

PRESENTACIÓN

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

Entrando en la tercera década del siglo XXI, estamos convencidos de que se impone una enérgica, sólida y sostenida defensa de la familia como institución fundante de la sociedad, de cuya fortaleza indiscutiblemente dependemos para lograr individuos sanos y felices que puedan conformar una comunidad más igualitaria, ordenada y justa donde se logre un desarrollo pleno de las personas.

Debido a nuestro convencimiento de que se requiere una tutela de la familia es que hemos organizado esta revista abordando distintos aspectos concretos que hacen a la protección familiar. No pretendemos en ella agotar el tema de estudio, sino desarrollar aristas concretas que aluden a aspectos que sirven al sostén familiar.

Con el propósito antes aludido, nos ha parecido fundamental tratar el tema de la vivienda familiar porque es bajo su amparo y salvaguardia que se desarrolla la familia, lo que se ha comprobado prístinamente en estos tiempos de pandemia, en que los individuos nos debimos aislar en el cobijo de nuestra vivienda y pudimos sobrevivir por el apoyo familiar.

Sobre este sujeto profundizan las Dras. Esther Haydee Silvia Ferrer de Fernández y Paula Noelia Bermejo en el trabajo titulado “El derecho humano al acceso y protección de la vivienda familiar, su tutela en el derecho privado y el deber del Estado. El programa nacional de alquiler social”. En él, las autoras analizan diversos aspectos del instituto de la vivienda familiar. Entre ellos, su protección constitucional y convencional, las normas tuitivas del derecho privado, las cuestiones concernientes a la asignación de la vivienda familiar y, fundamentalmente, la problemática relativa al acceso a esta, aportando parámetros que surgen del derecho comparado y de la jurisprudencia.

Asimismo, y por la importancia que tiene en la materia, explican la relación entre la vivienda y el marco normativo de la emergencia sanitaria y económica del coronavirus, y realizan un análisis del interesante instituto del Programa Nacional de Alquiler Social, creado por ley 27.55, en tanto esta norma protege la sede de la familia.

Indiscutiblemente, en orden a proteger la familia, se debe evitar todo daño entre sus integrantes, porque la familia no es, ni debe ser, el sitio donde se hiera o se injurie gratuitamente. En aras de evitar los perjuicios que los miembros de la familia se causen, es trascendental impedir el menoscabo que sufre todo hijo a quien se le niega su identidad por la falta de reconocimiento paterno, y en este

tema constituye una cuestión importante determinar qué responsabilidad le cabe a la madre por el no reconocimiento paterno en el actual régimen de la responsabilidad civil, que busca prevenir los daños antes que repararlos.

Sobre esta cuestión, la Dra. Laura Evangelina Fillia escribe un artículo titulado “El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno” donde se ocupa de discernir la legitimación activa y pasiva de la madre en la acción de daños promovida por la falta de reconocimiento voluntario paterno del hijo en común. Además, determina que el derecho afectado por la falta de reconocimiento es el derecho a la identidad del hijo, quien resulta único legitimado para reclamar el resarcimiento del daño no patrimonial. En este sentido, explica que la madre, en cuanto damnificada indirecta, solo podrá reclamar el resarcimiento del daño patrimonial en virtud de la limitación que le impone el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por otra parte, encara el problema que ocasiona al niño la demora materna en promover la acción de reclamación de la filiación en representación de su hijo menor. Explica con sólidos fundamentos por qué esa negligencia la convertirá en coautora de los daños y perjuicios que experimente el niño, ya que, por imperio de lo dispuesto por los arts. 583 y 1710, inc. b) del Cód. Civ. y Com., se encuentra obligada a colaborar con la determinación de la paternidad de su hijo y a adoptar las medidas razonables y necesarias para evitar la producción o el agravamiento del daño ya causado. La autora afirma que, en un juicio de ponderación adecuado, el derecho a la intimidad de la madre se encuentra por debajo del derecho a la identidad del hijo, y, por lo tanto, considera que no puede servir de justificación para incumplir el deber de promover la acción de reclamación en debido tiempo. Finalmente, concluye que el art. 583 del nuevo ordenamiento sustantivo se presenta como una herramienta de prevención de daños que, a su vez, favorece la protección de la familia.

En aras de proteger la familia, tiene fundamental importancia el adecuado cuidado de sus sujetos más vulnerables, ya que una de las principales obligaciones que emergen de las relaciones de familia es la asistencia para con los demás integrantes del núcleo doméstico, labor que es más intensa cuanto mayor es la necesidad del sujeto pasivo, y que se agudiza cuando el familiar sufre de discapacidad. Por eso, en una revista que alude al tema de la protección a la familia, nos pareció imprescindible tratar el tema de la protección familiar de la persona con discapacidad, en especial con discapacidad intelectual. En ello colaboró el máximo especialista en discapacidad en el área jurídica, que es el Dr. Juan Antonio Seda, director de la especialización en Discapacidad de la UBA, quien escribió sobre “Familia y apoyos para la persona con discapacidad”.

En el artículo, el profesor Seda se detiene en el análisis de las relaciones entre las personas con discapacidad intelectual, sus apoyos externos y la familia, señalando que las personas con discapacidad que cuentan con apoyos familiares idóneos suelen lograr mejores resultados en cuanto a su autonomía. También pone de manifiesto que es necesario entender las dificultades cotidianas que

esas tareas representan para los progenitores y los parientes cercanos, a quienes el sistema legal, lamentablemente, no siempre brinda ayuda, o no siempre es claro en las normas que reglamentan el sistema quienes sufren discapacidad.

Por todo ello, el autor pone de relieve que las circunstancias condicionan al ser humano, y que la convivencia con una persona con discapacidad intelectual es un desafío vital que casi siempre es asumido con todo amor y lealtad por toda la familia. No olvidemos que muchas aspiraciones individuales quedan en un segundo plano para atender al integrante vulnerable del grupo familiar. Los progenitores, en este recorrido, abandonan o postergan expectativas profesionales, de allí que considero el proyecto de vida como una expectativa compartida. Por todo lo expuesto, y para dar sentido al esfuerzo de los cuidadores, las normas del derecho privado deberían apoyar ese proyecto de vida grupal, brindando certezas en las relaciones jurídicas familiares.

Siguiendo con el tema de la discapacidad, hay que tener en cuenta que, entre los familiares, los más necesitados de atención son los adultos mayores con capacidad restringida o con incapacidad, y a ellos se dedica el artículo de la Dra. Ana Carolina Santi, denominado “Las personas adultas mayores con capacidad restringida o incapacidad. Una mirada desde el sistema de curadurías de la Provincia de Buenos Aires”. En su desarrollo se alude a las personas mayores desde el trabajo concreto del sistema de curadurías de la provincia de Buenos Aires, cuya labor diaria intenta contribuir particularmente en el cuidado y contención de quienes, además, presentan una capacidad restringida o incapacidad por problemas de salud mental.

Sabemos que la vejez no es por sí misma un motivo de restricción de la capacidad, pero puede ocurrir que la mayor edad le produzca algún grado de discapacidad. Conforme surge del art. 31 del Cód. Civ. y Com., en nuestro derecho, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, y las limitaciones a esta son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (incs. a y b). En estos casos, la familia no siempre puede cumplir con el rol de cuidado de manera eficiente, en cuyo caso cabe preguntarse: ¿cuál es el rol del Estado? Y ¿cuáles son sus obligaciones y sus límites en orden a una tuición eficaz del adulto mayor con problemas de capacidad? Las respuestas a estos interrogantes son brindadas en este trabajo, que tiene la relevancia de ser realizado por quien es la curadora general de la provincia de Buenos Aires, además de abogada, especialista en derecho de familia. Profesora de grado y de posgrado en la Universidad Católica de La Plata y de posgrado en la Universidad Nacional de La Plata, es decir que une, a su gran bagaje doctrinario, su inestimable experiencia práctica.

En una revista de derecho de familia, que va a dar a luz en la tercera década del siglo XXI, es imposible no abordar la relación entre el afecto, la familia y su protección. A este tópico hemos destinado tres artículos, relativos a “Socio-afectividad y derecho de familia”, “Relaciones poliafectivas y protección de la

familia”, “Contratos familiares en las relaciones poliafectivas: cada familia puede crear su propio derecho de familia”, escritos por Graciela Medina, Regina Beatriz Tavares Da Silva y Dimitre Braga Soares de Carvalho respectivamente.

En el artículo de nuestra autoría, titulado “Socioafectividad y derecho de familia”, aludimos a cómo el afecto influye en la regulación del derecho de familia actual, para lo cual comenzamos por determinar qué se entiende por socioafectividad, para luego precisar y clasificar algunas de las relaciones afectivas no reguladas por el derecho de familia que se presentan en la actualidad, como la pluriparentalidad y la poliafectividad, para distinguirlas de aquellas reguladas por el legislador, como la filiación binaria y el matrimonio, e indicar qué problemas presentan al derecho las relaciones afectivas no reguladas y las reguladas en forma excepcional o limitada, y estudiar si deben ampliarse los efectos patrimoniales de las relaciones afectivas que el ordenamiento jurídico reconoce y/o si tienen que ser reguladas formas socioafectivas que se presentan en la sociedad y que el sistema jurídico no contempla.

Nos detenemos especialmente en el tema de la multiparentalidad y en las consecuencias de su aceptación judicial, en contra de lo establecido en el Cód. Civ. y Com.: que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales en ningún tipo de filiación; y aludimos a la declaración de inconstitucionalidad de la norma que dispone la filiación binaria, para luego señalar cuáles son las consecuencias de aceptar la multiparentalidad en el estado actual de la legislación argentina, y las cuestiones que deberían contemplarse si se legislara aceptando que una persona puede tener múltiples progenitores.

Por otra parte, tratamos el tema de las relaciones poliafectivas como fuente de consecuencias jurídicas y describimos las decisiones judiciales tomadas en Colombia y en Brasil sobre ellas.

Además, abordamos la cuestión de los derechos sucesorios de los convivientes y la posibilidad de un cambio legislativo que otorgue derechos hereditarios *ab intestato* a los miembros de la unión de hecho como heredero forzoso no legitimario, a fin de defender el derecho a la libertad de quienes deciden no casarse.

La Dra. brasilera Regina Beatriz Tavares da Silva, presidente de la prestigiosa Asociación de Derecho de Familia y de Sucesiones, conocida por sus siglas ADFAS, explica la relación entre el poliamor, las relaciones poliafectivas y la familia, señalando que el poliamor o poliafecto no es un avance de la sociedad en beneficio de la libertad y la protección de los intereses de las personas involucradas en este tipo de relación, y que este sistema no es más que poligamia y, por lo tanto, nada moderno o avanzado, todo lo contrario, anticuado en el mundo occidental, habiendo sido adoptado en tiempos primitivos y tribales. No se niega que en la parte más pequeña de Asia y en parte de África, por lo tanto, en los países no occidentales, la monogamia como sistema convivencial aún no prevalezca, pero el índice de desarrollo humano de las naciones que todavía

adoptan la poligamia y la situación de los niños es inferior a la de los países occidentales.

La doctora Tavares da Silva explica en su trabajo, con base en estadísticas, la realidad de Brasil, la evolución de su jurisprudencia y las consecuencias dañinas del poliafecto para la sociedad en general y para la familia en particular.

Por su parte, el doctor Dimitre Braga Soares de Carvalho señala que la sociedad y, en consecuencia, la familia sufren mutaciones, y que surgen nuevos proyectos afectivos y modelos familiares donde, en muchos casos, el derecho de familia estatal ya no es suficiente para resolver las cuestiones inherentes a las expectativas de las personas con respecto a los lazos afectivos, el matrimonio, los hijos y la vida en común en proceso de cambio.

En este sentido, en el trabajo, el profesor Dimitre expone que las nuevas generaciones demandan la construcción de normas de derecho de familia específicas para cada uno, respetando las opciones y peculiaridades de cada individuo, así como de cada grupo familiar.

Y en este contexto entiende que las reglas de convivencia deben ser definidas por la propia pareja o grupo familiar, en lugar de ser impuestas por el Estado, porque el caleidoscopio de la familia contemporánea está conformado por relaciones menos tradicionales, basadas principalmente en el afecto y el amor involucrado, valorando individualidades y deseos reales.

Recuerda Dimitre la reflexión de Jean Carbonier, en el sentido de que “a cada familia se le da su propio derecho de familia”; esta lo lleva a pensar en el papel del Estado moderno en la organización y preservación de la estructura familiar. De acuerdo con este razonamiento, sería posible delimitar los límites, las posibilidades y el reconocimiento legal de las familias multiafectivas, especialmente su contractualización como forma de seguridad y estabilidad jurídica.

Por otra parte, hay que considerar que la defensa de la familia requiere precisar el grado y la forma de la distribución de los bienes después de la muerte de quien los adquirió. En esto el derecho ha construido normas que se han perfilado desde el derecho romano y que deben ser claras y precisas porque comprometen la transmisión gratuita del patrimonio personal.

En este tema, los cambios y evoluciones en torno a la fecundación asistida nos enfrentan con grandes interrogantes en lo relativo a los derechos sucesorios del embrión no implantado. A este sujeto se dedica el artículo de Pilar Quiñoa, denominado “Transferencia de embriones *post mortem*: ¿dónde estamos parados?”. El objeto del trabajo se circunscribe a analizar la situación jurídica actual de la transferencia embrionaria *post mortem* y, fundamentalmente, a dar respuesta al interrogante relativo a qué respuesta brinda nuestro ordenamiento jurídico en los casos en los que uno de los progenitores fallece antes de otorgar el consentimiento para implantar el embrión crioconservado.

La profesora Quiñoa, tras analizar puntillosamente la evolución de la legislación vigente, expresa que no hay normas claras en el ordenamiento jurídico argentino que den respuestas a la pregunta formulada, y, en tal sentido, señala

que se omita proteger adecuadamente al embrión crioconservado como persona que requiere de soluciones adecuadas en orden a la determinación de sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Para finalizar, la revista la prestigiosa jurista Uruguaya aborda el tema de la protección de la familia que se constituye a través de una unión de hecho basada en una convivencia sostenida en el tiempo, en un artículo titulado “Dilemas al regular la unión convivencial: la solución uruguaya”, donde explica que la primera cuestión que se debe decidir en torno a la unión convivencial es si se debe regular o dejar esta librada al arbitrio de la libertad de las partes, y luego desarrolla cuáles son las cuestiones más problemáticas con respecto a la regulación de una unión que nace basada en la libertad de las formas. Entre estos aspectos, señala que ha de tenerse en especial consideración el régimen de bienes de la unión concubinaria, como así también sus efectos tras la muerte de uno de los convivientes; finalmente, pone en evidencia los errores de la legislación uruguaya, al tiempo que señala en qué aspectos ha de centrarse la reforma.

GRACIELA MEDINA