ideas, no consideramos que el mismo sea inconstitucional, ha sido fijado

<sup>104</sup> Cámara C. y C. Azul, 23/6/77. SP La Ley, 980-696 (494 SP).

<sup>105</sup> Cámara Civil, Cap., Sala F, 21/6/66, E.D. 16 - 68.

<sup>106</sup> Cámara Nacional Com., Sala B, 21-03-1979. LL. 1979 - B, 394.

para dar certeza y consolidar un estado de familia, que de ampliarse el plazo generaría incertidumbre en la posesión de estado de los individuos y eventuales relaciones extorsivas entre los padres, como ejemplificamos anteriormente.

## **VI.- EL SILENCIO: INEXISTENCIA DE SIGNIFICADO EN EL DERECHO DE FAMILIA**

En ambos casos judiciales se advierte que el silencio mantenido por las partes, en el primer caso por la guardadora, quien durante ocho años no activó el proceso de adopción, y en el segundo, por el padre legal, al que la ley a pesar de imponerle el plazo de caducidad de un año para rechazar su paternidad matrimonial admitió la impugnación a los veinte años de vida del adolescente, sin atender las eventuales secuelas posteriores de índole espiritual, afectivas, sociales y psicológicas que le puede ocasionar al menor; nos lleva a concluir que pareciera no atenderse al transcurso del tiempo y la correlativa manifestación de voluntad. Lamentablemente, este último caso que comentamos denota la carencia absoluta de significado atribuible al silencio en el derecho de familia.

Por lo tanto en esta rama del Derecho se podría sostener que “*el que calla, nada dice*”; sin embargo, existen *silencios calificados* que provocan daños que deberían ser reparados pecuniariamente. La virtud del silencio no está en no hablar, sino en saber callar a su tiempo y en saber hablar a su tiempo. En el segundo caso bajo análisis, el padre matrimonial esperó en exceso para iniciar la demanda. El transcurso del tiempo conspira contra el interés del menor, el que consiste en un derecho de certeza, de estabilidad en el status filiatorio que poseyo durante años.

Si bien es cierto que se debe hacer prevalecer la verdad biológica, no es menos cierto que el período de tiempo transcurrido ha originado en el supuesto hijo la disposición familiar a continuar con el tratamiento (nombre, trato, fama) de hijo, el que se tornó frustráneo a partir de la sentencia. En el caso concreto fueron veinte años vitales, siendo él el único perjudicado por razones ajenas a su voluntad, proyectando su existencia con quien creyó era su padre, para luego “*borrar de un plumazo*” (*sic*) las bases de todo lo construido. Debería haberse revalorizado la posesión de estado de hijo matrimonial del que gozó el menor, durante veinte años.



El pensador romano Horacio, al referirse al paso del tiempo, decía: “*singula de nobis anni praedantur euntes*”: “cada año que pasa nos roba algo muy nuestro”.

## VII.- CONCLUSIÓN

Como consecuencia de lo expresado, no tiene valor el silencio en nuestro derecho familiar: no posee atribución de significado alguno, a la luz de los casos analizados supra y de la doctrina clásica iusfamiliarista. Los plazos de caducidad en las acciones de familia, contra todo pronóstico de cierta mala doctrina, *que despreciaba la figura de la caducidad y el principio liminar del Derecho familiar de “ESTABILIDAD del Status Familiae”*, propugnando su derogación, fueron avalados y conservados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015, confirmando nuestra postura favorable a los plazos de caducidad para impugnar.

Hemos considerado que el devenir del tiempo en tema tan sensible como las acciones de impugnación de filiación presumida por ley o filiación matrimonial, sin plazo de caducidad para los involucrados -claro está salvo el caso del niño-, en el último caso concreto referido: el progenitor legal, se constituye en un factor doblemente peligroso. En efecto, sin plazos para expresar su voluntad, se deja abierta la puerta “*sine die*” para accionar, y *se convierte en una espada de Damocles latente, que puede ser utilizada contra la mujer con actitudes extorsivas o amenazantes a la paz hogareña*.

Es así que estimo que debe existir y exigirse una reparación resarcitoria por el silencio del progenitor impugnante tardío, proporcional al tiempo que transcurre entre el conocimiento de la inexistencia de vínculo biológico de filiación y el momento en que se pruebe judicialmente que no es su hijo.

Nuestra personal biografía nos viene dada por Dios y nuestros padres: Aquel nos habla siempre (aunque a veces no querramos oír); los padres cuando callan, ¿no deben ser culpables por omisión?

## BIBLIOGRAFIA

1. Belluscio, Augusto César: *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. 7ª edición actualizada. Ed. Astrea. 2004.

2. *Código Civil Comentado. Doctrina. Jurisprudencia.* Bibliografía. Derecho de Familia. Tomo 1. Arts. 159 a 263. Ed. Rubinzal Culzoni. 2006.
3. Fanzolato, Eduardo Ignacio: *Derecho de Familia.* Tomo I. Ed. Advocatus. Córdoba, 2007.
4. Ferrer, Francisco A.M.; Medina, Graciela; Méndez Costa, María Josefa: *Código Civil Comentado.* Derecho de Familia. Tomo I. Arts. 159 a 263. Ed. Rubinzal Culzoni. 2006.
5. García de Solavagione, Alicia: *Caducidad y Prescripción en las Acciones de Estado de Familia. El Valor del Silencio como Imperativo Legal.* Disertación en el “CONGRESO DE DERECHO DE FAMILIA”. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina). 17 ABR 2009.
6. García de Solavagione, Alicia: *Derecho de Familia.* Ed. Advocatus. Córdoba, 2016.
7. Garrido Cordobera, Lidia; Borda, Alejandro y Alferillo, Pascual: *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado.* Tomo 1. Ed. Astrea. Bs. As., 2015.
8. Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa: *Derecho Constitucional de Familia.* Tomos I y II. Ed. Ediar. 2006.
9. Gómez Corraliza, Bernardo: *La caducidad.* Ed. Montecorvo. Madrid, 1990.
10. Vítolo, Daniel Roque: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado.* Tomo 1.. Ed. Erreius. Bs. As., 2016.
11. Zannoni, Eduardo A.: *Derecho Civil. Derecho de Familia.* 5ª edición actualizada y ampliada. Tomo I. Ed. Astrea. 2006.

## ACERCA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD DURANTE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA<sup>107</sup>

**Beatriz Ramos Cabanellas**

Profesora Titular de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Profesora Agr. en Efectividad de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR)

**Resumen:** En este trabajo se reflexiona sobre el derecho a la privacidad de las personas y se plantea algunas situaciones que pueden presentarse cuando su titular es un niño, niña o adolescente.

Para cumplir con este propósito partimos de algunas preguntas ¿Intimidad y vida privada son conceptos idénticos? ¿Este derecho ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico uruguayo? ¿Cuándo su titular es un menor de edad cómo se armoniza su derecho con el derecho-deber constitucional que tienen los padres de cuidar y educar a sus hijos?

**Palabras claves:** Intimidad, Vida privada, patria potestad

**Sumario:** 1) La Intimidad; 2) La vida privada; 3) Colisión entre el Derecho a la Privacidad y otros Derechos Humanos; 4) Reconocimiento del Derecho a la Privacidad; 5) Reconocimiento en algunos Instrumentos Internacionales; 6) Reconocimiento constitucional del Derecho a la privacidad, 7) El derecho a la privacidad durante la niñez y la adolescencia; 8) Sobre la patria potestad; 9) Derecho a la privacidad del hijo menor de edad

---

<sup>107</sup> Como citar este artículo: CABANELLAS, Beatriz Ramos. Acerca del derecho a la privacidad durante la niñez y adolescencia. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 82/101.

## La Intimidad

De acuerdo al diccionario<sup>108</sup> la palabra “intimidad” tiene dos acepciones: “1.f Amistad íntima y 2.f Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

Señala Cifuentes<sup>109</sup> que la persona desarrolla la vida en varios planos, “uno de ellos, y que le es muy caro, se proyecta sobre aquellos aspectos que desea ocultar a los demás y que no importan otra cosa que el reducto intransferible de la soledad. En la soledad el hombre se agranda , interioriza, alimenta el vuelo del espíritu; conserva el impulso de las fuerzas interiores; y también se achica, toca lo bajo y palpa la sima de la propia miseria..”

Esa soledad puede significar la esfera de las reservas personales, el reducto individual.

Desde el principio hasta el final de nuestras vidas interactuamos con los demás sin perder nuestra soledad, esfera en la que se desarrolla nuestra intimidad por lo que esta última pasa a ser un aspecto constitutivo de nuestro ser, ya que es lo que se ha denominado nuestra “interioridad”.

La vida que se desarrolla en nuestro interior (pensamientos, sensaciones, ideas, pasiones, proyectos, metas, etc) es íntima y constituye nuestra verdad más profunda.

Lo íntimo es de suma importancia para el hombre, forma parte del mismo y tiene relación con el desarrollo de su personalidad y la formación de su identidad.

Esto último hace que exista una línea muy delgada entre el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad.

Recuerda Cifuentes<sup>110</sup>, que la distinción entre el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad surge de la diferente dimensión en que ambos se manifiestan.

Con el derecho a la identidad se tutela la verdad del perfil sociocultural de una persona. Por lo que se vulnera la identidad cuando se desfigura la personalidad del sujeto mostrándolo distinto de lo que es.

---

<sup>108</sup> Diccionario de la lengua española, Vigésima segunda edición, Real Academia Española

<sup>109</sup> Cifuentes, Santos “Derechos Personalísimos” 3° Edición Actualizada y ampliada, Astrea, 2008

<sup>110</sup> Cifuentes, Santos, “Derechos Personalísimos” ...Obra citada

En el caso de la intimidad, se la ataca cuando se muestra la verdad de lo que no se desea difundir.

Si la intimidad tiene para el ser humano la importancia que hemos referido y es como ha dicho Barrán<sup>111</sup> “..la región donde el sujeto se resguarda del otro...” parece lógico que los actos que la vulneran deben ser considerados ilícitos.

Todo ser humano deja fuera del conocimiento de los demás, hechos, situaciones, pensamientos, etc que considera naturalmente propios e íntimos.

Si un tercero toma conocimiento de esa intimidad, por ejemplo leyendo un diario íntimo y la expone, contrariando la voluntad del sujeto, está realizando un hecho antijurídico.

Al respecto Bidart Campos<sup>112</sup> señaló que el derecho a la intimidad abarca una “zona de reserva” personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de terceros.

## **La vida privada**

El historiador Georges Duby<sup>113</sup>refiriéndose a lo privado dice que es la “zona de inmunidad” para que el individuo abandone allí sus reservas. “lo inviolable, lo que no cabe divulgar ni mostrar ”.

El concepto de privacidad es complejo de definir pues depende de diversos factores sociales, culturales y religiosos, y además es evolutivo.

Esa evolución del concepto es puesta de manifiesto magistralmente por Barrán<sup>114</sup> cuando describe cómo se desarrollaba la intimidad de los montevideanos en el siglo XIX y principios del XX.

Sin embargo y más allá del cambio, creemos que siempre el ser humano ha tenido y tiene esa “zona de inmunidad” a la que aludió Duby.

Es conveniente recordar que de acuerdo al diccionario la palabra privacidad significa :” Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”

---

<sup>111</sup> Barrán José Pedro; “Intimidad , Divorcio y Nueva moral, en el Uruguay del Novecientos”, Ediciones de la Banda Oriental, 2008

<sup>112</sup> Bidart Campos, Germán, Tratado de Derecho Constitucional Argentino , Tomo I Depalma

<sup>113</sup> Duby, Georges; Prólogo a: Aries-Duby “Historia de la vida privada”, Madrid, Taurus, 1982

<sup>114</sup> Barrán José Pedro; “Intimidad , Divorcio y Nueva moral, en el Uruguay del Novecientos”, Obra Citada.

La doctrina no es unánime en cuanto a considerar a la intimidad como sinónimo de vida privada.

Determinar si hay diferencia, y si es así, en qué consiste, es de cierta importancia ya que en general los instrumentos internacionales así como la legislación nacional que citaremos refieren a “privacidad”.

Algunos autores como Espín Templado<sup>115</sup> los distingue, ya que señala que a veces se utiliza la expresión “vida privada” en forma incorrecta, como sinónimo de intimidad y señala que la vida privada debe ser entendida como el conjunto de datos y circunstancias relativos a la vida de una persona que queda afuera del conocimiento de los demás, salvo que medie un expreso deseo de comunicarlo o ponerlo de manifiesto por parte de la persona afectada y al margen, naturalmente, de las personas que comparten con ella aspectos más o menos amplios de su vida.

Hay autores<sup>116</sup> que han hecho la distinción, considerando que la vida privada ocupa un círculo más extenso que la intimidad.

Así, la intimidad aparece como la parte más reservada de la persona y la privacidad abarcaría situaciones que no pueden catalogarse de íntimas pero que no son de conocimiento del público en general. Un ejemplo de ello sería la realización de un tratamiento en una clínica, no es algo íntimo, pero sí de la vida privada.

Otros autores como el argentino Cifuentes<sup>117</sup> toman la palabra “intimidad” como sinónimo de “vida privada”, ya que según él. “lo privado importa, en la lengua castellana, “interior”, “íntimo”, “personal”.”

Para este autor, desde un punto de vista jurídico, son equiparables la intimidad y la vida privada.

Es por ello que para Cifuentes ingresa en el concepto de vida privada, además de lo que comprende y encierra el secreto del individuo, todo lo que compone y construye para sí en soledad, es decir, aquellas partes más ocultas de su ser y de su actividad, ignoradas e impenetrables en concreto para los demás, o sea, para todos los otros como generalidad incontable y anónima.

En consecuencia para Cifuentes, no es exclusivamente la soledad individual del sujeto, sino también la discreción particular que lo acompaña en el

---

<sup>115</sup> Espín Templado, Eduardo; “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio” en Rev. U, de Derecho Constitucional y Político”, tomo XII, N° 67-72, citado por Risso Ferrand, Martín en “Derecho Constitucional” Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria

<sup>116</sup> Ferreira Rubio, “El Derecho a la Intimidad” coincide con Novoa Monreal “Derecho a la vida privada y libertad de información” citados por Cifuentes Santos en “Derechos Personalísimos” Obra Citada

<sup>117</sup> Cifuentes, Santos, Derechos Personalísimos, Obra Citada.

círculo de las personas vinculadas por afectos, parentesco y actividades comunes de toda clase.

Todo ello atendiendo a los usos sociales y circunstancias de tiempo y lugar , correspondiendo a los jueces determinar en cada caso, la ilegitimidad de las intromisiones según las circunstancias.

En la misma línea Rivera<sup>118</sup> ha definido el derecho a la intimidad como “ el derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que pueden provenir de autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas”.

Las distintas opiniones referidas no hacen otra cosa que ratificar la falta de consenso en cuanto a si estamos claramente frente a dos conceptos diferentes. Incluso entre quienes opinan que son distintos no hay unanimidad en cuanto a cuál es el contenido de cada uno de ellos.

Al respecto señala Cifuentes<sup>119</sup> que desde un punto de vista jurídico son equiparables la intimidad y la vida privada, aunque hay autores que han hecho la distinción considerando que la vida privada es más extensa que la intimidad.

Reconoce que habría motivo para poner de relieve ambos conceptos en países en los que el ordenamiento jurídico los distingue como es el caso francés.

Y agrega que si bien teóricamente es posible construir clasificaciones, apartados y subdivisiones, esto no conduce más que a desmenuzar un fenómeno entero y único.

La jurisprudencia uruguaya ha referido tanto a la intimidad como a la privacidad, incluso en sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° Turno<sup>120</sup> se refiere, en forma indistinta, “al derecho de privacidad o intimidad de los adolescentes”.

Cuando se estudia este tema es habitual plantear la teoría alemana de las esferas, para la cual el objeto jurídico se va ensanchando por círculos de sucesiva distinción.

---

<sup>118</sup> Rivera, Julio ; Instituciones de Derecho Civil, Abeledo Perrot

<sup>119</sup> Cifuentes, Santos; Derechos Personalísimos, Ob. Citada.

<sup>120</sup> TAF 1° Sentencia N° 224/2011 de 10/8/2011 extraída el 8/12/2012 de [www.poderjudicial.gub.uy](http://www.poderjudicial.gub.uy), Sistema de Jurisprudencia Nacional

La primera esfera comprende lo que la persona mantiene en su interior, tales como pensamientos, deseos, sentimientos, etc. y lo que exteriorizó pero permaneció incomunicable, como los diarios íntimos etc.

La segunda esfera es lo que la persona comparte con otras, en familia, con amigos, es decir con su entorno de allegados.

En esta segunda esfera, se distingue un círculo más próximo (vida privada con el cónyuge, hijos, hermanos, etc) y otro círculo más social, con amigos, vecinos y de quienes participan de nuestras actividades etc.

En ocasiones, la violación de la vida privada puede llegar a entenderse como una afectación a la dignidad de la persona.

Esto es lógico si consideramos, como lo hace prestigiosa doctrina, que la dignidad humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos. Así, Nogueira Alcala <sup>121</sup> señaló que “ La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos”.

Al respecto es interesante tener presente lo dispuesto en el artículo. 52 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011 (integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci).

En la proyectada disposición se reconoce como una afectación a la dignidad de la persona humana la lesión que se le provoque, entre otros, a su derecho a la intimidad personal o familiar lo que la habilita a reclamar la prevención y reclamación de los daños sufridos

En esta línea es interesante destacar una sentencia<sup>122</sup> dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre vigilancia acústica del domicilio particular de una persona, con el fin de perseguir delitos. Según dicha sentencia, esa vigilancia no puede lesionar la dignidad humana.

---

<sup>121</sup> Nogueira Alcala, Humberto, “Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, Tratados y Ley de Amnistía” XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público “ Tomo II, Edeval, Valparaíso, Chile, 1995

<sup>122</sup> Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Sentencia de la Primera Sala, del 30 de marzo, 2004 -1 B y R 2378/98, 1 B y R 1084/99, Konrad Adenauer Stiftung,



Recordemos que de acuerdo al Art. 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana, la dignidad humana es inviolable y ésta implica el reconocimiento de un espacio, un núcleo para el desarrollo de la vida privada. La vigilancia acústica del domicilio atenta contra la dignidad humana cuando no se respeta el ámbito dentro del cual se desarrolla la vida privada. Al respecto se señala que “...el desarrollo de la personalidad en el núcleo de la configuración de la vida privada abarca la posibilidad de manifestarse libremente en los procesos internos –tales como sensaciones y sentimientos, así como pensamientos , puntos de vista y vivencias de carácter personalísimo- y ello sin miedo a la vigilancia por parte de los órganos estatales”.

Si el particular dispone de un espacio de este tipo, entonces puede “ estar a sus anchas” y desenvolverse con base en sus propios parámetros. El domicilio particular constituye un “último refugio” para la dignidad humana. Ello no exige una protección absoluta de todos los espacios de la vivienda particular, pero si debe respetarse en forma absoluta la conducta desarrollada en dichos espacios, en la medida en que tal conducta constituye el desarrollo de la propia existencia.”

Además, en los casos de vigilancia acústica conviene reflexionar con relación a la incidencia que tiene la misma respecto a otras personas que habitan en la misma vivienda, por ejemplo los hijos del vigilado e incluso si los padres (supongamos vigilados) pueden alegar que tal situación viola el derecho a la privacidad de su hijo.

Entiendo, que ya se considere que privacidad o intimidad significan lo mismo o son distintos por referir a ámbitos diferentes, en última instancia la violación de las mismas puede afectar la dignidad de la persona.

Respecto a qué significa la dignidad de la persona señala Fernández Segado<sup>123</sup> que una de las definiciones más citadas es la de Von Wintrich para quien la dignidad de la persona humana consiste en que “ el hombre, como ente ético espiritual, puede por su propia naturaleza , conciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea”

Agrega, que para otros autores (Nipperdey, Neumann y Scheuner) la dignidad de la persona no es un concepto jurídico y significa una apelación a la esencia de la naturaleza humana.

---

<sup>123</sup> Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la Persona, Orden Valorativo y Derechos Fundamentales en la Constitución Española” XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público “ Tomo II, Edeval, Valparaíso, Chile, 1995

Para Fernández Segado es posible diferenciar dos sentidos de dicho concepto: “ ..una determinada forma de comportamiento de la persona, presidida por su gravedad y decoro , a tenor del Diccionario de la Real Academia,..y una calidad que se predica de toda persona, con independencia ya de cual sea su específica forma de comportamiento, pues ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad”.

Concuerda, además, con Jesús González Pérez en que la dignidad “..es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, que comporta un tratamiento concorde en todo momento con la naturaleza humana”

La dignidad supone dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza distinta y superior a todo animal.

Más allá de lo expresado, por nuestra parte hemos optado por el término “privacidad” en la medida en que el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia del Uruguay (CNA) refiere al “derecho a la privacidad de la vida” y es acorde con el objeto de nuestro trabajo.

### **Colisión entre el Derecho a la Privacidad y otros Derechos Humanos**

Antes vimos la delgada línea que separa el derecho a la privacidad del derecho a la identidad.

Ahora nos referiremos a la colisión de derechos. Más precisamente a la colisión del derecho en estudio con otros derechos humanos.

Lo hacemos en el entendido de que al estudiar dicha colisión reafirmamos la importancia del derecho objeto de este trabajo.

En un caso que llegó a los tribunales argentinos y con referencia a la petición de una medida cautelar, realizada por una persona de sexo femenino, a fin de que los medios de comunicación demandados se abstuvieran de publicar y exhibir varias imágenes de desnudez que habría tomado en un ambiente íntimo con su pareja. El juez de primera instancia admitió tal medida.

Con dicha sentencia<sup>124</sup> se reafirmó, según Basterra<sup>125</sup> la jurisprudencia de ese país que considera el derecho a la intimidad, como un límite a la libertad de información de los medios de comunicación.

Al respecto se entendió que la libertad de expresión es fundamental en el Estado de Derecho, por lo que resulta esencial que se le adjudiquen garantías especiales para su efectivo ejercicio. Sin embargo, esto no implica en modo alguno que se trate de un derecho absoluto, dado que su ejercicio jamás puede justificarse sacrificando otros valores merecedores de igual protección, tales como; la intimidad, el honor, la dignidad y aún la propia imagen de las personas<sup>126</sup>

Es interesante resaltar que en la sentencia antes citada concretamente se señaló que “..El derecho a la intimidad está protegido y de esta protección gozan no sólo las personas intachables, sino también quienquiera sufra un ataque injusto. Incluso, como dice Orgaz, la protección de la vida privada no solamente defiende a la persona contra las falsedades que puedan menoscabar su reputación, sino también contra la innecesaria revelación de sus miserias y flaquezas... hay también un “secreto del deshonor”, en el decir de Ferrara, que hay obligación de respetar (cit. por Orgaz A., Personas Individuales, Bs. As. 1946, op. 156, texto nota 3, cit. en Llambías, J. J. “Tratado de Derecho. Civil, Pte. Gral. I, Edit. Perrot, 3a. ed. año 1967, p. 275)...”

Y se agregó en el fallo judicial: “Tanto el derecho a la información como el derecho a la intimidad, revisten carácter fundamental dentro del sistema de derechos individuales; consecuentemente, aunque la libertad de información—con justicia—es una de las denominadas libertades estratégicas dentro del sistema jurídico, al momento de realizarse la ponderación de intereses entre ambos derechos, el juez intentará lograr un saludable equilibrio. Es decir, aplicar el “*privacy side of the balance*”.”

“Delimitar la colisión entre ambos, es una tarea minuciosa que debe efectuarse con criterio restrictivo y en cada caso concreto, salvo los estándares mayoritariamente aceptados por la jurisprudencia, o por una ley de aplicación ampliamente generalizada dentro de un Estado.

---

<sup>124</sup> JNCiv. Nro. 110, 2011/07/20. - V., J. s/medidas precautorias, AR/JUR/34840/2011.

<sup>125</sup> Basterra, Marcela I., El Derecho a la Intimidad como límite a la Libertad de Información”; Revista de Derecho de Familia y de Las Personas” La Ley, Octubre 2011

<sup>126</sup> Basterra, Marcela, I, “El Derecho a la Intimidad como límite a la Libertad de Información” Obra Citada.

Por consiguiente, la intromisión en la vida privada de estas personas se admitirá, si la información que se desea transmitir reviste un interés socialmente relevante. En caso contrario, la revelación de aspectos privados de los personajes que poseen notoriedad, sin justa causa, violenta palmariamente su derecho a la intimidad. En caso que la divulgación verse sobre datos que no estén relacionados con la actividad específica de estos sujetos, no habrá una intromisión ilegítima cuando tal información se refiera a hechos irrelevantes o de escasa entidad que no puedan ser considerados un atentado peligroso y lesivo; éstos sólo constituyen una mera propagación de “chismes”, que generalmente no implican un daño a la esfera privada”.

En otro caso presentado ante un Tribunal de Justicia del Estado de Porto Alegre-Brasil <sup>127</sup> se presentó una colisión entre el derecho a la privacidad del deudor de alimentos y el derecho de los niños y adolescentes a la asistencia material, esto es a recibir los alimentos.

En este caso en forma excepcional el juez autorizó la intercepción de llamadas telefónicas del demandado.

Entendemos que en casos como éste resulta fundamental tener presente la mayor vulnerabilidad y fragilidad de las personas menores de edad (niños o adolescentes), a quienes la sentencia los consideró personas en desarrollo y como tales destinatarios de un tratamiento especial.

En este caso se confrontaron dos derechos fundamentales específicos, el derecho a la privacidad del deudor de los alimentos y el derecho a la asistencia de los niños y adolescentes, a quienes es destinada la cuota alimentaria.

Se privilegió la sobreposición del derecho a la vida de los alimentados frente a la intimidad del ejecutado.

Tengamos presente que en general doctrina y jurisprudencia han entendido que el fundamento del deber de asistencia material (alimentos) se encuentra en el derecho a la vida y en la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia.

En el fallo judicial se entendió oportuno destacar que la concesión de tal medida posee inclusive un carácter pedagógico para que otros deudores de

---

<sup>127</sup> 7º C.CIV, Fecha 28/3/2007-A.S.P y otro v. A.P

alimentos no utilicen más subterfugios para incumplir con las obligaciones impuestas.

Más allá de la colisión de derechos que debió ponderar el sentenciante, no debemos olvidar que los padres tienen el derecho- deber de cuidar y educar a sus hijos, por lo que, en casos como este, se debe considerar que si bien el padre, como todo sujeto, tiene derecho a su privacidad también pesa sobre su persona, en tanto detenta la calidad de padre, el deber de proteger a sus hijos.

Finalmente, referiremos sintéticamente a una sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 17 de enero de 1994<sup>128</sup>

En el proceso de una acción de reclamación de filiación el juzgado civil ordenó que se practicara una prueba biológica pedida por la parte actora. El demandado se negó a practicársela con el argumento de que dicha prueba vulneraba sus derechos a la intimidad y a su integridad física reconocidos en la Constitución española. Ante tal negativa y teniendo presente la prueba existente la sede civil llegó a la convicción de que el demandado era el padre de la criatura.

Por el contrario el Tribunal Constitucional entendió que ante la ausencia de prueba biológica la paternidad no había quedado probada.

El Tribunal Constitucional consideró la certeza que genera el ADN y que realizarla implica solamente la extracción de un pequeño volumen de sangre. Además analizó y ponderó los derechos en juego, llegando a la conclusión de que las razones en que fundó su negativa el demandado no eran válidas. Sostuvo el Tribunal que el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y dispuesta fundadamente por la autoridad judicial en el marco de un proceso.

Es interesante destacar que en la sentencia el Tribunal Constitucional señaló que “ ..en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que , en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos.....Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad.

---

<sup>128</sup> [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Tribunal Constitucional Español, “E.D.A.N v E.M.V, s/ Recurso de Amparo” 1407/92

Más allá de todas estas consideraciones el Tribunal, siguiendo al Ministerio Público, hizo lugar a la acción de amparo, anulando la sentencia dictada en Sede civil tras declarar vulnerados los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva.

La sentencia subrayó que la decisión recurrida resultaba contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una “fictia confessio” aunque representa o puede representar un indicio valioso que puesta en relación con la demás prueba permita declarar la paternidad pretendida.

### **Reconocimiento del Derecho a la Privacidad**

En realidad la vida privada como derecho con contornos propios sólo se reconoció a partir de 1890 con el artículo de Warren y Brandeis. Para ellos, ya los inventos y métodos de negocios de la época llaman la atención sobre la necesidad de proteger a la persona y asegurarle lo que el juez Cooley denominó “el derecho a ser dejado en paz”.

La “privacy”, debe destacarse del derecho de propiedad e incluso de la estricta protección del honor. Cuando se pide que se repare o prevenga un daño no es por causa de reputación, sino de la intimidad, que implica el derecho no sólo a impedir una descripción inexacta de la vida privada, sino a prevenir que sea descrita de todos modos, con exactitud o sin ella<sup>129</sup>

Señala Cifuentes<sup>130</sup> que a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Georgia en el caso “Pavesich” de 1905, que aceptó la tesis de Warren y Brandeis reconociendo el derecho a la imagen y a la intimidad de la vida privada, se fue desarrollando este derecho a pasos firmes.

Más allá de lo expresado, importa señalar que el derecho a la privacidad ha sido reconocido en distintos instrumentos internacionales (Declaraciones, Convenciones, etc) ratificados por nuestro país, es previsto por la Constitución de la República y por algunas leyes nacionales, como el Código de la Niñez y la Adolescencia.

---

<sup>129</sup> Cifuentes, Santos, Derechos Personalísimos, Obra Citada.

<sup>130</sup> Cifuentes, Santos, Derechos Personalísimos, Obra Citada.

## **Reconocimiento en algunos Instrumentos Internacionales**

Las Declaraciones universales de derechos del hombre como la de Virginia de 1776 y la francesa de 1789 no contuvieron la tutela de la intimidad como derecho distinto y propio.

Sin embargo este derecho fue consagrado en diversos tratados y convenciones internacionales.

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948, en su art. 5° declara: “ Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 12 establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

También se reconoció en la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, ya que en su art. 8 ° declaró: “ Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia..”

A estos instrumentos, en el año 1966 se agregó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo art. 17° dispone: “ Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales a su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación..”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) también protege la vida privada en su art. 11, en los siguientes términos: “1.-Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

## **Reconocimiento constitucional del Derecho a la privacidad**

En cuanto al reconocimiento constitucional del derecho a la privacidad y dentro de la doctrina argentina Scherman<sup>131</sup> ha dicho : “ En el contexto regional, la Argentina marcó la diferencia en relación con el reconocimiento del derecho a la privacidad. A diferencia de las constituciones latinoamericanas de la época los antecedentes constitucionales argentinos contienen una rareza: un compromiso con la garantía de un ámbito de soberanía exclusiva para el individuo, exento de la injerencia social y estatal: la garantía constitucional de la libre determinación de los individuos en su vida personal, consagrado definitivamente en el art. 19, CN”

Agrega Scherman que “ a lo largo del siglo XX las interpretaciones dominantes sobre la cláusula del art. 19 CN, en los casos más extremos redujeron su ámbito de aplicación a la tutela de la “interioridad” de las personas, de aquellas acciones que de ninguna manera trascendieran a conocimiento de terceros..”

Sin embargo desde 1984, afirma la citada autora “ .. la Corte ha venido construyendo el camino interpretativo que afirma que nuestra Constitución Nacional consagra la protección de un ámbito significativo de privacidad para los individuos, sustraído a la interferencia estatal. El contenido, los fundamentos y el alcance de esta tutela han generado diversas interpretaciones, a veces hasta idas y vueltas”

Si bien varias Constituciones Americanas contemplan expresamente este derecho, la de los EEUU no lo hace.

Sin embargo la Carta de Derechos- Bill of Rights- refleja la preocupación en el sentido de proteger algunos aspectos específicos de la privacidad, tales como la inviolabilidad del hogar frente a requerimientos de los soldados (Tercera Enmienda) y la Novena Enmienda en tanto reconoce la existencia de derechos no enumerados<sup>132</sup>.

En Uruguay, señala Risso Ferrand<sup>133</sup> que “.. el derecho a la intimidad aparece regulado por separado según se busque proteger al mismo de las autoridades públicas o de los particulares. En el primer caso expresa la Constitución en artículo 10 inciso 1° que las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la

---

<sup>131</sup> Scherman, Ida A. “La Herencia del fallo “Griswold” desde el Derecho a la Privacidad hacia el Derecho a la Libertad; Puntos de Encuentro entre la doctrina argentina y la doctrina norteamericana” “Derecho de Familia”, N° 50 , Abeledo Perrot

<sup>132</sup> Scherman, Ida A. “La Herencia del fallo “Griswold” desde el Derecho a la Privacidad hacia el Derecho a la Libertad; Puntos de Encuentro entre la doctrina argentina y la doctrina norteamericana, Obra Citada.

<sup>133</sup> Risso Ferrand, Martín; Derecho Constitucional, 1° Edición, FCU



autoridad de los magistrados”. Otros prefieren encontrar el fundamento del derecho a la intimidad en el artículo 72 que establece que la enumeración derechos, deberes y garantías que realiza la Constitución, no excluye aquellos que sean inherentes a la personalidad humana o deriven de la forma republicana de gobierno.”

El derecho a la propia imagen aparece vinculado con los referidos antes y con base en el art. 72 de la Constitución de la República.

También al disponer en el art. 11 CNA que el hogar es un sagrado inviolable se tiende a asegurar la vida privada de las personas.

Otra norma que tiende a proteger la privacidad es el art. 28 CN que dispone: “Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

En la actualidad en forma diaria y permanente las personas se comunican mediante correos electrónicos. Evidentemente los mismos quedan comprendidos por la inviolabilidad consagrada en el artículo 28 CNA en la medida en que dicha disposición alude a la correspondencia epistolar, telegráfica o “*de cualquier especie*”.

Por sentencia<sup>134</sup> dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno se confirmó el fallo de primera instancia por la que se condenó a una mujer a pagar a la actora una suma en concepto de daño moral por haber violado el correo de ésta última, lo que se consideró un atentado a su esfera íntima, y además suplantó la identidad de la actora enviando correos con versiones inexactas y de gravedad que afectaron su vida personal y laboral.

## **El derecho a la privacidad durante la niñez y la adolescencia**

Los menores de edad, en tanto personas, tienen derecho a la privacidad.

Como vimos antes, este derecho tiene protección constitucional y además en el caso de los menores de edad el art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia lo reconoce expresamente al disponer.: “Todo niño y adolescente tiene derecho a que se respete la privacidad de su vida. Tiene derecho a que no se utilice su imagen

---

<sup>134</sup> Ficha 2-33417/2009; ADCU Tomo XLII, p102, FCU

en forma lesiva, ni se publique ninguna información que lo perjudique y pueda dar lugar a la individualización de su persona”.

Esta disposición se complementa con otras del mismo código, como son los arts. 22, 82, 96, 110, 160, 221 y 222.

De esta forma el artículo 22 dispone que la atención hacia la niñez y la adolescencia se debe orientar a determinadas líneas de acción, entre las que se encuentra la dispuesta en su Literal “G” que dice: “ la creación de sistemas de indicadores de desarrollo del niño y adolescente, respetando su derecho a la privacidad y el secreto profesional”.

Al igual que los adultos, los menores de edad gozan del derecho a su privacidad, pero a diferencia de los primeros se encuentran sometidos a la patria potestad de sus padres.

En principio esta circunstancia permitiría únicamente sostener que los padres deben cuidar que se respete por parte de los terceros el derecho a la privacidad de sus hijos menores de edad y deben hacerlo no sólo por el mandato constitucional que tienen de educarlos y cuidarlos, sino por diversas disposiciones legales, entre las que se encuentra el art. 16 CNA que dispone expresamente el deber de los padres de colaborar para que los derechos de sus descendientes sean efectivamente gozados.

Pero el hecho de que los menores se encuentren bajo el régimen de patria potestad, también habilita a que reflexionemos sobre si el derecho a la privacidad lo tiene el hijo menor de edad con relación a sus padres.

Resulta claro para nosotros que el menor de edad, al igual que los adultos, tiene derecho a guardar para sí sus pensamientos, sentimientos y sensaciones íntimas y a que se le respete su privacidad.

También tiene derecho a que sus padres no difundan su privacidad e incluso que lo protejan en el goce efectivo de ese derecho.

Pero es posible preguntarse: ¿cómo debería actuar un tercero, por ejemplo un maestro o cualquier otra persona que conoce un hecho privado relacionado con el menor de edad y éste le pide que no lo divulgue a sus padres en función de su derecho a la privacidad?

Esta interrogante nos habilita a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Cómo se concilia ese derecho a la privacidad de los hijos menores de edad con el derecho-deber que tienen los padres de educarlos y cuidarlos?

Si bien en principio no debería producirse una colisión entre el derecho a la privacidad de los hijos y el derecho-deber de los padres a formarlos, cuidarlos y educarlos, podrían presentarse algunas situaciones sobre las que hemos entendido de interés realizar algunas reflexiones.

Para ello resulta fundamental realizar algunas consideraciones con relación al ejercicio de la patria potestad y a los derechos – deberes que tienen los padres para con sus hijos menores de edad.

### **Sobre la patria potestad**

A pesar de los cambios operados, aun hoy en Uruguay se lo denomina “patria potestad”, denominación inadecuada si tenemos en cuenta su definición actual, lo que nos lleva a compartir la opinión doctrinaria que ha bregado por modificar ese nombre y sustituirlo por otro como “autoridad parental” o “responsabilidad parental”, expresión ésta última utilizada por el Reglamento del Consejo Europeo N° 2201 de marzo de 2003 y por otras legislaciones.

Originariamente, nuestro Código Civil definía la patria potestad como un conjunto de derechos del padre, distinto conceptualmente al hoy vigente que la define como un conjunto de derechos y deberes de ambos padres

Actualmente el artículo 252 del Código Civil define la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y bienes de sus hijos menores de edad.

Se entiende que esos derechos y deberes que los padres ejercen sobre sus hijos tienen por finalidad permitirles cumplir sus deberes como progenitores.

Es interesante destacar que los padres en cuanto tales y no solamente por el ejercicio de la patria potestad tienen el deber de cuidar y atender a sus hijos a los efectos de que los mismos logren la plenitud integral de su personalidad.

Con relación al deber de cuidar al hijo, podemos preguntarnos: ¿Que cuidados y atenciones se deben a los hijos? . Entendemos que encontramos una respuesta adecuada en el artículo 41 de la Constitución de la República.

En efecto, la Constitución uruguaya en dicho artículo dispone: “El cuidado y protección de los hijos para que estos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres”

Los padres tienen el deber de orientar, formar y guiar a su hijo. Así lo ha dispuesto siempre nuestro ordenamiento jurídico.

Además los padres tienen el deber de respetar a sus hijos.

El art. 16 del CNA recoge en su Literal “a” el deber de los padres de respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho del niño y del adolescente.

El deber de respeto de los padres a su hijo es una exteriorización de un común deber de las personas en sociedad como es el respeto mutuo.

Pero ese respeto de los padres hacia su hijo tiene la particularidad de que no pueden dejar de observarlo cuando ejercen sus funciones de educación y de orientación.

Significa además que deben respetarlo en su identidad personal y si la misma no concuerda con sus ideas, no pueden por esa razón discriminarlo ni humillarlo.

El respeto a la identidad del hijo es un derecho esencial como surge del art. 9 del CNA.

Los deberes de los padres hacia sus hijos ya no podrán ejercitarse sin tener en cuenta la opinión de éstos, y en caso de conflicto el magistrado competente resolverá cada situación buscando atender el interés superior del niño.

El tema referido al derecho del menor a ser oído, puede dar lugar a vacilaciones a la hora de resolver situaciones muy complejas. Por ejemplo el derecho a negarse a ser sometido a un peritaje cuando se investiga la paternidad de un menor atribuida a su vez a otro menor de edad; el derecho a negarse a ser sometido a transfusiones sanguíneas por razones religiosas, etc.

Creemos que el menor de edad al igual que el mayor, puede válidamente negarse a ser sometido a peritajes a los efectos de determinar la posible paternidad que se le atribuye, o aun en procesos en los cuales se discute su identidad y ello por aplicación del derecho que el menor tiene sobre su cuerpo, y la valoración judicial de su negativa dependerá en cada caso concreto de su madurez o de las razones que lo llevan a la misma.

En el Literal “E” del artículo 16 CNA se declara el deber de los padres de orientar y dirigir a sus hijos para que éstos puedan ejercer sus derechos.

En consonancia con este precepto, en el art. 17 CNA , al tratar los deberes de los menores de edad, se dispone que éstos deben respetar los

derechos, ideas y creencias de los demás. De lo cual se desprende que son sus padres que deben inculcarle ese deber de respeto cuando los orientan de acuerdo a lo dispuesto en el art. 16 CNA.

Es decir los padres tienen el deber de formar a sus hijos enseñándoles tanto sus derechos como sus deberes para con los demás.

La patria potestad es un derecho-deber o un derecho-función pero el niño dotado de discernimiento o madurez tendrá derecho a ser oído en aquellos asuntos que lo afecten y que también será su interés superior el que deberá tenerse en cuenta a la hora de resolver un conflicto.

Es de importancia tener presente la edad y el grado de madurez de los hijos al considerar su opinión.

Entiendo que los padres deben respetar la opinión del hijo teniendo presente su autonomía progresiva especialmente cuando se refiere a sus derechos personalísimos

### **Derecho a la privacidad del hijo menor de edad**

Ya señalamos que todas las personas tienen derecho a su privacidad por lo que no podría el hijo perder o limitar tal derecho por su calidad de tal.

Sin embargo al estar sometido a la patria potestad de los padres es factible que un tercero (maestro, vecino, etc) se encuentre en la disyuntiva de mantener la reserva solicitada por el hijo o comunicar el hecho a quienes tienen el derecho-deber de cuidar, esto es, los padres.

En principio, esta situación no es frecuente ya que los padres generan en el hijo la confianza y el respeto necesarios para lograr una comunicación fluida, ajena a situaciones como la referida anteriormente.

Ahora, de presentarse una situación en la que el hijo pide reserva respecto de los padres, entendemos que no es posible dar una respuesta única pues todos los casos presentan características distintas, aunque siempre debemos considerar muy especialmente el interés superior del niño.

Tal como expresamos antes, la edad y el grado de madurez del menor de edad resulta un elemento de importancia a considerar. Sin embargo, en este tema la negativa de una criatura, con poco grado de madurez, debería ser considerada muy

especialmente teniendo presente que en general los padres son los primeros depositarios de la confianza de sus hijos.

Con la finalidad de reflexionar sobre el tema proponemos dos casos hipotéticos pero posibles que en una primera mirada nos merecen dos respuestas distintas.

Supongamos el caso de un profesor al que un alumno le confía que tiene tendencia homosexual y le pide reserva de tal comentario incluso con relación a sus padres.

En principio nos inclinamos a pensar que en este caso el menor tiene derecho a que se mantenga su privacidad. No vislumbramos claramente que el mantener tal reserva provoque ninguna injerencia en el derecho deber de los padres para ejercer su patria potestad. Tal vez el profesor debería alentar a los padres a mejorar el vínculo comunicacional con el hijo, de forma tal que éste se sienta comprendido y apoyado para que les comente también a ellos su condición.

Otra situación distinta se puede presentar en el caso de un menor a quien se le ha detectado una enfermedad y se niega a que se le comunique a sus padres.

Si bien hay que considerar el caso concreto y especialmente los motivos expuestos por la criatura, en una situación como la planteada entendemos que mantener la reserva puede resultar un obstáculo para que los padres puedan ejercer el derecho-deber de cuidar y asistir al hijo menor de edad.

Es más no debemos olvidar que los padres deben colaborar para que los hijos gocen efectivamente de sus derechos, entre los que se encuentra el derecho a la vida.

Como vemos no hay una respuesta única y en todos los casos se debe considerar el interés superior del niño que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana.

Entendemos que es acorde a nuestro ordenamiento jurídico (art. 6 y siguientes CNA) separar conceptualmente el interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otras personas incluso sus propios padres.

## ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN ATENCIÓN A LA FILIACIÓN Y LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS MENORES NACIDOS A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN PAÍS EXTRANJERO<sup>135</sup>

**Daniela Jarufe Contreras**

Académica Derecho Civil, Universidad Católica del Norte. Doctora en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de Zaragoza- España.

**Resumen:** El tema que se abordará en las próximas líneas es el siguiente: siendo en España nulo de pleno derecho el acuerdo de maternidad subrogada, ¿pueden inscribirse en el Registro Civil Español, como hijo de comitentes (españoles) a los menores nacidos a través de un acuerdo de maternidad subrogada en país extranjero?; ¿es válida la resolución extranjera que establece una paternidad y/o maternidad diversa a la que podría determinarse según la legislación general (Código Civil) y especial (sobre técnicas de reproducción humana asistida) española?. Los tres ejes centrales de discusión, en los que se basará el presente artículo, dicen relación, en primer lugar, con la convalidación de resoluciones extranjeras y el respeto al orden público internacional español; en segundo lugar, con la existencia o no de una discriminación por razón de sexo en caso de una negativa en tal sentido; y, por último, el respeto al interés superior del niño. Este artículo tiene por objeto, analizar, resumir y comentar la historia jurisprudencial española en esta materia, desde el año 2009 a la fecha y exponer los principales argumentos debatidos en las diversas instancias judiciales, los que han tenido lugar a raíz de la solicitud de inscripción de dos menores nacidos en California- Estados Unidos, como resultado de un contrato de gestación por sustitución celebrado entre una ciudadana californiana y un matrimonio español compuesto por dos varones.

---

<sup>135</sup> Como citar este artículo: CONTRERAS, Daniela Jarufe. Análisis de la jurisprudencia española en atención a la filiación y la inscripción registral de los menores nacidos a través de gestación por sustitución en país extranjero. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 102/140.

**Palabras clave:** Gestación por sustitución; determinación de la filiación; derecho registral español; interés superior del niño.

**Summary:** *The issue that will be addressed in the next few lines is the following: can we register in the Spanish Civil Registry, as a child of intended parents (Spanish citizens) someone who was born through a surrogacy agreement in a foreign country ?; Is it valid a foreign resolution establishing a diverse paternity and / or maternity different to the one that could be determined by the special general law (Civil Code) and specially (on assisted human reproduction) in Spain?. The three central themes on which we will based the discussion, are related to the recognition of foreign judgments and respect for the Spanish international public order; the existence or not of discrimination on grounds of sex in case of a refusal; and the respect for the interests of the child. This article aims to analyze, summarize and discuss the Spanish jurisprudential history in this field since 2009 to date, and expose the main arguments discussed in the various courts, which have taken place following the application for registration of two children born in California, United States as a result of a contract for substitution gestation held between a Californian woman and a Spanish citizen marriage consisted of two men.*

**Key words:** *Surrogacy; recognition of parentage; spanish registry law; best interest of the child.*

## **I- INTRODUCCIÓN Y ASPECTOS GENERALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

Surgida en Estados Unidos de Norteamérica<sup>136</sup>, la maternidad subrogada o gestación por sustitución consiste en aquel acuerdo a través del cual una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación, renunciando a toda pretensión de

---

<sup>136</sup> En el año 1975 se ventilaba en un periódico de California un anuncio en el que se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a la que se le pagaría por servir a una pareja infecunda. Es precisamente en USA donde la práctica de las “subrogate mothers” ha cobrado mayor auge y donde surgen las primeras organizaciones que actúan como intermediarias para quienes deseen recurrir a ella. Cf. Vidal Martínez, José (1998): La nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español, Valencia, Editorial Civitas, p. 180.



maternidad al momento del nacimiento del niño, y a su posterior entrega a la pareja o persona con quién se haya pactado.

Parte de la doctrina española, considerando los elementos más relevantes de la figura, la define como *“aquel contrato<sup>137</sup> gratuito u oneroso, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar al nacido al comitente (una persona o pareja casada o no), que podrán aportar o no sus gametos: en este último caso los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”*.<sup>138</sup>

Los sujetos que intervienen en la gestación por sustitución son doctrinalmente identificados como “parte comitente” o “contratante”: vale decir, pareja o persona sola (hombre o mujer) que encarga la gestación; y “parte gestante”: mujer, con o sin pareja, que se obliga a gestar con material reproductor propio o ajeno, a dar a luz y a entregar posteriormente el fruto de dicha gestación, renunciando, por supuesto, a la determinación de la maternidad a su favor.<sup>139</sup> Se trata sin duda de una figura que, a través del fenómeno de la disociación de la maternidad, amenaza hasta límites insospechados los principios básicos de filiación tales como el de *mater semper certa est*, poniendo en jaque los sistemas de antaño establecidos para su determinación<sup>140</sup>.

Cuando se practican técnicas de reproducción humana asistida únicamente con aportación de terceros donantes de óvulo o espermatozoide, la determinación de la filiación materna y paterna del o los así nacidos, habiendo constado los consentimientos respectivos y habiéndose respetado todo lo dispuesto por la legislación pertinente (en el caso de España, la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>141</sup>), se rige por lo establecido en las normas generales para la determinación de la filiación (vale decir, artículos 112 y siguientes

<sup>137</sup> No se discutirá en esta ocasión acerca de la naturaleza jurídica de la figura ni la pertinencia técnica o no del término “contrato” porque no es materia de este artículo y porque la legislación española, acertadamente o no, así lo ha denominado.

<sup>138</sup> Véase Pérez Monge, Marina (2002), La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida Madrid, Centro de Estudios Registrales, p. 329.

<sup>139</sup> Lledó Yagüe, Francisco (2007), Comentarios científicos jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción asistida. Ley 14/2006, Madrid, Editorial Dykinson, p.161 y Gómez Sánchez, Yolanda (1994): El derecho a la reproducción humana, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial Marcial Pons, p.137.

<sup>140</sup> Entiéndase que, producto de la disociación óvulo- gestación, una persona nacida a través de gestación por sustitución podría tener hasta tres madres; a saber: genética, gestante y legal (cuando el ordenamiento jurídico que corresponda permita así la determinación de la maternidad, aún cuando no haya dado a luz).

<sup>141</sup> En adelante, indistintamente, LTRHA.

del Código Civil español, por remisión del art. 7. 1 de la LTRHA); su inscripción en el Registro Civil<sup>142</sup> se adecúa también a las reglas generales (establecidas en la Ley de 8 de junio de 1957 y en el Reglamento del Registro Civil español) y, en ningún caso se reflejarán datos de los que pueda inferirse el carácter de la gestación, según lo dispone el art. 7.2 de la mencionada LTRHA. Sin embargo, cuando se recibe en cambio (o además) una donante de útero para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, según lo dispone el art. 10. 1 de la LTRHA, ocurre algo diverso: será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero; lo que significa que no podrá perseguirse su cumplimiento por vía judicial ni para exigir la “parte comitente” la entrega del hijo con posterioridad a su nacimiento, ni para asegurar, la “parte gestante” el pago del precio, si se hubiere pactado. Así, la filiación materna, según señala el art. 10.2 de la LTRHA, será determinada por el parto; mientras que para la determinación de la filiación paterna quedará a salvo la acción de reclamación de paternidad que puede ejercer el padre biológico, en atención a las reglas generales. Respecto a la inscripción en el RCE de los así nacidos, y este es el tema sobre el que profundizaremos en las siguientes líneas, también rigen las reglas generales y, en principio, no podrán inscribirse como hijos de los comitentes.

Dicho lo anterior, y no obstante ello, interesa ahora estudiar qué ocurre en aquellos casos en los que un español/a o una pareja de españoles (casados o no) que, a sabiendas de lo dispuesto en el art. 10 de la LTRHA (nulidad de pleno derecho del acuerdo de gestación por sustitución<sup>143</sup>), deciden recurrir a la maternidad subrogada en el extranjero (por entendido, en algún país en que sí sea permitida su práctica y sí puedan inscribirse los menores como hijos de los comitentes, vale decir, como hijos de quiénes han encargado una gestación en vientre ajeno); ¿podrán posteriormente inscribir a los así nacidos como hijos suyos en el RCE? Aparantemente la respuesta, ateniéndose a la norma presentada, es simple: NO

<sup>142</sup> En adelante indistintamente RCE o Registro Civil español.

<sup>143</sup> Es importante aclarar que en ningún texto normativo la legislación española prohíbe expresamente la gestación por sustitución, sino más bien, y tal como hemos señalado, declara nulo el contrato que le dio lugar y lo priva de sus efectos a favor de los comitentes. De cualquier modo, es evidente que aunque el contrato de gestación por sustitución sea considerado “nulo”, igualmente se practica y por ello, según hemos expresado, el legislador se preocupa de señalar quiénes serán o podrán ser madre y padre legal de los así nacidos (pues a ellos, como es de lógica no puede afectarles la nulidad y aunque así fuese, ello de nada serviría: hay que determinarles una filiación, de ser posible y no pueden ser, como resultado, declarados “nulos”).

podrá inscribirse la filiación de un menor nacido como resultado de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, en favor de quienes pretendan figurar como sus padres legales (comitentes o padres intencionales); por tanto, el contrato que se haya suscrito, y las cláusulas que en él se hayan pactado, no surtirán efecto alguno en España, aún cuando sí tuvieran efecto en el país de contratación. Sin embargo, esto no está tan claro y se ha vivido un largo proceso antes de llegar al estado actual de la cuestión.<sup>144</sup>

## II- RELACIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO.

Un matrimonio español, compuesto por dos varones, deciden encargar a una mujer californiana, en el Estado de California- Estados Unidos, una gestación por subrogación. La mujer es inseminada con material genético de ambos y con el óvulo de una tercera mujer donante.<sup>145</sup> En octubre del año 2008 se produjo el nacimiento de dos menores producto de tal práctica.

El matrimonio comitente (reitero, quiénes han encargado la gestación) solicita la inscripción de los menores, como hijos de ambos (padre y padre), en el Registro Civil español, adjuntando a dicha solicitud los certificados de nacimiento de los menores, expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como sus hijos. La inscripción les fue denegada por el Canciller encargado del Registro Civil consular de España en la ciudad de Los Ángeles- California, con fecha

<sup>144</sup> Si bien podría ser de interés para el lector el planteamiento de la cuestión en Chile, no es ese, en esta ocasión, el objetivo de nuestro trabajo. Sin embargo, recomendamos leer aquel art. del Profesor Corral, en el que de una muy buena manera trata de estas cuestiones y otras tantas de interés en relación con la maternidad subrogada. Corral Talciani, Hernán (2013), "Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero" en Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (dir), Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, pp. 165 y ss.

<sup>145</sup> Es importante señalar que, en un sentido diametralmente opuesto a lo que ocurre en la legislación española, las leyes de California permiten la práctica de la maternidad subrogada, a través de cuya figura, la madre de "alquiler" previa recepción de una suma de dinero (que no puede ser superior a 25.000 dólares y que, según dicha legislación, no responde estrictamente a un pago contractual, sino a una "compensación" por pérdida de salarios, bajas laborales y cualquier otra circunstancia a la que se vea expuesta la gestante), se compromete a llevar a cabo la gestación, y a la posterior entrega del menor en manos de quienes han contratado. Además, el Estado de California permite la constatación registral del nacimiento y de la filiación de los padres que han acudido a la práctica del "alquiler de útero", sin que constituya impedimento alguno el hecho de tratarse de una pareja constituida por personas del mismo sexo, o de una persona sola (mujer o varón). Así, desde hace años, California sería uno de los Estados que daría, a través de su legislación, mayor "seguridad jurídica" en términos de filiación a los españoles que luego pretendan registrar a los menores en España.

10 de noviembre del mismo año, invocándose para la negación el art. 10 de la LTRHA española; a saber, la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Tras tal negativa, los interesados interponen con fecha 25 de noviembre del año 2008 el correspondiente recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN<sup>146</sup>), a través del cual solicitaban la revocación de la decisión del Encargado del Registro Civil consular de los ángeles y reclamaban, por tanto, la inscripción en el Registro Civil español en base a la filiación determinada en los asientos registrales californianos. En resolución de fecha 18 de febrero de 2009, la DGRN, estima la apelación, revoca el auto apelado y ordena la inscripción de los menores en el RCE, a favor de los dos varones comitentes que así lo habían solicitado, tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban, según ya señalamos, como padres de los nacidos.

Sin embargo, con fecha 28 de enero de 2010, el Ministerio Fiscal presenta en el Decanato de los Juzgados de Valencia una demanda de juicio ordinario contra la DGRN en la que solicitaba que se dicte una sentencia por la que se declare que, a raíz de la infracción de una norma prohibitiva española (art. 10.1 de la LTRHA), el contenido de la resolución dictada por ésta atenta contra el orden público internacional español y que se, cancele, por tanto, la inscripción practicada. Es el Juzgado de Primera Instancia, N.º 15 de Valencia<sup>147</sup>, el que dicta sentencia con fecha 15 de septiembre de 2010, estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento de los menores realizada en el Registro Civil consular de Los Ángeles, como hijos del matrimonio español.

Contra la sentencia de primera instancia, los afectados presentan el correspondiente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, la que con fecha 23 de noviembre de 2011 desestima el recurso interpuesto y confirma la

---

<sup>146</sup> Téngase en cuenta que corresponde a la DGRN, entre otras funciones, la tramitación y, en su caso, resolución de los expedientes de nacionalidad y los de reconocimiento o denegación de las situaciones que afectan al estado civil de los ciudadanos y su inscripción en el Registro Civil; asimismo, la tramitación y, en su caso, resolución de los recursos gubernativos contra los actos de los titulares del ejercicio de estas funciones, así como el estudio y la resolución de cuantas consultas le sean efectuadas sobre las anteriores materias. Véase, [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982506/Estructura\\_P/1215198295156/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982506/Estructura_P/1215198295156/Detalle.html) (última visita, agosto de 2015).

<sup>147</sup> En adelante, indistintamente JPI.

sentencia del JPI, N.º 15 de Valencia, en atención a la cancelación de la inscripción practicada.

Posteriormente se formaliza recurso de casación en contra de la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia, al amparo de lo establecido en los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, basándose la interposición en un motivo único (infracción del art. 14 de la Constitución española), cuyos fundamentos y argumentos estudiaremos en un apartado posterior. El recurso es resuelto por el Tribunal Supremo de España en febrero del año 2014, cuya sentencia desestima la petición de los recurrentes, ordenando cancelar las inscripciones practicadas en el Registro Civil, como consecuencia de la resolución registral extranjera.

Finalmente, se promueve incidente de nulidad de las actuaciones al amparo de los artículos 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial frente a la sentencia de casación dicada por el Tribunal Supremo, resuelto por auto de 2 de febrero de 2015, a través del cual se confirma el criterio de la judicatura nacional.

El 26 de junio de 2014, sin embargo, y antes de la resolución del incidente de nulidad por parte del Tribunal Supremo español, se produce un hito importante a nivel europeo en esta materia: el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>148</sup> dicta sentencia, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), señalando que no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. También nos referiremos a estas sentencias y estudiaremos si han incidido o no en la decisión final del Tribunal Supremo de España.

A continuación, tal como anunciábamos, se expondrá más detalladamente cuál ha sido el camino jurisprudencial que en esta materia ha recorrido España desde el año 2008 a la fecha.<sup>149</sup> Las temáticas principales que subyacen al análisis del asunto presentado, según adelantábamos, dicen relación con: a) la procedencia de reconocimiento en España de una resolución extranjera (en esta ocasión una

<sup>148</sup> En adelante, indistintamente TEDH.

<sup>149</sup> Es importante antes de continuar, aclarar que este artículo no pretende un estudio acucioso del fenómeno de la maternidad subrogada, sino únicamente una exposición práctica y específica de la reciente jurisprudencia española relativa a la posibilidad o no de inscripción en el registro civil español de los menores nacidos en el extranjero producto de la gestación por sustitución encargada por nacionales españoles.

certificación registral) y el respeto al orden publico español; b) la posibilidad o no de inscribir una doble paternidad establecida en país extranjero en el Registro Civil español y, por tanto, la existencia o no de discriminación por razón de sexo frente a una negativa de tal inscripción<sup>150</sup>; y c) la vulneración que tal negativa significaría (o no) en relación al interés superior del niño y el rol que dicho principio ocupa en este análisis.<sup>151</sup> Ténagse en cuenta que los argumentos y alegaciones varían, sin embargo, al interponerse finalmente el incidente de nulidad de las actuaciones, según veremos más adelante. Nos referiremos también a lo resuelto en cada instancia en atención a si ha existido o no, por parte de los nacionales españoles involucrados en el caso, un acto en fraude a la ley, cuestión que presenta vital relevancia y que se relaciona, por supuesto, con el respeto al orden publico internacional español.

Las resoluciones que se presentan y que representan la historia jurisprudencial que se quiere reflejar, son las siguientes:

- Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 15 de Valencia de 15 septiembre de 2010.
- Instrucción de 05 de octubre de 2010 dictada por la DGRN.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo español de 06 de febrero de 2014.
- Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.
- Algunas referencias a las sentencia del TEDH relativas al derecho francés y su relación con el caso español.

### **III- RESUMEN Y COMENTARIOS DE LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DGRN.**

En términos generales, la resolución de la DGRN considera que la inscripción de los menores en el Registro Civil español, no vulnera el orden público internacional, evita la discriminación por razones de sexo y, en tercer lugar, protege el

---

<sup>150</sup> Aunque luego veremos que no se transforma éste en el tema central a debatir, pues el hecho de que sean dos padres, dos madres, un sólo padre o una sola madre o, incluso, una pareja heterosexual de padres, no es decidor en el caso en cuestión.

<sup>151</sup> Ello porque en todas las instancias a las que recurre el matrimonio español, las alegaciones principales son, según veremos: la solicitud de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de ambos menores a su favor; en caso de su negativa, discriminación por razón de sexo; y atentado contra el interés superior de los menores en cuestión.

principio del interés superior del menor. Los fundamentos invocados para ello son, en resumen, los siguientes:

En primer lugar, señala la Dirección, que la inscripción en el RCE del nacimiento de un sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración (art. 16 Reglamento Registro Civil<sup>152</sup>), o a través de la presentación de una certificación registral en la que conste el nacimiento y filiación del nacido. Para el caso de la inscripción mediante la presentación de la correspondiente certificación extranjera, que sería el que exponemos en este supuesto, señala que el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del RRC.<sup>153</sup>

Si bien, según lo dispuesto en el art. 81 del RRC las certificaciones registrales extranjeras deben superar un control de legalidad, dicho control, según dispone la DGRN, no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de un modo idéntico a como lo habría hecho una autoridad registral española, pues ello supondría principalmente desconocer que cada Estado dispone de su propio sistema de Derecho internacional privado. Lo que en realidad exige la legislación, señala la Dirección es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas, ineludibles para que pueda tener fuerza en España, y acceder de este modo al RCE. Entre otras cosas, precisamente, se exige que no vulnere el orden público internacional. Considera la DGRN que no estamos frente a un caso de vulneración en tal sentido y para ello invoca como motivos fundamentales los siguientes:

- En el Derecho español se admite la filiación de dos varones respecto de un menor en el caso de la adopción, sin que quepa hacer una distinción, por tanto, entre hijos adoptados o hijos biológicos (asumiendo de manera errada que este es el caso) pues ambos deben ser iguales ante la ley.
- Se permite, asimismo, en el ordenamiento jurídico español que la filiación de un hijo conste en el RCE a favor de dos mujeres (art. 7.3 de la LTRHA), y, de tal modo, el no permitir que pueda constar a favor de dos varones constituiría un acto discriminatorio por razón de sexo, radicalmente prohibido en el art. 14 de la Constitución española.

<sup>152</sup> En adelante indistintamente RRC o Reglamento Registro Civil.

<sup>153</sup> “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados Internacionales”.

Atendiendo al principio del interés superior del menor se aconseja así por parte de la DGRN la inscripción de los nacidos de acuerdo a la solicitud realizada pues, de lo contrario, y además de todos los fundamentos jurídicos expresados, podría suceder que los hijos de los nacionales españoles quedaran privados de una filiación inscrita en el RCE, vulnerándose así lo dispuesto en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por España y actualmente vigente).

Se enfatiza asimismo en la Resolución que en el Derecho español la filiación “natural” no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos en ella implicados, según puede deducirse de lo dispuesto en el art. 7.3 de la LTRHA, precepto en el que se permite que la filiación “natural” del hijo conste en el Registro a favor de dos mujeres, que también, como es evidente, son personas del mismo sexo.

Considera, por último, la Dirección General de Registros y Notariado que los solicitantes no han actuado, en este caso, en fraude a la Ley. Es indudable, señala: *“que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos en la ley española... Es indudable también que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto... Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el derecho aplicable a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español”*.

En resumen, por orden de la DGRN, se procede a la inscripción en el RC consular español del nacimiento de los menores con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que los nacidos en California son hijos del matrimonio español. Es precisamente a partir de dicha resolución que, creemos, se abren las puertas para que parejas de españoles, sobre todo aquellas compuestas por personas del mismo sexo, recurran a países extranjeros, a fin de realizar allí lo que en España no les está permitido, o al menos no significaría el resultado esperado: ser padre legales de los nacidos a través de la maternidad subrogada o acuerdo de gestación por sustitución.

La resolución de la DGRN ya expuesta es impugnada por el Ministerio Fiscal y, como resultado de tal impugnación, según señalábamos, con fecha 15 de



septiembre de 2010, el Juzgado de Primera Instancia N.º 15 de Valencia, dicta sentencia denegando la inscripción en el Registro Civil Consular español de los menores nacidos en California, como hijos matrimoniales de los solicitantes. A dicha sentencia nos referiremos en el siguiente apartado.

#### **IV- RESUMEN Y COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 15 DE VALENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010**

El tribunal valenciano se hace cargo, como primera cuestión, de determinar si resulta o no aplicable al caso en cuestión el art. 10 de la LTRHA (vale decir, aquella disposición española que sanciona con nulidad de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución y se aplican, por tanto, las reglas generales de filiación). En tal sentido, se hacía necesario determinar si se cumplía o no, en este caso, con los requisitos para que una resolución registral extranjera tenga validez en España y puedan, por tanto, los menores, en virtud de tal documento extranjero, ser inscrito como hijos del matrimonio español.<sup>154</sup>

El art. 23 de la Ley de Registro Civil española, señala que, para la inscripción en tal registro de una certificación emitida en país extranjero, será necesario:

- a- Que se compruebe por el encargado del Registro la realidad del hecho inscrito. Esto implica no sólo un control formal, sino que significa además que el encargado del Registro no tenga dudas acerca de si lo establecido en la certificación es o no real. Es decir, en el caso en comento, el funcionario del Registro Civil, a la hora de evaluar la pertinencia de la inscripción, debería cerciorarse de que ambos solicitantes sean verdaderamente los padres (o pudieran razonablemente ser los padres) de los menores cuyas inscripción se pretende. Así, si bien tal hecho es formalmente cierto, pues lo certifica el documento extranjero, ello en la realidad no podrías serlo, toda vez que biológicamente es imposible que los menores sean hijos de ambos varones y, por tanto, existe duda sobre la realidad del hecho que la certificación declara.
- b- Que se examine si la inscripción que se pretende es conforme a la Ley española, de forma tal que de haber ocurrido en España se consideraría igualmente legal. No dice relación con

---

<sup>154</sup> Todos los datos que se presentan a continuación, salvo advertencia en contrario, han sido sustraídos de la sentencia N.º 193/2010 de 15 de septiembre, dictada por el JPI número 15 de Valencia.

un análisis general y en abstracto, sino más bien en el contexto específico de que se trate. Así, no cabe duda de que la ley 14/2006 sobre TRHA es una ley española especial y, por tanto, el encargado del Registro está compelido por el art. 23 de la LRC a examinar si la resolución extranjera vulnera o no dicha legislación.

Por su parte, contestando a los argumentos expresados por la DGRN para acceder a la inscripción, el JPI de Valencia señala, en síntesis, lo siguiente:

En cuanto al argumento basado en aquel silogismo consistente en que si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones, los hijos naturales también podrían tenerlos, el Juzgado responde que de la sola lectura de tal razonamiento se vislumbra su desestimación. Señala así que ambos modelos no son similares y que los hijos de filiación por naturaleza no pueden tener dos padres o dos madres por la sencilla razón de que el estado actual de la ciencia aún no lo permite.

En cuanto a la supuesta discriminación de sexo esgrimida por la DGRN, basada en que el art. 7.3 de la LTRHA sí permite la inscripción a favor de dos mujeres, por lo que no habría razón para negarla entonces a favor de dos varones, el Juzgado señala tajantemente y de manera certera, según creemos, que la no procedencia de la inscripción no nace del hecho de que los solicitantes sean dos varones, sino de que los menores nacidos y que se pretende inscribir son “producto” de un contrato de gestación por sustitución. Así por tanto, igual consecuencia tendría el mismo supuesto tanto respecto de una pareja compuesta por dos varones, o por dos mujeres o en el caso de un hombre sólo o de una mujer sola: según adelantábamos en páginas anteriores, siempre será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación.<sup>155</sup>

En relación al interés superior del niño y a su posible vulneración, el Tribunal afirma que resulta indudable en tal sentido la afirmación de la DGRN, mas el fin no justifica los medios, declarando además que el ordenamiento jurídico español cuenta con otros medios e instrumentos legales suficientes para conseguir el mismo resultado querido por los solicitantes, medios que creemos, no vulneran el sistema

---

<sup>155</sup> Es evidente, sin embargo que es mucho más simple detectar el hecho ilícito o irreal por parte del Encargado del RC cuando quienes se presentan a solicitar la inscripción de un menor sea una pareja compuesta por dos hombres o dos mujeres, porque como ya apuntábamos, ello en la realidad material no es posible (aunque en la formal sí y así lo exprese un documento determinado); no obstante, una vez conocida la circunstancia de haberse gestado por acuerdo de subrogación, el criterio aplicable sería el mismo en cualquier caso (la inscripción es o debiera ser denegada).

filial y, por tanto lo adecuado, coincidimos con el JPI de Valencia, es recurrir a tales medios para su consecución.<sup>156</sup>

Finalmente, la sentencia en comento declara que los solicitantes sí han actuado en fraude a la ley, acudiendo a EE.UU para realizar aquello que España no les permitiría, plenamente conscientes de los riesgos que ello significaba y de la posible negativa del RC español de inscribir como suyos a los menores nacidos de tal turismo reproductivo<sup>157</sup>.

Así, y en resumidas cuentas, el JPI de Valencia estima y da lugar a la demanda del Ministerio Fiscal, ordenando la cancelación de la inscripción que había anteriormente ordenado la Resolución de la DGRN.

De la resolución expuesta, el matrimonio español apela a la Audiencia Provincial de Valencia. Sin embargo, entre tanto, con fecha 05 de octubre de 2010 la DGRN publica una nueva Instrucción, cuya finalidad principal es dotar de plena protección jurídica, según declara, el interés superior del niño, así como de los demás intervinientes en los supuestos de maternidad subrogada practicados en el extranjero.<sup>158</sup> A continuación nos referiremos a la Instrucción de la DGRN y en un apartado posterior a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que resuelve la apelación ya aludida.

## **V- RESUMEN DE LA INSTRUCCIÓN DE 05 DE OCTUBRE DE 2010**

<sup>156</sup> Se refiere, principalmente, a la posibilidad de determinar una filiación biológica a favor de uno de los comitentes, o a medidas tales como el acogimiento o la adopción, según veremos más adelante (aunque adelantamos que creemos que la adopción, o al menos la adopción plena, no es la institución llamada a solucionar este tipo de casos). Véase en tal sentido: Corral Talciani (2013), p.p. 175 y s.s, bajo el apartado denominado “Inaplicabilidad de la adopción para conseguir los efectos filiativos de un contrato de maternidad subrogada”.

<sup>157</sup> Es interesante relacionar con esta instrucción la resolución de la Corte de Casación francesa de 6 de abril del año 2011 que rechaza la inscripción en el RC de Nantes de dos menores nacidos como consecuencia de un acuerdo de maternidad subrogada, celebrada por un matrimonio francés, también en California, Estados Unidos de Norte América, donde a diferencia de lo que ocurre en Francia, sí se permite, según ya hemos señalado, la gestación por sustitución. Con fecha 14 de julio del año 2000, la Corte Suprema de California habría concedido a X la calidad de padre genético, y a su esposa Y la calidad de madre legal de los nacidos con fecha 25 de octubre de 2010 (identificados como Z y A). El Tribunal francés justifica la negativa de inscripción, basado precisamente en que, aunque siendo lícita en el país extranjero de origen, el acuerdo de maternidad subrogada por ciudadanos franceses es nula en Francia por ser contraria al orden público francés en los términos de los arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil francés. No obstante, tal nulidad no priva a los menores de la filiación paterna y materna que se le han otorgado según el derecho californiano, ni impide la convivencia de los nacidos con el matrimonio francés. Más adelante, veremos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado ordenando la inscripción de los menores en el RC francés, lo que ha constituido, además, un llamado de atención al Estado español, que luego de tanto andar, cambia nuevamente de parecer en el año 2015.

<sup>158</sup> Téngase en cuenta, y ante todo, que las Instrucciones Administrativas de la DGRN no constituyen fuente de Derecho.

## DICTADA POR LA DGRN.

Señala la DGRN en esta oportunidad, y a diferencia de lo señalado en la Resolución de 2009, que es necesario establecer criterios que determinen cuáles serán las condiciones que permitirían la inscripción en el Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada, encargada por españoles. En dicho contexto, se publican las siguientes directrices:

En primer lugar se establece que la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, únicamente podrá realizarse presentando junto a la solicitud de inscripción, la resolución dictada por tribunal competente (extranjero) en la que se determine la filiación del nacido. En segundo lugar, señala la DGRN que, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción de nacimiento y filiación, una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. De este modo, entonces, como hemos señalado, la DGRN no coincide con su Resolución anterior, y esta vez deniega la inscripción de filiación de un hijo nacido mediante gestación por sustitución en país extranjero, en las condiciones que pretendía el matrimonio español.<sup>159</sup>

En cuanto al reconocimiento de la resolución extranjera que estamos comentando, señala la DGRN, en esta ocasión, que se incorpora plenamente la doctrina ya consolidada por el Tribunal Supremo español, según la cual se establece la necesidad de instar al correspondiente exequátur ante los Tribunales de Primera Instancia, según se desprende del art. 995 de la Ley española de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, en aquellos casos en los que la resolución judicial deriva de un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha señalado que su inscripción no quedará sometida a tal requisito, bastando con un reconocimiento incidental previo.

Finalmente, señala la Instrucción en comento que en caso de no contarse en la solicitud de inscripción con una resolución que determine la filiación a favor de

---

<sup>159</sup> Al parecer, el requisito de la resolución judicial previa tiene su fundamento en la previsión contenida en el art. 10.3 de la LTRHA, que a través de la remisión a las reglas generales en materia de filiación en el ordenamiento jurídico español, exige el ejercicio de acciones procesales para la atribución de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución.

los solicitantes, ya sea que haya sido reconocida incidentalmente o por la vía del exequátur, si bien el encargado del RC la denegará, nada obsta a que pueda intentarse dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el art. 10. 3 de la LTRHA y los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

De todo lo expuesto, se desprende una peligrosa conclusión o consecuencia: a priori, a efectos de la inscripción en el RC español, el art. 10. 1 de la LTRHA y la determinación, por tanto, de la filiación materna según el parto, aún en los casos de maternidad subrogada, únicamente va a ser aplicable para aquellas prácticas realizadas dentro de territorio español, y no para aquellos supuestos que se generen fuera de las fronteras españolas, lo cual ya a simple vista, y a nuestro juicio, carece de todo sentido: si está prohibida, o al menos se sanciona con nulidad de pleno derecho, la maternidad subrogada en España, cómo podría entonces permitirse una práctica de iguales características en país extranjero?; ¿no sería esto un fraude a la ley?<sup>160</sup>

## **VI- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011<sup>161</sup>.**

Como ya habíamos adelantado, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, N.º 15 de Valencia, se interpone recurso de apelación por parte del matrimonio español al que le había sido denegada la inscripción de sus hijos, nacidos en California, en el RCE.

La Sección X de la Audiencia Provincial de Valencia, no obstante lo dispuesto por la DGRN en su Instrucción de 05 de octubre de 2010, ratifica la decisión acordada por el JPI de la misma ciudad, dejando por tanto sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles. Los razonamientos contenidos en la sentencia son, básicamente, los siguientes:

---

<sup>160</sup> En un sentido similar, véase la opinión de Salas Carceller, Antonio (2011), “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución” en Revista Aranzadi Doctrinal, N.º 10 (tribuna), Pamplona...p. 2. Véase también: Calvo Caracaba, Alfonso y Carrascosa González, Javier (2011), “Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 1 (3), marzo, pp. 247-262.

<sup>161</sup> Todos los datos vertidos en este apartado, salvo advertencia en contrario, han sido extraídos de la sentencia en comento. Disponible en <http://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-audiencia-de-Valencia-inscripción-hijo-maternidad-subrogada.pdf> (última visita, agosto 2015).

En primer lugar destacamos los dichos de la Audiencia en sentido tal de afirmar que cualquier contrato de maternidad subrogada concertado por ciudadanos españoles es nulo de pleno derecho y que no puede verse amparado en normas de derecho extranjero para convalidar su eficacia, pues así se desprende de diversas disposiciones, como son el art.

10. 1 de la LTRHA, el art. 954. apartado 3 de la LEC en concordancia con el art. 23 de la Ley de Adopción Internacional (54/2007) y el art. 34, apartado 1 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De todas ellas, se deduce que no serán de aplicación las leyes extranjeras o resoluciones judiciales que no sean lícitas en España. Por tanto, señala el Tribunal, cuando un ciudadano español se desplaza al extranjero a fin de llevar a cabo una gestación por sustitución, incurre en una vulneración o fraude de ley de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12, apartado 4 del CC en el que se señala que se considerará como tal la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española, cuestión que claramente, creemos, ocurre en este caso.

En segundo lugar, la Audiencia Provincial señala que no podría inscribirse la filiación por ser la normativa californiana contraria al orden público español: *“...(tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001 ); y vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona. principios reflejados, además de en el artículo 10-1 de la Constitución, en su artículo 15 , que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39-2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil , que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa*

*ilícita. Incluso puede considerarse al artículo 10 de la ley 14/2006 como una norma de policía , en el sentido del artículo 9-1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación".*

Como tercer argumento para confirmar la sentencia del JPI de Valencia y, por tanto, denegar la inscripción solicitada por los apelantes, señala el Tribunal de Alzada que aunque se dice que la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, lo cierto es que dicha resolución judicial no consta en este procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar, como hacen los apelantes, que conforme a la nueva Instrucción de la DGRN la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español.

En cuanto a la alegación de una posible vulneración a los principios de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, basado en lo dispuesto por el art. 7 de la LTRHA en el que se permite la inscripción de una doble maternidad, el Tribunal es muy claro y sucinto en sus dichos y prácticamente reproduce lo señalado por el JPI, N.º 15 de Valencia: *"...pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula; lo contrario supondría afirmar la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 14/2006, lo que no se ha hecho, ni como se ha dicho, tendría suficiente base jurídica".*

Finalmente, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia, y respondiendo la Audiencia al argumento esgrimido por los apelantes en atención a que la denegación de la inscripción significa una vulneración del principio del interés superior del niño, se señala que si bien toda resolución que afecte a menores de edad debe tener en consideración el principio del interés del menor, la satisfacción de tal no puede conseguirse infringiendo la ley, ni menos aún cuando la propia

legislación española, tal como ha dicho también el JPI ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores que se pretende (art. 10 de la ley 14/2006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil español). Además, señala el máximo tribunal también que la prohibición de la gestación por sustitución por parte del legislador español persigue, a lo menos en abstracto, la protección del interés de los menores que así nacieren, pues con ello se pretende impedir que la vida humana sea objeto de comercio. Aduce asimismo el TS que la misma consideración puede hacerse respecto del respeto a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 04 de noviembre de 1950. Se agrega, por último, que tal como habría alegado el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso de apelación, la sentencia recurrida no atenta contra el derecho a la identidad de los menores, ya que estos tienen la que resulta de la certificación californiana que será, por tanto, la que se publique en el RC español, en el evento de acceder a él de manera legal.

Por todo lo expuesto, y en resumen, la Audiencia Provincial de Valencia desestima el recurso de apelación interpuesto por el matrimonio español y, por tanto, se mantiene la denegación de inscripción en el RC por ellos solicitada.

Los afectados recurren de Casación al Tribunal Supremo español, el que con fecha 6 de febrero de 2014 desestima el recurso interpuesto. A continuación se resumirá la sentencia aludida, agregando algunos comentarios doctrinales a los fundamentos esgrimidos por el máximo tribunal español.

## **VII- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, DE 06 DE FEBRERO DE 2014**

El único motivo en el que se basa la interposición del recurso de casación, dice relación con la infracción al art. 14 de la CE, por vulnerarse con la negativa a inscribir, el principio de igualdad con relación al derecho a la identidad de los menores y al interés superior de los mismos consagrado éste, a saber, en la Convención de los Derechos del Niño, de 2 de noviembre de 1989. Los argumentos que se invocan como fundamento del motivo son los siguientes:

No se contradice, según alegan, el orden público internacional español a través del reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California, toda vez que la legislación española únicamente impide considerar válido



y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al RC de la filiación que de ello resulte la que, según señalan los recurrentes, es sólo una consecuencia *“última y periférica del contrato”*.

Por su parte, señalan, el no permitir la inscripción de nacimiento del modo solicitada en el RCE, resulta discriminatoria.

Por último, alegan los recurrentes que la privación de dicha filiación a los menores, vulneraría el interés del menor pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos, porque quienes han encargado la gestación, señalan los recurrentes, son los mejores padres “por naturaleza” que los menores pueden tener, frente a la mujer que les ha dado a luz y que únicamente ha asumido su papel de “parte” en un contrato cumpliendo así con las prestaciones asumidas. Asimismo, aseguran, el menor tiene derecho a una identidad única que debe ser respetada por encima de las fronteras de un Estado.

Señala el Tribunal Supremo, resumidamente, lo siguiente:

Se distinguen en la sentencia dos puntos de relevancia: por un lado, si el reconocimiento de la resolución extranjera vulnera o no determinadas disposiciones del ordenamiento jurídico español; y, por otro, si el reconocimiento de una filiación de carácter no biológico, significa una vulneración a las normas españolas.

En cuanto al primer tema de mencionado, tal como había hecho ya la DGRN, el JPI N.º 15 de Valencia y la Audiencia Provincial de la misma ciudad, el Tribunal Supremo de España, también se ha pronunciado respecto a si procede o no el reconocimiento por parte de las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores en virtud de lo dispuesto por una legislación extranjera, que en este caso fija una filiación derivada de una maternidad por subrogación a favor de dos ciudadanos españoles. Así, reitera el TS que la técnica aplicable en este caso, y como ya habíamos explicado, no es la de un conflicto de leyes, sino la del reconocimiento propiamente tal, pues ya existe una decisión de autoridad y únicamente cabe resolver si tal decisión puede o no tener efectos en el sistema jurídico español.<sup>162</sup> La forma en la que se ha procedido al

---

<sup>162</sup> Téngase en cuenta que, como señala el TS en el tercer fundamento de derecho de la sentencia no se cuestiona en esta ocasión si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores, o en cambio la sentencia previa dictada por la autoridad judicial y que es la que ha determinado la filiación a inscribir, con base en el contrato de gestación por sustitución, pues no se trata del tema planteado por los involucrados, en ningún momento y porque además carece de relevancia a objeto de decidir acerca de las cuestiones relevantes relativas al recurso interpuesto. Señala el Tribunal que entrar en tales

reconocimiento del título extranjero es en este caso la prevista por el art. 85 del Reglamento del Registro Civil, en relación con el inciso final del mismo.<sup>163</sup> En resumidas cuentas y a fin de no repetir lo que ya se habría planteado por el JPI N.º 15 de Valencia, el control que supone tal reconocimiento se extiende no solo a verificar que los hechos de que da fe la certificación extranjera tengan garantías análogas a las vigentes en la legislación española, sino también a que no exista duda respecto del hecho certificado, pues así lo señala el art. 23 de la LRC que sirve de desarrollo a las disposiciones del Reglamento que ya han sido citadas (vale decir, no sólo aspectos formales, sino que también de fondo). Así, se desprende que la legalidad conforme a la ley española de los asientos registrales extranjeros que exige el art. 23 de la LRC, si bien no se entiende como de absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de la ley española, sí ha de respetar las normas y principios que supone el orden público internacional español y, por tanto, así ha de entenderse el control que debe realizar la autoridad española.

Entiende el Tribunal que el art. 10.1 de la LTRHA forma parte del orden público español, como lo son aquellas normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones paterno filiales.<sup>164</sup> Todos esos derechos fundamentales y principios, concluye, actúan como límite al reconocimiento de decisiones extranjeras<sup>165</sup> y, por tanto a la posibilidad de que los

---

consideraciones haría variar completamente los términos en los que se ha gestado el debate procesal y solo serviría para obscurecer aún más el asunto. Sentencia N.º 835/2013 de 06 de febrero de 2014, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo de España. [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjABahUKEwiO8\\_vmgJXHAhWDgZAKHWBxCYI&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FJURISPRUDENCIA%2FFICHERO%2F20140206%2520TS%2520Civil%2520REC%2520245](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjABahUKEwiO8_vmgJXHAhWDgZAKHWBxCYI&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FJURISPRUDENCIA%2FFICHERO%2F20140206%2520TS%2520Civil%2520REC%2520245).

2012.pdf&ei=o5zDVc6VI4ODwgTg4qWQCA&usg=AFQjCNGm3PYDAeq6gv1mngvMr-UwdZwWZA&bvm=bv.99556055,d.Y2I (última visita, agosto 2015).

<sup>163</sup> Art. 85 RRC: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.”

<sup>164</sup> Señala la sentencia en el punto 5 del tercer fundamento de derecho que: “También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales de orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución)”. Sentencia N.º 835/2013 de 06 de febrero de 2014, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo de España.

<sup>165</sup> En el mismo sentido, se menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional número 54/1989 de 23 de febrero, FJ 4º.

ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

Por su parte, si bien tienen razón los recurrentes cuando señalan que las regulaciones modernas, y entre ellas España, no establecen como fuente de los vínculos familiares únicamente la biología y que existen otros factores no biológicos (adopción y técnicas de reproducción humana asistida, que le dan lugar, no significa que por ello la resolución que se pretende validar en España no sea contraria al orden público español, pues también es cierto, según señala el TS, que en el ordenamiento jurídico español, como buena parte de los países que se basan en los mismos valores y principios, no se acepta que estos otros modos de establecimiento de filiación vulneren la dignidad de la mujer gestante y del nacido. Como consecuencia de tal preocupación es que, por ejemplo, la elaboración de instrumentos internacionales, establece como principios básicos que los estados determinen con carácter prioritario medidas tales como la permanencia de los niños en sus familias de origen y un adecuado sistema de consentimientos libres y espontáneos, o adecuadas leyes en materia de técnicas de reproducción asistida y, particularmente, de gestación por sustitución.

Por todo lo expuesto, y otros argumentos que, por considerarlos de menor entidad, no abordamos en esta ocasión, el tribunal considera que la decisión de la autoridad registral de California que atribuye la condición de padres al matrimonio que ha contratado la gestación, es contraria al orden público internacional español pues resulta incompatible con aquellas normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares “...*inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto de su integridad moral y protección de la infancia*”.

Así, y como conclusión, determina el Supremo, la filiación cuyo acceso al RC se pretende “*es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina*”.

En relación al segundo argumento de los recurrentes, vale decir, la existencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, el tribunal lo considera inadmisibile, y respecto a ello no hay mucho más que agregar a lo ya dicho en las instancias anteriores.

Como señala el tribunal, los mismos recurrentes han reconocido que, el supuesto a través del cual la legislación española acepta la inscripción de una doble maternidad (art.

7.3 de la LTRHA), es diferente al caso en comento. Dicha desigualdad entre ambas figuras, excluye entonces la existencia de un trato discriminatorio, pues consecuente con tal dicotomía es que se da un trato legal diferenciado a uno y otro caso. Además, de los argumentos expuesto en la sentencia recurrida, se deduce que la causa de la denegación de la inscripción no ha sido en ningún caso fundada en la orientación sexual de los solicitantes, sino en que la filiación pretendida tiene como origen un contrato de gestación por sustitución que, en España, por ser nula de pleno derecho, no produce efecto alguno. Así, reiteramos, la solución sería la misma si se tratase de una pareja compuesta por dos mujeres, o por un hombre y una mujer o, incluso, si se tratase de una filiación monoparental (mujer u hombre solos).

Por último, en cuanto al interés superior del niño, y a la supuesta vulneración del mismo, alegada por los recurrentes, reitera el Tribunal Supremo, tal como lo habrían hecho las demás instancias judiciales, que no existe tal. Aquí hay tres puntos distintos que atender. En primer lugar, los recurrentes consideran que la única manera de satisfacer el interés superior del niño, viene dada por reconocer la filiación que ha sido establecida en el asiento registral californiano, conforme a la legislación de dicho estado. Sin embargo, el Tribunal considera en el punto 5 del quinto argumento de derecho de su sentencia que: *“La invocación indiscriminada del interés del menor serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas”*.

Por tanto, la tesis que aducen los recurrentes no puede ser aceptada, toda vez que la cláusula general de la consideración del interés superior del menor establecida en la legislación española, según ya hemos señalado, no permite que el juez se valga de cualquier medio para alcanzar su resultado. De hecho, la consideración del interés del menor no debe hacerse tomando en consideración sus puntos de vista personales, sino los valores asumidos por la sociedad como propios contenidos en los principios que inspiran la legislación nacional y los tratados internacionales. No puede, por tanto, tomarse únicamente en consideración sólo el interés del menor, sino otros bienes jurídicos con los que debe realizarse una

ponderación, como es, por ejemplo, el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante.

Ahora bien, es cierto que, tal como advierte el Tribunal Supremo, el no reconocer la filiación establecida en la inscripción registral de California (identidad única) pudiera suponer un perjuicio en la posición jurídica de los menores, no es menos cierto que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación, supondría también un perjuicio para ellos. Es necesario, por tanto, señala, realizar una ponderación de la que resulte una solución que perjudique lo menos posible a los menores, empleando para ello los criterios ya establecidos en el ordenamiento jurídico español. Así, la anulación de una filiación que es contraria al orden público internacional español, según se ha dicho tendría, creemos, un encaje más adecuado.

Por otro lado, es de suma importancia señalar que el tribunal considera que las sentencias que han sido citadas por los recurrentes como apoyo a sus peticiones<sup>166</sup>, no sirven para darles un adecuado fundamento, pues se trata de casos técnicamente distintos. En tales supuestos, los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos, ya sea por la doble nacionalidad de sus padres o por tener un Estado de residencia distinto al de nacionalidad; en cambio, en el caso en comento, los menores no tenían ninguna vinculación con EE.UU, ya que los recurrentes sólo acudieron a California con el objetivo único de encargar una gestación por sustitución, que en España no podía surtir sus efectos.

El Tribunal Supremo, se pronuncia en el punto 11 del Fundamento 5º de la Sentencia, acerca de la desprotección en la que, a partir de la anulación de la inscripción que se ordena, quedarían los menores, señalando someramente dos cuestiones fundamentales:

- Que la protección a tales menores se debe otorgar partiendo de las previsiones legales y jurisprudenciales de España y de

---

<sup>166</sup> Se trata de las Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 02 de octubre de 2003, asunto C- 148/02, caso García Avello, y la de 14 de octubre del año 2008, asunto C-353-06, caso Grunkin Paul, del mismo tribunal, en las que además (lo que acentúa la diferencia de éstas con el caso que aquí se presenta) el bien jurídico con el que entraba en conflicto el principio de identidad única del menor era la inmutabilidad o estabilidad de los apellidos, ambos de una entidad jurídica menor a los protegidos por la prohibición de la gestación por sustitución. Sentencias disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de59ca85cb94f1421684749e24c2db2f5a.e34>  
KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhePe0?docid=71629&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=fir  
st &part=1&cid=4619 (última visita, agosto 2015).

los tratados internacionales que le atañen, tomando en cuenta la situación actual de los mismos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio<sup>167</sup> considera que donde se ha establecido la existencia de una relación de familia respecto de un niño, el Estado debe actuar otorgando una protección jurídica que haga posible la integración de éste con su familia, cuestión que aquí también debiera promoverse, y así creemos lo entiende el TS.

- Por otro lado, el recurso que se interpone no tiene por objeto que se adopte una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en una manera distinta a la que ellos solicitan. No obstante, señala el Supremo que de acuerdo con la jurisprudencia del mismo Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe adecuadamente y los menores tienen relaciones “de facto” con los solicitantes, la solución tanto por parte de estos como de las autoridades públicas que intervengan, debe partir de tal base permitiendo la permanencia y desarrollo de dichos vínculos.<sup>168</sup>

A tales efectos, se insta al Ministerio Fiscal para que, de acuerdo a sus funciones, ejercite las acciones que determinen en la medida de lo posible, la filiación de los menores, teniendo en consideración la integración de éstos con el núcleo familiar compuesto por los recurrentes.

En síntesis, y por todo lo expuesto, el TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, negando la inscripción en el RC español con la filiación solicitada, de los menores nacidos en California y que figuran allí como hijos “naturales” del matrimonio español.

Se emite sin embargo en la sentencia un voto particular por parte del Magistrado Sejías Quintana, y adhieren a él los Magistrados Ferrandis Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol. El voto se refiere particularmente a la discrepancia en torno a lo que la mayoría del TS y de las demás instancias judiciales, entienden como

---

<sup>167</sup> Caso Wagner y otro contra Luxemburgo y caso Harroudj con Francia.

<sup>168</sup> En tal sentido, señala el TS que en el ordenamiento jurídico español existen instituciones que así lo permiten. Una de ellas, y así lo señala el art. 10 en su inciso III de la LTRHA, es la posibilidad de determinar la filiación paterna a través de las acciones correspondientes (evidentemente, si uno de los recurrentes, en este caso, es quien haya aportado el material genético masculino para la fecundación). También se señala la posibilidad de un acogimiento familiar, con el que concordamos plenamente, y la idea de la adopción (aunque esta última figura, creemos, no tiene por objeto resolver el tipo de asuntos que se plantean en este caso, sino que es, más bien, una institución de protección de menores que han caído en desamparo). Véase en tal sentido: Jarufe Contreras, Daniela (2012), Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida, Madrid, Editorial Dykinson.

vulneración del orden público internacional español y a la consideración de verse afectado interés superior de los menores, a diferencia de lo que se alude en la sentencia ya planteada.

Así, señala el Magistrado Sejías que al permitir la inscripción de los menores en el RCE según los datos aportados en el asiento registral californiano, no se vulnera el orden público español, aludiendo en síntesis, y principalmente, a los siguientes argumentos:

En primer lugar, señalan, si bien el contrato de gestación por sustitución es nulo en la legislación española, ya sea con o sin precio, sus efectos no pueden ser los mismos cuando la práctica proviene de un Estado diferente, ello basado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con el informe de la Conferencia de Derecho Internacional privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre problemas de contratos de gestación por sustitución en el ámbito internacional, ya que lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera que es válida y legal conforme a la normativa del Estado de emisión de la misma. De tal modo, la denegación del reconocimiento sólo podría darse en el evento de contrariarse el orden público, entendido éste desde el interés superior del niño (cuya normativa reguladora tiene también características de orden público) y no desde la óptica de la contrariedad de la normativa interna, en atención a lo dispuesto en el art 53 de la CE y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (véase sentencia del Tribunal Constitucional, 141-2000 de 29 de mayo).

En segundo lugar, en cuanto a la afirmación por parte de la mayoría del TS en relación a la “cosificación de la gestación”, el voto minoritario señala lo siguiente:

Primeramente, y cuestión con la que no concordamos en lo absoluto (pues creemos firmemente que no existe un derecho a tener hijos) se aduce a la manifestación de un “derecho a procrear”, especialmente importante, afirman, para quienes no pueden tener hijos “genéticamente propios”.<sup>169</sup> Además, señalan que no se puede subestimar el consentimiento y la capacidad para ello por parte de la madre gestante pues, además, este ha sido dado ante la autoridad judicial que vela porque

---

<sup>169</sup> Como no es este un tema que podamos tratar en esta oportunidad, pues ello desvirtuaría el sentido de nuestra investigación, se recomienda al lector consultar al respecto: Jarufe Contreras, Daniela (2013) “Algunos Derechos cuestionables en materia de filiación”, en Mondaca Miranda Alexis y Aedo Barrera Cristián (coord.) Nuevos Horizontes del Derecho Privado, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia y Ochoa Hofmann, Alfonso (2012), El derecho a tener hijos, consideraciones éticas y morales, México D.F, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma Nacional de México.

sea prestado con libertad y conocimiento de las consecuencias, y que tratándose de un acuerdo voluntario y libre, no puede hablarse de explotación o cosificación en contra de la libertad y autonomía de la mujer gestante. Por último, y creemos mal utilizando la cita, el voto minoritario hace alusión a una afirmación que nace del profesor Martínez de Aguirre<sup>170</sup>, aunque con un tenor diverso: *“es al niño al que se le da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica”*. Creemos que yerra el Magistrado Sejías en este sentido pues, precisamente, porque no buscamos niños para padres, sino padres para niños, es que no debe permitirse que se favorezcan los intereses individuales de cada quien a través de la legalización y reconocimiento de una conducta prohibida por el legislador nacional español pues ello, además, significa un fraude abierto a la ley.

En tercer lugar, el voto minoritario encabezado por Sejías, señala que es tendencia en el derecho comparado el caminar hacia una flexibilización de estos supuestos (maternidad subrogada) y considera que España también lo ha hecho mediante la Instrucción de octubre de 2010 a la que ya hemos aludido, a través de la cual se permite la inscripción en el RCE de los hijos nacidos a través de la gestación por sustitución en los países cuya legislación lo permita, siempre que alguno de los “progenitores” sea español. Así, afirma el voto minoritario, el señalar el orden público internacional como motivo para denegar en España el reconocimiento de la resolución extranjera, solo se tendría en cuenta para algunos casos y para otros no, convirtiendo lo que es nulo por ley (y en ello si estamos de acuerdo) en una mera cuestión de cumplimiento de diversas formalidades que no existían al momento de la inscripción que ahora se cuestiona y lo que se denomina “orden público atenuado”, ya que en la práctica esto ha servido para dar entrada a inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos mediante estas técnicas en el extranjero.

En cuanto al interés del menor se refiere, señala el Magistrado que este se vería gravemente afectado, por las siguientes razones, con las que si bien es cierto concordamos de alguna manera creemos, tal como ha señalado el TS, que hay otras formas dispuestas también en el Ordenamiento jurídico español, de proteger tal interés.

---

<sup>170</sup> Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos (2001), “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes” en Polaino Lorente, Aquilino. (et alii) Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico. Barcelona, Editorial Ariel, p.185.



Aduce en este sentido el voto minoritario que a los niños de nacionalidad española se les coloca en *“un limbo jurídico incierto...”* que la sentencia del TS trata de evitar instando al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes, a fin de determinar la correcta filiación de los menores. Por su parte, señala, el interés del menor debe protegerse antes y después de la gestación y, en este caso, se estaría ignorando una nueva realidad sin procurar el Estado las soluciones más beneficiosas para los menores ante un hecho ya consumado como es la inserción de los mismos en una familia que actúa como tal y que se ha acogido a la normativa extranjera. Así, en este caso, concluye, aplicar la norma interna como cuestión de orden público, no haría mas que perjudicar a los menores que podrían verse expuestos a situaciones de desamparo, privándolos de su identidad y de su núcleo familiar. Si bien no estamos de acuerdo con el argumento en sí ni tampoco con la necesidad de reconocer en este caso la resolución extranjera para amparar el interés superior de los menores, sí lo estamos con la afirmación final destacada por el Magistrado Sejías: *“...no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso perfectamente individualizada”*.

Pero la historia jurisprudencial no termina allí, pues contra la sentencia del TS se presenta por parte de los recurrentes un incidente de nulidad de las actuaciones, al que nos referiremos someramente a continuación.

#### **VIII- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 02 DE FEBRERO DE 2015, QUE RESUELVE EL INCIDENTE DE NULIDAD**

Con fecha 02 de febrero de 2015 se resuelve incidente de nulidad de las actuaciones, promovido por el procurador de los recurrentes, a través del cual se solicitaba en resumen: que se proceda a anular la sentencia dictada por el TS con fecha 06 de febrero por vulnerar los derechos fundamentales de los recurrentes, dictando otra que repare tal derecho y acuerde estimar el recurso de casación interpuesto, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia manteniendo, por tanto, las inscripciones registrales en los términos acordados por la DGRN.

Los recurrentes alegan esta vez a través del incidente que la sentencia ha vulnerado tres derechos fundamentales.<sup>171-172</sup>

## **1- Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)**

Se alega, por una parte que la Sala habría infringido las normas sobre la prueba y carga de la misma, a partir de la existencia de una serie de hechos cuya verosimilitud no estaba probada.

En este sentido, señala el Tribunal en el tercer fundamento de derecho del auto en cuestión que no es conforme a las exigencias de la buena fe el que, una vez que se haya dictado la sentencia, se cuestionen por parte de los recurrentes sus propias alegaciones y que acusen ahora al Tribunal de haber vulnerado sus derechos fundamentales al tenerlas en consideración. Además, aduce el TS que los promotores del incidente tenían la disponibilidad sobre la prueba, ya que los documentos acreditativos de las circunstancias que rodearon el nacimiento de los menores estaban en su poder. Así, no pueden alegar vulneración de la tutela judicial efectiva quienes han admitido los hechos fundamentales en los que se basa la sentencia y quienes son, en cualquier caso, responsables de la falta de acreditación que ahora alegan para la nulidad.

Por otro lado, y dentro del mismo derecho fundamental, se alega que se habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra relativa a las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución.

En este sentido, señala el Tribunal que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, alegado por los recurrentes, por el hecho de resolver el tribunal la cuestión controvertida de un modo diverso a como se haya pretendido. Así, aduce el Supremo: *“Es lógico que si un recurso se desestima, el tribunal no acepte las razones que se alegaron para sustentarlo”*.<sup>173</sup> La sentencia cuya nulidad se solicita razona en

---

<sup>171</sup> El incidente de nulidad de actuaciones no es, en ningún caso, un nuevo recurso a través del cual puedan revisarse cualquier infracción de norma, ya sea sustantiva o procesal, sino que únicamente el tribunal puede examinar si la sentencia ha infringido derechos de carácter fundamental, como único objeto posible de dicho incidente.

<sup>172</sup> En este momento, por lo explicado en el párrafo inmediatamente anterior, varían las alegaciones de las partes, según veremos, aunque se mantiene el reclamo relativo a la discriminación por razón de orientación sexual de los solicitantes.

<sup>173</sup> Fundamento jurídico tercero del Auto dictado por el Tribunal Supremo, con fecha 02 de febrero de 2015. Disponible en:

la necesidad de valorar acerca de la legalidad conforme a la ley española de los asientos registrales extranjeros, por ser esta una exigencia del art. 23 de la LRC y en base a ello analizar la conformidad de la decisión de la autoridad de California con las normas del orden público internacional español en materia de filiación y de reproducción asistida. Aduce el Tribunal que no ha existido una alteración sorpresiva e injustificada del debate procesal y, por tanto, no se visualiza una vulneración a la tutela judicial efectiva, debido a los términos en los que se planteó el debate.

## **2- Vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores por razón de su nacimiento, como de los padres por razón de orientación sexual.**

Este asunto es tratado en el Fundamento Jurídico Cuarto de la resolución del Tribunal Supremo, y no nos extenderemos en ello pues se mantiene lo dicho en todas las instancias judiciales y lo afirmado finalmente en la sentencia que falla el recurso de casación interpuesto por los recurrentes.

En resumen, se señala por parte del Supremo que *“La interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la madre gestante un contrato de gestación por sustitución”*. El legislador español goza de cierto margen de libertad para atribuir relaciones paterno filiales distintas a las basadas en un vínculo biológico, de modo tal que si decide atribuir a una determinada relación el carácter de filiación, recién allí entraría a jugar la exigencia de no discriminación por razón de filiación de diversa naturaleza. Dicho principio no significa, en ningún caso, señala el Tribunal, una obligación para los poderes públicos en sentido tal de otorgar reconocimiento a relaciones jurídicas que no lo son en el ordenamiento jurídico español.

Asimismo, se reitera que la razón de la decisión adoptada por los tribunales españoles nada tiene que ver con la orientación sexual de los integrantes

de la pareja solicitante, sino en las circunstancias de la gestación de los menores con base a un contrato de gestación por sustitución.

### **3- Vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto a la exigencia de un derecho de la pareja a la procreación medicamente asistida.**

En este sentido, los promotores del incidente invocan la sentencia del TEDH de 1 de abril de 2010, caso SH y otros con Austria, a lo que el Supremo responde que dicha resolución no es relevante por referirse a una cuestión sustancialmente distinta. Además, se señala fundamentalmente que como lo son todos los derechos, el derecho a fundar una familia no es ilimitado y no incluye, con lo que concordamos plenamente, el derecho a establecer todo tipo de lazos de filiación por medios no reconocidos por un ordenamiento jurídico determinado.

Concordamos con el TS, pues si bien existe el derecho a fundar una familia, consagrado en diversos tratados internacionales, en ningún caso existe un derecho a tener hijos, ni biológica ni artificialmente. Como mucho, existe un derecho a no ser privado de los medios a través de los cuales se puede tener descendencia y esos medios no implican los modos artificiales a través de los cuáles se puede ser padre o madre (vale decir, la adopción y la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida).<sup>174</sup>

Todo lo expuesto lleva al Tribunal a concluir que la sentencia cuya nulidad se reclama no vulnera los derechos fundamentales invocados por los recurrentes y, por tanto, se confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 06 de febrero de 2014, en sentido tal de cancelar la inscripción en el RCE de los menores nacidos en California a través de gestación por sustitución encargada por los ciudadanos españoles.

Durante la tramitación del incidente y antes de la resolución expuesta, se dicta por parte del TEDH sentencia en dos casos que siendo aparentemente similares al caso español significan cuestiones jurídicas distintas pero que ponen no obstante en duda cuál sería ahora el criterio del TS en cuanto a conceder el reconocimiento al asiento registral extranjero proveniente de California y respecto del cual se venía discutiendo ya desde el año 2009. Sin embargo, esto se dilucida finalmente al

---

<sup>174</sup> Nuevamente citamos Jarufe Contreras, 2102, Jarufe Contreras, 2013 y Ochoa Hofmann (2012).

momento de dictarse el Auto del TS que aquí comentamos y que, como se ha señalado, confirma el criterio ya manifestado anteriormente por el Tribunal en febrero del 2014 en orden a no inscribir en el RC español las filiaciones solicitadas por el matrimonio español, de los menores nacidos producto de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en país extranjero. A continuación y por la repercusión mediática que tuvieron tanto en España como en Europa, analizamos someramente las sentencias del TEDH aludidas.

#### **IX- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, SENTENCIAS DE 26 DE JUNIO DE 2014 Y SU REPERCUSIÓN EN ESPAÑA**

Se trata de los casos *Menesson y Labassee*, ambos contra Francia. Los matrimonios franceses contrataron en Estados Unidos gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De tales embarazos nacieron, por un lado, dos niñas gemelas y, por otro, una única niña. En los Estados de Minnesota y California respectivamente, se dictaron sentencias que establecían la relación de filiación entre los cónyuges de los matrimonios comitentes y las nacidas. Sin embargo, las autoridades nacionales francesas, al igual que en el caso de España, se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas, por ser contrarias al orden público de dicho país que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, en los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés. También se negaron a inscribir, en uno de los casos, el acta de notoriedad de la relación de filiación otorgada a raíz de la convivencia de los comitentes con la niña desde su nacimiento, por considerarse que la posesión de estado de las personas que alegaban los demandantes y el acta en cuestión estaban ambas viciadas por defectos en su origen, consistentes en nulidad de orden público del contrato de gestación por sustitución cuyo carácter era fraudulento.

En ambos casos se interponen recursos antes la Corte de Casación francesa, invocando una vulneración del art. 8 del Convenio Europeo (respeto a la vida privada y familiar) por los inconvenientes que ocasionaba al grupo familiar y al interés superior de las niñas la denegación de reconocimiento de filiación por parte de las autoridades francesas. En tal oportunidad, el Tribunal de Casación con fecha 06 de abril de 2011 consideró que la gestación por sustitución impide de modo absoluto el establecimiento de un vínculo de filiación respecto de los comitentes, ya

sea mediante la inscripción del acta de nacimiento o del acta de notoriedad de la relación de filiación, o mediante cualquier otro medio. Así, concluye el Tribunal categóricamente que: *“...en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 de la Convención...podrían ser invocados útilmente”*.

Las sentencias del TEDH en comento señalan que el art. 8 del Convenio es aplicable tanto en lo que se refiere a la vida familiar como a la vida privada. Partiendo del hecho admitido de que la negativa de las autoridades francesas de reconocer la relación de filiación establecida en Estados Unidos, es una injerencia en tales derechos de los demandantes, el Tribunal constata que esta está prevista por la ley. Luego, se examina si esta injerencia prevista por la ley y que responde a fines legítimos, es o no necesaria en una sociedad democrática, y en tal sentido señala que: *“Los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta un aspecto esencial de la identidad de los individuos. Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar su interés superior”*.

Creemos que el asunto central de las sentencias está en diferenciar en cuanto se refiere a la injerencia en el respeto a la vida familiar de los recurrentes y el respeto a la vida privada de los niños.

Respecto a la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal cree que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por parte del Estado francés de la relación filial entre las niñas y los comitentes pero constata, sin embargo, que los obstáculos a los que se ven enfrentados los solicitantes no son insuperables y no les impide, por tanto, disfrutar del derecho al respeto de su vida familiar. De hecho, se constata que padres e hijas se han establecido en Francia en situación similar a la de otras familias, concluyéndose así que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado, en cuanto al respeto de la vida familiar de los mismos.

Respecto a la injerencia de la autoridad en el respeto a la vida privada de las menores, el Tribunal de Estrasburgo aprecia en sus sentencias que las niñas se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica, aún cuando hayan sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes. Determina que la negativa del Estado francés atenta no solo al reconocimiento de su identidad en la sociedad francesa, sino que además no podrán éstas heredar de los matrimonios comitentes sino únicamente como legatarias, evidenciándose así otro elemento de identidad filial del que se verían privadas. Así, concluye en este sentido el Tribunal que la negativa de inscripción no solo afecta a los recurrentes sino también a los menores cuyo derecho al respeto a la vida privada se ve significativamente afectada, pues este implica que cada quien pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida la filiación, lo que afecta el interés superior de los niños que debe tenerse en cuenta, a saber, en toda decisión que les incumba. Señala el Tribunal que el análisis en cuestión adquiere especial relevancia cuando uno de los miembros de la pareja ha engendrado al niño (como ocurre en ambos casos planteados) y enfatiza que no es conforme al interés superior del niño el privarle de un vínculo jurídico cuya realidad biológica ha sido establecida, habida cuenta de la importancia de la filiación biológica como factor componente de la identidad. Por tanto, y en atención a lo expuesto, el TEDH considera que el Estado francés ha ido más allá de lo que le permite su margen discrecional y declara que en ambos casos se ha violado el art. 8 y el respeto a la vida privada de las niñas involucradas.<sup>175</sup>

Al haber dictado el TEDH con fecha 26 de junio de 2014, sentencias relativas a los asuntos sobre los que versaba el procedimiento ventilado ante el Tribunal Supremo español durante la tramitación del incidente ya expuesto, se acordó dar traslado a las partes intervinientes para que alegaran lo que considerasen oportuno en relación a tales pronunciamientos.<sup>176</sup> Al efecto, el Ministerio Fiscal presentó informe en el que se concluye que, no siendo idéntico el caso resuelto por la sentencias del TEDH y dada las diferencias entre el derecho francés y el español, pudiendo además los que dicen ser padres utilizar las acciones de filiación que estimen oportunas, la sentencia de febrero de 2014 dictada por el TS no vulnera el

---

<sup>175</sup> Nótese que no el de los recurrentes, como ya se ha señalado, cuestión que difiere sustancialmente con lo alegado por el matrimonio español al TS de España.

<sup>176</sup> Pues se consideró que el incidente de nulidad de las actuaciones, se mostraba como el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales, conforme a la interpretación que de los mismos realiza el Tribunal.

derecho a la identidad de los menores ni su vida privada, protegidos por el art. 18 de la CE y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Producto de las sentencias en comento, el 9 de julio del mismo año, el Ministerio de Justicia español se comprometió a adaptar su legislación a lo allí establecido y facilitar la inscripción en el RC de los niños nacidos de vientre de alquiler, cuestión que más tarde fue denegada por el TS al desestimar el incidente de nulidad, según se ha expuesto.

Efectivamente, se establecen claras diferencias entre las sentencias de casación francesa por las que se recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la sentencia (y auto) del Tribunal Supremo español, las que permiten sostener que pese a denegarse la inscripción en España de los menores del matrimonio español que ha encargado la gestación en país extranjero, ello no vulnera su derecho al respeto de la vida privada.<sup>177</sup> La sentencia del TS, a diferencia de lo establecido por el TEDH, creemos, y según señala la misma, protege el interés de los menores pues permite la fijación de relaciones paterno filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna de los nacidos y la formalización de las relaciones familiares de facto mediante otras figuras, tales como el acogimiento, protegiendo por tanto la unidad familiar en que puedan verse insertados.

## **IX- COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES**

Desde el año 2009 a la fecha, y según hemos expuesto, España ha recorrido un largo camino a fin de determinar si es factible o no que se reconozca por la autoridad registral española una resolución que determina una filiación derivada de un contrato de gestación, nulo de pleno derecho en el ordenamiento jurídico nacional.

Desde el primer momento, se deniega la inscripción por parte del encargado del RCE a los solicitantes y a partir de allí, se discutió el asunto en las más diversas instancias procesales. La DGRN se manifestó en dos ocasiones

---

<sup>177</sup> Véanse al respecto los fundamentos jurídicos 10, 11 y 12 del Auto del Tribunal Supremo, disponible en [https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCEQFjABahUKEwiMrP-q\\_JXHAhWCf5AKHVkkCLA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FSALA%2520DE%2520PRENSA%2FNOTAS%2520DE%2520PRENSA%2FTS%2520Pleno%2520Civil%252002-02-2015.pdf&ei=Kx7EVczqMIL\\_wQTZyKCACw&usg=AFQjCNF1OtdKjT5LEpDa3gQmir0WqR9aPQ&sig=2=w9nVOr-UNX8s0c5djBU0tg&bvm=bv.99804247,d.Y2I](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCEQFjABahUKEwiMrP-q_JXHAhWCf5AKHVkkCLA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FSALA%2520DE%2520PRENSA%2FNOTAS%2520DE%2520PRENSA%2FTS%2520Pleno%2520Civil%252002-02-2015.pdf&ei=Kx7EVczqMIL_wQTZyKCACw&usg=AFQjCNF1OtdKjT5LEpDa3gQmir0WqR9aPQ&sig=2=w9nVOr-UNX8s0c5djBU0tg&bvm=bv.99804247,d.Y2I)



distintas en sentidos diametralmente opuestos, mas finalmente ha primado, hasta ahora, la negativa.

Se ha determinado en última instancia, por el Tribunal Supremo español que para que una resolución o decisión extranjera sea reconocida dentro de las fronteras españolas, es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendiéndose por tal el sistema de derechos y libertades individuales garantizados tanto por la Constitución como por los Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que de estos subyacen.

Se señala, asimismo, por el TS que ha existido por parte del matrimonio en cuestión, una infracción de normas que han sido establecidas a fin de evitar la vulneración a la dignidad de la mujer gestante y del niño involucrados en una gestación por sustitución, por medio de la mercantilización de la gestación, cosificando a ambos y permitiendo que se explote el estado de necesidad en el que se encuentran algunas mujeres en situación de pobreza.

En cuanto al segundo eje que se plantea en este análisis, la jurisprudencia es clara en señalar que no ha habido en la negación de inscripción un trato discriminatorio, pues el fundamento de la negativa no dice relación con si la filiación está determinada o no a favor de dos varones o de una pareja compuesta por personas del mismo sexo, sino más bien por ser producto de la celebración de un contrato de gestación por sustitución, prohibido o al menos sin efectos jurídicos en España y celebrado, en este caso, en país extranjero, pretendiendo claramente un fraude a la ley.

En cuanto al tercer eje de nuestro estudio (el respeto al interés superior del niño), nos recuerda el máximo Tribunal español que se trata de un concepto jurídico indeterminado que, en este caso, como en otros tantos, tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido” toda vez que se trata de un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad de carácter social y debe, por tanto, analizarse ponderando los demás intereses involucrados. En este caso, señala el tribunal, deben ponderarse el respeto a la dignidad e integridad de la mujer gestante, evitando la explotación de la mujer y la mercantilización de la gestación. Así, la protección del interés superior de los menores, concluye, no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en una filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino en la ruptura de todo vínculo

con la mujer que les ha dado a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de aquellos niños.

Todo lo anterior y también la no existencia de violación de derechos fundamentales tales como la tutela efectiva o la vulneración de la identidad familiar, ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en Auto de fecha 2 de febrero del presente año a través del cual se resolvió el incidente de nulidad promovido por los afectados. Aunque durante la tramitación del incidente, el TEDH se pronunció en un sentido diverso, el TS se mantuvo en su criterio y no permitió la inscripción en el RCE de los nacidos en el Estado de California.

De este modo, sin advertirlo expresamente, se ha derogado tácitamente la Instrucción de 05 de Octubre de la DGRN y se aplica de manera estricta el orden público basado en la norma del art. 10.1 de la LTRHA 14/2006, que declara el nulo el contrato de maternidad subrogada y obliga a determinar la filiación por el parto, a favor de la madre.

Se ve como razonable o consecuente el que la ley española y los países de su entorno consideren nulos aquellos contratos que tienen abiertamente como objeto jurídico el cuerpo de la mujer y la gestación, sea este o no remunerado. No obstante, Tal como señala FLORES RODRÍGUEZ<sup>178</sup>, y aunque no concordamos en otros aspectos con él, en el momento actual de la cuestión debe terminar imponiéndose el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y de “...*seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación...*” como una solución necesaria para cada Estado.

Tomar como un camino válido el reconocimiento de resoluciones extranjeras a través de las cuales se convalide aquello que en España o está prohibido o no tiene valor alguno, o “atenuar” el orden público español, a fin de dar una “solución” a estos supuestos, creemos que no es más que permitir abiertamente las defraudaciones de ley y significaría una incitación al denominado “turismo reproductivo”.

Así, tal como señala el Tribunal, reconocer una resolución extranjera o nacional en tal sentido, sería como crear una especie de “ciudadanía censitaria” en la

---

<sup>178</sup> Flores Rodriguez, Jesús (2014), “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentarios a la STEDH”, Diario La Ley, Derecho de Familia, N.º 8363, Sección Tribuna, 28 de julio, Editorial La Ley, p. 6.

que únicamente quienes dispongan de ciertos recursos económicos más bien elevados podrían establecer relaciones paterno filiales, inaccesibles en cambio para la mayoría de la población.

Las alternativas de determinación de la filiación según el art. 10.2 de la LTRHA, el acogimiento familiar permanente e incluso la adopción simple (jamás la plena), se vislumbran como posibles reparaciones (y nunca “soluciones”) a la práctica de la maternidad subrogada y el reconocimiento del vínculo entre comitentes y nacidos, fuera del estado español (pues dentro del estado español, la norma es clara).

Resulta interesante finalmente, y a fin de dar cuenta de la diversidad de criterios en torno al tema planteado en este artículo, mencionar la sentencia de 10 de diciembre de 2014 del Tribunal Supremo alemán (BGH) en la que se ha optado por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resultaba contraria al orden público, destacando la importancia de una interpretación restrictiva del mismo respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Calvo Caracaba, Alfonso y Carrascosa González, Javier (2011), “Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (3), marzo, pp. 247-262.
- Corral Talciani, Hernán (2013), “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero” en Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (dir), *Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, p. 165 y ss.
- Flores Rodríguez, Jesús (2014), “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentarios a la STEDH”, *Diario La Ley, Derecho de Familia*, N.º 8363, Sección Tribuna, 28 de julio, Editorial La Ley.
- Gómez Sánchez, Yolanda (1994): *El derecho a la reproducción humana*,

Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial Marcial Pons.

- Jarufe Contreras, Daniela (2012), *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Editorial Dykinson.
- Jarufe Contreras, Daniela (2013) “Algunos Derechos cuestionables en materia de filiación”, en Mondaca Miranda Alexis y Aedo Barrena Cristián (coord.) *Nuevos Horizontes del Derecho Privado*, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia.
- Lledó Yagüe, Francisco (2007), *Comentarios científicos jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción asistida. Ley 14/2006*, Madrid, Editorial Dykinson.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos (2001), “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes” en Polaino Lorente, Aquilino. (et alii) *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*. Barcelona, Editorial Ariel.
- Ochoa Hofmann, Alfonso (2012), *El derecho a tener hijos, consideraciones éticas y morales*, México D.F, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma Nacional de México.
- Pérez Monge, Marina (2002), *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida* Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- Salas Carceller, Antonio (2011), “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N. °10 (tribuna), Pamplona.
- Vidal Martínez, José (1998): *La nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Valencia, Editorial Civitas.

#### **PÁGINAS WEB:**

- <http://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-audiencia-de-Valencia-inscripción-hijo-maternidad-subrogada.pdf> (última visita, agosto 2015).
- [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982506/Estructura\\_P/1215198295156/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982506/Estructura_P/1215198295156/Detalle.html) (última visita, agosto de 2015).
- [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjABahUKEwiO8\\_vmgJXHAhWDgZAKHwBxCYI&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FJURISPRUDENCIA%2FFICHERO%2F20140206%2520TS%2520Civil%2520REC%2520245.2012.p](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjABahUKEwiO8_vmgJXHAhWDgZAKHwBxCYI&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FJURISPRUDENCIA%2FFICHERO%2F20140206%2520TS%2520Civil%2520REC%2520245.2012.p)

df&ei=o5zDVc6VI4ODwgTg4qWQCA&usg=AFQjCNGm3PYDAeq6gv1mngv Mr-  
UwdZwWZA&bvm=bv.99556055,d.Y2I (Última visita, agosto 2015).

- <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de59ca85cb94f1421684749e24c2db2f5a.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhePe0?docid=71629&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4619>

- [https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCEQFjABahUKEwiMrP-q\\_JXHAhWCf5AKHVkkCLA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FSALA%2520DE%2520PRENSA%2FNOTAS%2520DE%2520PRENSA%2FSTS%2520Pleno%2520Civil%252002-02-2015.pdf&ei=Kx7EVczqMIL\\_wQTZyKCACw&usg=AFQjCNF1OtdKjT5LEpDa3gQmir0WqR9aPQ&sig2=w9nVOr-UNX8s0c5djBU0tg&bvm=bv.99804247,d.Y2I](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCEQFjABahUKEwiMrP-q_JXHAhWCf5AKHVkkCLA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FSALA%2520DE%2520PRENSA%2FNOTAS%2520DE%2520PRENSA%2FSTS%2520Pleno%2520Civil%252002-02-2015.pdf&ei=Kx7EVczqMIL_wQTZyKCACw&usg=AFQjCNF1OtdKjT5LEpDa3gQmir0WqR9aPQ&sig2=w9nVOr-UNX8s0c5djBU0tg&bvm=bv.99804247,d.Y2I)

(última visita, agosto de 2015).

## ALIMENTOS DE LA PERSONA POR NACER EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO<sup>179</sup>

**Julio Luis Gómez**

**Sumario:** I. El sujeto del derecho. II. Su representación. III. El sujeto del deber. IV. Acreditación de la existencia de la persona por nacer y de la presunción de su progenitura. V. Contenido de la cuota. VI. Modificación de la cuota. VII. Dos hipótesis de cese. VIII. Quid del nacimiento con vida: ¿ demanda nueva o incidente de modificación ?.

### **I - El sujeto del derecho.**

Una interpretación exclusivamente literal del artículo 665 del Código Civil y Comercial según el cual “(l)a mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada” conduciría, sin más, a sostener que la legitimación para demandar los ya referidos alimentos es de aquélla y no de la persona por nacer que en ella ha sido concebida y que en ella cursa su gestación.

Tal interpretación olvidaría, sin embargo, que es el mismo Código Civil y Comercial el que, en su artículo 2, dispone que “(l)a 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”.

---

<sup>179</sup> Como citar este artículo: GÓMEZ, Julio Luis. Alimentos de la persona por nacer en el Código Civil y Comercial argentino. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 141/149.

Es que, como Rabbi – Baldi Cabanillas lo ha advertido, para Savigny, “el gran fundador y sistematizador del elenco de cánones argumentativos ... el elemento gramatical está llamado a coexistir con otros y, todos juntos, contribuyen a discernir el genuino sentido del texto, por lo que no cabe asignar a alguno de ellos una primacía respecto de otros”<sup>180</sup>.

En tal sentido, entonces, habrá que preguntarse, conforme el ya citado artículo 2 del Código Civil y Comercial lo determina, por la finalidad de la norma en tratamiento, por su “ratio legis”, la cual surge, a nuestro juicio y en el caso, mediante su análisis sistémico o, lo que es lo mismo, de su colocación en el ordenamiento jurídico lo que exige ser leída y entendida en modo coherente con éste<sup>181</sup>, como, por lo demás, también lo requiere el ya referido artículo 2 del Código Civil y Comercial.

Así las cosas es dable de observar que el mencionado artículo 665 integra el capítulo del Código Civil y Comercial dedicado a regular, tal su denominación, la “Obligación de Alimentos de los Progenitores”, y que éste inicia con el artículo 658, a estar del cual “(a)mbos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna”, regla general de la cual, en “común derivación material”<sup>182</sup>, proceden todas las otras, componentes, precisamente, de su materia, extendida entre el ya mencionado artículo 658 y el 670, la que atiende, como ya se habrá advertido, a la relación jurídica entre hijos y progenitores y no a otra tal sería, en el contrario parecer de Marisa Herrera para la especie, la destinada a proteger a la mujer embarazada dada su vulnerabilidad mediante la prestación de alimentos a ella por el progenitor presunto, motivo por el cual reputa a aquélla como “la única persona legitimada para solicitarlos”<sup>183</sup>.

Aciertan, pues, Tordi, Díaz y Cinollo al entender, en comentario a la norma que venimos estudiando, que ésta “habilita a la mujer embarazada a

<sup>180</sup> Rabbi – Baldi Cabanillas, Renato, “Consideraciones filosófico – jurídicas en torno del título preliminar del proyecto de código civil y comercial de 2012”, en Rivera, Julio César – Director – Medina, Graciela – Coordinadora, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2012.

<sup>181</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *“La argumentación en la justicia constitucional”*, Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá – Facultad de Ciencias Jurídicas, Biblioteca Jurídica Díké – Colección Profesores – Bogotá, 2008, en especial sus Capítulos 3 y 12.

<sup>182</sup> Tarello, G., “La nozione di Diritto: un approccio prudente”, en *“La teoría generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio”*, a cura di U. Scarpelli, Milán, 1983, pág. 357 y 358. La cita es por Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, op. cit., página 124, nota al pie número 10.

<sup>183</sup> Herrera, Marisa, su comentario al artículo 665 del Código Civil y Comercial en Lorenzetti, Ricardo Luis – Director - “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” – Tomo IV – Arts. 594 a 723 – Rubinzal – Culzoni Editores – Buenos Aires – Santa Fe, 2015.

demandar alimentos en representación del hijo por nacer”<sup>184</sup> habiéndola, por lo demás, Pitrau y Córdoba, que así también lo interpretan, incardinado en la del artículo 19 del Código Civil y Comercial según la cual “(l)a existencia de la persona humana comienza con la concepción”<sup>185</sup>, referencia esta última que amplía el ámbito del examen de coherencia imperado por el citado artículo 2 de aquél.

Es que nos encontramos ante una disposición a la que bien puede atribuírsele el calificativo, ya no de oscura ni de ambigua, pero sí de “deficiente”<sup>186</sup> por lo errado de su expresión analizada ésta en orden a su finalidad y a su sitio en el conjunto del ordenamiento jurídico al que pertenece habiendo afirmado Bobbio al respecto que en tal hipótesis es válido remitirse “al denominado “espíritu del sistema”, incluso yendo en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal”<sup>187</sup>.

Consecuentemente habrá de concluirse en que la legitimada activa para demandar los alimentos a los que refiere el artículo 665 del Código Civil y Comercial es la persona por nacer y no la mujer embarazada por sí.

De este modo se evitará la invisibilización de la persona por nacer, velada tras la mujer embarazada, suerte de retorno, injustificado por anticientífico<sup>188</sup>, al “pars visceram matris”, al ocultar el real y auténtico bien que la norma que analizamos pretende procurarle, a saber: su derecho a la vida, fundado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, por dimanar de su naturaleza, y en las condiciones de vigencia en la República Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, a estar de las disposiciones de los artículos 2 de la ley 23.849 y 75, inciso 22 de la referida Constitución, debidamente concordados,

---

<sup>184</sup> Tordi, Nadia Anahí, Díaz, Rodolfo Gabriel, Cinollo, Oscar Agustín, “Alimentos derivados de la responsabilidad parental” en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Molina de Juan, Mariel – Directoras - “*Alimentos*”- Rubinzal – Culzoni Editores – Buenos Aires – Santa Fe, 2014.

<sup>185</sup> Pitrau, Osvaldo y Córdoba, Lucila, “Los alimentos para los hijos en el nuevo Código Civil y Comercial 2014”, publicación en soporte informático en *DPI Diario*; ver también Pitrau, Osvaldo, su comentario al artículo 665, en Rivera, Julio César – Medina, Graciela – Directores – “*Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*” La Ley, Buenos Aires, 2014.

<sup>186</sup> Bobbio, Norberto, “*Teoria dell’ ordinamento giuridico*”, Turín, 1960, páginas 75-76. La cita es por Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, op. cit., página 122, nota al pie número 3.

<sup>187</sup> Bobbio, Norberto, “*Teoria dell’ ordinamento giuridico*”, Turín, 1960, páginas 75-76. La cita es por Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, op. cit., página 122, nota al pie número 3.

<sup>188</sup> La Academia Nacional de Medicina ha declarado el 30 de setiembre de 2010 que: “el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza en el momento de su concepción”.



conforme las cuales la aludida persona por nacer ya es niño desde su concepción y, como tal, precisamente, con derecho a la vida constitucionalmente reconocido<sup>189</sup>.

No será posible, entonces, que en la ya aludida procura del bien de la vida de la persona por nacer, de fundamento constitucional como se ha visto, actuada judicialmente, ésta se vea impedida en su consecución invocándose respecto suyo su carencia de legitimación para obrar<sup>190</sup>.

Finalmente no desconocemos los Fundamentos del AnteProyecto de Código Civil y Comercial los cuales, con remisión al derecho comparado, reputan a la mujer embarazada como la legitimada para reclamar al “presunto padre” la prestación alimentaria de la que aquí se trata<sup>191</sup>. Pero recordamos que, como se ha dicho, “si se verifica un contraste entre el significado de una norma tal como es afirmado en los correspondientes trabajos preparatorios y el sentido de la misma, tal como se desprende de los otros posibles medios de interpretación, es sin duda este último el que debe prevalecer”<sup>192</sup>, puesto que, como también se lo ha afirmado, “(l)a interpretación ... de todas las normas jurídicas, debe tomar en consideración la regla misma en relación con el sistema en su unidad y totalidad, observándola objetivamente, es decir determinando la “voluntad objetiva” incorporada en los preceptos” consecuencia de lo cual es que “no se puede dar al instrumento histórico tanta importancia” como desde un punto de vista subjetivista se le ha asignado<sup>193</sup>.

## II - Su representación

Por ser incapaz de ejercer sus derechos, a estar del artículo 24 inciso a del Código Civil y Comercial, la persona por nacer habrá de ser representada, en el proceso por sus alimentos, por su madre, conforme las disposiciones de los artículos 101, inciso a y 661, inciso a de aquél. En su defecto, y subsidiariamente, entonces, por cualquiera de sus parientes, o el Ministerio Público, actuando este último, en la

---

<sup>189</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *“Elementos de derecho constitucional”*, Tomo 2, 2ª. edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, puntos 859, 872 y 1113.

<sup>190</sup> Falcón, Enrique M., *“Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”* – Tomo II – Avatares de la demanda. Oposición. Prueba. – Capítulo XIV – A.3 – Rubinzal – Culzoni Editores – Buenos Aires – Santa Fe – 2006.

<sup>191</sup> Fundamentos del AnteProyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>192</sup> Molteni, F., “Influenza dei lavori preparatori ai fini dell’ interpretazione della Legge”, en Rass, DP, 1958, página 397. La cita es por Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, op. cit., página 269, nota al pie número 70.

<sup>193</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, op. cit., páginas 298 y 299.

hipótesis, en modo principal y no complementario, conclusión ésta fundada en una adecuada integración de los artículos 661, inciso c y 103, inciso b del mencionado Código.

Corolario de lo señalado es que si el ya referido representante otorga poder para el aludido proceso por alimentos deberá hacerlo en nombre y representación de la persona por nacer.

### **III - El sujeto del deber**

#### **III.1. El caso de la persona por nacer de filiación matrimonial.**

Si la mujer embarazada está o estuvo casada y operante la presunción de filiación conforme el artículo 566 del Código Civil y Comercial según el cual “(e)xcepto 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 demanda de la persona por nacer en ella concebida y gestada por sus alimentos se deducirá contra el cónyuge o ex cónyuge de aquélla.

No desconocemos que, en puridad, la aludida operatividad de la referida presunción exigiría, a estar de la letra del ya citado artículo 566, el nacimiento de la persona respecto de la cual procede lo cual se traduciría en que, como doctrina proyectable al caso ya lo señalara a propósito de la disposición del artículo 243 del Código Civil conforme ley 23.264, esta persona por nacer “carecería de filiación determinada”. Sin embargo, y como la misma doctrina lo advirtiera, “(s)urgiría así una notable contradicción con la personalidad del nasciturus” reconocida a éste desde su concepción en el artículo 19 del Código Civil y Comercial ( la autora referida hablaba aquí de los artículos 63 y 70 del Código Civil ) así como “su representación legal” prevista en el artículo 101, inciso a de tal cuerpo ( aquí lo hacía con relación al artículo 64 del mismo )<sup>194</sup>.

No sería obstáculo a la demanda que venimos indicando ni a la determinación de la cuota alimentaria a favor de la persona por nacer la sola

---

<sup>194</sup> Méndez Costa, María Josefa, en Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D'Antonio, Daniel Hugo, “*Derecho de Familia*”, Tomo III – B, Rubinzal – Culzoni Editores , Buenos Aires, Santa Fe, 2009, Capítulo XVI, III, punto 31.

promoción por el progenitor matrimonial de la acción prevista por el artículo 592 del Código Civil y Comercial según la cual éste puede impugnar preventivamente la filiación de aquella dado que, a nuestro juicio, sólo lo será el despacho de sentencia favorable a tal pretensión pasada en autoridad de cosa juzgada.

### III.2 El caso de la persona por nacer de filiación extramatrimonial.

Si la persona por nacer de filiación extramatrimonial ya ha sido reconocida por su progenitor, hipótesis prevista por el artículo 574 del Código Civil y Comercial, aquella podrá demandarlo por alimentos.

No sería impedimento a la demanda que venimos señalando ni a la determinación de la cuota alimentaria a favor de la persona por nacer la sola deducción por el reconociente de la acción de nulidad del reconocimiento - la de impugnación le está vedada atento a la irrevocabilidad de su acto en tal sentido conforme artículo 573 del Código Civil y Comercial - puesto que, a nuestro juicio, sólo lo será el despacho de sentencia favorable a tal pretensión pasada en autoridad de cosa juzgada.

Si no ha sido reconocida podrá demandar a quien indique como su progenitor demostrando sumariamente la posesión de estado de éste respecto suyo recordando, en el punto, la disposición del artículo 584 del Código Civil y Comercial a estar de la cual "(l)a posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico".

De no concurrir ni el reconocimiento ni la posesión de estado dichas podrá hacerlo acreditando también sumariamente la unión convivencial del que indica como su progenitor, o su convivencia, con su madre o las relaciones de ésta con aquél de las cuales pueda inferirse razonablemente las sexuales, en todos los casos durante la probable época de su concepción memorando, en la cuestión, y para las dos primeras de las hipótesis señaladas, la manda del artículo 585 del Código Civil y Comercial a estar de la cual "(l)a convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada" .

#### **IV - Acreditación de la existencia de la persona por nacer y de la presunción de su progenitura**

En cuanto a la referida existencia de la persona por nacer así como las circunstancias del embarazo de su madre en orden a probables data del mismo y fecha del parto éstas habrán de ser demostradas mediante la documental o pericial del caso.

En relación a la progenitura matrimonial invocada la misma se acreditará con la prueba del matrimonio, conforme artículo 423 del Código Civil y Comercial, a saber: acta de su celebración o su testimonio, copia o certificado o libreta de familia y, eventualmente, con la fecha de la promoción de la demanda de divorcio vincular o nulidad del matrimonio surgente de copia auténtica de la misma o de informe de autoridad competente, de la separación de hecho comprobada por cualquier medio de convicción y de la muerte real o presunta acreditada por las partidas del Registro Civil, los instrumentos de otros países legalizados o autenticados tal convenciones internacionales o, en carencia de las mismas, por las disposiciones consulares argentinas o, en defecto de aquéllas, por otros medios de prueba o por la correspondiente sentencia según sea el caso.

Por último, y en cuanto a la progenitura extramatrimonial alegada, mediante la prueba del acto de reconocimiento de la persona por nacer cumplido conforme las disposiciones del artículo 571 del Código Civil y Comercial y de la ley 26.413, a saber: declaración en instrumento público o privado debidamente reconocido o disposiciones contenidas en acto de última voluntad aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental. O de la posesión de estado referida, acreditable por cualquier medio de convicción, o de la unión convivencial de la madre de la persona por nacer con el progenitor señalado, demostrable por su inscripción registral - artículo 511 del Código Civil y Comercial - o por cualquier medio de prueba - artículo 512 del Código Civil y Comercial -, o de la convivencia o relaciones de aquélla con éste de las cuales pueda inferirse razonablemente las sexuales, todas las tres últimas hipótesis contemporáneas a la época de la concepción de aquél por quien se demanda por alimentos.

Merece destacarse, finalmente, en la cuestión la inadmisibilidad, en el caso, de la producción de la pericial genética atento al conllevar la misma, en este estado de la ciencia, riesgo para la vida o la salud de la persona por nacer.

## V - Contenido de la cuota

La cuota alimentaria a determinar en favor de la persona por nacer deberá permitir satisfacer, dada sus necesidades, lo que se precise para el buen curso del embarazo de su madre, habiendo señalado doctrina desarrollada tanto antes del actual texto del Código Civil y Comercial, aplicable a la interpretación de éste, como ya a la vista del mismo, los gastos de manutención, habitación, vestimenta, salud y parto<sup>195</sup>.

Cabe recordar aquí que, a estar de la disposición del artículo 659 del Código Civil y Comercial, la prestación alimentaria podrá ser fijada, tanto judicialmente como por convenio, en dinero o en especie o, entendemos, en parte y parte.

## VI - Modificación de la cuota

Como toda cuota alimentaria la determinada en favor de la persona por nacer podrá ser modificada siempre y cuando las circunstancias de hecho tenidas en cuenta para su fijación hayan variado siendo proyectable al caso, conforme la especial configuración del mismo, la doctrina y la jurisprudencia puntualmente elaborada en la materia<sup>196</sup>.

## VII - Dos hipótesis de cese.

Tanto la interrupción del embarazo en curso, espontáneo o provocado, como el nacimiento sin vida a término de la persona por nacer alimentada, constituyen supuestos de cese de la cuota determinada en su favor al extinguirse la responsabilidad parental de su progenitor respecto de aquélla, a estar de la disposición del artículo 699, inciso 1 del Código Civil y Comercial.

---

<sup>195</sup> Bossert, Gustavo A., *“Régimen jurídico de los alimentos”*, Astrea, Buenos Aires, 2004, punto 220, Famá, María Victoria, *“La Filiación”*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2011, Capítulo VI, punto II, Tordi, Nadia Anahí, Díaz, Rodolfo Gabriel, Cinollo, Oscar Agustín, op. cit.

<sup>196</sup> Ver Bossert, Gustavo A., op. cit., Capítulo XI, Sánchez, Daniela Alma, Saá, Zarandón, “Variación y extinción de la cuota de alimentos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Molina de Juan, Mariel – Directoras- *“Alimentos”*- Rubinzal – Culzoni Editores – Buenos Aires – Santa Fe, 2014.

## **VIII - Quid del nacimiento con vida: ¿ demanda nueva o incidente de modificación ?**

Tratándose de una misma y única persona, la por nacer o la ya nacida con vida, diferencia de accidente y no de esencia, o, lo que es igual, de idéntico legitimado activo, de un mismo legitimado pasivo, el progenitor, y de una misma obligación, la alimentaria, de igual causa fuente, la responsabilidad parental, interpretamos innecesaria la promoción de una demanda nueva bastando, a nuestro parecer, la interposición, en su caso, de la que tenga por objeto la modificación de la cuota ya determinada al haber variado los presupuestos de hecho tenidos en cuenta para hacerlo.

Valga, por último, señalar que si el legitimado pasivo es el progenitor matrimonial o extramatrimonial reconociente del hijo será demandable por la ya aludida modificación sin más.

No sería obstáculo a la demanda que venimos indicando ni a la fijación de la cuota alimentaria a favor de la persona ya nacida con vida la sola promoción por el progenitor, según sea la hipótesis de su emplazamiento, de las acciones previstas por los artículos 590 y 591 del Código Civil y Comercial según las cuales la presunción de filiación matrimonial puede ser impugnada o negada. Tampoco lo sería la mera interposición de la de nulidad del reconocimiento dado que, a nuestro juicio, sólo lo será el despacho de sentencia favorable a dichas pretensiones pasada en autoridad de cosa juzgada.

Si se trata del progenitor extramatrimonial no reconociente también lo será debiendo, en tal caso, el juez, por aplicación analógica de la disposición del artículo 664 del Código Civil y Comercial, establecer un plazo para que se promueva la acción de filiación bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras dicha acción no sea interpuesta.

Publicado en la Revista de Derecho de Familia y de las Personas – La Ley – Argentina - julio de 2015.

## TENSIONES ENTRE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS<sup>197</sup>

**Mabel Rivero de Arhancet**

Profesora Titular Grado 5 de Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones de la Universidad Católica del Uruguay

**Sumario:** 1) Introducción; 2) Asignaciones Forzosas de Alimentos; 2.1) Acreedores Alimentarios; 2.2) Cuantía de los Alimentos; 3) Porción Conyugal; 3.1) Naturaleza jurídica 3.2) Porción conyugal y donaciones 4) Derecho de Habitación; 4.1) Fundamento del Derecho de Habitación 4.2) Valor del Derecho de Habitación e imputación del mismo ,4.3) Concubinato y Derecho de Habitación 5) Legítimas; 5.1) Naturaleza de las legítimas 5.2) Posibles conflictos de derechos

**Resumen.** Se trata de comparar las distintas asignaciones forzosas previstas en nuestro derecho sucesorio.

El hecho de que las mismas sean de tal entidad que limitan la libertad del causante y que todas ellas tengan la calidad de asignaciones forzosas, no impide su estudio a los efectos de prever, en caso de tensiones entre las mismas, cual de ellas tendrá prioridad sobre las restantes.

**Palabras claves.** Asignaciones forzosas .Alimentos legales. Porción conyugal. Derecho de habitación. Legítimas .Cónyuge Concubino.

---

<sup>197</sup> Como citar este artículo: ARHANCET, Mabel Rivero de. Tensiones entre las asignaciones forzosas. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 150/175.

## Introducción

El art. 870 del Código Civil identifica las asignaciones forzosas como aquellas que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Del texto mencionado, las asignaciones forzosas pueden visualizarse como una limitación a la libre voluntad del testador en la medida en la que el codificador acepta que tienen prioridad frente a la libre voluntad del causante cuando dispone de sus bienes por testamento.

Pero no solamente tales asignaciones forzosas significan una limitación a la voluntad testamentaria, sino que el codificador al tratar el tema donaciones dispone, en el art.1626, la prohibición de donar entre vivos más de lo que pudiera disponerse por última voluntad refiriendo entre paréntesis al art.870 del texto codificado.

De los textos mencionados se desprende pues, que las asignaciones forzosas tienen una especial protección por el codificador ya que no solamente impiden que las personas puedan afectar las mismas tanto por el testamento como por las donaciones que en vida pudieran hacer.

Sin embargo, más allá de aceptar que tales asignaciones han sido objeto de especial protección por el codificador, ello no obsta a que las mismas puedan ser estudiadas teniendo en cuenta su diferente naturaleza, y ello con la finalidad de encontrar una respuesta a aquellos casos en que pueda entre ellas, surgir una colisión.

Como veremos, dentro de nuestro sistema sucesorio algunas asignaciones forzosas como es el caso de las legítimas, la porción conyugal y los derechos de habitación y uso, pueden encontrarse limitadas no solamente entre sí, sino también limitadas en su contenido patrimonial por otra asignación forzosa como es el caso de los alimentos legales.

Podemos entonces preguntarnos si es posible que los alimentos en tanto asignaciones forzosas pueden ser de tal entidad como para no dar lugar a hacer efectivo el derecho de los legitimarios a su legítima, o el del cónyuge supérstite a su porción conyugal.

O si es posible que el derecho de habitación pueda llegar a impedir que un legitimario pueda obtener su legítima, cuando por ejemplo el cónyuge supérstite



tenga fortuna pero careciendo de un inmueble similar a aquel que fue el asiento del hogar conyugal se encuentre legitimado para hacer efectivo su derecho de habitación, casos éstos en los cuales el legislador le ha conferido el derecho de habitación (art.887-1 CC).

Nos referiremos por lo tanto a los alimentos en cuanto asignación forzosa, a la porción conyugal, a las legítimas, derechos que han aparecido explícitamente referidos por el codificador en el mencionado art.870 y a los derechos de habitación y uso conferidos al cónyuge supérstite por la ley 16081 del 18/10/1989, y a los derechos conferidos al concubino por la ley 18246, del 18/12/2007 de unión concubinaria.

La doctrina ha aceptado que cuando la ley 16081 reconoce los derechos de habitación y uso a favor del cónyuge supérstite, lo ha hecho en calidad de asignaciones forzosas incluso presentándolos en el Código, atados a la porción conyugal.

Actualmente podemos ver insertados en el Código Civil los derechos conferidos por la ley 16081 junto a las normas relativas a la porción conyugal, tal como lo dispuso la mencionada ley.

### **Asignaciones forzosas de alimentos**

De acuerdo al art.871 los alimentos que el difunto debía por la ley a ciertas personas, y que en razón de la indigencia de éstas eran exigibles antes de abrirse la sucesión, gravan, por una cuantía que se determinará en Unidades Reajustables, la masa hereditaria; excepto el caso en que el testador hubiera impuesto ese gravamen a uno o más partícipes de la sucesión.

El texto debe llevarnos en primer lugar a identificar quienes son esas personas frente a quienes el causante estuviera obligado a servir alimentos

### **Acreedores alimentarios**

A tales efectos será necesario recurrir a los textos legales correspondientes que lo son los que refieren a alimentos en el propio Código Civil (arts.116 y siguientes) y también al Código de la Niñez y de la Adolescencia que ha creado nuevas personas obligadas a servir alimentos cuando los mismos fueran

debidos a menores de edad o a quienes, mayores de edad tengan menos de 21 años y no puedan solventar sus necesidades(art. 51)

Entre los nuevos obligados a servir alimentos, el CNA trata el caso del cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario (art. 51.2) y el concubino respecto a los hijos exclusivos de su pareja cuando convivan conformando una familia de hecho (art. 51.3).

También debemos tener en cuenta la ley 18246 que crea la Unión Concubinaria confiriendo derecho alimentario a personas unidas en tal tipo de Unión, derecho con características particulares, en la medida en la que sin dejar de tener en cuenta la necesidad de quien requiere los alimentos y la posibilidad de su prestación por parte del obligado a ello, limita tal derecho por un período que no podrá ser superior al de la convivencia .habida entre el fallecido y su concubino supérstite.

Al tratar la asignación forzosa de alimentos se ha discutido si el reconocimiento de los mismos en cuanto asignación forzosa se origina con la demanda de alimentos, con la notificación de dicha demanda o con la sentencia que los declare.

El codificador se refiere a su exigibilidad previa a la muerte del causante como surge del art.871 CC, lo que debe llevarnos a tener en cuenta la situación del posible acreedor de alimentos ,tema vinculado además a que el causante fuera la persona a la que en vida podía recurrir solicitando los mismos.

Entendemos que ello no debe llevarnos a confundir tal requisito con lo dispuesto en el art.48 del CNA, que a texto expreso dice lo que ya la doctrina y jurisprudencia habían aceptado, o sea que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda.

Si bien se deben desde la interposición de la demanda, previamente a ello es necesario tener en cuenta su exigibilidad que estará dada, como decimos, por la necesidad de quien los pide ,y por la posibilidad de aquel a quien se los piden .debiendo el obligado ser la persona indicada para servirlos.

### **Cuantía de los alimentos**

La cuantía de los alimentos, que como dice el art. 871 CC gravarán la masa hereditaria deberá calcularse teniendo en cuenta cada caso concreto, la proximidad del vínculo familiar entre quienes demanden los alimentos y la persona

obligada ,ya que ciertamente cuanto más próximo es el grado que une a acreedor y deudor, mayor será el deber alimentario.

Existe la posibilidad, como dice el art.872 CC de que los mismos puedan ser rebajados si fueren desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

En el caso, por ejemplo, de que en vida el causante sirviera alimentos a su ex cónyuge por aplicación del art.183 CC, calculados aquellos por la actividad desarrollada por el obligado, a la muerte de éste tales alimentos seguramente serán rebajados, al igual que lo habrían sido si viviendo el obligado su situación económica se hubiera deteriorado (art.123 CC y art,155 CNA).

En definitiva, el cálculo de la suma que grave la masa hereditaria dependerá de múltiples factores a tener en cuenta: edad del alimentario, salud del mismo, período de vigencia de tales alimentos como es el caso del concubinato, etc.

A la muerte del obligado a los alimentos, puede suceder que sus herederos y el acreedor lleguen a un acuerdo sobre el monto de los mismos y la forma de servirlos.

Es importante recordar lo que ha enseñado Vaz Ferreira <sup>198</sup> en cuanto a que la naturaleza de los alimentos varía, cuando se trata de los mismos en tanto asignación forzosa. Cuando se reclama los alimentos en vida, y en la medida en la que tales alimentos entrañan un derecho a la vida, vinculante entre los integrantes de la familia ,los mismos tienen naturaleza extrapatrimonial, lo que impide que el derecho en cuanto tal sea negociable, sin perjuicio de que pueda acordarse el monto, la forma de pago, etc, aceptándose que en principio el mismo lo sea mediante dinero, pero sin descartar la posibilidad de satisfacerlo de otra forma,, por ejemplo proporcionando vivienda o surtido de alimentos según la situación.

También se ha propuesto el ejemplo del acreedor alimentario que asaltado perdiera el dinero recibido por tal concepto, aceptando que ello no le impedirá reclamar nuevamente al deudor el pago de los mismos, quien deberá hacerlo si está en condiciones de poder cumplir con la reclamación.

A la muerte del deudor alimentario el deber alimentario se patrimonializa, y entendemos por lo tanto que no será aceptable igual respuesta que para las situaciones mencionadas.

---

<sup>198</sup> Vaz Ferreira Eduardo Tratado de las Sucesiones Tomo Segundo Vol I Fundación de Cultura Universitaria 1993.

A la muerte del familiar que debe alimentos nos encontramos frente una deuda que deben pagar los herederos de aquel, y creemos por lo tanto que si se llegara a un acuerdo por el cual haciendo el cálculo adecuado se llegara a una suma de dinero, la entrega de la misma daría lugar a la extinción de la obligación.

En vida de acreedor y deudor, tal acuerdo no ha impedido, que si por circunstancias especiales y nuevas necesidades del acreedor la suma recibida fuera insuficiente para cubrir tales necesidades, formular una nueva reclamación, probando los extremos que referimos.

Esto es así, habida cuenta la naturaleza extrapatrimonial de los alimentos que como decimos entrañan el derecho a la vida, derecho que en el caso de los alimentos legales se fundamentan según Cicu en un superior interés familiar-público, al que al día de hoy mencionamos como principio de solidaridad familiar

Es interesante tener en cuenta lo que al respecto ha dicho Hussarek, mencionado por Giorgio Bo<sup>199</sup> en cuanto a que tanta es la influencia de los elementos morales que presiden el surgimiento de los vínculos alimentarios en el derecho de familia que esta obligación se configura no como una obligación patrimonial, sino como un deber familiar cuyo cumplimiento implica un sacrificio económico.

Cuando el obligado a servir los alimentos fallece serán sus herederos, que pueden ser personas totalmente ajenas a la familia, quienes deberán cumplir con el deber alimentario. reclamable al causante.

La naturaleza extrapatrimonial que tenía la obligación alimentaria desaparece con la muerte del alimentante, quedando sus sucesores obligados a su vez a cumplir con lo que ahora es una deuda en sí misma sin tener las características morales a las que hace mención Hussarek.

La peculiaridad de la deuda de alimentos en cuanto asignación forzosa, pierde a nuestro entender los elementos que la identificaban cuando vivían acreedor y deudor, teniendo como una de sus características especiales el que pudiera modificarse según variaran las situaciones de acreedor y deudor.

Acá tenemos una norma especial, como es la del art.872CC que prevé la posibilidad de rebajar los alimentos pero no la posibilidad de aumentarlos, quitándole así el codificador uno de los elementos identificatorios de la obligación alimentaria

---

<sup>199</sup> Bo Giorgio Il diritto degli alimenti Dott.A.Giuffré Editore Milano 1935.

que aparece tanto en el Código Civil en el art.123 como en el 58 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En definitiva, entendemos que fijados los alimentos de acuerdo a las circunstancias del caso, ya sea por acuerdo o por sentencia judicial, su cumplimiento significa la extinción de la obligación.

En tal caso, a diferencia de lo que mencionamos para el caso de vivir acreedor y deudor, el cambio de situación no permitiría reclamar nuevamente los alimentos, y ello, como entendemos, debido a la naturaleza patrimonial de la obligación que ahora vincula a los herederos del obligado, con los reclamantes de alimentos.

Tal naturaleza patrimonial debe llevar, a nuestro parecer, a entender inaplicables a tales alimentos los caracteres mencionados en los arts.124 y siguientes del Código Civil reiterados en el art.52 del Código de la Niñez y la Adolescencia en lo referido a que son imprescriptibles, e inembargables.

### **Porción conyugal**

Dentro de las asignaciones forzosas mencionadas en el art.870 CC se encuentra la porción conyugal, regulada a su vez en los arts.874 y siguientes de dicho cuerpo normativo, derecho éste sobre cuya naturaleza jurídica mucho se ha discutido por la doctrina.

### **Naturaleza jurídica**

Por nuestra parte entendemos que el codificador definió la porción conyugal en el art.874 CC en forma tal, que ha dado lugar a las cavilaciones y dudas de la doctrina sobre su naturaleza jurídica.

Ciertamente que si uno tiene en cuenta lo dispuesto en dicha definición y en los dos artículos siguientes, puede pensar razonablemente que la porción conyugal tiene naturaleza alimentaria.

La terminología empleada por el codificador puede llevarnos a asociar la noción de porción conyugal con el concepto de alimentos. a que refieren tanto el Código Civil como el Código de la Niñez y la Adolescencia

Dice el art.874 CC: la porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua alimentación

El artículo 877 a su vez dice que el cónyuge sobreviviente que, al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, no tuviere derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza

Estos dos artículos refieren a situaciones claramente vinculadas a los alimentos, como es la referencia del art.874 cuando habla de congrua sustentación (a semejanza de lo dispuesto en el art.183 cuando refiere a la obligación del marido de contribuir a la congrua y decente sustentación de la mujer no culpable) mientras que el 877 refiere a la pobreza, elemento tenido en cuenta en materia de alimentos.

Pero si el intérprete prosigue estudiando los restantes artículos referidos a la porción conyugal, especialmente el art.881 referido al cálculo de la misma y el 883 referido a la responsabilidad del cónyuge porcionero, deberá desechar entonces la teoría que confiere naturaleza alimentaria a la porción conyugal.

Ello es así, pues tanto en el caso en que el monto de la porción conyugal tenga el mismo contenido que el de la legítima rigorosa de un hijo, como surge del art.881 o ascienda a una cuarta parte de los bienes del causante, evidentemente no estamos frente a un caso de pobreza, sino que la porción conyugal puede ser elevadísima lo que no armoniza con su definición.

Una objeción importante surge de lo dispuesto en el art.883 al disponer que lo que perciba el viudo o viuda a título de porción conyugal sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, pues en principio no puede aceptarse que quien recibe alimentos sea responsable por las deudas del alimentante.

En realidad lo que el sobreviviente reciba por porción conyugal estará vinculado a las deudas del causante, en la medida en la que la misma se calculará en el primer orden de llamamiento sobre el acervo líquido (las deudas del causante. son una deducción para llegar a dicho acervo) o fuera del primer orden se calculará sobre el acervo semi líquido (también las deudas hereditaria son una deducción previa al cálculo de la porción conyugal y del acervo líquido)

La responsabilidad que refiere el art.883 sería por ejemplo, para el caso de que aparecieran nuevos acreedores con créditos insatisfechos. En tal caso tales acreedores deberán accionar contra los herederos, subsidiariamente contra los legatarios y también contra el porcionero que percibió su porción conyugal ya que el

art.883 asimila su responsabilidad a la de los legatarios, y si aceptamos su naturaleza alimentaria no parece adecuado admitir tal responsabilidad.

En sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º.T<sup>200</sup> del año 1969 se acepta la naturaleza alimentaria de la porción conyugal, y también en sentencia dictada por el Juzgado Ldo.de Primera Instancia en lo Civil de 4º,T<sup>201</sup>,año 1960

Contra esta interpretación referida a la naturaleza de la porción conyugal encontramos otras ,una de ellas que acepta naturaleza hereditaria y otra, de la cual su principal y actual exponente ha sido Vaz Ferreira<sup>202</sup>,y también aceptado por Arezo<sup>203</sup> entendiéndose que se trata de un legado originado en la voluntad del legislador, de un legado legal

Quienes reclaman naturaleza hereditaria para la misma, lo han hecho en base a lo dispuesto en el art.874 y en el 881 al vincular el concepto de porción conyugal con el constituir “parte del patrimonio”del cónyuge premuerto o decir que es “la cuarta parte” de los bienes del difunto conceptos que asocian a la calidad hereditaria.

Se ha refutado esta posición especialmente de acuerdo a lo dispuesto en el art.883 CC cuando el codificador equipara la responsabilidad del porcionero a la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, alegándose que lo que identifica la calidad de heredero es su responsabilidad directa .por las deudas hereditarias mientras que en este artículo se le confiere una responsabilidad que no condice con la naturaleza hereditaria de tal derecho.

En definitiva, aceptando la calidad de legatario legal del cónyuge sobreviviente, su derecho lo adquiere derivado de la ley, le confiere un derecho de crédito frente a los herederos como es el caso de los legatarios(salvo el caso especial de legatario de cosa cierta como dice el art.938 CC), pero su derecho debe hacerse efectivo sobre bienes hereditarios<sup>204</sup>

De aceptarse naturaleza alimentaria al mismo, los herederos deberían satisfacer la porción conyugal ya fuere con bienes hereditarios o no.

---

<sup>200</sup> Fleurquin,Espínola,Dubra La Justicia Uruguay c,7086

<sup>201</sup> Berro Oribe Guido La Justicia Uruguay c.527

<sup>202</sup> Vaz Ferreira Eduardo Tratado de las Sucesiones Tomo segundo Vol.I Fundación de Cultura Universitaria

<sup>203</sup> Arezo Enrique Porción conyugal A.E.U

<sup>204</sup> Viña de Prigue,Pianitza,Tobías.TAF 2º,T La Justicia Uruguay c,13069 año 1996

En el caso de reconocerle naturaleza hereditaria, el porcionero se transformaría en coheredero con los restantes herederos del causante, con todas las consecuencias derivadas de ello, debiendo intervenir en la partición como coheredero partiente, y mientras la partición no tuviere lugar debería administrar los bienes hereditarios conjuntamente con los herederos, etc .etc.

De las sentencias referidas uno puede apreciar la importancia que ejerce la doctrina sobre la jurisprudencia, pues aquellas que le reconocen naturaleza de legado legal corresponden a una época en la que ya la posición de Vaz Ferreira, catedrático y profesor emérito de la Facultad de Derecho se había afianzado fuertemente

Así podemos mencionar además de la ya referida sentencia ,la dictada por el Tribunal de Familia de 1º.T del año 1988 aceptando por mayoría la posición de Vaz Ferreira <sup>205</sup>, luego del año 2006<sup>206</sup>. y posteriormente en el año 2007<sup>207</sup>

En nuestro derecho vemos que al cónyuge supérstite se le confiere la mencionada calidad de asignatario forzoso, sin perjuicio de que en el segundo orden de llamamiento se le confiera también la simple calidad de heredero, La situación del cónyuge con derecho a la porción conyugal en cuanto asignación forzosa ha tenido su origen en el derecho chileno, seguido por el derecho en Colombia<sup>208</sup>, habiendo actualmente desaparecido en Chile ,como consecuencia de la reforma prevista por la ley 19585.

Sobre ello ha mencionado René Ramos Pazos<sup>209</sup>.que han sido grandes los problemas originados en el tema porción conyugal, en Chile., que prácticamente llevaban a que tal derecho no se hiciera efectivo por requerirse que el cónyuge no tuviera bienes.,aceptando con beneplácito que se haya suprimido la porción conyugal.

En definitiva ahora también en Chile al cónyuge supérstite se le reconoce la calidad de legitimario, según el autor mencionado.

Si mencionamos otros ordenamientos jurídicos podemos ver que al cónyuge supérstite se le ha reconocido calidad de legitimario como por ejemplo en

---

<sup>205</sup> Brito del Pino,Fernández Rey,Varela de Motta TAF 1º.T Anuario de Derecho Civil Uruguayo T. XIX

<sup>206</sup> Monserrat,Baccelli,Maggi TAF 1º.T Anuario de Derecho Civil Uruguayo TXXXVII Fundación de Cultura Universitaria

<sup>207</sup> Baccelli,Maggi,Monserrat TAF1o.TAnuario de Derecho Civil Uruguayo T.XXXVIII Fundación de Cultura Universitaria.

<sup>208</sup> Ferrero Augusto Tratado de Derecho de Sucesiones.Edit.Grijley

<sup>209</sup> Ramos Pazos René Revista de Derecho.Valdivia.Vol.X diciembre1999



Argentina, arts.3592 y art.3570 CC(incluso en la sucesión de los suegros, se le confiere derecho a la nuera viuda sin hijos por el art.3576.bis, derecho que Zannoni<sup>210</sup> entiende no le confiere la calidad de heredera)o en Italia que en el Capítulo X del Título I del Libro Segundo incluye al cónyuge al tratar a los legitimarios, con una reserva que varía según concorra con hijos o ascendientes del causante.

En realidad creemos poder afirmar que si bien en nuestro ordenamiento jurídico la porción conyugal es una asignación forzosa, la misma está condicionada a la situación económica del cónyuge supérstite, a diferencia por ejemplo de las legítimas que no aparecen condicionadas, sin perjuicio de que el legitimario pierda su calidad de tal mediante la desheredación, pero no está condicionado el derecho en cuanto tal.

Decimos que el derecho a la porción conyugal está condicionado, o como se ha dicho en alguna sentencia el derecho del porcionero es un derecho eventual, pues de los artículos 875 y siguientes se desprende que si el sobreviviente tuviere bienes, cualquiera fuera el origen de los mismos, tales bienes se imputarán a la porción conyugal, y por lo tanto si aquellos excedieran el valor de la porción conyugal, este derecho no nacería.

Le queda al sobreviviente la opción de abandonar todos sus bienes para poder reclamar la porción conyugal que le correspondiera, pero como vemos el nacimiento del derecho en sí está condicionado a la situación económica del cónyuge supérstite.

Esto sin perjuicio de que el cónyuge testador pueda disponer expresamente la acumulación de la porción conyugal a la libre disposición,<sup>211</sup>.aceptándose ello en sentencia que recoge la posición de Vaz Ferreira al respecto.

Como vemos, nuestro legislador no le ha conferido la calidad de legitimario al cónyuge supérstite; a nuestro entender ha privilegiado los derechos de los legitimarios y nos parece refutable la posición que busca proteger los derechos del cónyuge supérstite en igual forma que lo ha hecho para proteger los derechos de los legitimarios.

---

<sup>210</sup> Zannoni Eduardo.A Manual de Derecho de las Sucesiones.Edit.Astrea

<sup>211</sup> Pianitza,Viña de Prigue TAF 2º.T año 1995 La Justicia Uruguay a c.12896

Como hemos visto los derechos de los legitimarios no aparecen supeditados a su situación económica como sucede en el caso de la porción conyugal, que puede dar lugar a que el cónyuge supérstite no pueda reclamar tal derecho cuando sus bienes exceden el monto de la porción conyugal.

Podemos también ver que en la misma medida en la que la porción conyugal no tiene naturaleza hereditaria tampoco asume en igual medida que los legitimarios (nos referimos específicamente a los mismos en calidad de asignatarios forzosos) la responsabilidad por las deudas del causante, ya que su responsabilidad es subsidiaria.

Creemos importante, por otra parte, tener en cuenta que la culpa del cónyuge fue un elemento apreciado por el codificador en la medida en la que en el art.875 CC acepta que si el mismo hubiera sido declarado culpable en caso de separación de cuerpos, en tal caso no tendría derecho a la porción conyugal. Pero es del caso tener en cuenta que cuando el codificador así lo dispuso las separaciones de cuerpos (que no extinguen el vínculo matrimonial) eran llevadas a cabo ya que no existía el divorcio, actualmente nunca se recurre a tal proceso. Pero es posible que si ha tenido lugar la separación de hecho, y ello por culpa del ahora supérstite, entendemos que deberían existir iguales razones para privar al mismo, de la porción conyugal.

Recordemos además, que ya los matrimonios en nuestro país no tienen la duración en el tiempo que la tuvieron al sancionarse el Código Civil.

Marcamos específicamente estas diferencias a la hora de aceptar o rechazar que las donaciones que hubiera hecho en vida el causante puedan afectar al cónyuge porcionero en igual forma que afectarían los derechos de los legitimarios.

### **Porción conyugal y donaciones**

Ciertamente que cuando el codificador en el art.1639 previó la posibilidad de que los legitimarios pudieran accionar 'por reducción de donaciones lo hizo tomando en cuenta solamente a los herederos forzosos, incluso mencionándolos en negrita con la finalidad de limitar los beneficiarios.

El hecho de que la porción conyugal, en el primer orden de llamamiento tuviera un contenido igual al de un hijo (art.881C) lleva a que en los hechos,(

calculada la porción legitimaria sobre el acervo imaginario art.889 CC) el cónyuge se vea beneficiado por la conformación de tal acervo imaginario.

De todos modos el codificador ha marcado la diferencia entre el contenido de lo que reciba un hijo con el contenido patrimonial de la porción conyugal, ya que de acuerdo al art.893 CC la misma no acrece, como sucede con las legítimas, ni tampoco se le confiere la calidad de intangible como se le reconoce a las legítimas en el art.894 CC.

Entendemos que cuando nuestro codificador ha permitido la conformación del acervo imaginario agregando el valor de las donaciones que en cualquier momento hubiera hecho el causante al acervo líquido, atando así el valor de las legítimas al valor del acervo líquido aumentado por dichas donaciones, entendemos que el codificador ha dictado una norma extraordinaria aplicable solamente a las situaciones previstas a texto expreso.

Ha protegido en una forma inusitada y excesiva los derechos de los legitimarios ,limitando la libertad del causante,,en definitiva sancionando su generosidad sin limitación en el tiempo, con lo que ha creado también una dificultad para el tráfico de los bienes ya que los donatarios están expuestos a la reducción de las donaciones

Esto trae como consecuencia que muchas veces el negocio jurídico donación se disfraza con un ropaje jurídico diferente.

Es decir que una persona que por ejemplo es soltera, tiene bienes suficientes como para hacer donaciones actuando generosamente, ello puede llevar que al cabo de 20 o 25 años tenga hijos y los mismos a su fallecimiento puedan pretender reducir las donaciones que el causante hubiera hecho.

Entendemos que estos es exorbitante como surge de los arts.889 y.1639CC).

La excepcionalidad del derecho acordado a los legitimarios, a nuestro parecer no es extensible al caso de la porción conyugal.

El cónyuge porcionero queda beneficiado con dichas donaciones como consecuencia de que la porción conyugal está atada al cálculo de las legítimas en el primer orden de llamamiento, pero no como consecuencia de un reconocimiento especial conferido por el codificador.

En realidad el codificador le permitió accionar solamente a los efectos de obtener la reforma del testamento, como surge del artículo 1010 CC.

En definitiva, cuando comparamos los derechos conferidos por el codificador a los distintos asignatarios forzosos, a nuestro entender surge clara la prioridad que el codificador ha dado a las legítimas, criterio éste que entendemos deberá tenerse en cuenta cuando en algún caso concreto existan tensiones entre las asignaciones forzosas

Reiteramos, y luego de mucho cavilar sobre el punto, que una especialísima acción como lo es la de reducción de las donaciones no puede extenderse más allá de aquellos a quienes excepcionalmente el codificador ha legitimado para ello.

A nuestro entender, el codificador ya protegió suficientemente al cónyuge supérstite cuando en el primer orden de llamamiento lo igualó en el contenido de la porción conyugal, a la legítima rigurosa de un hijo.

También en el segundo orden de llamamiento lo protegió, en desmedro de los derechos de los restantes herederos previstos en el art.1026 CC, cuando de acuerdo al art.1043 el contenido de la porción conyugal se calcula previamente al de los herederos forzosos(ascendientes legítimos), quedando por lo tanto la legítima de éstos disminuida por el cálculo previo de la porción conyugal.

Y más aún, le confirió al cónyuge supérstite la opción de suceder como heredero o recibir como porcionero.

Parece desmedido pretender que todavía pueda limitar la libre disposición de los bienes que el causante haya hecho en vida a título gratuito, limitación que se le confiere exclusivamente a los herederos forzosos en el mencionado art.1639 CC la que por otra parte también entendemos excesiva al no tener límite en el tiempo,( límite tenido en cuenta por el Código argentino en el art.1832 que toma en cuenta los herederos forzosos existentes al momento en el cual se ha hecho la donación para .legitimarlos a promover la reducción de las mismas.).

A los derechos expresados, el legislador le ha conferido el derecho de habitación al que nos referiremos a continuación.

### **Derecho de habitación**

También el derecho de habitación concedido al cónyuge supérstite por la ley 16081 aparece ligado a las asignaciones forzosas, y específicamente a la porción conyugal como surge de la redacción actual.

El texto mencionado dispone que si luego de pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio de la misma un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda o que hubiere constituido el hogar conyugal, ya fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá el derecho real de habitación en forma vitalicia

Tal redacción impide, a nuestro juicio, resolver sobre la discusión que refiere Ferrero en obra mencionada y también Zannoni en obra mencionada<sup>212</sup>, sobre si el inmueble en sí integraba el acervo sucesorio o solamente lo hacía el valor de la nuda propiedad.

Por esta ley, al cónyuge supérstite se le atribuye un derecho específico que es el derecho de habitación sobre el inmueble que hubiera sido el asiento del hogar conyugal.,y atado al mismo el derecho gratuito de uso de los muebles que equiparan dicho inmueble

Pero nos parece claro que el bien en su totalidad integra el acervo sucesorio, y que el derecho del cónyuge supérstite está atado al previo pago de las deudas hereditarias, las que afectan el cúmulo hereditario

### **Fundamento del derecho de habitación**

A la ley mencionada podemos reprocharle la falta de claridad sobre el fundamento del derecho de habitación, pues a diferencia de lo establecido en otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo sucede en Argentina (excepto en Perú donde tampoco hay limitación al valor del bien<sup>213</sup>) en el nuestro el inmueble sobre el que recae el derecho de habitación puede tener un valor muy elevado.

En el derecho argentino surge del art.3573.bis del Código Civil que el mencionado derecho de habitación está limitado por el valor atribuido al bien de familia pero en el derecho italiano no encontramos norma referida al valor máximo (redacción actual del art.540 Código Civil)

En el Senado se fundamentó el derecho referido, alegando que cuando fallecía una persona, su cónyuge supérstite, que había vivido junto a él y contribuido

---

<sup>212</sup> Zannoni Manual de Derecho de las Sucesiones.Editorial Astrea Buenos Aires

<sup>213</sup> Ferrero Augusto Tratado de Derecho de Sucesiones Grijley

a la obtención de la vivienda, quedaba a expensas de los hijos ingratos que llevaban al sobreviviente a una situación de desamparo.

Sin embargo, de la redacción de la ley nada de eso resulta importante para el legislador, dando lugar a que por un lado se interprete que se ha querido proteger el valor afectivo del bien, sin tener en cuenta su valor económico

Pero por otro lado ese punto pierde relevancia habida cuenta los exiguos plazos de duración del matrimonio requeridos por la ley (881-5 881-6 CC).y también el que si el sobreviviente tiene otro inmueble propio, apto para vivienda similar al que hubiera sido el hogar conyugal , en tal caso el derecho no nace.(art.887-7)

Surge por lo tanto, que el valor afectivo hacia el bien no puede alegarse como uno de los elementos que tuvo en cuenta el legislador, el que en definitiva fue impreciso al tratar el fundamento del derecho de habitación

Como vemos, si bien la idea que originó el derecho fue proteger al viudo o viuda que había colaborado con su cónyuge en obtener los bienes y que corría el riesgo de quedar desprotegido por sus hijos ingratos, no fue de ninguna manera reflejada en los ambiguos textos, de los que por otro lado surge que el supérstite puede ser una persona de gran fortuna, pero en la medida en la que no tenga otro inmueble similar al que fue el asiento del hogar conyugal, en tal caso puede reclamar el derecho de habitación conferido por la ley 16081

Llama la atención lo exiguo del plazo de duración del matrimonio, aún cuando se tuviera en cuenta un concubinato previo, lo que en definitiva lleva de todos modos a la necesidad de contemplar tales plazos: 2años en un caso y 30 días en otros, lo que se presta a abusos, permitiendo que quien con el propósito de beneficiarse con tal derecho, induzca al matrimonio a alguien de edad avanzada

(Al respecto es interesante lo dispuesto en el art.3573 del Código Civil argentino que no confiere los derechos sucesorios mencionados en artículos anteriores, al caso en que estando enfermo uno de los esposos, éste falleciera de tal enfermedad dentro de los 30 días del matrimonio, salvo que éste se hubiera celebrado para regularizar una situación de hecho)

En definitiva, sintetizando, decimos que la ley requiere (art.881-1 CC) que si luego de pagadas las deudas de la sucesión quedare en el patrimonio de la misma un inmueble urbano o rural destinado a vivienda que hubiere constituido el hogar conyugal, el cónyuge supérstite tendrá el derecho de habitación sobre el mismo,

derecho que de acuerdo a lo dispuesto en el art.541 es gratuito, tornando innecesario que en el artículo 881-1 se establezca su gratuidad.

El derecho referido está acompañado del derecho de uso, vitalicio y gratuito, sobre los muebles que equiparen el inmueble.

El inmueble referido puede ser propio del causante, ganancial o común con el supérstite, y lo mismo en lo referido a los muebles.

### **Valor del Derecho de Habitación e imputación del mismo**

Un tema muy complejo es el referido a la evaluación del derecho de habitación, que de acuerdo a Vaz Ferreira (obra citada) tendrá como punto de partida el cálculo de la renta que podría producir el precio de los bienes sobre los que recaen los derechos de habitación y uso. Luego de ello determinar el tiempo probable de vida del cónyuge supérstite y finalmente determinar el valor capitalizado de dicha renta.

Por nuestra parte entendemos que parece acertado tener en cuenta el alquiler que podría obtenerse por la vivienda, y esa suma anual aplicarla a los posibles años de vida del supérstite, (ello supeditado a su edad y salud) sin perjuicio de tener en cuenta también la posible inflación.

Si el inmueble no estuviera afectado por el derecho de habitación los herederos podrían alquilar dicha vivienda, y a nuestro entender ello sería un punto de partida ajustado a cada situación.

La importancia de determinar el valor del derecho de habitación aparece específicamente identificada en los artículos 881-4, 881-5 y 881-6 del Código Civil pues los mismos determinan el régimen de imputación de tal derecho al acervo sucesorio.

Tal acervo será en definitiva el acervo líquido logrado de acuerdo a lo dispuesto en el art.1043CC, o sea el acervo bruto afectado por las deducciones mencionadas en el texto legal mencionado.

Tal acervo estará entonces afectado por las asignaciones forzosas mencionadas, o sea por los alimentos familiares referidos en el art.871 CC, y por la porción conyugal, que en definitiva y según el orden de llamamiento tendrá un contenido patrimonial igual al de la legítima rigurosa del hijo (art.883CC) o fuera del

primer orden de llamamiento será la cuarta parte del acervo semi-líquido, (como ha aceptado la doctrina),

La especial vinculación del derecho de habitación a la porción conyugal, deriva de que si luego de calculado el valor del derecho de habitación, y debiendo imputarse el mismo a la libre disposición, el derecho de habitación excediera el monto de la libre disposición, por el exceso se hará la imputación a la porción conyugal.

De ello puede derivar que el supérstite mantenga su derecho de habitación pero no pueda hacer efectiva la porción conyugal en su totalidad sino en una parte, y si hecha tal imputación existiera aún un sobrante de valor, la imputación se hará a la porción legitimaria.

Si los legitimarios fueran hijos comunes del causante y del cónyuge supérstite, puede suceder que tales hijos no reciban nada, o muy poco y ello en el caso de que el valor del derecho de habitación fuere extremadamente elevado como sería el caso de un cónyuge supérstite muy joven y con muy buena salud.

Si los hijos fueran del causante y una tercera persona, o se tratara de legitimarios fuera del primer orden de llamamiento como es el caso de los ascendientes legítimos (art.885), en tal situación la imputación no puede exceder de la mitad de las respectivas legítimas (último inciso del art.881-5CC)

Finalmente, es del caso señalarse que el propio legislador identificó la naturaleza jurídica de los derechos en estudio, ya que en el ar.881-9 CC dispuso que el cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos, con la responsabilidad que le es propia a éstos.

En tal caso debe recordarse, habida cuenta la terminología empleada por el codificador al tratar los legados, (lo que ha llevado a que los legatarios se entiendan acreedores por sus derechos), cuando se trata de un legado de especie cierta el legatario adquiere la propiedad del bien por el modo sucesión, y será el heredero quien le conferirá la correspondiente posesión (arts.937 y 938 CC)

En el caso del derecho de habitación, entendemos que ese derecho en cuanto tal, lo adquirirá el supérstite, originado en la sucesión, pero que el heredero deberá conferirle la posesión del mismo.

Esto creemos que es importante tenerlo en cuenta, por que si por ejemplo el causante hubiera dispuesto de sus bienes por múltiples legados y no existieran bienes suficientes para satisfacerlos todos, de acuerdo al art.940 se sacarán en



primer lugar los de especie cierta .En tal caso tendría prelación el derecho referido, pero no solamente por ello, sino porque la propia ley se lo ha dado, en la medida en la que lo supedita a que queden bienes luego de pagadas las deudas hereditarias.,y los legados no constituyen deudas hereditarias sino cargas sucesorias o sea que nacen luego de la muerte del causante

Dichas cargas estarán originadas en la voluntad del causante cuando testa haciendo legados, o en la voluntad del legislador que explícitamente en lo referido al derecho de habitación dispone que el cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos (habitación y uso de los muebles que equiparen el inmueble)

### **Concubinato y Derecho de Habitación**

Es del caso mencionar que la ley 18.246 referida a la unión concubinaria atribuyó el derecho de habitación al concubino supérstite (reconocida la unión concubinaria de acuerdo a las exigencias de la ley), pero con un sentido mucho más claro y preciso que cuando legisló el derecho de habitación del cónyuge supérstite.

Efectivamente, se lo concedió al concubino que hubiera convivido en concubinato con el causante los últimos diez años, en forma ininterrumpida, que tuviera más de 60 años de edad y que careciera de medios propios suficientes para asegurarse su vivienda (art.11 de la ley).

El bien debía ser propio del fallecido o común con el concubino supérstite

También se aceptó que el valor se imputara en primer lugar a la libre disposición,(lo que puede dar lugar a no cumplir con las disposiciones testamentarias concernientes a la libre disposición) ,y por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del fallecido y el concubino supérstite, sin poder afectarse las legítimas de otros herederos forzosos, ni otras asignaciones forzosas .

Es decir que en este caso el propio legislador reguló el tema de las tensiones posibles entre asignatarios forzosos ,llevando a alterar las legítimas de los descendientes comunes mencionados, pero no permitiendo que fueran alteradas las legítimas de otros legitimarios u otras asignaciones forzosas, como sería por ejemplo el caso del concubino que falleciera casado, no pudiendo entonces ser afectada la

porción conyugal del cónyuge supérstite por el derecho de habitación conferido al concubino sobreviviente.

.También debemos tener en cuenta, como ya se ha mencionado, que el concubino supérstite puede tener derecho a alimentos en tanto asignaciones forzosas en caso de fallecimiento del otro integrante de la pareja

En esas situaciones el concubino supérstite deberá optar a nuestro entender, entre el derecho de habitación o el derecho a los alimentos, los que a su vez estarán condicionados al tiempo de convivencia .Si la convivencia y la edad le permiten acceder al derecho de habitación, presumiblemente le convendrá optar por tal derecho, pues a nuestro entender aunque el tiempo de convivencia fuere elevado los alimentos no pueden afectar los derechos de los legitimarios, como entendemos surge del art.872 cuando admite la rebaja de los alimentos que fueren desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

En realidad todo dependerá de las fuerzas de la herencia, pues si se tratara de cuantiosos bienes hereditarios se podrían satisfacer los derechos de todos los asignatarios forzosos.

Respecto al cálculo del contenido patrimonial del derecho de habitación, habida cuenta que el concubino beneficiario del derecho de habitación (y uso de los muebles que equiparen el inmueble) se concederá a quien tenga más de 60 años, entendemos que en principio será más fácil el cálculo de tales derechos.

Los alimentos del concubino podrán estar a su vez condicionados a los posibles alimentos que hubiere estado sirviendo el fallecido a su ex esposa, de acuerdo al art.183 CC que exige que sea mujer quien percibe los alimentos especiales referidos en el inciso primero del artículo mencionado.

En tal caso entendemos que se resolverá por acuerdo o por sentencia judicial el determinar el monto de los alimentos que pudieran corresponder al concubino supérstite y a la ex cónyuge.

Ahora bien, dado un bosquejo general de las asignaciones forzosas mencionadas, es del caso tener en cuenta que será el heredero quien deberá satisfacer los derechos referidos, pudiendo suceder que tales herederos sean a su vez asignatarios forzosos como sucede en el primer y segundo orden de llamamiento, o pueden ser herederos tanto intestados como testamentarios, ajenos totalmente a la calidad de legitimarios.

## Legítimas

Como hemos señalado, si uno compara todas las asignaciones forzosas referidas por el codificador y las acciones específicamente conferidas a tales asignatarios forzosos, creemos que claramente surge la predilección del codificador por los legitimarios y los derechos conferidos a los mismos.

Vallet de Goytisolo<sup>214</sup>, al tratar las diferentes posiciones respecto a la libertad de disponer de los bienes, menciona entre varios autores a Puy Muñoz, quien partiendo de las tendencias fundamentales del hombre a ser sujeto de memoria, de sucesión, de tradición, de entrega y reentrega, y sujeto de creación, .de penetración, de trabajo ,de aportación y de invención, deduce que son derechos naturales de la persona humana :a)el derecho a la tradición .a la entrega, al aprovechamiento del pasado, a ser sujeto activo y pasivo de sucesión y b) el derecho a la creación, al progreso, a la determinación del futuro, a ser sujeto activo y pasivo de trabajo .Agrega que la racionalidad humana es lo que lleva a que el hombre deje a sus herederos una auténtica herencia y un capital acumulado en cultura de hechos adquiridos y de cosas apropiadas.

El derecho a la sucesión lo entiende como derecho a la tradición, a ser beneficiario de la labor de los antepasados en general, que considera consecuencia de la racionalidad del hombre.

Hemos entendido interesante recoger el pensamiento de Puy Muñoz por parecernos que refleja el sentir común de las personas.

Claro está que frente a ello debemos recordar la posición de quienes entienden que cuando una persona fallece sus bienes deben retornar al Estado, dado que es de allí de donde han surgido sus derechos, posición que no ha impedido, como señala Vaz Ferreira que en definitiva en un sistema comunista se haya aceptado la transmisión hereditaria de determinados derechos (como ha sido el de la vivienda), a determinadas personas, aceptándose en definitiva un derecho hereditario

Nuestro codificador buscó, frente a posiciones encontradas al respecto, una respuesta equilibrada sobre los derechos enfrentados: o la posibilidad de

---

<sup>214</sup> Vallet de Goytisolo Juan Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer Tomo I Las legítimas.Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil Vo. LVIII.Instituto Nacional de Estudios Jurídicos Madrid

disponer libremente de sus bienes o la de perder tal libertad, aceptando como decimos, que el derecho a la libre disposición estaba atado a la presencia de determinados familiares.

Esto lo vemos en el art.1013 CC al decir que para reglar la sucesión intestada la ley sólo considera los vínculos de afecto y parentesco, no las prerrogativas de la línea, el sexo, la naturaleza o el origen de los bienes.

Nuestro codificador rechaza expresamente la vinculación de los bienes ya sea al mayorazgo (constitucionalmente rechazado), o a la pretensión que aún podemos encontrar en derecho comparado a que determinados bienes permanezcan en la familia donde se originaron

De todos modos la declaración del art.1013 aparece posteriormente desarrollada en los artículos referidos al orden de llamamiento ,arts.1025 y siguientes que identifican los herederos llamados por la ley ,todos ellos parientes del difunto salvo lo dispuesto por la ley 18246 que ingresa al concubino ,que como tal no es pariente ,como posible heredero del concubino fallecido

.De tales herederos, el art.1085 menciona a los que les ha conferido la calidad de herederos legitimarios o herederos forzosos

Del entramado de las distintas normas, surge que los herederos forzosos tienen derecho a una parte de los bienes del causante, derecho del que solamente pueden verse privados por desheredación como dispone el art.884CC al decir que las legítimas son aquella parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos independientemente de la voluntad del testador de la que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación.

### **Naturaleza de las legítimas**

La interrogante planteada por la doctrina respecto a la naturaleza de las legítimas, es decir, si la misma está atada a la calidad de heredero de sus beneficiarios o si su contenido está limitado a recibir bienes, independientemente de tal calidad de herederos de los legitimarios.

Que las legítimas están vinculadas a la calidad de heredero del legitimario, surge del art.1103 CC que al tratar de la colación dispone que la donación hecha a título de legítima al que era entonces heredero forzoso, se rescinde cuando el mismo posteriormente dejó de serlo

Aceptando con la doctrina, que cuando un legitimario es beneficiado por una donación de su causante tal beneficio significa un adelanto de la herencia (salvo que el donante expresamente diga lo contrario), de ello surge que cuando pierde la calidad de heredero pierde también el anticipo de la herencia. Quiere decir que la legítima está atada a la calidad de heredero de quien tiene derecho a la misma.

No sería entonces aceptable quitarle al heredero forzoso su calidad de tal contra su voluntad, concediéndole como contrapartida bienes en calidad de legatario

Por otra parte debemos reconocer que las legítimas son una parte de la herencia cuyo contenido patrimonial no puede ser vulnerado por voluntad del causante, y si así lo fuera el codificador confirió a los herederos forzosos, a texto explícito, las acciones correspondientes como lo son la acción de reforma del testamento( art.1007 CC) y la acción de reducción de las donaciones (art.1630 CC), así como la posibilidad de recurrir,(al igual que a los herederos no legitimarios), a la acción de petición de herencia (art.677CC) contra quien le desconozca su derecho hereditario.

Estas consideraciones generales las hacemos para buscar una respuesta a ciertas situaciones.

Cuando una persona fallece, sus herederos adquieren la propiedad y posesión de sus bienes, como dispone el art.1039. CC .agregando algo fundamental, que lo es que los mismos deben soportar las deudas y cargas hereditarias.

Para conocer cuál es el contenido real del patrimonio hereditario que podrá beneficiar al heredero, o sea para llegar a lo que el codificador denomina acervo líquido, deberá tenerse en cuenta a cuánto asciende el mismo luego de cumplir con las deducciones mencionadas en el art.1043 CC.

Dentro de esas deducciones encontramos las derivadas de ciertas asignaciones forzosas, como lo son los alimentos legales, la porción conyugal(esta última fuera del primer orden de llamamiento) y los derechos de habitación y uso conferidos por la ley 16081 al cónyuge supérstite.

### **Posibles conflictos de derechos**

Si el heredero fuera un heredero forzoso podemos preguntarnos si es posible que tales asignaciones forzosas puedan ser de tal magnitud como para llevar

a que el heredero forzoso no reciba bienes, sino que en definitiva se transforme en quien paga los alimentos y en quien paga la porción conyugal, aceptando para esta última que la misma tiene la naturaleza de un legado legal como actualmente lo admiten doctrina y jurisprudencia.

Esta primera pregunta la hacemos partiendo de la base de que no estamos en un primer orden de llamamiento, pues en tal caso la porción conyugal tendrá un contenido de igual valor a la legítima rigurosa de un hijo.

De todos modos, cualquiera fuere el orden de llamamiento, el acervo líquido estará condicionado por la asignación forzosa de alimentos.

No mencionamos las deudas hereditarias ni los gastos derivados del proceso judicial porque los mismos son inevitables.

En lo referido a la deuda de alimentos legales creemos que ya el propio codificador, cuando admite que aquellos pueden ser rebajados cuando fueren desmesurados frente a las fuerzas de la herencia como surge del art.872 CC, acepta que los mismos deben fijarse en suma tal que no afecte a las restantes asignaciones forzosas.

No parece razonable sacrificar especialmente las legítimas cuando, como decimos, las mismas son las asignaciones forzosas que han merecido una especial protección por parte del codificador.

Incluso cuando el legislador ha debido resolver la imputación del derecho de habitación, (conferido muchas veces injustificadamente al cónyuge supérstite) ,ha llegado a sacrificar las legítimas en último caso

Reiteramos que el derecho de habitación ha sido conferido muchas veces injustificadamente al supérstite, pues éste puede ser una persona que tenga una gran solvencia económica, pero en la medida de que entre sus bienes no tenga un inmueble similar al que fue asiento del hogar conyugal, en tal caso puede reclamar el derecho de habitación

Las breves referencias a las asignaciones forzosas claramente no constituyen un estudio en profundidad de las mismas, sino que tienen por finalidad compararlas entre sí, como elemento que nos sirva de guía cuando aparezcan tensiones entre las mismas.

Reiteramos entonces, que en la medida en la que el codificador en el art.872 prevé la reducción de los alimentos, ello a nuestro entender, como hemos

expresado, significa que no obstante tratarse de una asignación forzosa la misma debe calcularse en medida tal que no afecte las restantes.

Creemos también, que si el derecho de habitación del cónyuge supérstite fuere muy elevado en su contenido patrimonial, por tratarse por ejemplo de una persona joven y saludable, tal asignación forzosa no puede afectar el derecho de los legitimarios

Tal vez los legitimarios son hijos sin bienes, y el cónyuge supérstite tiene bienes pero dentro de los mismos no tiene un inmueble propio, apto para vivienda similar al que fue asiento del hogar conyugal, situación que como hemos señalado le permite reclamar el derecho real mencionado (art.881-7 CC).

Si suponemos, por ejemplo, que el causante ha dejado un bien, un supérstite joven y saludable lo que llevará a que el derecho de habitación sea elevado, los posibles hijos necesitados del fallecido, no pueden quedar relegados a lo que resulte de las imputaciones referidas en la ley 16081

La interpretación piedeletrista del texto legal no lleva a un resultado razonable y equitativo de la ley, sino que arremete contra los derechos fundamentales de los herederos forzosos supérstites, que lo serán sus descendientes si nos encontramos en el primer orden de llamamiento, o sus ascendientes legítimos en el segundo orden de llamamiento, asignatarios forzosos preferidos por el codificador, como ya hemos mencionado.

Junto a lo expuesto en cuanto a los legitimarios ,asignatarios forzosos preferidos ,creemos que lo más importante es tener en cuenta que la situación expresada puede llevar a cercenar derechos fundamentales de tales herederos forzosos: puede dificultar el derecho a la educación si se trata de descendientes menores de edad o impedirles una vida digna, o puede llevar a cercenar derechos también fundamentales de los ascendientes herederos forzosos de avanzada edad del causante, interpretación que hacemos siguiendo la posición de la doctrina actual en cuanto a que la interpretación de los textos debe hacerse desde la Constitución, que reconoce tales derechos, y de acuerdo también a su art 72 nos permite remitirnos a la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, a la Convención Americana de los Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño

Al respecto mencionamos a Kruger, citado por Risso Ferrand<sup>215</sup>. “antes los derechos humanos solían valer en el ámbito de la ley, pero hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos humanos”

Entendemos por lo tanto, que será necesario estudiar cada caso a los efectos de dar como decimos, una respuesta equitativa que contemple los derechos de los distintos asignatarios forzosos, pudiendo llegar a denegarse el derecho de habitación, en hipótesis similares a la planteada, si el mismo atentara contra los derechos fundamentales de los descendientes y de los ascendientes legitimarios

Es también necesario recordar que el principio de solidaridad familiar no se compadece con una aplicación de la ley que llevaría en definitiva a cercenar derechos fundamentales de aquellos familiares parientes más cercanos del causante..

Es del caso señalarse que tratándose de la unión concubinaria regulada por la ley 18246, el legislador ha reconocido el derecho de habitación al concubino que tenga más de 60 años de edad y que haya convivido en forma ininterrumpida con el fallecido durante los últimos 10 años, pero que carezca de medios propios suficientes para asegurarse la vivienda (art.11 de la ley 18246).

En tales casos, de acuerdo a la ley mencionada, el derecho de habitación conferido al concubino supérstite no puede afectar las legítimas de los hijos no comunes del fallecido, ni la porción conyugal del cónyuge cuando el concubino que falleció estaba casado.

La situación previamente planteada cuando nos referíamos al caso del derecho de habitación del cónyuge supérstite no se planteará en el caso del concubinato.

No será un concubino joven y saludable, y tal vez con bienes, como fue la hipótesis previamente planteada, pues como decimos los derechos reales menores mencionados están condicionados a la edad del concubino supérstite que carece de medios propios suficientes para asegurarse su vivienda

Como vemos, en el caso del concubinato, el legislador optó por la intangibilidad de la legítima de los hijos no comunes del supérstite y el fallecido, y también por la protección de la porción conyugal del esposo supérstite del causante.

---

<sup>215</sup> Risso Ferrand Martín Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos Fundación de Cultura Universitaria



## ACCIONES DE FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL<sup>216</sup>

**María Magdalena Galli Fiant**

**Sumario:** I-Conceptos previos. II-El régimen de filiación en el Código Civil y Comercial. III-Problemas metodológicos en la regulación legal de la Filiación, a) En las reglas sobre determinación del vínculo, a.1) La extensión de la presunción de filiación matrimonial a la cónyuge de la madre, a.2) La duplicidad de reglas sobre determinación de la filiación en caso de TRHA, b) En la regulación de las acciones de filiación. IV- Acciones en la Filiación por naturaleza, a) Sobre la prueba, b) Sobre los caracteres de las acciones de filiación, c) Sobre la caducidad, d) Sobre el supuesto básico de las acciones en la filiación por naturaleza, e) Sobre la intervención de personas menores de edad, con capacidad restringida, o incapaces. V-Análisis de las acciones en particular, a) Acciones de reclamación, a.1) Reclamación de la filiación matrimonial, a.2) Reclamación de la maternidad extramatrimonial, a.3) Reclamación de la paternidad extramatrimonial: Niños inscriptos sólo con filiación materna; Posesión de estado; Convivencia con la madre en la época de la concepción; Alimentos provisorios; Reparación del daño causado, b) Acciones de impugnación, b.1) Impugnación de la maternidad, b.2) Impugnación de la filiación presumida por la ley: Impugnación genérica, Negación, Impugnación preventiva, b.3) Impugnación del reconocimiento. VI- Acciones de filiación y las otras fuentes del vínculo, a) Acciones y Filiación adoptiva, a.1) Acción autónoma para conocer los orígenes, a.2) Acciones de filiación por naturaleza, b) Acciones y Filiación por voluntad procreacional.

---

<sup>216</sup> Como citar este artículo: FIANT, María Magdalena Galli. Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 176/200.

## I- **Conceptos previos**

Previo a desarrollar el tema que indica el título de este trabajo, proponemos un repaso de los conceptos que rodean la regulación legal de las acciones de filiación. Los resumimos en los párrafos que siguen.

Llamamos Filiación al vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores<sup>217</sup>. El conjunto de normas que regulan las fuentes, las reglas de determinación y el ejercicio de las acciones judiciales relativas a ese vínculo conforma el Régimen de Filiación.

Denominamos fuente de la Filiación al hecho o acto que da origen al vínculo jurídico paterno/materno-filial. Son fuente de la filiación: la *naturaleza*, que determina el vínculo entre el hijo fruto de una relación sexual y aquellos que lo han gestado; la *adopción*, que crea el vínculo entre el hijo y quiénes son sus progenitores en virtud de una sentencia constitutiva de emplazamiento; y la *voluntad procreacional* manifestada mediante el consentimiento dado para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), que determina el vínculo entre el hijo y aquellos que son sus progenitores por haber expresado esa voluntad.

Dentro de cada fuente, se prevén las reglas para la determinación de la filiación. Nos referimos a los mecanismos legales para el reconocimiento del vínculo entre el hijo y su madre o padre. Así, la maternidad por naturaleza se determina por la prueba del nacimiento y la identidad del recién nacido, la maternidad/paternidad por adopción se determina por la sentencia, etc.

Llamamos Acciones de filiación en sentido amplio a las acciones de estado previstas para la constitución del vínculo (ej: acción de Adopción), la declaración de la existencia del vínculo natural no determinado (ej. acciones de reclamación de la filiación natural) y la impugnación del vínculo jurídico que no se corresponde con la verdad biológica (ej, impugnación del reconocimiento) o que se ha constituido en violación a las normas legales (ej. acción de nulidad de la adopción). En sentido estricto, dentro de la filiación de fuente natural reservamos la

---

<sup>217</sup> Utilizamos el vocablo “progenitores” con los alcances que le otorga el Código Civil y Comercial, es decir, como sustantivo aplicable a ambos padres/madres, cualquiera sea la fuente de la filiación

denominación *Acciones de filiación* para las acciones de reclamación e impugnación del vínculo biológico/genético.

Las condiciones legales para el ejercicio de las acciones de filiación permite distinguir tipos de regímenes: Cerrados, cuando la legitimación activa es limitada subjetiva y temporalmente; Restringidos, cuando la legitimación activa es amplia, con excepciones; Abiertos, cuando la legitimación activa es irrestricta

Finalmente, todo régimen de filiación se asienta sobre principios, explícitos o implícitos en las normas legales. Es posible identificar esos fundamentos buscando las respuestas a preguntas claves, como las siguientes: ¿Cuáles son las concepciones predominantes sobre la familia que el régimen reconoce y protege? ¿Cuáles son las concepciones predominantes sobre los derechos humanos, en especial: el principio de igualdad, el derecho a la identidad, el derecho a la intimidad, el derecho a la vida familiar, y el derecho a servirse de los progresos científicos? Desde esa perspectiva, podemos definir modelos o paradigmas a los que responde cada régimen en particular.<sup>218</sup>

## **II- El régimen de Filiación en el Código Civil y Comercial**

El Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del Libro Segundo dedicado a las Relaciones de Familia, reconoce tres fuentes de la filiación y las enuncia en el art. 558: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida<sup>219</sup>, o por adopción...*”. Mientras el régimen de Adopción se desarrolla en el Título 6, el Título 5 aborda las otras dos. Cada fuente tiene previstas sus reglas de determinación del vínculo y soluciones relativas al ejercicio de las acciones de filiación.

---

<sup>218</sup> Proponemos la siguiente clasificación de regímenes de filiación a cuanto a sus fundamentos jusfilosóficos –que llamamos Paradigmas o Modelos-: Paradigma legítimo: se basa en el *favor matrimonii*. Reconoce un estatus jurídico diferenciado entre hijos/padres matrimoniales y extramatrimoniales. Prioriza la estabilidad de los vínculos. Defiende la intimidad de los padres por sobre la indagación de la verdad biológica; Paradigma igualitario: se basa en el respeto a la verdad biológica como bien jurídicamente protegido. Reconoce igual estatus jurídico a todos los hijos/padres. Prioriza la determinación de la filiación conforme a la verdad biológica.; y Paradigma dualista se basa en fundamentos diferenciados según la fuente de filiación. Opta por la determinación conforme a la verdad biológica en la filiación por naturaleza y la determinación conforme a la voluntad procreacional en la filiación por TRHA.

<sup>219</sup> Preferimos denominar a esta fuente como *voluntad procreacional*, pues el lazo jurídico de filiación no tiene su origen en la técnica médicamente asistida de reproducción sino en el consentimiento que expresa esa voluntad. En lo sucesivo nombraremos a la fuente del modo indicado.

Si al régimen de Filiación del nuevo Código le hacemos las preguntas señaladas en el apartado anterior, llegamos a la conclusión de que responde a un paradigma o modelo Dualista, porque se basa en fundamentos diferenciados según la fuente de filiación. En efecto, opta por la determinación conforme a la verdad biológica en la filiación por naturaleza y la determinación conforme a la voluntad procreacional en la filiación por TRHA, pero no logra unificar el respeto a los derechos fundamentales de todos los hijos con independencia de las circunstancias de su concepción. Esta dualidad se encuentra reconocida por quienes han trabajado en la redacción de las normas. Dicen que en la filiación por naturaleza la determinación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica mientras que en las técnicas de reproducción asistida el elemento decisivo es la voluntad. Mientras la filiación por naturaleza tiene su origen en un acto sexual, la que deriva de las TRHA reconoce su origen en un acto médico y por ello permite que no siempre coincidan la filiación genética y/o biológica con la voluntaria; a su vez, la falta de coincidencia entre el elemento volitivo y el biológico se consideran irrelevantes en la filiación por naturaleza. Como corolario, la diversidad en la causa fuente conlleva la diferenciación en el régimen de acciones.<sup>220</sup> Estas explicaciones son argumentos contruidos para justificar el trato discriminatorio de las personas conforme a las circunstancias de su concepción, intolerable desde una mirada constitucional.

En función de esta tajante diferenciación, se regula el ejercicio de las Acciones. En cuanto a las condiciones legales para el ejercicio de las acciones, durante la vigencia del Código Civil t.o. ley 23.264, el nuestro era un régimen abierto para el hijo como legitimado activo, y restringido para los otros demás sujetos, en virtud de los límites a la legitimación activa y la caducidad de sus acciones. Como consecuencia del modelo o paradigma Dualista, el Código Civil y Comercial instaura un régimen abierto en la filiación por naturaleza, incluso tras la adopción del hijo, y cerrado extremo en la filiación por voluntad procreacional en caso de TRHA.

### **III- *Problemas metodológicos en la regulación legal de la Filiación***

---

<sup>220</sup> Ver Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras (Directoras) *Tratado de Derecho de Familia*. Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, pág. 426 y ss

Como observación general, podemos señalar que dentro del Título 5 que regula la filiación por naturaleza y por voluntad procreacional, tanto los artículos referidos a las reglas de determinación como los que prevén las acciones –o la inadmisibilidad de ellas- confunden permanentemente las filiaciones de una y otra fuente. En particular marcamos las siguientes cuestiones:

a) *En las reglas sobre determinación del vínculo.*

Cabe recordar que la filiación por naturaleza es el vínculo jurídico que une al hijo con sus progenitores cuando ha sido gestado a partir de una relación sexual, por lo que siempre estará determinado o será determinable el vínculo con la madre y con el padre. La diversidad de sexos en la pareja humana con aptitud reproductiva es un dato de la naturaleza incuestionable, por ello no deberían preverse soluciones legales que contradigan el enunciado anterior. Sin embargo, las normas del nuevo Código no respetan esta premisa.

a.1) *La extensión de la presunción de filiación matrimonial a la cónyuge de la madre (art. 566 y conc.):*

La atribución del hijo de la mujer casada a su marido -presunción juris tantum de la paternidad matrimonial, antes regulada por el art. 243 del Código Civil- no constituye una ficción sustentada en la existencia del vínculo jurídico matrimonial con independencia de la realidad biológica. Es una suposición que la ley instituye en base a una serie de circunstancias que la tornan razonable: la cohabitación de los esposos, las relaciones sexuales entre ellos, y la exclusividad del trato sexual de la esposa con su esposo –en concordancia con la fidelidad y la convivencia-. La sumatoria de estas circunstancias lleva a considerar que el hijo de la mujer es fruto de las relaciones sexuales con su esposo. Por ello, la presunción cesa si los cónyuges no cohabitan, aunque subsista el vínculo matrimonial; y se extiende aunque el nacimiento se produzca luego de la disolución, anulación o separación de hecho de los esposos y hasta los trescientos (300) días de estas circunstancias, en virtud del plazo máximo de gestación reconocido por la ley. Esta extensión ratifica que la presunción no es una ficción basada en el vínculo matrimonial, sino

sustentada en el hecho biológico de la gestación del hijo como fruto de la unión sexual de los esposos.<sup>221</sup>

La presunción de filiación del art. 566 del Código Civil y Comercial es una mixtura entre la atribución de la paternidad al cónyuge varón en virtud de la razonable suposición de su nexa con el hijo, y la ficción legal con relación a la cónyuge mujer. En efecto, si una mujer casada con otra mujer da a luz durante los plazos legales, existe total certeza de que el nacido no ha sido concebido como fruto de la relación sexual entre ellas; de ahí la ficción. La redacción misma de la norma es contradictoria, porque el segundo párrafo dispone que la presunción no rige en los supuestos de TRHA si el o la cónyuge no prestó el consentimiento previo, informado y libre. Por lo tanto, cuando ha mediado una concepción médicamente asistida, la fuente de la filiación no es la naturaleza –donde juega la presunción- sino la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento.

En resumen, según nuestro criterio, la presunción debió regularse como mecanismo para la determinación de la paternidad matrimonial en la filiación por naturaleza. En el caso de concepción médicamente asistida, la filiación se basa en la voluntad procreacional expresada por los progenitores, sean una pareja de mujer y varón o de dos mujeres, casados/das –en cuyo caso será filiación matrimonial- o no casados/das –supuesto de filiación extramatrimonial- (confr. art. 558 2º párrafo).

#### *a.2) La duplicidad de reglas sobre determinación de la filiación en caso de TRHA*

Los artículos 560 a 564 reúnen las llamadas “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. En el art. 562 se formula el mecanismo legal de determinación de la filiación en esta fuente: *“Voluntad procreacional: Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”*

---

<sup>221</sup> Para un análisis más completo de la presunción de paternidad matrimonial remitimos al capítulo de nuestra autoría *“Reformas legales y su impacto en la Filiación”*, en *Nuevo régimen legal del Matrimonio Civil –Ley 26.618*, obra colectiva. Rubinzal- Culzoni editores. 2010.

Como consecuencia, si la concepción del hijo no ha sido natural sino médicamente asistida, es madre quien dio a luz y expresó su voluntad procreacional en debida forma, y es progenitor/a del nacido quien también ha expresado dicha voluntad. Para la determinación de todos los vínculos, la aportación de gametos es irrelevante. Si se trata de una pareja casada, la filiación será por TRHA matrimonial; en caso contrario, la filiación será por TRHA extramatrimonial.

En el contexto legal indicado, pierden sentido –por redundantes o contradictorias- otras reglas de determinación referidas a los mismos supuestos. Es el caso de la presunción de filiación de la cónyuge ya criticada en el apartado anterior, al igual que el art. 569. Éste distingue en sus incisos tres vías para la determinación legal y prueba de la filiación matrimonial, entre ellas la inscripción del nacimiento y la prueba del matrimonio por un lado (inciso a), y el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en caso de TRHA, por el otro (inciso c). Esta admisión que hace el propio legislador es prueba de que la extensión de la presunción de filiación a la cónyuge es innecesaria e incorrecta.

El mismo desajuste se produce entre el art. 562 y el art. 575 aplicable a la filiación extramatrimonial por TRHA, debido a la redundancia. El último artículo mencionado adiciona un párrafo inquietante para el tema que motiva este trabajo, pues dice que no se genera vínculo jurídico alguno con el tercero aportante de gametos *“excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”*<sup>222</sup> mientras que el art. 577 no admite el ejercicio de acciones para la indagación de los lazos genéticos, ni siquiera para comprobar la existencia o no de impedimentos, como lo habilitaba el derogado art. 327 del Código Civil tras la adopción plena.

#### b) *En la regulación de las acciones de filiación*

Las deficiencias destacadas en cuanto a la determinación de la filiación en la fuente natural y por voluntad procreacional, arrastran problemas de interpretación y aplicación de las normas que regulan las acciones de filiación.

---

<sup>222</sup> Cabe aclarar que el Código Civil y Comercial no define –como lo hacía el Código Civil derogado en el art. 166 inc 3- impedimentos matrimoniales para la adopción en particular, sino impedimentos de parentesco en línea recta en todos los grados y entre hermanos bi o unilaterales, cualquiera sea el origen del vínculo (art. 403 inc a y b CCC)

Dentro del esquema propuesto por el legislador, creemos que hubiese sido más adecuado desde un punto de vista metodológico, prever las soluciones aplicables en casos de concepción médicamente asistida –la genérica inadmisibilidad de todas las acciones, según la opción del legislador- y las reglas para reclamar o impugnar la filiación por naturaleza. Por el contrario, se insiste en la confusión entre fuentes, lo que dificulta la definición de los supuestos en que corresponde cada una de las acciones en particular.

Por esa razón, para el análisis que sigue consideraremos las normas de los arts. 576, y 578 a 593 como aplicables sólo a las acciones en la filiación por naturaleza.

#### **IV- Acciones en la Filiación por naturaleza**

Comenzamos el planteo con algunas consideraciones generales

##### **a) Sobre la prueba<sup>223</sup>**

Los procesos de filiación persiguen la determinación de la filiación materna o paterna de conformidad con la verdad biológica, no porque la dimensión biológica sea la única relevante para la conformación de la identidad personal, sino porque ese es el objeto de las pretensiones que dan impulso a estas acciones de estado. El objeto de la prueba en las acciones de reclamación es la existencia de nexo biológico, y en las acciones de impugnación es la inexistencia de ese nexo biológico.

Los medios de prueba pueden ser clasificados en indirectos, cuando tienden a la acreditación de hechos y circunstancias de las que es posible inferir la existencia o inexistencia del nexo biológico, y directos, cuando persiguen en forma inmediata la revelación de la verdad biológica. Son medios directos todos aquellos que recurren a la apreciación de datos o material físico correspondiente a las personas cuyo vínculo natural se encuentra en discusión. En un sentido amplio pertenecen a esta categoría la comparación de grupos sanguíneos, los exámenes biotipológicos o fisiológicos comparativos, análisis de signos patológicos de carácter

---

<sup>223</sup> Remitimos a un desarrollo más extenso en nuestro trabajo “*Pruebas biológicas en la filiación*” La Ley Boletín del 21 de febrero de 2014, pág 1 –Tomo 2014-A- Editorial La Ley



hereditario, entre otros. En sentido estricto, sólo permiten en forma inmediata la revelación del nexo biológico las periciales que se enfocan en la caracterización de los rasgos genéticos correspondientes a cada individuo, como la prueba de histocompatibilidad o el polimorfismo del ADN.

La valoración de la negativa injustificada a prestarse a las pruebas biológicas o genéticas y las soluciones procesales para derribarla tienen que ser proporcionales a la trascendencia del medio de prueba impedido, que por sí solo tiene la virtud de esclarecer el objeto del proceso. La renuencia no puede valorarse como una conducta procesal más, pues este comportamiento obstruye el acceso al conocimiento de la existencia o inexistencia del nexo biológico, objeto central de la prueba en todo proceso de filiación. Cuando es posible el acceso a la verdad, no podemos conformarnos con la mera presunción, menos con un indicio, aunque se lo haya calificado de grave.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales comprometidos, la revelación de la verdad biológica satisface más integralmente los derechos de todos los involucrados, tanto del hijo como de su madre/padre y demás parientes que gracias a la certeza científica descubrirán los vínculos genéticos que los unen; en caso de exclusión, tendrán la certeza de su inexistencia. Desde lo técnico-fáctico, el desarrollo actual de las pruebas biológicas hace más accesible, menos invasivo y a la vez más certero el proceso y sus resultados.<sup>224</sup> Nuestra opinión, en conclusión, se inclina a la regulación de la obligatoriedad del sometimiento a las pruebas biológicas.

225

El Código Civil y Comercial en el art. 579 mantiene la regla de amplitud probatoria en cuanto a los medios admisibles y en cuanto al impulso en cabeza de las partes y del magistrado. Pero da una solución tibia ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética sobre alguna de las partes, porque obliga a intentar la producción de la prueba con los parientes por naturaleza hasta el segundo grado y

---

<sup>224</sup> No puede perderse de vista el impacto de los previsible avances tecnológicos que se darán en materia de pruebas genéticas (nuevas técnicas, mayor accesibilidad, menores costos, etc)

<sup>225</sup> Confr. Famá, María Victoria y Herrera, Marisa *“La identidad en serio: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación”* Derecho de Familia Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 33, pág 91 *“... no debe perderse de vista el valor educativo que poseen las leyes. En este contexto nos preguntamos si la expresa recepción legislativa de la obligatoriedad de las pruebas biológicas ante la negativa injustificada, por lo general, del demandado en un juicio de reclamación de la paternidad extramatrimonial, no constituiría una herramienta hábil para disuadir conductas nocivas como la que implica la mera negativa ante la existencia de una vía de certeza ineludible como lo es la prueba de ADN”*

sólo si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valorará la negativa como indicio grave en contra del renuente. Las normas sobre prueba previstas en este Título 5 deben integrarse con las del Título 8 dedicado a los procesos de familia. Así, el art. 710 dispone que estos procesos se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. En cuanto a la carga *“recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”*. Sin lugar a dudas, el o la que está en mejores condiciones de probar es quien debe aportar su material genético para determinar la existencia o inexistencia del nexo genético debatido. Creemos que, por aplicación de este principio, el magistrado podrá contar con mejores bases para valorar la negativa injustificada a pesar del texto del art. 579.

Con respecto a la prueba genética post mortem, es positivo que se haya previsto expresamente la admisibilidad de la exhumación del cadáver, pero la regulación es deficiente. En primer lugar, porque se limita al caso de fallecimiento del presunto padre, es decir que se aplicaría sólo en la acción de reclamación de la paternidad. No hay motivo para excluirla en la reclamación de la maternidad o en cualquiera de las acciones de impugnación, cuando ha fallecido quien está emplazado como padre, como madre o como hijo. En segundo lugar, no queda claro si la exhumación del cadáver es un camino subsidiario o una alternativa a la producción de la prueba genética sobre los progenitores naturales del fallecido.

*b) Sobre los caracteres de las acciones de filiación*

Las acciones de filiación por naturaleza son una especie de acciones de estado en virtud del objeto perseguido, y son declarativas, porque reconocen la existencia o inexistencia del nexo biológico. El Código Civil y Comercial reitera los caracteres de las acciones de filiación previstos en el Código derogado: inherencia personal, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad, sin perjuicio de la extinción en la forma y casos establecidos por la ley (arts. 576, 712 y 713) Los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción (art. 576 *in fine* y 712 *in fine*)

*c) Sobre la caducidad*

Para el hijo como actor, tanto en la reclamación como en la impugnación de su filiación, las acciones no caducan. Para los demás legitimados, se ha unificado

el plazo de caducidad en un año, sin perjuicio de que en cada acción el comienzo del cómputo se ajuste a reglas específicas. Como se trata de un plazo convencional, es adecuado que se haya elegido un término único para evitar confusiones. Se trata de un lapso muy breve, justificado por la búsqueda de una consolidación del estado filial determinado, sin que quede indefinidamente sujeto a cuestionamientos.

d) *Sobre el supuesto básico de las acciones en la filiación por naturaleza*

Toda vez que la filiación de una persona no se encuentra determinada conforme a la verdad biológica corresponde una acción judicial para lograr el emplazamiento en el estado que le corresponde –acciones de reclamación- o el desplazamiento del estado que detenta –acciones de impugnación-.

La sentencia que acoge una acción de filiación tiene efectos *expansivos*, porque como resultado del emplazamiento o desplazamiento se determinan o aniquilan mucho más que el vínculo paterno o materno-filial en cuestión. Nacen o se borran múltiples lazos parentales, con las consiguientes repercusiones en los derechos y deberes de otros sujetos que no han sido parte del proceso de filiación en particular.

e) *Sobre la intervención de personas menores de edad, con capacidad restringida o incapaces*

El art. 581 introduce una regla de competencia a favor del actor menor de edad o con capacidad restringida, pues le permite optar entre el juez del lugar donde el accionante tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado. En los demás casos, es competente el juez del domicilio del demandado (art. 720)<sup>226</sup> Se ha omitido el caso del actor declarado incapaz, pero los fundamentos de esta regla de competencia justifican la extensión.

La filiación en debate puede ser la de un niño o adolescente, la de una persona con capacidad restringida o incapaz, o la de un adulto plenamente

---

<sup>226</sup> Debió preverse la solución en un solo artículo, dentro del Título 8 dedicado a los Procesos de Familia.

autónomo para el ejercicio de sus derechos<sup>227</sup>. En los primeros casos habrá una adecuación de las reglas de competencia territorial para facilitarles el acceso a la justicia (art. 720) y de se debe respetar el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta según su grado de discernimiento (art. 707)

Según el art. 706 inc. c), la decisión judicial que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes debe tener en cuenta el interés de estas personas. Entendemos que ese interés está inescindiblemente unido a la determinación de su filiación conforme a la realidad biológica.<sup>228</sup>

## **V- *Análisis de las acciones en particular***

En este apartado analizamos sintéticamente cada una de las acciones de filiación, marcando los siguientes aspectos: el supuesto que habilita la acción, la legitimación activa, la legitimación pasiva, y las cuestiones particulares previstas en las normas que las regulan

### *a) Acciones de reclamación*

Corresponden al hijo o a sus herederos para lograr el emplazamiento cuando el vínculo con la madre o con el padre no se encuentra determinado.

#### *a.1) Reclamación de la filiación matrimonial (art. 582 1º párrafo)*

- Supuesto: procede cuando el vínculo materno/paterno-filial no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Esta situación se planteará toda vez que la maternidad no se encuentre determinada, pues la consecuencia será la falta de operatividad de la presunción de paternidad del cónyuge de la madre. También cuando esté establecido el vínculo materno-filial, si no surge de las constancias registrales que el nacimiento se ha producido dentro

---

<sup>227</sup> Por eso es incorrecto de algunas normas hagan referencia al niño, como el art. 590 cuando dice "... desde que tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo...", o el art. 593 en el mismo sentido.

<sup>228</sup> Ver nuestro trabajo sobre "*Pruebas biológicas en la filiación*" La Ley Boletín del 21 de febrero de 2014, pág 1 –Tomo 2014-A- Editorial La Ley

del período que abarca la presunción de filiación del cónyuge, o no consta la inscripción del matrimonio de los padres.

- Legitimación activa: corresponde al hijo durante toda su vida, por sí o por medio de su representante legal. En caso de fallecimiento del hijo luego de entablar la acción, sus herederos pueden continuar el proceso. Si el hijo fallece sin haberla iniciado, sus herederos pueden hacerlo si el deceso se produjo durante la menor edad o si era incapaz (o con capacidad restringida, aclaramos). Los herederos también gozan de la acción si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, siempre que la entablen antes de expirar el plazo de un año.

- Legitimación pasiva: contra ambos progenitores conjuntamente, o contra sus herederos.

#### *a.2) Reclamación de la maternidad extramatrimonial (arts. 582 y conc.)*

- Supuesto: procede cuando la maternidad no se encuentra determinada conforme las reglas del art. 565 y normas aplicables de la ley de Registro Civil y Capacidad de las Personas.

- Legitimación activa: igual que en la reclamación de la filiación matrimonial

- Legitimación pasiva: contra la presunta madre o sus herederos

- Cuestiones particulares: puede hacerse valer la presunción de vínculo biológico en caso de acreditarse en juicio la posesión de estado (art. 584). Asimismo, pueden fijarse alimentos provisorios a cargo de la presunta madre (art. 586)

#### *a.3) Reclamación de la paternidad extramatrimonial*

- Supuesto: procede cuando la paternidad no se encuentra determinada por el reconocimiento

- Legitimación activa: igual que en la reclamación de la filiación matrimonial. Se suma la previsión específica de acción en cabeza del Ministerio Público (art. 583).

- Legitimación pasiva: contra el presunto padre o sus herederos

- Cuestiones particulares: la regulación de la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial presentaba una serie de particularidades en el régimen

del Código Civil derogado (arts. 255 a 257) que se han mantenido y ampliado en el nuevo Código:

*Niños inscriptos sólo con filiación materna:* el art. 583 reúne las previsiones del art. 255 del derogado Código Civil y de la reglamentación del art. 12 de la ley 26.061.<sup>229</sup> Prevé una intervención sucesiva del Registro Civil y del Ministerio Público en todos los casos en que un niño esté inscripto sólo con filiación materna. Lamentablemente, la deficiente redacción de la norma y el desorden de los párrafos no aportan claridad a una intervención tan importante para favorecer el emplazamiento completo, oportuno y veraz.

El circuito legal involucra al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y al Ministerio Público de Menores, en intervenciones complementarias y decisivas en procura del reconocimiento paterno, y que involucran personalmente a la madre, y eventualmente al varón que ella indique como padre. Lo podemos resumir del siguiente modo:

Al Registro le caben deberes de información y de comunicación. Deber de información, porque al tiempo de la inscripción del nacimiento de un niño sin filiación paterna determinada, la autoridad administrativa debe informar a la madre con relación a la importancia del reconocimiento y las vías para lograr un emplazamiento forzoso, en su defecto; se aprovecha así la oportunidad de la inscripción del nacimiento para asesorar a la madre con vistas a favorecer la pronta determinación de la paternidad y respetar la identidad del hijo, de conformidad con la ley especial<sup>230</sup>. Y deber de comunicación, porque si subsiste la falta de filiación paterna, el Registro debe comunicar la inscripción del nacimiento en tales condiciones al Ministerio Público.

---

<sup>229</sup> Para profundizar el tema remitimos a nuestra publicación titulada “*Prevención de daños derivados de la falta de reconocimiento paterno oportuno y veraz*” MicroJuris, 6-dic-2011, Cita: MJ-DOC-5630-AR | MJD5630. Si bien fue redactada bajo la vigencia del Código Civil, la mayor parte de lo dicho mantiene su actualidad.

<sup>230</sup> Se refiere al art. 12 del Decreto Reglamentario 415/2006 de la Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes: “En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad; que, declarar quién es el padre, le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil...”

Al Ministerio Público le corresponde procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo, para lo cual debe instar a la madre a suministrar, con carácter de declaración jurada, el nombre del presunto padre y toda la información que contribuya a individualizarlo y localizarlo. Esta función involucra una serie de intervenciones. La citación a la madre es el modo más habitual y directo para lograr los objetivos de la intervención. Respecto del carácter de la citación, algunos autores la han juzgado como una invitación sin sanción en caso de incomparecencia o negativa a brindar información<sup>231</sup>, mientras que para otros se trata de una carga pública<sup>232</sup>. El nuevo art. 583 no esclarece el punto; sólo agrega que debe hacerse saber a la madre cuáles son las consecuencias jurídicas de una declaración falsa sobre la identidad del presunto padre.<sup>233</sup> En cuanto a la citación del presunto padre, no se prevén apercibimientos aplicables en caso de ausencia injustificada o renuencia a reconocer, pero la constancia de la presencia del padre alegado ante el Ministerio Público constituye una prueba contundente de que ha sido informado acerca de la paternidad que se le atribuye y que ha tenido la oportunidad de cumplir con su deber de reconocer. Esto tendrá suma transcendencia a la hora de juzgar las consecuencias de la falta de reconocimiento voluntario o del reconocimiento tardío. Estas intervenciones deben completarse con el mayor acceso a la realización de los análisis genéticos, en caso de dudas o incertidumbre acerca de la paternidad de la persona alegada.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup>Méndez Costa, María Josefa, *"La filiación"* Rubinzal-Culzoni Editores 1986, pág. 288, Zannoni, Eduardo y Bossert, Gustavo, *"Régimen legal de filiación y patria potestad"* Editorial Astrea, 1987, pág. 145.

<sup>232</sup> Grossman, Cecilia P. y Arianna, Carlos, *"Hacia una mayor efectividad del art. 255 del Código Civil."*, JA 1992-II, 692; "Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín", prov. de Bs. As., octubre de 1986; Segundas Jornadas Interdisciplinarias de Familia y Minoridad, Colegio de Abogados de Morón, 1991; Velazco, J., *"El art. 255 del Código Civil (Ley 23264) Bases para una correcta operatividad"* JA 1987-I, 827.

<sup>233</sup> Destacamos que, tanto en esta oportunidad como en la entrevista ante el funcionario del Registro Civil, si se cumplen efectivamente, se logra un objetivos de peso: en forma democrática –porque llega a todos los sectores y cualquiera hayan sido las circunstancias del nacimiento de un niño- todas las madres tienen la ocasión de deponer sus intereses particulares y obrar a favor del derecho de sus hijos a un emplazamiento completo.

<sup>234</sup> En algunas jurisdicciones está prevista la cobertura total o parcialmente los costos de la realización de las pericias cuando el proponente de la prueba carece de recursos para afrontarlos. Por ejemplo, la ley 11.326 de la Provincia de Santa Fe (1995), en su artículo 1° establece que *"En los procesos de filiación, la Corte Suprema de Justicia tomará a su cargo el costo total de los estudios de Histocompatibilidad (H.L.A.) y de Inmunogenética (A.D.N.), cuando su realización fuere indispensable para el resultado del juicio, hayan sido ordenados judicialmente y el obligado al pago actúe con beneficio de pobreza o pruebe sumariamente su insolvencia"* A pesar de los términos de la norma, también se cubren costos aún antes de promover el proceso de filiación, tal como lo hemos indicado.

Subsidiariamente, si la intervención anterior ha resultado infructuosa, el Ministerio Público está investido de la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial en representación del hijo. El art. 583 elimina el requisito de la expresa conformidad de la madre que contenía el derogado art. 255 CC y suscitara diversas posiciones en la doctrina y la jurisprudencia; esa exclusión ya había sido propuesta en el Proyecto de Código civil y comercial de 1998<sup>235</sup> Cabe aclarar que el ejercicio de la acción de reclamación por parte del Ministerio Público sólo tendrá lugar cuando la madre o tutor del niño no promuevan la acción; la actuación del funcionario judicial no es sustitutiva de la del representante legal, sino supletoria.

*Posesión de estado:* La relación fáctica paterno filial demostrada por cualquier medio de prueba en un juicio por reclamación de la paternidad extramatrimonial tiene un valor equivalente al reconocimiento expreso. Entendemos que el término “reconocimiento” está utilizado como sinónimo de “admisión”, ya que no existe una total equivalencia de efectos entre el reconocimiento de la paternidad realizado formalmente y la admisión de la paternidad que emana del trato.<sup>236</sup> En el contexto del juicio de reclamación, la posesión de estado funciona como una presunción de paternidad que puede ser desvirtuada mediante la prueba de la inexistencia de nexo biológico.

*Convivencia con la madre en la época de la concepción:* Según el art. 585, la convivencia con la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada. La norma evidencia un esfuerzo de los redactores por evitar las referencias al sexo de quien convive con la madre. Sin embargo, ateniéndonos a los presupuestos de la filiación por naturaleza, la presunción se aplica al varón que convivía con la madre en la época de la concepción, con quién es razonable pensar que tuvo relaciones

---

<sup>235</sup> El Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, en su artículo 558, legitimaba al Ministerio Público para la promoción de la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial sin requerir la voluntad de la madre. El texto propuesto era el siguiente: “*Acción del Ministerio Público. En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe efectuar la comunicación al Ministerio Público de Menores, el que debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto, puede promover la acción judicial correspondiente*”. Acerca de los diversos criterios de la doctrina y jurisprudencia sobre las atribuciones del Ministerio Público en el caso, ver Quadri, Gabriel H, “*El reconocimiento de paternidad en los albores del nuevo milenio*” JA 2006-II-468, punto III. Se ha destacado que sólo facilitando el ejercicio de las acciones de filiación, se garantiza el principio de igualdad ante la ley, y se impide un ejercicio abusivo del derecho a la intimidad -López Faura, Norma y Borgiani, norma H. “*Objetivos y funcionamiento del artículo 255 del Código Civil*” JA 1993-IV, 892-.

<sup>236</sup> Ver nuestro comentario al derogado art. 256 del Código Civil, dada la similitud con la redacción del art. 584 CCC, en *Código Civil Comentado*. Tomo I. Rubinzal Culzoni Editores, 2011



sexuales que dieron origen al hijo. La presunción se desvirtúa por prueba sobre la falta de nexo genético.

*Alimentos provisorios:* Se prevé la fijación de alimentos provisorios durante el juicio o antes de la demanda a cargo del presunto progenitor. Basta la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si los alimentos se determinan con anterioridad a la demanda de filiación el juez puede establecer un plazo para su promoción bajo apercibimientos de cesación de la cuota. (arts. 585 y 664)

*Reparación del daño causado:* El art. 587 consagra expresamente que el daño causado al hijo por falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en las normas sobre responsabilidad civil (art. 1708 y ss)

La omisión del reconocimiento del hijo, en cuanto implica la violación del deber legal de hacerlo, acarrea responsabilidad por daños, conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual aplicables ante el incumplimiento de deberes familiares. La ilicitud emerge de la omisión de reconocer por parte de aquel que conoce o debe conocer su paternidad. Antes de la previsión legal expresa, la doctrina era prácticamente unánime al admitir el deber de indemnizar, y la jurisprudencia había sido acogedora de pretensiones en tal sentido.<sup>237</sup> Según nuestra opinión, el factor de atribución subjetivo de la responsabilidad del padre renuente no nace de su comportamiento ante la demanda de reclamación de la paternidad, sino de su conducta ante el nacimiento de quien es su hijo y él se abstiene –con negativa expresa o simple inacción- de reconocer. El reconocer o no hacerlo no constituye una facultad discrecional del padre, como tampoco se condiciona a la opción de la madre. En ningún caso el respeto a la intimidad del varón o de la mujer puede anteponerse al derecho del hijo a estar emplazado en el estado de familia que le corresponde.

---

<sup>237</sup> Remitimos a lo expuesto en nuestro comentario "*Reconocer antes que Reparar*", en El Derecho Revista de Familia del 13/10/09. Editorial El Derecho. Ver también Medina, Graciela, "*Responsabilidad por falta de reconocimiento de hijo*", en "*Daños en el Derecho de Familia*" Rubinzal-Culzoni Editores, cap. X, p. 119 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "*Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*", LL 1990-A-1; Zannoni, Eduardo A., "*Derecho de Familia*", t. 2, 1998, Ed. Astrea, ps. 397 y ss. Sambrizzi, Eduardo, en "*Daños en el Derecho de Familia*" Ed. La Ley, pág. 175 y ss.; Azpiri, Jorge, "*Daños y perjuicios en la filiación*", en Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n. 20, 2002, Ed. LexisNexis, 2002, p. 31 y ss. Andorno, Luis, "*Responsabilidad civil en materia de genética y filiación*" en Derecho de familia, Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 383. Bidart Campos, Germán, "*Paternidad matrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Un aspecto constitucional*". Ferrer, Francisco A.M. "*Daños en la relación filial: falta de reconocimiento voluntario del hijo*" en Méndez Costa-D 'Antonio-Ferrer. Derecho de Familia, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni editores. 2008, pág. 572 y siguientes.

Aún cuando la acción de reclamación sea promovida por la madre en forma tardía, o cuando sea el hijo mayor quien demande, no se justifica una reducción o liberación de la responsabilidad del padre no reconociente que sabía de su paternidad. Consideramos que la actitud de la madre podrá excluir o moderar la responsabilidad paterna cuando oculte injustificadamente el embarazo y nacimiento, informe falsamente acerca de quién es el padre del hijo engendrado, o cuando haya propiciado el reconocimiento de su hijo por parte de otro varón que no era el padre biológico; pero no por la sola demora en la promoción de la acción de reclamación de la filiación en representación del hijo. Tengamos presente que la acción es el camino a seguir sólo ante la falta de cumplimiento espontáneo del deber que incumbe al padre, y que está obligado a concretar a partir del nacimiento de su hijo, o a partir del conocimiento que tenga acerca de ese nacimiento o de su paternidad.

La previsión legal expresa no excluye la reparación de daños en otros supuestos vinculados con la filiación, como en el caso del reconocimiento falaz o complaciente que obliga a promover su impugnación.<sup>238</sup>

#### *b) Acciones de impugnación*

Corresponden al hijo y a otros legitimados para lograr el desplazamiento cuando el vínculo jurídico materno o paterno no concuerda con la verdad biológica

##### *b.1) Impugnación de la maternidad (art. 588)*

- Supuesto: Procede cuando el nacido figura inscripto como hijo de quien no es su madre biológica. La discordancia entre el nexo biológico y el jurídico puede provenir de la sustitución de parto, cuando se atribuye a la mujer la maternidad de una persona distinta de su hijo, o de la suposición de parto, que se produce cuando se atribuye un hijo a la mujer que no ha dado a luz al tiempo de ese alumbramiento.

---

<sup>238</sup> El varón que teniendo la certeza de no ser el padre formaliza el reconocimiento, hace uso de una vía ilegítima para lograr el emplazamiento filiatorio; a ese reconocimiento lo llamamos falaz, complaciente o de favor. La llicitud emerge de la conducta de aquel que a sabiendas declara la paternidad de un hijo que no es suyo. Un reconocimiento complaciente es un acto basado en la mentira y genera un abanico de consecuencias no deseadas, comenzando por los perjuicios al hijo, que ve vulnerado su derecho a la identidad y limitadas sus posibilidades de acceder al emplazamiento que le corresponde. Genera evidentes daños resarcibles que en modo alguno se verán moderados por las buenas intenciones del reconociente.

- Legitimación activa y pasiva: por la amplitud de sujetos legitimados para impugnar, la construcción de la relación procesal entre actor y demandado/s dependerá de quién ejerza la acción y de la matrimonialidad o extramatrimonialidad de la maternidad atacada. Así, si el actor es el hijo los demandados serán la madre legal, o la madre legal y su cónyuge, Si el actor es el cónyuge los demandados serán el hijo y la madre legal. Si la que acciona es la madre legal el demandado será el hijo, o el hijo y el cónyuge. Si el actor es un tercero con interés legítimo, demandará al hijo y la madre legal, y también al cónyuge si era una maternidad matrimonial.

En cuanto al tercero que invoca interés legítimo, consideramos que debe interpretarse como aquel que demuestra que un derecho suyo, patrimonial o extrapatrimonial, depende de la impugnación del vínculo de filiación.<sup>239</sup>

En caso de que alguno de los demandados hubiese fallecido, la acción de promueve o continua contra sus herederos.

-Caducidad: el hijo puede promover la acción durante toda su vida. Los demás legitimados pueden entablarla dentro del año posterior a la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. Esta segunda variante para el inicio del cómputo del plazo de caducidad es individual, para cada legitimado.<sup>240</sup>

## *b.2) Impugnación de la filiación presumida por la ley (arts. 589 a 592)*

- Supuesto: el camino elegido por el legislador para determinar la filiación matrimonial traslada sus efectos a la formulación del supuesto que habilita la impugnación del vínculo presumido por la ley. El art. 589 lo enuncia así: *“El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por*

<sup>239</sup> Mantenemos la misma interpretación para todos los casos en que está prevista la acción de personas que alegan un interés legítimo.

<sup>240</sup> Se trata de una novedad del Código Civil y Comercial, ya que el art. 262 del Código Civil derogado no preveía caducidad para ningún legitimado (*“La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo...”*).

*la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño”*

Dado que hemos optado por considerar este régimen de acciones como aplicable sólo a la filiación por naturaleza –porque así nos lo indican cada uno de los artículos que descartan la aplicabilidad a la filiación por TRHA- enunciamos el supuesto en estos términos: la acción procede cuando falta el nexo biológico entre el cónyuge y el hijo que la ley presume como suyo.

El nuevo régimen sigue con la formulación diferenciada de tres subespecies dentro de la misma acción: la impugnación genérica, la negación y la impugnación preventiva. Las analizamos por separado, marcando cada uno de sus componentes

*Impugnación genérica* (arts. 589 y 590): tiene por objeto atacar el vínculo con el cónyuge de la madre, si el hijo nació dentro del período que comprende la presunción del art. 566. El objeto de la prueba se centra en la falta de nexo biológico entre el que está emplazado como progenitor por ser el cónyuge de la madre y el hijo.

Desconcierta la referencia del art. 589 al interés del niño como una de las alternativas para fundar la impugnación de la filiación presumida por la ley. Como hemos dicho antes, el interés del hijo sea niño o no, en la filiación por naturaleza debe asociarse siempre al emplazamiento acorde a la verdad biológica/genética.

-Legitimación activa y pasiva: la amplitud de legitimados para esta acción es una de las más trascendentes innovaciones dentro del régimen de filiación por naturaleza. Según quien promueva la acción variarán los demandados. Si demanda el hijo lo hace contra el cónyuge y la madre; si demanda el cónyuge, lo hace contra el hijo y la madre; si demanda la madre, lo hace contra el hijo y el cónyuge; si demanda un tercero que invoca un interés legítimo –el padre biológico, otros hijos del cónyuge, entre otros- debe demandar al hijo, al cónyuge y a la madre.

-Caducidad: el hijo puede demandar durante toda su vida. Los demás legitimados pueden hacerlo dentro del año contado a partir de la inscripción del nacimiento o desde que tuvieron conocimiento de que esa persona no es hija de quien la ley presume como su progenitor. Si fallece uno de los legitimados, sus herederos pueden promover la acción dentro del plazo que comenzó a correr en vida.

-Medios de prueba: todos son admisibles, inclusive la confesional de la madre, pero ésta no es prueba suficiente.

*Negación* (art. 591): procede para atacar la filiación matrimonial si el nacimiento se produjo dentro de los primeros 180 días posteriores a la celebración del matrimonio. Se trata de una acción simplificada con fundamento en que el hijo se presume concebido antes de las nupcias. La negación de la filiación requiere la sola acreditación del matrimonio y del nacimiento mediante los títulos respectivos emanados del Registro Civil.

-Legitimación activa y pasiva: el único titular de la acción es el cónyuge, contra la madre y el hijo.

-Caducidad: opera si no demanda dentro del año contado a partir de la inscripción del nacimiento o desde que tuvo conocimiento de que esa persona no es su hijo/a.

-Defensas oponibles: la negación debe ser desestimada si se demuestra que el cónyuge conocía el embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo. El rechazo de la acción de negación deja a salvo el derecho de promover la impugnación genérica.

*Impugnación preventiva* (art. 592): es el cuestionamiento de la filiación respecto del hijo por nacer. Ataca el vínculo que quedaría establecido legalmente a partir del nacimiento del hijo de la esposa, cuando no exista nexo biológico con el cónyuge.

-Legitimación activa y pasiva: el derecho a accionar es tan amplio como el de la impugnación genérica. Si acciona el cónyuge lo hará contra la madre y el hijo por nacer; si demanda la madre lo hará contra el cónyuge y el niño por nacer; si acciona un tercero que invoque interés legítimo serán demandados la madre, el hijo por nacer y el cónyuge. Se ha eliminado la carga de acreditar la verosimilitud de la pretensión impugnatoria que establecía el derogado art. 259 CC para el marido.

-Caducidad: aunque el artículo no lo dice, esta impugnación preventiva sólo puede ejercerse antes del nacimiento del hijo.

-Efectos de la sentencia: si se acoge la impugnación, al nacer el hijo no se presume la filiación del cónyuge.

### *b.3) Impugnación del reconocimiento (art. 593)*

- Supuesto: Procede ante la falta de nexo biológico entre el reconociente y el reconocido

- Legitimación activa y pasiva: el hijo es titular de la acción contra el reconociente; el tercero que invoque interés legítimo debe accionar contra el hijo y contra el reconociente.

La norma no menciona expresamente al reconociente. Consideramos que la impugnación ejercida por quien ha sido el sujeto de este acto jurídico unilateral sólo debe ser admitida cuando confluyen dos extremos: la inexistencia de nexo biológico entre él y el reconocido, y el vicio de su consentimiento al otorgar el acto de reconocimiento. Es decir, quien ha otorgado un acto formal por el cual declaró su paternidad respecto de otra persona puede atacar el acto si alega y prueba que su consentimiento estuvo afectado por error o dolo –respecto de su paternidad o de la identidad del reconocido- o actuó bajo violencia para admitir una paternidad que sabía que no era real. Por el contrario, si fue sometido a violencia o fue víctima de engaño para obligarlo o persuadirlo de admitir su paternidad, y ésta es real, la filiación determinada por el reconocimiento no puede ser aniquilada. La solución contraria lleva a un disvalioso resultado: procedería la impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento y se obligaría al hijo a reclamar la filiación extramatrimonial contra el triunfante de la acción anterior.<sup>241</sup>

- Caducidad: la acción del hijo puede ser entablada durante toda su vida. Los demás legitimados deben hacerlo dentro del año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que conocieron que esa persona no era hija del reconociente.

## **VI- Acciones de filiación y las otras fuentes del vínculo**

### **a) Acciones y Filiación adoptiva**

El nuevo Código ha puesto el acento en el derecho a la identidad del adoptado, que está definido como uno de los principios que rigen el instituto de la Adopción (art. 595 inc b). El derecho a la identidad tiene dos manifestaciones concretas relativas a la legitimación del adoptado para accionar:

---

<sup>241</sup> Ver nuestro comentario al derogado art. 263 del Código Civil, dada la similitud con la solución del art. 593 CCC, en *Código Civil Comentado*. Tomo I. Rubinzal Culzoni Editores, 2011

### *a.1) Acción autónoma para conocer los orígenes*

El art. 596 prevé la legitimación para el ejercicio de una acción autónoma para conocer los orígenes a partir de los 13 años, con asistencia letrada, para todo hijo adoptivo cualquiera sea el tipo de Adopción. En cuanto a los efectos, la diferencia entre esta acción y las acciones de filiación admitidas tanto en la Adopción simple como la plena, es que la primera no modifica el estado de filiación de origen; es decir que aunque como resultado de la acción promovida se demuestre la existencia o inexistencia de un lazo biológico determinado, el emplazamiento de origen no se modificará. La admisión de esta acción, en consecuencia, no excluye la legitimación para las acciones de filiación, según sus normas.

Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción autónoma encuentra limitaciones en virtud de la falta de obligatoriedad o apercibimientos contra aquellas personas que deben prestar colaboración en la investigación de los orígenes – testimoniales, exhibición o reconocimiento de documental, realización de pruebas genéticas-.

### *a.2) Acciones de filiación por naturaleza*

La Adopción no limita la legitimación del hijo para el ejercicio de todas las acciones relativas a su filiación de origen<sup>242</sup>. La innovación del Código Civil y Comercial está en abandonar la prohibición presente en el régimen anterior para el caso de adopción plena (art. 327 Código Civil). En su lugar, el adoptado pleno mantiene su legitimación para reclamar la filiación contra sus progenitores y éstos pueden reconocerlo voluntariamente. Si el vínculo de origen quedara determinado por esas vías, los efectos de la adopción no se alteran pero nacen derechos alimentarios y sucesorios para el adoptado (art. 624). Cuando la adopción es simple, se admite el ejercicio de las acciones por parte del hijo, como así también el reconocimiento por parte de sus progenitores, sin que tales emplazamientos alteren los efectos de la adopción (art. 627).

---

<sup>242</sup> Aunque los arts. 624 y 628 parecen referirse sólo a las acciones de reclamación contra los progenitores de origen, no hay razón para negar el ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación biológica a pesar de la adopción.

b) *Acciones y Filiación por voluntad procreacional*

El art. 577 sienta la regla de inadmisibilidad de la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, con independencia de quién haya aportado los gametos. Tampoco es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial. A su vez, cada uno de los artículos que regula las acciones de reclamación e impugnación en particular reitera, en un último párrafo redundante, la inaplicabilidad de la solución legal “...en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código, la Comisión redactora destaca que “... el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”.<sup>243</sup> Según la Comisión, la prohibición se justifica en la teoría de los actos propios: “Por aplicación de la teoría de los actos propios, son inadmisibles las acciones de filiación (impugnación o reclamación) por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida”. La solución parece razonable, aunque marcamos que la referencia a las acciones de “reclamación” es incorrecta, porque éstas sólo corresponden al hijo –o sus herederos- y nunca a los progenitores. Pero ¿cuál es la razón de la prohibición de accionar para el hijo? Los Fundamentos del Anteproyecto se limitan a decir “A su vez, la persona nacida de estas prácticas no tiene acción contra quien aportó el material genético, mas no tuvo voluntad procreacional.” Y amplían luego: “La reforma regula otra cuestión que se deriva del uso de gametos de terceros, como es el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas; doctrina y jurisprudencia derivan el derecho a conocer los orígenes de la noción de

---

<sup>243</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2012. Edición de Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 491.



*identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina”* aunque la limitada regulación del derecho a la información previsto en los artículos 563 y 564 no son una respuesta adecuada.<sup>244</sup>

La restricción del derecho a la identidad de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, analizado en el marco de total reconocimiento del derecho a la identidad para los hijos concebidos naturalmente, incluso para los que hayan sido luego adoptados simple o plenamente, no supera el test de constitucionalidad. Con la perspectiva constitucional-convencional que nos impone el nuevo Código desde su Título preliminar, la limitación de derechos para algunas personas basada en las circunstancias de su concepción es inadmisibile. Lamentablemente, la restricción legal obligará a saltar la valla prohibitiva caso por caso, hasta tanto se adecuen las normas internas a las constitucionales, a través de una reforma legal.

Publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Editorial La Ley, Año VII n° 9 Octubre de 2015. p. 20

---

<sup>244</sup> *Fundamentos...* pág. 491 y 492. Sobre la degradación del derecho a la identidad en el Proyecto remitimos a nuestro trabajo *“Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra”*. MicroJuris 11 de marzo de 2013. Cita MJ-DOC-6195-AR | MJD6195. Ver también nuestro trabajo *“Régimen de Filiación: pautas para la creación de un modelo argentino”* Derecho de Familia y de las Personas, Junio 2013, pág 22. Editorial La Ley.

## EL DERECHO DEL NIÑO A SU VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS<sup>245</sup>

**Ursula C. Basset**

Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular con Dedicación Especial a la Investigación Universidad Austral. UCA. Directora del Departamento Interdisciplinario en Investigaciones en Familia (UAustral). Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de Familia, UCA.  
Universidad Austral, Pontificia Universidad Católica Argentina

**Resumen:** El artículo aborda la aplicación del estándar de la vida privada y familiar a la niñez en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aboga por un discernimiento de las marcas distintivas y culturales del sistema interamericano en comparación con otros sistemas regionales de derechos humanos. La identidad latinoamericana en materia de derechos humanos provee una gramática única, que recontextualiza al individuo en un rico plexo de relaciones familiares, sociales, comunitarias, transgeneracionales, proveyendo así una narrativa valiosa a la hora de abordar los derechos de la niñez, especialmente de la niñez en situación de vulnerabilidad o desamparo.

**Palabras claves:** Niñez – Vida familiar – Derechos Humanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos

### 0. La gramática de la vida privada familiar en el sistema interamericano de derechos humanos

---

<sup>245</sup> Como citar este artigo: BASSET, Ursula C. El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, p. 201/225.

El estudio que sigue a continuación procura explorar la aplicación del estándar de la vida privada y familiar a la niñez, en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es un buen punto de partida recordar, desde el comienzo, cuál es el marco normativo que inspira la jurisprudencia de la Corte, que es netamente diferenciado de otros sistemas regionales de derechos humanos, notablemente, el europeo.

El sistema interamericano de derechos humanos contiene una pluralidad de referencias a la familia y la niñez, que no tiene parangón alguno con el sistema europeo, revelando así posiblemente una matriz cultural latinoamericana muy distinta entre uno y otro continente. Mientras que el sistema europeo prevé en su art. 8.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) un derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, derecho que originariamente se formuló como deber de abstención de injerencia arbitraria por parte del Estado en la vida privada, que es el marco conceptual del artículo 8 CEDH, la Corte rápidamente evolucionó a una interpretación positiva del estándar, que fue progresivamente entendida como un deber de protección y promoción de las elecciones de vida familiar que permitieran establecer una familia<sup>246</sup>. La evolución de la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en torno a dicho estándar, fluyó entonces acompañando una diversificación de elecciones individuales de la que emergen diversos estándares de protección.<sup>247</sup> El filtro obligado de la privacidad coloca a la familia en el marco de las elecciones individuales, y se transforma en un prisma que fragmenta la vida familiar en una diversidad de manifestaciones según la autonomía privada. Esa autonomía admite restringidas limitaciones: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. (Art. 8,2 CEDH)

---

<sup>246</sup> Bien que, según surge de los debates previos a la aprobación de la CEDH, la apertura a la interpretación positiva de la obligación de protección estaba implícita. Cfr. William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary* (OUP, 2015), 1814 y ss.

<sup>247</sup> Hugues Fulchiron, “Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo”, *La Ley* (2014), B, 875.

Si se compara este abordaje de la vida privada y familiar con el del sistema interamericano, las diferencias saltan rápidamente a la vista. En primer lugar, “familia” es un concepto que en el contexto del sistema europeo aparece sólo una vez, y precisamente, encerrada en el marco de la “privacidad” que protege el Art. 8 de la CEDH, cuyo sentido prístino es, precisamente, negativo. En tanto, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ofrece un panorama diametralmente distinto. La palabra “familia”, de entrada, aparece mencionada ocho veces en el texto de la Convención y bajo un signo muy distinto. Si bien es verdad que la primera mención de la vida privada y familiar se enmarca en un contexto semejante al Art. 8 CEDH (vida privada y familiar), la acuñación latinoamericana, especialmente la versión en español transmuta el significado. Ya no se trata de la protección a la vida privada y familiar, sino que se trata más bien de la “Protección de la Honra y de la Dignidad”. Simbólicamente, el encuadrar el mismo estándar bajo una óptica tan distinta dice mucho sobre la vivencia latinoamericana de dicho estándar (al menos a la época de su formulación). El ataque a la privacidad familiar (Art. 11.2-3, CADH) es el reverso del deber de tutela de la honra y la dignidad (Art. 11.1, CADH). No tutelar la privacidad familiar, es así presentado, en la narrativa de los derechos humanos en el marco de la convención, como un ataque a la dignidad humana. Se explica también por eso, que las excepciones que justificarían una interferencia en dichos derechos sean mucho más limitadas en el sistema interamericano que en el europeo: ningún ataque ilegítimo, abusivo o arbitrario es admisible.

Aun con esa fuerte inherencia de la dignidad y la privacidad familiar, la CADH consagra un artículo específico a la protección de la familia. Se trata de una neta presentación positiva, que ya no se enmarca bajo el techo de la privacidad. La familia se presenta como una entidad merecedora de derechos y protección por parte del Estado, en una afirmación llamativa, si se la contrasta con el sistema europeo. La densidad que cobra así la familia es completamente otra. El Art. 17 sostiene que:

- “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la

medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Es verdad que la Convención enmarca el derecho a contraer matrimonio dentro de la protección de la familia, a diferencia del sistema europeo que secciona ese derecho y lo trata separadamente en el Art. 12 CEDH, sin mención alguna, por otra parte, a la noción de familia. También en este abordaje, en la opción de contextualización “familiar” del derecho a casarse se respira una idea de protección de la vida familiar que es diferente -en término de valores y cultura- a la que ofrece el sistema europeo. Se perfila una verdadera identidad latinoamericana en materia familiar, que, a nuestro juicio, no acaba de ser suficientemente puesta en valor por la jurisprudencia de la Corte IDH, pronta a veces a recurrir a estándares de interpretación europeos, sin advertir suficientemente la riqueza profunda de la identidad latinoamericana en materia de derechos humanos en contexto de familia y niñez.

La protección de la niñez en el contexto familiar aparece doblemente consagrada, tanto en el Art. 17,4 como en el Art. 19 CADH. El Art. 17,4 contenga lo que tal vez sea la formulación más tajante en materia de protección de los derechos individuales de los niños en el marco de la ruptura familiar en cualquier sistema internacional o regional de derechos humanos. La Convención dice que “en caso de disolución” del matrimonio, se adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos “sobre la base única” del interés y conveniencia de los hijos (no es mejor interés, ni siquiera interés superior del niño, sino la “única base” de determinación a considerar). El Art. 19 obliga no sólo al Estado, sino a la familia y a la sociedad toda a proveer las medidas de protección necesarias para el niño.

El Art. 32 provee una gramática única: el individuo pasa de acreedor a la vida familiar a ser deudor de ella. La matriz individualista de análisis que provee el Art. 11 CEDH se revierte completamente. La familia no sólo resulta acreedora de protección, en tanto que institución, sino que además el individuo -que en el sistema europeo es quien tiene los derechos subjetivos a la vida familiar- pasa de acreedor a deudor:

“Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

El Art. 32 CADH ofrece la gramática de la correlación entre deberes y derechos, e inscribe en ella la dimensión social y familiar del individuo. El individuo está obligado hacia su comunidad, su familia, a la humanidad en general, en una presentación de

Finalmente, el marco conceptual del derecho a la vida familiar se proyecta sobre la prohibición de suspensión de dicha garantía en las hipótesis de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la seguridad o independencia del Estado parte (Art. 27,2, CADH).

## 0. **Todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida**

Curiosamente, el primer precedente trascendente en materia de aplicación del estándar de “vida privada familiar” a la niñez es precisamente el caso de niños en los que la vida familiar se encuentra menguada, probablemente reducida a su mínima expresión. Se trata del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”<sup>248</sup>. Se trata de niños en situación de calle, entre los cuáles había un mayor de edad y tres adolescentes, que, en virtud de una enemistad, son torturados y asesinados. En el crimen interviene un oficial miembro de las fuerzas de seguridad.

---

<sup>248</sup> Corte IDH, “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, 19/11/1999.

Merece la pena encabezar este estudio con el fallo “Niños de la Calle”, no sólo por ser el primer fallo relevante en materia de niñez emitido por la Corte IDH, sino también porque refleja el reverso del derecho estudiado: vale decir, la privación de la vida familiar. Estar “en la calle” es lo contrario del hogar. La Corte entiende que:

“Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” (Conv. Derechos del Niño, preámbulo, párr. 6), a pesar de que todos niños tienen derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta con su propia vida”<sup>249</sup>.

La Corte IDH refiere la necesidad de precisar los alcances de lo que se denomina “medida de protección” en el Art. 19 de la Convención Americana, que es el que garantiza los derechos de la niñez, entendiendo que entre las medidas que el Estado está obligado a tomar en beneficio de la niñez deben resaltarse en especial las de “asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de supervivencia y desarrollo del niño, al derecho a un nivel adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”<sup>250</sup>.

Es así que el punto de partida de este recorrido empieza forzosamente con un bemol. Niños y adolescentes tienen necesidad de una familia para desarrollarse plena y armoniosamente, y el Estado, en caso de falta de cuidados parentales, debe redoblar su acompañamiento y asistencias especiales para procurar un ámbito digno al niño y correspondiente a las necesidades.

## **1. De los niños de la calle al derecho a la familia: el fortalecimiento familiar y comunitario como garantía estatal**

---

<sup>249</sup> Ibid., par. 191.

<sup>250</sup> Ibid., par. 196.

En el año 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CADH) produjo el informe *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*<sup>251</sup>.

Así, en el prólogo, se señala que “La CDN y la Declaración y Convención Americanas, atribuyen a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado y bienestar y protección de los niños, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en las primeras etapas de la vida”. Es así que el Estado queda obligado a propiciar y promover un apoyo adecuado a las familias. Para eso, se entiende necesario fortalecer el entorno familiar y comunitario del niño. El informe se refiere, como en general, a la familia biológica.

En este sentido, se apunta el informe *Hacia un mundo sin violencia*, basado en una encuesta mundial sobre la violencia contra los niños, presentado en 2006 por el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños<sup>252</sup> y las *Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños* del año 2009<sup>253</sup>, se propone el desarrollo de una estrategia preventiva, a fin de garantizar el derecho de que los niños puedan ser cuidados y criados en un entorno familiar, lo que se asocia con una vida libre de violencia.

Detengámonos un instante en las *Directrices*, aunque se enmarquen en el sistema ONU, para luego pasar al informe temático regional. Las directrices reclaman:

a) *Apoyar esfuerzos para que la familia biológica* pueda ejercer la guarda y, en caso de ser imposible, sus familiares cercanos (en su defecto, adopción o kafala)<sup>254</sup>. La separación de la familia debe ser una decisión de última razón (“principio de necesidad”<sup>255</sup>). Nunca la pobreza puede constituir un motivo de separación de los padres o en su caso que se mantengan las

<sup>251</sup> CADH, UNICEF, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas* (Washington: 2013), v

<sup>252</sup> Puede consultarse en: [http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia\\_un\\_mundo\\_s\\_in\\_violencia\\_booklet.pdf](http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia_un_mundo_s_in_violencia_booklet.pdf)

<sup>253</sup> Accesible en: [https://www.crin.org/en/docs/Espanol\\_Directrices\\_aprobadas\\_CDDHH.pdf](https://www.crin.org/en/docs/Espanol_Directrices_aprobadas_CDDHH.pdf)

<sup>254</sup> Directriz 3.

<sup>255</sup> Según el documento Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland, Servicio Social Internacional, Oak Foundation, Aldeas Infantiles SOS Internacional y UNICEF, *Moving Forward. Implementing the Guidelines*, 2012, <http://www.alternativecareguidelines.org/Portals/46/Moving-forward/Moving-Forward-implementing-the-guidelines-for-web1.pdf> (Consultada 24 de agosto de 2017)



relaciones fraternas. En todos los casos debería velarse por el principio de no separación de hermanos<sup>256</sup>. Las separaciones de la guarda deberían ser revisadas periódicamente.

b) Velar por que, en el *entretiempo hacia soluciones permanentes*, los niños puedan continuar su desarrollo integral y armonioso en formas de acogimiento alternativo (no institucionalizado).

c) Alentar a los gobiernos a asumir obligaciones relativas al fortalecimiento y apoyo familiar<sup>257</sup>

d) Especialmente, debe fortalecerse el *apoyo a hogares de riesgo*, como los que presentan algún tipo de discapacidad, droga-dependencia, alcoholismo, familias indígenas que pueden padecer discriminación, minorías y familias en zonas de conflicto armado u ocupación extranjera.

e) Especialmente, atender la *situación de niños que han sido víctimas* de abusos y explotación, abandonados, en situación de calle, nacidos fuera del matrimonio, no acompañados y separados, desplazados, refugiados, hijos de trabajadores migrantes, solicitantes de asilo y con VIH/SIDA.

f) Trabajar con la sociedad civil y ONG's

g) Los acogimientos alternativos<sup>258</sup> deberían mantener *cercanía con la residencia habitual*, a fin de facilitar contacto con la familia y minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social<sup>259</sup>

h) Debe propenderse a la *estabilidad* del hogar alternativo, con vínculo continuo y seguro<sup>260</sup>.

i) Debe evitarse que las instituciones alternativas de acogimiento tengan finalidades de promoción política, religiosa o económica<sup>261</sup>.

j) Sin embargo, la modalidad religiosa y cultural puede ser de interés para proteger una continuidad de las prácticas religiosas y culturales del niño<sup>262</sup>.

k) El acogimiento residencial debe ser excepcional. Sobre todo, tratándose de niños de corta edad (menos de tres años<sup>263</sup>). En todos los casos deben preverse estrategias de acogimiento de emergencia, a corto y a largo plazo<sup>264</sup>. Se exhorta a realizar un *triage* ("principio de idoneidad"<sup>265</sup>) y un plan del acogimiento. Luego, revisiones periódicas.

l) Deberían *diseñarse dispositivos adecuados para la toma de decisiones en relación a niños en acogimientos alternativos*.

---

<sup>256</sup> Directriz 16.

<sup>257</sup> Directriz 3.

<sup>258</sup> Por acogimiento alternativo se entiende el hecho por familiares, en hogares de guarda, en formas de acogida familiar o similar o residencial no familiar (centros de tránsito, hogares).

<sup>259</sup> Directriz 10

<sup>260</sup> Directriz 11

<sup>261</sup> Directriz 19

<sup>262</sup> Directriz 74

<sup>263</sup> Directriz 21

<sup>264</sup> Directriz 53

<sup>265</sup> Según *Moving forward...*, cit. p. 67 y s.

m) Debe tenderse a una *estrategia global de desinstitucionalización*<sup>266</sup>.

Las *Directrices* instan a los Estados a afrontar las causas fundamentales del abandono de niños, la renuncia a la guarda y la separación del niño de su familia. Los Estados “deberían elaborar y aplicar políticas coherentes y mutuamente complementarias orientadas a la familia con objeto de promover y reforzar la capacidad de los padres para cumplir sus deberes de cuidado de los hijos”<sup>267</sup>. Entre ellos se sugieren:

- a) Servicios de mejora del medio familiar (educación parental, técnicas de solución de conflicto y en general, empleo e ingresos genuinos)
- b) Servicios de apoyo social como guardería, mediación, servicios para padres e hijos con discapacidad, con combinación de recursos entre comunidad y cuidador
- c) Políticas de acompañamiento a jóvenes.

Deben promoverse acompañamientos a adolescentes embarazadas y progenitores adolescentes, métodos y técnicas complementarios de apoyo familiar, como visitas domiciliarias, asunción de compromisos, grupos con otras familias, fortalecimiento de vínculos intrafamiliares, etc.

Sobre la base de estos antecedentes, y a fin de prevenir y evitar la violencia, la trata y otras formas de vulnerabilización de la niñez, la CADH entiende, entre otras cosas, que es prioritario el “fortalecimiento de las familias en sus funciones parentales”<sup>268</sup>. Resulta indispensable un marco jurídico adecuado para “fortalecer las capacidades de la familia como ámbito primario de protección”. En ese sentido resulta indispensable diseñar e implementar políticas públicas, programas y servicios para la familia para “ser cuidado y criado por su familia de origen”. Se insta a los Estados partes a “identificar y considerar adecuadamente los factores sociales, culturales y económicos que subyacen a las limitaciones de las capacidades de las familias para la crianza y cuidado de los hijos”. Se sugiere crear programas y servicios de asesoría y apoyo a los futuros padres y madres, sobre todo si son adolescentes, para que “ejerzan sus funciones parentales en condiciones de

---

<sup>266</sup> Directriz 22

<sup>267</sup> Directriz 32

<sup>268</sup> CADH, El derecho del niño y la niña..., p. 264

dignidad”, sobre todo, facilitando las condiciones de las adolescentes embarazadas para que tengan el apoyo necesario para continuar sus estudios.. El eje familia-trabajo es uno de los asuntos primordiales a atender<sup>269</sup>.

## **2. Deber de tomar medidas negativas (no interferencia) y positivas (protección) de la vida privada y familiar**

Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte IDH ha entendido que la vida privada familiar se conjuga en términos de no interferencia en la privacidad, pero también de protección y promoción del desarrollo de la vida familiar. Así, en el caso “Rochac Hernández vs. El Salvador”, ha sostenido que:

“Así, puede notarse que, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”<sup>270</sup>

## **3. El disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos**

La Corte ha entendido en numerosa jurisprudencia que el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos forma parte de la vida familiar y debe ser garantizado por el Estado. Es de esta noción que surge el deber de reunificar a las familias<sup>271</sup> y de evitar la separación del entorno familiar<sup>272</sup>.

<sup>269</sup> CADH, El derecho del niño y la niña..., p. 255

<sup>270</sup> Corte IDH, Caso “Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, 14/10/2014, párr. 107. En el mismo sentido: Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 188. <sup>270</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, párr. 106. Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 46. Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 169.

<sup>271</sup> “Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.”, Corte IDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 190.

Así, en el caso “Vélez Restrepo” la Corte afirmó:

“La Corte también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. El Tribunal también ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana.”<sup>273</sup>

#### 4. La separación del entorno familiar como causal de vulnerabilización

La separación del niño de su familia implica, para la Corte, una violación del Art. 17 de protección de la familia, lo que constituye un derecho para los niños. Así ha dicho que: “En relación con el derecho a la familia la Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana”<sup>274</sup>.

La Corte IDH advierte que los niños privados del entorno familiar están sujetos a una vulnerabilidad agravada. En este sentido, junto con la problemática de los niños de la calle, piensa también en los niños institucionalizados o privados de la libertad<sup>275</sup>, desplazados<sup>276</sup> o los que son víctima de secuestro o sus padres son secuestrados, refugiados<sup>277</sup>, migrantes<sup>278</sup>, en el marco de un conflicto armado<sup>279</sup>, o víctimas de desapariciones forzadas.

##### a) **Obligaciones del Estado de prevenir toda separación de la familia**

---

<sup>272</sup> “En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 77.

<sup>273</sup> Corte IDH, Caso, “Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia”, 3/9/2012, párr. 225. También en Corte IDH, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, 4/9/2012, párr. 145.

<sup>274</sup> Corte IDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 187

<sup>275</sup> Corte IDH, Caso “Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay”. 2/9/2004

<sup>276</sup> Corte IDH, Caso “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, 30/11/2012.

<sup>277</sup> Corte IDH, Caso “Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia”, 25/11/2013

<sup>278</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014

<sup>279</sup> Corte IDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, 20/11/ 2013.

En el caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”<sup>280</sup> la Corte sostuvo que “...la desintegración familiar repecutió de manera notable en la condición de los menores”. En el caso “Contreras y otros vs. El Salvador”<sup>281</sup> sostuvo que entre las medidas de protección de la niñez a las que obliga el Art. 19 de la CADH se encuentran las que obligan a tomar “medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas”<sup>282</sup> (en el caso se trata de un secuestro de un niño, pero la aplicación a los trabajadores migrantes resulta evidente). O también, en el caso “Fornerón vs. Argentina”, la obligación de tomar medidas necesarias para “impedir la ‘venta’ de niños cualquiera sea su fin o forma”:

“El texto resulta claro en afirmar que el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para alcanzar el fin de impedir toda venta de niños; es decir, no puede optar entre las distintas medidas, sino que debe impedir la “venta” de todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la ‘venta’ de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin”<sup>283</sup>.

Notable resulta la opinión de la Corte, que invirtiendo los términos, afirma la inconveniencia de la prisión de los familiares migrantes indocumentados que tuvieran a su cargo el cuidado de niños:

“Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia.”<sup>284</sup>

#### ***b) Separación de la familia y compromiso al ejercicio de los demás derechos fundamentales***

<sup>280</sup> Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, par. 167. 25/5/2010. En el mismo sentido: Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, 24/8/2010, párr. 261

<sup>281</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 201, pár. 107

<sup>282</sup> Ver también: Caso “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia” , 30/11/2012, párr. 238

<sup>283</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”, 27/4/2012, parr. 139

<sup>284</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014. Párr. 158

Especialmente significativo, en una hipótesis de desaparición forzada, resulta el caso de Macarena Gelman. Macarena Gelman había nacido en cautiverio y fue separada tempranamente de su madre, de la que se desconoce aún hoy el paradero. La Corte entendió que la privación de las relaciones familiares impedía el ejercicio de los demás derechos, toda vez que la autonomía se adquiere por medio de las relaciones familiares, entendiendo por “familia” a la familia biológica. Así:

“En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.”<sup>285</sup>

Así entendido, el daño de privar a un niño de su entorno familiar para su desarrollo, sobre todo si ocurre en la primera infancia, impediría la libertad y el ejercicio de la autonomía personal. En el mismo sentido, “Atala Riffo Vs. Chile”, un año más tarde<sup>286</sup>.

De manera más enfática, en el caso de los niños migrantes, la Corte ha alertado sobre las implicancias que puede tener en exponer a los niños a la trata, a la explotación y los malos tratos<sup>287</sup>.

### **c) Separación de la familia y derecho a la vida**

Tal vez, la formulación más dramática del impacto de la separación del niño de su familia haya sido la que aparece en el caso “Gelman vs. Uruguay” en que la Corte sostiene que la separación del niño de su familia no gravita ya en el pleno ejercicio de su libertad, sino más directamente en el derecho a la vida:

<sup>285</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 129.

<sup>286</sup> “Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. “ Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 68 y 199. En el mismo sentido: Caso “García y Familiares Vs. Guatemala”, 29/11/2012, párr. 183.

<sup>287</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 91.

“Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo.”<sup>288</sup>

La privación de la vida familiar afecta el pleno desarrollo de un niño, y por lo tanto compromete la plenitud de su derecho a la vida. Conceptos semejantes se derivan del caso “Contreras y otros vs. El Salvador”<sup>289</sup>.

#### **d) Separación de la familia y derecho a la integridad personal**

En “Contreras vs. El Salvador” la Corte entiende que la sustracción y separación de padres y familiares supuso una afectación a la integridad psíquica, física y moral, así como a la dignidad, sometiendo a los niños (en particular, como en el caso, en conflictos armados) a una “situación de particular vulnerabilidad”<sup>290</sup>.

### **5. Vida privada familiar entendida como fortalecimiento familiar**

En líneas generales, y en línea con la jurisprudencia que antecede, la Corte ha entendido que la garantía de los derechos del niño va de la mano de la protección y fortalecimiento de la familia que integran. Así lo ha dejado asentado en su Opinión Consultiva 17/02 sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*:

“La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la

<sup>288</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 130

<sup>289</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 90: “En lo que se refiere al artículo 4.1 de la Convención Americana, la Corte ha considerado que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida”.

<sup>290</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 85-6

personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.”<sup>291</sup>

En realidad, la necesidad de fortalecer a la familia se incrementa proporcionalmente a la situación de riesgo o vulnerabilidad que esa familia exhiba. Así expresa nuevamente la OC 17/02:

“En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”<sup>292</sup>

La Corte ha sido igualmente sensible al fortalecimiento familiar en varios contextos. En materia de prevención de delincuencia juvenil, ha sostenido por ejemplo: “...y que implementen (los Estados parte) un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán (...) brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias”<sup>293</sup>. Ideas semejantes se vierten respecto de la niñez en el marco de conflictos armados<sup>294</sup>.

La Corte entiende que “el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el Art. 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párr. 53

<sup>292</sup> Ibid. Párr. 66.

<sup>293</sup> Corte IDH, Caso “Mendoza y otros Vs. Argentina”, 14/5/2013, parr. 150.

<sup>294</sup> Corte IDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia”, 20/11/ 2013, párr. 327.

<sup>295</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 125.



## 6. Qué es vida privada familiar y cómo se forma

La Corte IDH entiende primordialmente que la vida privada familiar es la que se conforma entre los hijos y su familia biológica o de “origen”. El principio biologicista lleva a la protección preferente de la vida privada familiar fundada en vínculos de naturaleza biológicos, en los que, sin embargo, aún no se ha problematizado o confrontado la diferenciación entre vínculo biológico y vínculo genético.

En cambio, implícitamente hay una protección de la vida familiar del niño, aún con origen ilícito, si esa vida tiene características de estabilidad e integración que hagan pensar que, desarticularla, podría ser contrario al interés del niño.

En esta última línea, en el Asunto “L. M. respecto Paraguay”, la Corte sostuvo la necesidad de la “diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades” en la intervención en asuntos en que hay niños involucrados. El menor L. M. había sido entregado al nacer por sus padres biológicos, que luego buscaron recuperar la responsabilidad parental o patria potestad sobre ellos. La Corte sostuvo:

“En atención a lo anterior, el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos (...) puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver negativa y perjudicial para los intereses del niño L.M, cualquier decisión en contrario.”<sup>296</sup>

La misma posición sostuvo la Corte IDH respecto de la Argentina en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”:

---

<sup>296</sup> Asunto L.M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2011, párr. 18.

“Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”<sup>297</sup>.

## 7. La identidad familiar, una parte de la vida privada

Especial interés reviste el concepto de “identidad familiar” al que la Corte IDH suele hacer referencia. La Corte entiende la identidad como un derecho que se teje bajo el amparo del derecho a la vida privada, y entiende que dicho derecho es un concepto relacional.

Así, en “Gelman vs. Uruguay” la Corte se refiere específicamente al concepto<sup>298</sup>, entendiendo además que hay una “identidad verdadera” (la biológica) y una falsa. El derecho a la identidad incluye el derecho a las relaciones de familia<sup>299</sup>.

También en el caso “Contreras vs. El Salvador” la identidad se asocia a recuperar los vínculos familiares. En dicho fallo, la identidad se define como:

“Al respecto, la Corte ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa. En su artículo 8.1 señala que “[l]os 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”. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado

<sup>297</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 52.

<sup>298</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 131

<sup>299</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 130

a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee “un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares”<sup>300</sup>.

Preservar la identidad, en especial la identidad familiar, es un derecho del niño. En esa dirección va el muy citado párrafo 123 del Caso “Fornerón vs. Argentina”:

“Finalmente, la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que “[l]os 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”. 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 forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.”<sup>301</sup>

Es de remarcar que la identidad familiar se extiende no sólo a las relaciones actuales, sino también al patrimonio genético y a los ancestros que forman parte del derecho a la identidad familiar del niño.

El derecho a la identidad familiar se traduce en un derecho a la registración<sup>302</sup> de dicha identidad, que la Corte IDH ha reconocido profusamente como fundante del acceso a los derechos que surgen de la nacionalidad y que permiten ejercer los derechos civiles y políticos.

La identidad familiar<sup>303</sup> también se proyecta sobre los derechos del niño a vivir según su propia cultura, especialmente en las etnias indígenas<sup>304</sup>.

---

<sup>300</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 112

<sup>301</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 123

<sup>302</sup> Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. 28/8/2014, párr. 274.

<sup>303</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 89 y 112

## 8. La diversidad de familias

No cabe duda que en el derecho contemporáneo, el concepto “familia” ni se circunscribe a modelos imperativos ni tiene una definición neta. Abarca una diversidad de expresiones, que son recogidas en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En primer lugar, la Corte entiende que “familia” es “principalmente su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado”<sup>305</sup>.

Familia, para la Corte, abarca también la “familia ampliada”. La Corte señala que “no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse a 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”<sup>306</sup>.

La “cercanía” de los lazos es un indudable factor que hace a la vida familiar. En este sentido la Corte ha extendido el concepto de familia incluso a quienes no son parientes, girando sobre la noción de “atención y cuidado”. Así, por ejemplo en los contextos migratorios:

“Además, en muchas familias las personas a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los ‘lazos familiares’ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos.”<sup>307</sup>

Es así que la Corte IDH, en esas circunstancias tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del “núcleo familiar” del niño.

---

<sup>304</sup> Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, 25/5/2010, párr. 167-9.

<sup>305</sup> Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

<sup>306</sup> Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

<sup>307</sup> Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

Verdad es que estas consideraciones que llevan a un sentido amplio de familia se hacen en el marco de la niñez migrante y la protección especial que requieren los niños en esa circunstancia, lo que de alguna manera explica una protección reforzada y una interpretación amplia. Sin embargo el concepto no difiere de lo que ha entendido el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°14<sup>308</sup>.

En especial en el caso “Atala Riffo vs. Chile”, la Corte ha sostenido que “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”<sup>309</sup>. En el caso, se trataba de la negativa a otorgar la tuición o cuidado parental a Karen Atala Riffo, entre otras razones, en virtud de su declarada orientación lésbica, que se entendió perjudicial para sus hijas. La Corte sostuvo, empero, que cuando se trata de decidir el cuidado parental ni puede esgrimirse en abstracto el interés del niño para desestimar un cierto tipo de vida familiar (en el caso, la homoparentalidad)<sup>310</sup>, ni tampoco puede prescindirse del principio de idoneidad que exige determinar en concreto cuál de los dos progenitores es más idóneo para el mejor desarrollo integral del niño<sup>311</sup>. Vale decir, ni discriminación estereotipada, ni patente de indemnidad en virtud de la homoparentalidad: se trata de determinar en concreto el mejor interés del niño en el marco de las relaciones paterno-filiales.

En el mismo sentido, en el caso “Fornerón vs. Argentina”, la Corte advirtió contra “especulaciones, presunciones o estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”<sup>312</sup>. En la hipótesis se trataba del reclamo de un padre para recuperar la custodia de su hija dada en

---

<sup>308</sup> Comité de los Derechos del Niño (ONU), Observación General N° 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), supra, párr. 59: “‘el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”.

<sup>309</sup> Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 109

<sup>310</sup> “El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”, Ibid. Párr. 110

<sup>311</sup> “Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.”, Ibid. Párr. 109

<sup>312</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr.119

guarda preadoptiva a un matrimonio. La monoparentalidad masculina fue entendida por los jueces que previnieron como un medio que no resultaba óptimo para la niña, y la Corte alertó contra esa afirmación que consideró estereotipada<sup>313</sup>. De todas formas, es de señalar que la Corte tomó esta posición sobre la base del vínculo biológico entre el padre y su hija. Situaciones como la monoparentalidad masculina o femenina por elección en el marco de técnicas de reproducción humana asistida, aún no se han planteado.

Por último, la Corte también se ha referido a la familia indígena. En ese sentido ha sostenido que debe estarse al concepto de familia que emerja de las costumbres y culturas propias. Así, en el caso “Chitay Nech”:

“En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte.”<sup>314</sup>

## Bibliografía

### a) Jurisprudencia de la Corte IDH

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 15 de septiembre

---

<sup>313</sup> “Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”, Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr.98

<sup>314</sup> Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, 25/5/2010, párr. 159.

de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia

de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148

Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero

de 2009. Serie C No. 193.

Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio

de 2009. Serie C No. 200.

Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de

25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de

agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie

C No. 232.

Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de

2011.

Corte IDH. Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile". Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie

C No. 239.

Corte IDH. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C

No. 242.

b) Opiniones consultivas

Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos

Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo

64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A

No. 10.

Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso

Legal. Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie No. A 16.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002.

Serie A No. 17.

#### c) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mismito, Caso Cuba, (1983)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Uruguay (1983-84).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 38/96, Caso X y Y c. Argentina, Nro. 10.506, 15 de octubre de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 19 de enero de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, María Mamèrita Mestanza Chávez c. Perú, 10 de octubre de 2003.



Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe No. 59/03, Caso No. 12.433, Sonia Arce Esparza c. Chile, 10 de octubre de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 25/04, Petición 12.361, Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y Otros c. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/08, Petición 270-07, Admisibilidad, I.V. c. Bolivia, 23 de julio de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 156/10, Admisibilidad, Petición 1368/04, Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica, 1 de noviembre de 2010.

d) Artículos y libros

Alston, Philip. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, (Clarendon Press, Oxford, 1994).

Basset, Ursula C. “Carta de Amigo del Tribunal en el caso “Atala contra Chile”.ED, 28/9/2011. [https://www.academia.edu/30559332/Basset.Corte\\_IDH.Amicus\\_Curiae\\_Brief\\_Atala\\_v.\\_Chile.pdf](https://www.academia.edu/30559332/Basset.Corte_IDH.Amicus_Curiae_Brief_Atala_v._Chile.pdf)

Breen, Claire. *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law*, (Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002).

Burgorgue-Larsen, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos», Estudios constitucionales, Santiago, v. 12, n. 1 (2014). Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es)

Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Primera edición, San José, Costa Rica, 1996).

O'Donnell, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, (Comisión Andina de Juristas, 1a. Edición 1988).

O' Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004),

Vargas Vera, Georgina, "Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad", *Revista Iurisdictio* 18 (2016).

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

As regras de formatação são as seguintes:

- (a) Tamanho do papel: A4;
- (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 25 páginas, sendo que cada lauda deve ter 2.100 caracteres – sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
- (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 - notas de rodapé (não utilizar notas de fim);
- (f) Espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) Destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) Citações: entre aspas e sem recuo;
- (i) As citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Se possível, citações de doutrina estrangeira.
- (j) Título do artigo em português e em inglês;
- (k) Sumário.

Em folha de rosto:

- (a) Nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado;
- (b) Lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (c) Resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços.

Todos os artigos são submetidos ao processo *Blind Peer Review*, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos inéditos devem ser encaminhados pelo *e-mail* [rdfas@adfas.org.br](mailto:rdfas@adfas.org.br)