



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS; LATHROP, FABIOLA
Hacia la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica*
Revista de Derecho Privado, núm. 38, 2020, Enero-Junio, pp. 89-116
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.04>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417562528004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Hacia la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica*

» NICOLÁS ESPEJO YAKSIC**

» FABIOLA LATHROP***

RESUMEN. Este trabajo revisa algunos fallos de tribunales latinoamericanos en materias que impactan directamente el derecho de familia: orientación sexual, identidad de género y filiación. Con ello buscamos relevar un proceso que podría denominarse “constitucionalización de las relaciones de familia”, referido al progresivo reconocimiento de derechos constitucionales en el ámbito del derecho de familia.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización, derecho de la infancia, orientación sexual, identidad de género, filiación.

* Traducción del inglés de los autores. Publicación original: ESPEJO YAKSIC, N. y LATHROP, F., “Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America”, en CHOUDHRY, S. y HERRING, J. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Family Law*, Cambridge Companions to Law, Cambridge, Cambridge University Press, 128-157, doi: 10.1017/9781316711750.

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2019. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2019.

Para citar el artículo: ESPEJO YAKSIC, N. y LATHROP, F., “Hacia la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 38, enero-junio 2020, 89-116, doi: 10.18601/01234366.n38.04.

** Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de México, Ciudad de México, México; investigador. Exeter College, Oxford University, Oxford, Reino Unido; Visiting Fellow. Doctor en Derecho, University of Warwick, Coventry, Reino Unido. Contacto: nicoespejo@gmail.com Orcid: 0000-0003-4422-4199.

*** Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile; profesora. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Contacto: flathrop@derecho.uchile.cl Orcid: 0000-0001-8324-5908.

Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America

ABSTRACT. This paper seeks to address several key rulings handed down by Latin American courts on issues with a direct impact on family law: sexual orientation, gender identity and filiation. In doing so, we attempt to highlight the emergence of an embryonic process that could be labelled as the “constitutionalization of family relations” or the progressive adjudication of constitutional rights in the field of family law.

KEYWORDS: Constitutionalization, Child Law, Sexual Orientation, Gender Identity, Filiation.

SUMARIO. I. Constitucionalización de las relaciones de familia. II. Orientación sexual y matrimonio. III. Identidad de género. IV. Derechos de los niños en las relaciones de familia. Conclusiones. Referencias.

I. Constitucionalización de las relaciones de familia

Impulsadas por una ola de reformas constitucionales en la década de 1990 e inicios de la de 2000, las constituciones latinoamericanas comenzaron a reconocer una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones de familia. Entre otros, reconocieron principios como la protección integral de la familia¹, los derechos y deberes de los padres para con los niños², y la igualdad entre hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio³. Algunas constituciones reconocieron, además, los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos⁴, así como la inviolabilidad del hogar y la intimidad de la vida familiar⁵. Otros textos omitieron estos derechos específicos para los padres y consagraron, en cambio, el derecho de los niños a vivir libres de abuso y violencia⁶.

1 Constitución Federal de Argentina, art. 14 bis; Constitución de Colombia, art. 42.

2 Constitución Federal de Brasil, art. 229; Constitución de Costa Rica, art. 53; Constitución de Paraguay, art. 53; Constitución de Colombia, art. 42, inc. 4.

3 Constitución de Perú, art. 6; Constitución de Uruguay, art. 42; Constitución de Costa Rica, art. 53; Constitución de Colombia, art. 42.

4 Constitución de Chile, art. 19, n.º 10; Constitución de Perú, art. 13.

5 Constitución de Chile, art. 19, n.º 5; Constitución de Ecuador, art. 23.8; Constitución de Colombia, art. 42.

6 Constitución Federal de Brasil, art. 227; Constitución de Colombia, art. 44; Constitución de Uruguay, art. 41.

Estas normas crearon un panorama de tres modelos de concepciones constitucionales de familia⁷: a) un modelo *restrictivo* (de familias “naturales”, en que solo hombres y mujeres son reconocidos como aptos para contraer entre sí matrimonio o entrar en relaciones civiles *de facto*)⁸; un modelo *intermedio* (donde la Constitución entrega protección a todas las formas de familia, pero solo reconoce el matrimonio entre un hombre y una mujer)⁹, y c) un modelo amplio (donde la Constitución establece un mandato amplio de protección integral de la familia, manteniendo espacio para todos los tipos de familia, matrimonio o relaciones civiles)¹⁰.

Estas reformas constitucionales han sido complementadas por leyes que buscan responder a cambios en la estructura, composición y expectativas de los miembros de la familia, *inter alia*, reformas en materia de divorcio, reconocimiento de uniones consensuadas o parejas de hecho, matrimonio entre personas del mismo sexo, custodia compartida de los hijos, restricción de castigos corporales contra niños y la obligación legal de satisfacer su interés superior en cualquier procedimiento. Aunque distintas en su naturaleza y alcance, estas reformas han impulsado también el surgimiento de nuevos debates académicos, particularmente aquellos dirigidos a integrar un enfoque de derechos humanos en las relaciones de familia.

A. Una nueva doctrina acerca de las relaciones de familia

Como consecuencia de lo señalado, una parte creciente de la doctrina ha comenzado a prestar atención al análisis de las formas en que tales constituciones definen y regulan la vida familiar, así como de las implicaciones de ellas en los derechos constitucionales de los miembros de la familia¹¹. Inspirados en la “constitucionalización del derecho”¹², especialistas del derecho de familia y del derecho de la infancia han comenzado a incorporar un análisis dogmático que se relaciona directamente con

7 Utilizamos la nomenclatura de HERRERA, M., “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué familia?”, en GARGARELLA, R. (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, 85-94.

8 Art. 112 de la Constitución de Honduras.

9 Art. 226 de la Constitución de Brasil y art. 67 de la Constitución de Ecuador.

10 Art. 14 *bis* de la Constitución Federal Argentina.

11 BIDART CAMPOS, G. J., “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, *x Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998*, vol. 5, 1998 (Ponencias profesores invitados), 16-22; CHÁVEZ ASENCIO, M., *Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 7.^a ed., México, Porrúa, 1998 y GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho constitucional de familia*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 2006.

12 Cfr., FAVOREAU, L., *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, M. Correa Henao (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2000; BARROSO, L. R., “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, 2008, y FERRAJOLI, L., “El paradigma normativo de la democracia constitucional”, en MARCILLA CÓRDOBA, G., *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

principios, reglas y precedentes¹³. Algunos autores han comenzado a desafiar los fundamentos dogmáticos que justificaron la regulación de la vida familiar en los términos de una concepción orgánica de la familia y un reconocimiento desigual de los derechos individuales de todos sus miembros (particularmente, mujeres y niños).

Así, hay trabajos que destacan el impacto de las reformas constitucionales en la regulación de las familias en el derecho civil y de familia¹⁴, así como otros que se centran en el impacto primario del derecho internacional de los derechos humanos (ampliamente incorporado en las constituciones latinoamericanas) sobre el derecho de familia¹⁵. Asimismo, algunos autores ahondan en la transformación de la base biológica de la paternidad, asunto particularmente importante para la determinación de la responsabilidad parental.

Las inquietudes académicas sobre las transformaciones en la asignación de los derechos de los padres en la región han sido estimuladas, en gran medida, por las uniones o matrimonios de personas del mismo sexo y por las técnicas de reproducción asistida¹⁶. Basada en la aparición de nuevas configuraciones de familia reconocidas por la ley, así como por el incremento en el uso de tales tecnologías, parte de la doctrina ha sustentado el abandono de la mera paternidad biológica¹⁷. Adoptando un

-
- 13 SOTO KLOSS, E., “La familia en la Constitución Política”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 21, 1994, 217-225; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. J., *Los derechos humanos en las relaciones familiares*, en LLOVERAS, N. y HERRERA, M. (dirs.), BENAVIDES SANTOS, D. y PICADO A. M. (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, y cfr. ÁLVAREZ PERTUZ, A., “Constitucionalización del derecho de familia”, *Revista Jurídicas cuc*, n.º 7, 2011, 27-51.
 - 14 ZANNONI, E. A., *Derecho de familia*, 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, 22 ss.; PARRA BENÍTEZ, J., “El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 97, 1996, 47-52; CALVO CARVALLO M. L., “Familia y Estado: una perspectiva constitucional”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 15, 2000, 163-165, y DE LA FUENTE LINARES, J. C. F. J., “La protección constitucional de la familia en América Latina”, *Revista ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2012, 6-29.
 - 15 BELOFF, M., “Quince años de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina”, *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 10, 2008, 11-44; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. J., “Los derechos humanos en las relaciones familiares del s. XXI: los caminos de la jurisprudencia argentina”, en LLOVERAS y HERRERA (dirs.), BENAVIDES SANTOS y PICADO (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica*, cit., 73-115.
 - 16 Cfr. Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-617 de 2014, que rechaza la decisión administrativa de denegar la adopción de un niño con base en la homosexualidad de la peticionaria –peticionaria pareja de la madre del niño–. En Argentina, estos debates se generaron a partir de la promulgación de la Ley n.º 26.618, de 2010, que considera el derecho de cada persona para contraer matrimonio, con independencia de su sexo (art. 2.º).
 - 17 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ed.) y LEPIN MOLINA, C. (coords.), *Técnicas de reproducción humana asistida: una mirada transdisciplinaria*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, 2013, 127-163 y JARUFE CONTRERAS, D., “Las filiaciones ‘no biológicas’ derivadas de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (ed.) y LEPIN MOLINA (coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, cit., 67-104.

rumbo similar al de las configuraciones actuales de paternidad en Inglaterra, Gales¹⁸ y el Sistema Europeo de Derechos Humanos¹⁹, estos autores han recomendado un cambio de la concepción tradicional de paternidad natural/biológica/adoptiva. En el caso de las técnicas de reproducción asistida, dicha situación parece sugerir el reconocimiento de un tipo de paternidad derivada de la voluntad procreacional²⁰.

De manera paralela, algunos estudiosos se han enfocado en las transformaciones dogmáticas desarrolladas a propósito de la autonomía de los niños, el ejercicio de sus derechos y la incorporación de su interés superior como la consideración primordial en todos los asuntos que los pudiesen afectar. Estos trabajos van desde un análisis de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la legislación nacional²¹, pasando por una crítica por parte de las interpretaciones constitucionales prevalecientes sobre la autonomía moral y política de los niños²², hasta el intento de depurar el significado y el uso interpretativo del mejor interés del niño²³. Sin perjuicio de ciertas diferencias, estos autores han defendido la posición legal y moral que considera a los niños como titulares de derechos y que estos derechos establecen límites a la autoridad estatal y parental; que los niños tienen una autonomía progresiva o dinámica, y que sus voces deben ser escuchadas y consideradas.

Finalmente, en el ámbito de los derechos y deberes parentales, la nueva doctrina del derecho de familia ha proporcionado un apoyo sustancial en las transformaciones tanto legales como jurisprudenciales, entregando una distribución más igualitaria de la crianza de los hijos. En algunos casos se ha enfocado en las justificaciones históricas a favor de la familia orgánica, destacando las relaciones de poder ejercidas

-
- 18 Cfr. House of Lords, *In Re G (Children)* [2006] UKHL 43. En particular, el famoso reconocimiento de la baronesa Hale de tres formas de paternidad natural: genética, gestacional y psicológica. Véase: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060726/child-1.htm> [consulta: 15 de diciembre de 2018].
 - 19 Corte Europea de Derechos Humanos. *Lebbink v. The Netherlands*, aplicación n.º 45582/99 (2005) 40 EHRR 18, parágrafo 37, y *Görgülü v. Germany*, aplicación n.º 74969/01 (2004).
 - 20 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (ed.) y LEPIN MOLINA (coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, cit., 130. Para una opinión contraria, CORRAL, H., “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación mediante la adopción o recepción de su práctica en el extranjero”, *ibíd.*, 165-188.
 - 21 GARCÍA-MÉNDEZ E. y BELOFF, M., *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Prefacio de L. Ferrajoli, 2.ª ed., t. 1, Bogotá, Temis, 1999.
 - 22 LOVERA, D. y CODDOU, A., “Niño, adolescentes y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 11, 2009, 11-54.
 - 23 CILLERO, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, Universidad Diego Portales, n.º 1, 1999, 46-63; COUSO, J., “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño*, n.º 3, 2006, 145-166; LOVERA, D., “Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas”, *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 10, 2008, 45-62, y GARRIDO, R., “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2013, 115-147.

por los hombres sobre mujeres y niños²⁴. En otros casos, la nueva doctrina se ha concentrado en la necesidad de reconocer instituciones legales que podrían fortalecer la corresponsabilidad entre los padres (como la custodia compartida)²⁵, así como en los efectos del divorcio y de la separación en los cónyuges y en los niños²⁶.

B. Neoconstitucionalismo y tribunales constitucionales

La constitucionalización de las relaciones de familia es, en cierto modo, una extensión de una forma específica de interpretación constitucional como la desarrollada por Dworkin (con el argumento de que ello garantiza los derechos comprendidos por la mejor concepción de los ideales políticos establecidos en la Constitución, incluso si esos derechos no están formal o expresamente reconocidos por ella)²⁷. El rol de los tribunales en la búsqueda de derechos no expresamente consagrados en las constituciones ha sido un tema importante en la discusión académica en los países de tradición continental, bajo la denominación de “neoconstitucionalismo”. En el paradigma neoconstitucional los jueces son de suma importancia, ya que el sistema legal debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales. Así como la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasiva” o “entrometida”, la tarea judicial debe desarrollarse también en aspectos de la vida social (como las relaciones familiares). En este sentido, el neoconstitucionalismo genera una explosión de actividad judicial y supone o requiere algún grado de activismo judicial, en gran medida superior a lo observado anteriormente²⁸.

La emergente constitucionalización de las relaciones de familia en América Latina se puede observar en fallos clave dictados por tribunales constitucionales sobre tres cuestiones con impacto directo en el derecho de familia: orientación sexual,

-
- 24 JARAMILLO, I. C., “Familia”, en MOTTA, C. y SÁEZ, M. (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, t. 1, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, 267-361. Para un análisis histórico de tal concepto, debates legales y reforma a la familia en Colombia, véase JARAMILLO, I. C., *Derecho y familia en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.
 - 25 LATHROP, F., *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, 2008; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “LA GUARDA COMPARTIDA. Una visión comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed. especial, 2012, 181-186.
 - 26 ESPEJO, N. y LATHROP, F., “Dissolution of Marriage in Latin America: Trends and Challenges”, en EEKELAAR, J. y GEORGE, R. (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, New York, Routledge, 2014, 133-137, y ESPEJO, N. y LATHROP, F., “Una presentación más general de la responsabilidad parental”, en ESPEJO, N. y LATHROP, F. (coords.), *Responsabilidad parental*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.
 - 27 DWORKIN R., *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, 72-81.
 - 28 Cfr., CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta y UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, y COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 16, 2002, 90-112. Los autores agradecen al Dr. Domingo Lovera por sus comentarios sobre el neoconstitucionalismo en la jurisprudencia.

identidad de género y filiación. Tales resoluciones en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México proporcionan comprensión sobre la materia.

La doctrina ve tanto a la legislación como a los precedentes constitucionales²⁹ en estos países como buenos ejemplos de la evolución de la constitucionalización del derecho de familia, pues en las últimas dos décadas tales países han desarrollado una concepción constitucional de justicia que ha influido en la regulación de las relaciones familiares. Debido a restricciones de espacio no podemos hacer referencia a todas las sentencias relevantes en las materias señaladas. No obstante, creemos haber seleccionado los casos más representativos, teniendo especial cuidado de incluir los derechos de los niños (identidad de género y filiación).

Argentina parece liderar los principales debates doctrinarios en derecho de familia (con una Constitución promulgada en 1995). De hecho, cuenta con la legislación civil más moderna de la región gracias a un nuevo código civil y comercial que entró en vigencia en 2015.

En cambio, el código civil chileno data de 1855. Y, si bien el mismo fue fuente de inspiración para el proceso de codificación civil latinoamericano del siglo XIX, dicho cuerpo legal y la Constitución aprobada en 1980 permanecen firmemente anclados en los criterios del siglo XIX, especialmente en áreas como los regímenes patrimoniales del matrimonio y las uniones civiles.

Por su parte, México, como Brasil, es una nación federal y, por lo tanto, presenta una diversidad especial de leyes civiles. Aunque el código civil federal se remonta a 1928 (y la Constitución a 1917), unos veinte códigos civiles locales coexisten con esa legislación. Esta situación hace que el estudio de la ley mexicana sea singularmente complejo, por lo que el precedente que emana de la Suprema Corte de ese país en asuntos constitucionales es de especial utilidad en la unificación de criterios. Además, en los últimos años esta Corte ha emitido sentencias que reinterpretan las reglamentaciones civiles del Estado en particular, proporcionando una mayor comprensión sobre la materia.

Por su parte, Colombia goza desde 1991 de una Constitución que funciona en concierto con un código civil de 1887. Esto se complementa con algunos de los precedentes constitucionales más abundantes y ricos del continente. Los pronunciamientos de su Corte Constitucional son objeto de estudio, revisión y análisis por parte de expertos.

Por último, aunque la Constitución brasileña de 1988 es algo más antigua que el código civil de dicha nación (2003), Brasil ha desarrollado un sólido precedente

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

judicial sobre igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual y en asuntos matrimoniales y parentales.

II. Orientación sexual y matrimonio

Comenzaremos comentando las decisiones constitucionales en relación con el rol que juega la orientación sexual en el proceso de reconocimiento de las relaciones de familia, y analizaremos los fallos sobre la constitucionalidad de las restricciones para contraer matrimonio en Colombia, Argentina, México y Chile.

Los tres primeros países cuentan con decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes impugnadas abordando el fondo de la cuestión. No es el caso de Chile, respecto del cual comentaremos dos sentencias que no contienen pronunciamientos reales y sustantivos.

En Colombia, una sentencia de 2011^[30] de la Corte Constitucional declaró constitucional la expresión “un hombre y una mujer” del artículo 113 c.c., disposición que define el matrimonio³¹, pero destacando la ausencia de una figura contractual que permita la formalización de la unión entre parejas del mismo sexo.

La Corte declaró que “los integrantes de la pareja homosexual deben disponer de la posibilidad de optar que actualmente no tienen, pues *falta una institución de índole contractual* que, en su caso, concrete el vínculo jurídico que dé lugar a la constitución formal y solemne de su familia”; y dijo, asimismo, que “la consideración de los derechos de las personas homosexuales *no contradice el reconocimiento constitucional* del matrimonio heterosexual y de la familia originada en su celebración ni su expresa protección, por la sencilla razón de que ese reconocimiento y esa protección no sufren mengua por el simple hecho de que se establezca una institución que permita formalizar, como vínculo jurídico, la relación entre dos personas del mismo sexo”³².

También afirmó que “[l]a Constitución *no es un orden cerrado y estático* y menos puede serlo en una materia que [...] está sometida a una constante evolución”³³, instando al Congreso del país a emitir, antes del 20 de junio de 2013, una ley que, de forma sistemática y organizada, regulara una institución contractual como alternativa a la unión *de facto*.

30 Sentencia C-577 de 2011.

31 “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

32 Parágrafo 4.5.3.2. Esta Corte ha fallado previamente que el sistema de protección en curso para parejas heterosexuales debe ser aplicado para las parejas del mismo sexo de igual forma, resolviendo que la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, era constitucional bajo el entendido de que el régimen de protección allí previsto se aplica también para las parejas de personas homosexuales. Cfr. sentencias C-098 de 1996, y C-075 de 2007. Todas las cursivas en citas textuales son añadidas por los autores para hacer énfasis.

33 Ibíd.

Finalmente, la Corte extendió los efectos de esta última sentencia a las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, se encontraran en alguna de las cuatro situaciones siguientes: 1.º que hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; 2.º que hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; 3.º que hayan celebrado un matrimonio civil, pero que el registro civil se haya negado a inscribirlo, y 4.º todas aquellas que formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil en el futuro.

Esta sentencia declara constitucionales las normas civiles sobre el matrimonio, en consideración a que regulan el matrimonio entre personas heterosexuales, que es el que está dispuesto en la propia Constitución, pero señalando un déficit de protección en razón del cual las personas del mismo sexo no podrían contraer dicho vínculo³⁴, por lo que se estaría contrariando el pluralismo reconocido por la Constitución misma, motivo por el cual instó al Congreso a legislar sobre la materia, so pena de entender extendido el régimen del matrimonio civil también a las parejas de personas homosexuales, como actualmente ocurre³⁵.

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

El 10 de noviembre de 2009^[36] se acogió una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Dicha sentencia declaró inconstitucionales los artículos del código civil que limitan el matrimonio a parejas de distinto sexo. La decisión señaló que negar el matrimonio de dos personas del mismo sexo no constituía *per se* una ilegalidad. Sin embargo, agregó que la presunción de legalidad de los actos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no implicaba que tales actos fuesen legítimos. En este sentido, al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad, el tribunal manifestó que la decisión eliminaría “un *obstáculo ilegítimo* que limitaba la igualdad y la libertad, impedía *el pleno desarrollo de las personas y su participación efectiva en la política, la vida cultural, económica y social de la comunidad*, y que

34 Artículo 42.1: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

35 Sentencia SU-214 de 2016.

36 Partes: F.A. c. GCBA. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n.º 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 30/11/2009.

alienta la *perpetuación del comportamiento homofóbico*³⁷, todo lo cual estaba en clara oposición al régimen constitucional argentino.

Del mismo modo, el 19 de marzo de 2010, un tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas que limitan el matrimonio a parejas de distinto sexo y ordenó que se autorizara el matrimonio de dos personas del mismo sexo que solicitaron una cita para ceremonia de matrimonio: “Como se señaló en las cláusulas precedentes, ya sea desde la perspectiva del derecho a la protección de la autonomía personal o del derecho a la igualdad basado en el derecho a la no discriminación, las normas sobre el derecho a contraer matrimonio [...] *no cumplen los requisitos constitucionales* en la medida en que extinguen ese derecho para los peticionarios en ausencia de circunstancias que puedan hacer que dicha prohibición sea legalmente tolerable”³⁸.

En cuanto a México, el 3 de junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó la orientación sexual de las personas que deseaban casarse haciendo alusión a las reglamentaciones sobre procreación. La Corte dictaminó que la ley de cualquier entidad federal que considere que el propósito del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como una relación entre un hombre y una mujer es inconstitucional. Afirmó entonces:

... pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es *discriminatorio*, pues *excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales* que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso³⁹.

Esta sentencia consolidó cierto precedente sobre el tema y proporcionó una base sólida para el reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo en todo México⁴⁰.

En Brasil, las uniones de personas del mismo sexo se reconocen como un núcleo familiar y el matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido. Esta situación comenzó a consolidarse después del 5 de mayo de 2011, cuando el Supre-

37 Parágrafo XVIII.

38 Partes: C., M. y otro c. GCBA. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n.º 13, parágrafo 10, DFyP 2010 (mayo).

39 Parágrafo 157. Tesis Jurisprudencial 43/2015. Décima época, n.º de registro: 2009407. Instancia: Primera Sala.

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

mo Tribunal de Justicia aceptó dos acciones declarativas de inconstitucionalidad y reconoció a las uniones homoafectivas como entidades familiares con los mismos derechos y deberes que las uniones heterosexuales estables⁴¹. El Tribunal aplicó el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal que establece: “Los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros que surgen del régimen y de los *principios* por ella adoptados, o de los *tratados internacionales* de los cuales forma parte la República de Brasil”. En cuanto a la posibilidad de interpretar el artículo 1723 c.c. de manera discriminatoria, el Tribunal consideró necesario recurrir a la técnica de “*interpretación conforme a la Constitución*”. Desde entonces, los precedentes han permitido la transformación de uniones estables en matrimonio⁴²; posteriormente, el 25 de octubre de 2011⁴³, el Supremo Tribunal de Justicia otorgó la autorización irrestricta para contraer matrimonio.

En el caso de Chile revisaremos dos fallos: el primero se refiere a la constitucionalidad de la disposición que define el matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer; el segundo trata de la disolución del matrimonio por la conducta homosexual del cónyuge demandado.

El 3 de noviembre de 2011⁴⁴ el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la presunta inconstitucionalidad del artículo 102 c.c.⁴⁵. Esta acción fue motivada por la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer una reclamación presentada contra una presunta violación al derecho a la igualdad ante la ley. Se alegó que el incumplimiento de este derecho se produjo después de que un funcionario del registro civil se negara tanto a conceder una fecha para que dos hombres se casaran como a inscribir dos matrimonios del mismo sexo celebrados en el extranjero (uno en Argentina y el otro en Canadá). El Tribunal rechazó la petición por motivos de forma, señalando que el asunto en cuestión se relacionaba con un estatuto jurídico complejo: el matrimonio. Específicamente, argumentó que la “reserva de ley” le impedía pronunciarse sobre este asunto porque la Constitución misma establece que son materias propias de ley las que “son objeto de la codificación civil”⁴⁶ y “toda otra norma de

41 STF, ADI 4.277 y ADFP 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011. Los efectos de este fallo fueron vinculantes y *erga omnes*. La decisión sirvió para reafirmar fallos previos relacionados con la materia, como una decisión de 2001 que reconocía a las uniones del mismo sexo como familia por primera vez en el contexto de los derechos de herencia (Rio Grande do Sul, TJRS, AC 70001388982, 7.º C. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001). Anteriormente, el Supremo Tribunal había reconocido la existencia de una asociación *de facto* para las personas vinculadas en una unión del mismo sexo (STJ, Resp 148.897 / MG, 4.º T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02 / 1998). Además, en 2010, ese tribunal permitió que una pareja del mismo sexo adoptara dos hijos (STJ, Resp 889.852 / RS, 4.º T., Rel. Luis Felipe Salomao, j. 27/04/2010).

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

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

44 Rol 1881-10.

45 “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

46 Artículo 63 n.º 3.

carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”⁴⁷. El Tribunal consideró que la regulación del matrimonio calificaba como parte de los fundamentos esenciales del orden jurídico civil y, por lo tanto, era una cuestión de ley, no de Constitución.

En cuanto a las causas de divorcio basadas en la conducta homosexual, el 10 de abril de 2014^[48], el Tribunal Constitucional emitió un fallo rechazando la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 54, número 4 de la Ley de Matrimonio Civil⁴⁹. En efecto, la inaplicabilidad de esa disposición fue alegada en un proceso de divorcio por culpa en el cual la cónyuge acusó a su marido de conducta homosexual. El Tribunal señaló que el hecho alegado por la cónyuge era un acto o actividad que involucraba conducta homosexual, no una simple afección o preferencia externalizada hacia una persona de distinto o del mismo sexo. El Tribunal dictaminó que la disposición considera la grave transgresión del deber de fidelidad inherente al matrimonio como motivo de divorcio. También observó que en este caso era la conducta o las acciones de uno de los cónyuges, con personas del mismo o diferente sexo —que implicaban contacto sexual o manifestaciones externas significativas de afecto inherentes a un matrimonio—, lo que estaba en discusión. En resumen, el Tribunal dictaminó que la disposición no representaba una diferenciación arbitraria con respecto a otros motivos de divorcio por culpa, ya que todos ellos implicaban una violación del deber de fidelidad conyugal, sin perjuicio del hecho de que conductas de este tipo podrían ser constitutivas de delito.

III. Identidad de género

En relación con la identidad de género abordaremos algunos de los fallos más destacados de Colombia y México.

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

En sentencia del 16 de julio de 2013^[50], la Corte examinó un caso en el que no se había registrado el estado intersexual de un bebé recién nacido en el certificado de nacimiento (el espacio para “nacimiento, sexo” se dejó en blanco). Esta falla impidió

47 Considerando 5.

48 Rol n.º 2435-13.

49 “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.
“Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: [...] 4. Conducta homosexual”.

50 Sentencia T-450A de 2013.

que el niño se registrara en la oficina de registro civil y, en consecuencia, que pudiera recibir beneficios del sistema subsidiado de seguridad social.

La Corte declaró que la “exigencia de señalar el sexo masculino o femenino del recién nacido en la parte genérica del certificado de nacimiento, es *legítima y necesaria*”, pero que “[l]a *indeterminación del sexo no puede ser obstáculo* para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica”, no existiendo “*ninguna razón constitucional que justifique que bebés y niños cuyo sexo no pueda ser identificado al nacer, no sean registrados y permanezcan ocultos frente al Estado y la sociedad*”. Y agregando:

La *tensión* entre el interés del Estado de identificar y *registrar a los ciudadanos* para efectos de ubicarlos en la sociedad y la familia, y garantizarles todos sus derechos y, de otro lado, el derecho a la *identidad*, y a la *identidad sexual de las personas intersexuales o con ambigüedad genital* que no se clasifican en el momento de su nacimiento como hombres o mujeres, *debe resolverlo el legislador sin perder de vista el interés superior del menor*⁵¹.

En resumen, la Corte dictaminó que la denegación de atención médica o la demora injustificada por parte del sistema para satisfacer las necesidades de los niños, especialmente los jóvenes intersexuales, es reprochable, ignora sus derechos fundamentales y es inconstitucional cuando se basa en la ausencia de registros de nacimiento.

En segundo lugar, el 28 de agosto de 2014, la Corte emitió un fallo⁵² sobre la situación de un recién nacido que, de acuerdo con el diagnóstico médico, presentó una “ambigüedad sexual”. El bebé se registró inicialmente como mujer. A la edad de cinco años, sus padres cambiaron su nombre por uno masculino y a los seis años iniciaron un proceso para cambiar el sexo del niño a varón, buscando intervención quirúrgica, con lo que el niño supuestamente estuvo de acuerdo. Se pidió a la Corte que interviniera a la luz de la demora de las autoridades de salud pública para autorizar esa operación.

La Corte concluyó que el niño gozaba de autonomía y que sus preferencias debían tenerse en cuenta, por lo cual no era procedente el consentimiento sustituto de los progenitores para ser operado. No obstante, la Corte dictaminó que el consentimiento del menor de edad por sí solo no era razón suficiente sobre la cual el tribunal podría ordenar a un centro de atención médica realizar la cirugía de adecuación o asignación de sexo. Sostuvo que para que se emitiera una orden de este tipo debía existir un diagnóstico correcto, ausente en el presente caso. Por tanto, afirmó que el sistema de salud había violado el derecho del niño a una identidad sexual, a la atención médica —el derecho a un diagnóstico— y a una vida digna, fallando contra tal centro por “por no adelantar *prioritariamente* la evaluación de su caso y no to-

51 Parágrafos 4.5.3, 4.6.1. y 4.6.2.

52 Sentencia T-622 de 2014.

mar oportunamente las *medidas necesarias* para que el proceso de reasignación de sexo que desea el menor cumpla con un consentimiento informado, cualificado y persistente”⁵³.

Por último, el 13 de febrero de 2015^[54], la Corte abordó la naturaleza de los procedimientos necesarios para corregir la identidad de género de una persona. En este caso, una persona que se había sometido a una cirugía de cambio de sexo solicitó un cambio de nombre y sexo en los registros de nacimiento existentes y otros documentos de identidad. Se pidió a la Corte que interviniera en la medida en que dicha petición había sido presentada ante las autoridades administrativas en lugar de las judiciales.

La Corte declaró que las autoridades administrativas habían instituido una práctica en la que una persona transgénero solo podía solicitar un cambio de sexo por la vía de un proceso judicial (jurisdicción voluntaria), y señaló que esto “puede erigirse en un *obstáculo adicional* a los que ya enfrentan las personas transgénero para lograr ser reconocidas y aceptadas como tales por el resto de la sociedad”. El proceso judicial requiere que una persona actúe por medio de un abogado, lo que se transforma en una barrera de acceso: “representa un *trato discriminatorio* respecto de las personas cisgénero que formulan la misma pretensión, y a quienes se les permite efectuar tal corrección mediante escritura pública”⁵⁵.

La Corte concluyó que si bien la medida adoptada podría haber tenido un propósito constitucional legítimo, es decir, proporcionar seguridad y certeza a los cambios realizados por la oficina de registro civil, tales requisitos eran innecesarios considerando otros medios que no crean dificultad o discriminación, incluidos los cambios introducidos mediante escritura pública firmada ante un notario.

En el caso de México, la sentencia del 8 de enero de 2009^[56] se refiere a una solicitud de modificación del nombre y el género. El individuo había sido criado, educado y legalmente registrado como hombre, aunque al nacer presentaba órganos sexuales externos ambiguos. Sin embargo, a lo largo de los años sus características sexuales secundarias se habían desarrollado y presentado como las de una mujer.

El tribunal de primera instancia ordenó al registro civil enmendar el registro de nacimiento por medio de una anotación en el margen, así como anotar un nuevo nombre femenino y un nuevo género. Sin embargo, el juez no consideró necesario modificar los registros originales ni ordenó publicación o certificación del estado del solicitante.

El peticionario interpuso un recurso de amparo directo, alegando la inconstitucionalidad del artículo 138 c.c. del Distrito Federal que establece el procedimiento de corrección de los registros de nacimiento mediante anotaciones en el margen.

53 Parágrafos 2.6.4.1.

54 Sentencia T-063 de 2015.

55 Parágrafo 7.2.3 y 7.2.4.

56 Amparo directo civil 6/2008. Relacionado con: facultad de atracción 3/2008-PS.

La Suprema Corte notó que aunque algunos de los derechos personalísimos involucrados, como la identidad sexual y la intimidad, no estaban explícitamente establecidos en la Constitución mexicana, ellos “se desprenden de manera implícita de los tratados internacionales suscritos por México, y por ende, deben concebirse como derechos derivados del reconocimiento al *derecho a la dignidad humana*, pues sólo a través de su pleno respeto podremos hablar de un ser humano en toda su dignidad”⁵⁷.

La Suprema Corte declaró inconstitucional la disposición. Observó que, si bien la disposición proporcionaba un medio para enmendar el certificado de nacimiento en términos de nombre y sexo, el hecho era que, al limitar tales correcciones a una anotación en el margen —dada la naturaleza pública de dicho cambio—, la ley constituía “una *injerencia en su intimidad y vida privada*, ya que, se insiste, tendrá que exteriorizar, en muchas de sus actividades, su condición anterior, lo que, a su vez, genera eventuales *actos discriminatorios* hacia su persona en aspectos laborales o en sus relaciones sociales”⁵⁸.

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

Este caso es un ejemplo sobresaliente del impacto que las decisiones constitucionales pueden tener en las reformas legales.

IV. Derechos de los niños en las relaciones de familia

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

A. Filiación por naturaleza

En materia de filiación por nacimiento comentaremos algunas decisiones sobre la constitucionalidad de acciones de filiación (para establecer la identidad del niño con respecto a sus padres biológicos). En México, Chile y Colombia, las legislaciones

57 Ibid., 90.

58 Ibid., 98 y 99.

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

Esta información solo identifica a la persona formalmente (identidad formal) y falla notablemente al reflejar otros aspectos individuales y sociales (identidad material). Nos referiremos a este proceso de revisión de los principios formales y binarios de filiación en el contexto de la discusión de algunas resoluciones brasileñas sobre la crianza múltiple.

En el caso de Chile, el Tribunal Constitucional ha abordado las disposiciones que regulan la reclamación de filiación contra los herederos de un presunto padre biológico fallecido. La primera sentencia sobre la inconstitucionalidad de las normas relativas a la filiación data de 2009^[59], cuando se resolvió la no aplicabilidad del artículo 206 c.c. La formulación literal de la disposición limita la posibilidad de presentar una reclamación de filiación contra los herederos del presunto fallecido padre o madre o en los casos en que haya un hijo póstumo o el padre o la madre fallezca dentro de los 180 días del nacimiento; y, además, establece una fecha límite para presentar dicha acción⁶⁰.

Si bien tratamos de evitar el uso de un criterio numérico con respecto a los fallos que confirman o rechazan la legitimidad de la disposición con respecto a la Constitución –un procedimiento que podría llevarnos a creer erróneamente que esta cuestión se encuentra resuelta–, observamos que el Tribunal Constitucional ha utilizado, en general, argumentos basados en derechos fundamentales tales como la igualdad y la identidad, y ha invocado principios como la certeza y la seguridad jurídica. La discusión sobre esta cuestión no está completamente dilucidada a nivel constitucional, ya que existen votos mayoritarios y minoritarios que, desde puntos de vista opuestos, aceptan o rechazan las alegaciones de inconstitucionalidad del artículo antes mencionado⁶¹.

En cuanto a la aplicación de la cosa juzgada en procesos de acciones de filiación, en sentencia del 25 de julio de 2014 el Tribunal rechazó una petición de

59 Rol n.º 1340-09, 29 de septiembre de 2009.

60 “Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

61 Rol n.º 1563-09, 30 de agosto de 2011; Rol n.º 1537-09, 1 de septiembre de 2011; Rol n.º 1656-09, 1 de septiembre de 2011; Rol n.º 2035-11, 4 de septiembre de 2012; Rol n.º 2105-11, 4 de septiembre de 2012; Rol n.º 2215-12, 30 de mayo de 2013; Rol n.º 2333-12, 11 de junio de 2013; Rol n.º 2195-12, 18 de junio de 2013; Rol n.º 2200-12, 18 de junio de 2013; Rol n.º 2303-12, 2 de julio de 2013; Rol n.º 2408-13, 6 de marzo de 2014; Rol n.º 2690-14, 25 de julio de 2014; Rol n.º 2739-14, 6 de agosto de 2015.

inconstitucionalidad sobre una presunta vulneración del derecho a la identidad⁶². En particular, la madre del requirente había mantenido una relación sentimental con el demandado en la gestión pendiente, producto de la cual había quedado embarazada del requirente. Dado que el supuesto padre se negó a reconocer al niño, la madre omitió la indicación de paternidad al registrar el nacimiento en el registro civil. No obstante, la madre había presentado una acción en nombre de su hijo menor. Dicha acción fue rechazada en 2005. El peticionario, que toda su vida había tenido conocimiento de estos eventos, al alcanzar la mayoría de edad y adquirir la legitimación activa para demandar a su padre biológico presentó una demanda de filiación no matrimonial. En su contestación, el presunto padre presentó una excepción de cosa juzgada, invocando los efectos producidos por la sentencia final y ejecutoriada dictada en los tribunales civiles que habían rechazado la moción cuando se presentó por primera vez.

En este caso, el Tribunal dejó el asunto algo abierto. Aunque se mostró reacio a aplicar las reglas de cosa juzgada que invocó el acusado, rechazó la petición, afirmando que “el tópico del eventual conflicto entre la cosa juzgada en materia de filiación y el reconocimiento del derecho humano a la identidad, cuando se ejerce una segunda demanda, después de afinado el primer proceso sobre ello, está residenciado *actualmente a nivel de justicia ordinaria*, como cuestión de *legalidad* o, a lo más, de *convencionalidad*”⁶³. De esta forma, el Tribunal evitó resolver la cuestión de la inconstitucionalidad.

En el caso de México, la tendencia es a una mayor cercanía entre el derecho a preservar la identidad y el derecho a saber quiénes son los padres biológicos.

La primera sentencia es del 18 de octubre de 2006⁶⁴. La Suprema Corte conocía de una pugna de tesis en la jurisprudencia. Por un lado, un tribunal inferior había dictaminado que en una demanda por investigación de paternidad la muestra genética requerida no podía tomarse de forma coercitiva; por otro lado, un tribunal distinto había determinado que el derecho del menor a establecer su identidad prevalecía sobre el derecho de sus padres a negarse a proporcionar voluntariamente una muestra de sangre.

La Suprema Corte falló a favor del uso de la fuerza sobre la base del interés superior del niño y del derecho del niño a la información sobre el origen biológico y la identidad de sus padres, y declaró:

La importancia de ese derecho fundamental a la identidad *no sólo radica en la posibilidad de conocer el nombre y el origen biológico* (ascendencia), sino que, a partir de ese conocimiento, puede derivarse[,] en primer lugar, el derecho del menor a

62 Rol n.º 2690-14.

63 Considerando 8.

64 Conflicto sobre la teoría del caso: 154/2005-PS. Novena época, n.º de registro: 20018. Instancia: Primera Sala.

tener una *nacionalidad* y, por otra parte, el derecho del menor, constitucionalmente establecido (artículo 4.º), de que sus ascendientes *satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral*⁶⁵.

El 28 de mayo de 2014^[66], la Suprema Corte confirmó su posición al escuchar argumentos sobre una nueva contradicción de la ley. El tribunal querellante afirmó que la existencia de un registro que contenía una filiación no representaba ningún obstáculo para la admisión de pruebas genéticas. El tribunal demandado, sin embargo, argumentó que tal evidencia no era admisible en la medida en que la paternidad había sido previamente reconocida. Si la evidencia fuera admitida, argumentó el tribunal, la paternidad existente debería considerarse nula e inválida para garantizar que los derechos del demandado no se vean perjudicados irreparablemente. En resumen, el caso versó sobre la contraposición entre dos derechos: el derecho del niño a una identidad y el derecho del padre a la intimidad.

La Suprema Corte dictaminó: “Dentro de un vínculo familiar es imprescindible que la persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres, a fin de ejercer su *derecho a la identidad biológica*”, agregando: “Lo anterior significa que cuando *la realidad de un vínculo biológico no se encuentra reflejada en el plano jurídico*, debe reconocerse el derecho de la persona (sea mayor o menor de edad) a lograr el estado de familia que corresponde con su *relación de sangre*”⁶⁷.

Finalmente, el fallo es categórico en cuanto a la imposibilidad de tener dos paternidades: “En los casos en los que la pretensión del actor es establecer una nueva filiación jurídica, debe decirse que mientras que el propio ordenamiento no permita o reconozca la escisión y distinción de este cúmulo de relaciones jurídicas, la seguridad jurídica y el propio interés superior del menor exigen que *sea uno solo el vínculo paterno-filial que les da origen*. Es decir, *no podría darse el caso de que hubiera dos paternidades legales simultáneas*”⁶⁸. Esta posición es contraria al enfoque de algunos fallos brasileños que examinaremos después (multiparentalidad).

En sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 10 de noviembre de 2010^[69] podemos observar la prevalencia de criterios “sustantivos” frente a criterios

65 Considerando 5.

66 Conflicto sobre la teoría del caso: 430/2013. Décima época, n.º de registro: 2007454. Instancia: Primera Sala.

67 Parágrafo 75 y 76.

68 Parágrafo 84. Esta cuestión fue confirmada en una sentencia del 8 de agosto de 2011 (Tesis de Contradicción 355/2011, Tribunales de Circuito del Décimo Período), que se refiere al caso de un padre que, después de haber reconocido voluntariamente a su hijo y desempeñado sus funciones como tal durante once años, afirmó que el niño no era su hijo y presentó una demanda contra la madre para impugnar la paternidad. Esta solicitud fue denegada por el tribunal de primera instancia, pero se otorgó en apelación, lo que llevó a la madre a recurrir de amparo ante el Tribunal Supremo.

69 Sentencia T-888 de 2010.

“adjetivos” (o de procedimiento) para facilitar la tramitación de una solicitud de filiación al redefinir el concepto del “interés actual” del peticionario. La Corte dictaminó que el derecho a la personalidad jurídica “confiere a su titular la *potestad de exigir que la verdadera filiación prevalezca sobre la puramente formal o ficticia*”⁷⁰. En este caso, al peticionario se le dijo, en el contexto de un juicio que cuestionaba la paternidad, que su acción estaba condenada al fracaso debido a que carecía del interés actual de demandar, a pesar de haber presentado la petición dentro del plazo de 20 días después de obtener los resultados de una prueba de ADN que sugería que era muy poco probable que la niña que había reconocido fuera suya.

La Corte indicó que si bien el caso podría resolverse mediante una interpretación legalmente admisible, podrían producirse violaciones de los derechos fundamentales si la disposición se interpretaba como “*conferirle una eficacia inferior a la óptima* a los derechos a la libertad para decidir el número de hijos, a la personalidad jurídica, a la filiación y acceder a la administración de justicia”⁷¹. La Corte indicó que la interpretación razonable de la voz “interés actual” para impugnar la paternidad comenzaba a contabilizarse cuando emerge la primera duda sobre la existencia de tal vínculo filial, una vez que la persona había sido reconocida como hijo.

La Corte Constitucional se ha referido a la caducidad de impugnaciones a la filiación –aunque en sentidos diversos– en función de la proporcionalidad de la interpretación de la disposición legal. En sentencia del 15 de febrero de 2012^[72] señaló que la interpretación constitucionalmente válida de una norma “es aquella en la que *el término de caducidad de la impugnación de la paternidad se empieza a contar a partir de la fecha en la cual se tuvo conocimiento cierto* a través de la prueba de ADN de que no se era el padre biológico”⁷³.

En sentido opuesto, el 28 de junio de 2013^[74] sostuvo que “en el caso concreto, si bien existe una prueba de que el actor no es el progenitor del menor Juan Diego, la inactividad de éste durante 8 años, implica que aceptó su rol como padre del citado menor”; y que, “frente a la posible configuración de un defecto sustantivo por desconocer el mandato constitucional que señala que se le debe dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas, [...] *en este caso efectivamente la declaratoria de la caducidad de la acción no es desproporcionada*”, ya que “[l]a aplicación de dicha norma tiene como fin *proteger la seguridad jurídica y preservar la estabilidad de las relaciones filiales*”⁷⁵.

70 Parágrafo 14.

71 Parágrafo 24.

72 Sentencia T-071 de 2012.

73 Parágrafo 9.2.2.1.

74 Sentencia T-381 de 2013.

75 Parágrafo 7.3.

En Argentina, una sentencia del 16 de abril de 2008^[76] declaró inconstitucional el artículo 259, párrafo 2, del código civil vigente en el momento, ya que limitaba el plazo en que un marido podía impugnar la paternidad a un año a partir del nacimiento, a menos que no estuviese al tanto de dicho nacimiento. En este último caso, la acción prescribía en el plazo de un año desde que se da cuenta de la existencia del niño. En este fallo se admitió la impugnación de la paternidad dentro del matrimonio, afirmando que no existía un vínculo biológico de parentesco entre padre e hija.

La sentencia estableció que “las restricciones impuestas a los derechos individuales, en el caso del derecho a establecer la verdadera filiación, tienen *un límite sustancial que se deriva de los principios de razonabilidad y proporcionalidad*”⁷⁷, y que dicho artículo contenía una limitación irrazonable que violaba el derecho a conocer la verdad biológica, que es un componente del derecho a la identidad personal, junto con el derecho a establecer vínculos legales de filiación entre personas relacionadas biológicamente, y el derecho a probar el verdadero estado familiar.

B. Filiación por adopción

En Colombia, el 19 de febrero de 2016^[78], la Corte Constitucional resolvió el caso de una mujer identificada como *Y* que nació como resultado de una relación extramatrimonial entre *YSA* y *GCZ*. *AAL* y su cónyuge *ACZ* la habían mantenido dado que, en el momento de su nacimiento, su madre biológica (*YSA*) era menor de edad. El padre biológico de *Y*, *GCZ*, era el hermano de su “padre adoptivo” (*ACZ*) y su tío biológico, pero nunca había asumido su rol de padre. Después de alcanzar la mayoría de edad, *Y* y *ACZ* decidieron legalizar su parentesco a través de la adopción⁷⁹. Si bien esa solicitud fue inicialmente rechazada por el tribunal de familia, posteriormente fue aceptada por otro tribunal. El problema surgió cuando el último fallo proponía que el apellido de *Y* cambiara al de su “padre social” y al mismo tiempo ordenaba suprimir el nombre de la madre biológica en el registro de nacimiento, eliminando así el vínculo filial y familiar con su madre. En respuesta, *Y* apeló y solicitó que se revocara la supresión del nombre de su madre biológica con la que había “llevado a cabo relaciones normales como madre e hija”. Sin embargo, el tribunal de apelación reafirmó la decisión, dictaminando que uno de los efectos de la adopción total es la extinción de todas las relaciones de sangre anteriores.

76 Cámara de Familia 2, Córdoba. Partes: G., D. E. v. F. N. O. y otra. Publicada en: Lexis n.º 70053706.

77 Sec. II, I.

78 Sentencia T-071 de 2016.

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

La Corte declaró que las resoluciones precedentes que impidieron la adopción deberían haber interpretado las normas existentes sobre la adopción de una persona mayor de edad de manera más sistemática y armoniosa, sobre todo porque nunca fue intención de las partes extinguir los vínculos parentales entre la hija y la madre biológica. Y señaló que “la adopción pretendía reconocer un *vínculo real* que se había formado durante años entre adoptado y adoptante”, que permitiría retribuir “el *amor, cariño y apoyo* que le había brindado su padre adoptante durante su crecimiento y proceso de formación mediante las obligaciones que surgen de la filiación”⁸⁰.

Además de abrirse a la idea del parentesco social y subrayar la validez de las relaciones afectivas como fuente de efectos civiles, esta decisión también requiere una revisión de los impactos clásicos de una de las instituciones con los fundamentos más sólidos del derecho de familia: la adopción. La Corte estableció que no puede afectar desproporcionadamente el derecho a la identidad y el derecho a la vida familiar, borrando vínculos anteriores. Este elemento podría abrir el camino para la reincorporación de algunos tipos de adopción derogada en varios sistemas jurídicos latinoamericanos, bajo los cuales persisten los lazos legales entre un niño y sus padres biológicos (adopción simple).

C. Relaciones de cuidado

Hasta 2013, el código civil chileno daba preferencia a la madre al determinar el cuidado personal de los niños cuando los padres vivían separados. En nuestra opinión, esa disposición era contraria a los principios del interés superior del niño y la igualdad de los padres. Fue modificada mediante Ley 20.680, que reemplazó el inciso 1.º del artículo 225 por un texto que considera el lugar de residencia *de facto* del niño, es decir, con cuál de los padres reside en el momento de la separación.

Tras su entrada en vigor, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 225 c.c. Ha considerado la posibilidad de establecer un cuidado personal compartido en ausencia de un acuerdo a este respecto. En fallo sobre una posible violación del debido proceso y el derecho a la defensa, declaró que la determinación del cuidado personal compartido no es un asunto que deba ser resuelto por los tribunales: “*no siendo la imposición del cuidado personal compartido una materia que corresponda a los jueces zanjar*, pues el legislador la reservó fundadamente a la hipótesis en que existe acuerdo entre los padres, no se trata de una materia susceptible de resolverse en un proceso jurisdiccional previo”⁸¹.

Esta interpretación es discutible, dado que en 2013 el legislador no impidió expresamente a los tribunales regular el cuidado personal compartido a solicitud de una de las partes. Considerando que la corresponsabilidad de los padres es uno de los principios fundadores de esta reforma y que las nuevas normas han proporcionado

80 Parágrafo 66.

81 Rol n.º 2699-14, 16 de junio de 2015. Considerando 24.

contenido adicional al interés superior del niño al derogar la “indispensabilidad” y objetivar su aplicación, parece que, como mínimo, sería apropiado que el juez que conozca un caso introduzca dicha modalidad de cuidado en caso de que las circunstancias lo justifiquen y en la medida que favorezca el bienestar del niño.

El 12 de abril de 2016^[82] el Tribunal Constitucional conoció una petición de inaplicabilidad de un juez de familia con respecto a la curaduría de dos menores de edad. El juez estaba conociendo de una solicitud de curaduría presentada por el hermano de dos niñas menores sobre la base de que residían con él y estaban bajo su cuidado luego de la muerte de su padre y su madre. El juez afirmó que ciertos artículos del código civil imperativamente obligaban al juez a otorgar la custodia al abuelo materno de las niñas, que estaba vivo pero no mantenía contacto ni tenía una relación con ellas, a diferencia del peticionario, que tenía un vínculo afectivo con ellas.

El Tribunal Constitucional consideró que la aplicación de las normas sobre curatela tendría efectos inconstitucionales pues repercutía en la integridad psicológica de las niñas y afectaba su derecho a la igualdad. El Tribunal observó que la ley considera que la situación de los hijos de padres que fallecieron es diferente de la de los hijos de padres vivos, afirmando que dicha diferenciación no está justificada en la medida en que se encuentran en la misma situación: ambos necesitan la ley para identificar a la persona responsable de cuidarlos. El primero se regiría por reglas “cuyas prescripciones hacen *nula referencia a la consideración primordial que en dichas materias debe merecer el interés superior del niño*, como derecho, principio y norma de procedimiento”⁸³.

Por último, el Tribunal sugirió que la aplicación de estas reglas afectaría profundamente la integridad psicológica de las menores de edad: “La posibilidad de que cambie su entorno familiar y que se corten los lazos familiares y afectivos que han construido con quien las ha cuidado desde que han quedado huérfanas, *menoscabaría su integridad psicológica y el desarrollo pleno de sus capacidades hacia el futuro*”⁸⁴.

Esta decisión es particularmente importante porque plantea una crítica a la relevancia de ciertos estatutos de derecho civil del siglo XIX. Debido a su antigüedad, estas reglas parecen ser inconsistentes con disposiciones más modernas que abordan situaciones similares, como las relacionadas con el cuidado de niños menores de edad si sus padres biológicos están vivos.

D. Multiparentalidad

Algunos fallos en Brasil y Argentina están allanando el camino a la “pluricrianza” o “multiparentalidad”. No se refieren directamente a la constitucionalidad de una

82 Rol n.º 2867-15.

83 Considerando 16.

84 Considerando 40.

disposición, pero abren dimensiones previamente desconocidas: admitir que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales.

En Brasil, esta situación se ha planteado en el ámbito judicial. El fallo de la Octava Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande reconoció, en 2015, la “multiparentalidad” a raíz de una solicitud de un matrimonio conformado por dos mujeres y un hombre, quienes habían celebrado un “pacto de filiación”. Los tres peticionarios se habían comprometido recíprocamente al ejercicio del poder familiar, la herencia, la custodia, las visitas y las obligaciones de sustento. La Cámara revocó la decisión del tribunal inferior que rechazó la solicitud y declaró procedente “el pedido de reconocimiento de la multiparentalidad en relación a la hija, debiendo rectificarse el registro civil, a fin de que *conste también como progenitora la esposa de la madre, con inclusión de los respectivos abuelos maternos*”⁸⁵.

En Argentina, este problema ha surgido en el ámbito administrativo. En el año 2015 se presentaron dos casos ante el registro civil sobre niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida en el marco de un matrimonio compuesto por dos mujeres. La persona que proporcionó el material genético era amiga de la pareja y también desempeñaba el papel de padre; los niños fueron criados por los tres adultos. En ambos casos, el registro civil correspondiente aceptó el reconocimiento ofrecido por el hombre y emitió un nuevo certificado de nacimiento, lo que refleja el triple vínculo de filiación⁸⁶.

Conclusiones

Este trabajo ha intentado proporcionar una visión general del estado de las resoluciones constitucionales de América Latina sobre las relaciones familiares. Uno de nuestros principales argumentos es que estas decisiones judiciales reflejan un proceso embrionario de constitucionalización del derecho de familia. En particular, este proceso parece ser prominente en la jurisprudencia constitucional de Argentina y de Colombia.

Como se observa en este breve análisis de una serie de decisiones judiciales sobre cuestiones tales como la orientación sexual, la identidad de género y la filiación, parece que la constitucionalización del derecho de familia puede estar abriendo ca-

85 Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande Do Sul, L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad, 12/02/2015, p. 12. JPOE n.º 70062692876 (n.º CNJ: 0461850-92.2014.8.21.7000) 2014/cível.

86 Cfr., PERALTA, M. L., “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, n.º 68, 2014, 53-70, y HERRERA, M.; DUPRAT, C. y PELLEGRINI, M. V., “Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el código civil y comercial de la Nación”, *Revista Código Civil y Comercial*, ed. especial xxv Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2015, 93-110.

minos innovadores y de gran alcance para las reformas legales que intentan abordar problemáticas jurídicas.

El derecho de familia moderno se ve continuamente desafiado, pues regula relaciones de las personas en familia en contextos sociales dinámicos, complejos y en profunda transformación. El proceso de constitucionalización es particularmente importante en el desarrollo del derecho de familia. En las sociedades modernas, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, los proyectos individuales no se desarrollan predominantemente en la familia. Hoy, las personas tienden a cumplir sus aspiraciones en contextos que van más allá de la vida privada familiar; la familia “estática” que la mayoría de los códigos civiles de América Latina contemplaron en el siglo XIX y que se inserta en el imaginario de sus miembros como un propósito legítimo pero que no abarca ni satisface en su totalidad sus proyectos individuales, pasa a ser reemplazada por una que cambia constantemente, adaptándose a los planes individuales de sus miembros.

Estos desafíos requieren que los sistemas legales se ajusten periódicamente para reformular sus reglas y disposiciones sobre la base de nuevos principios fundacionales. En este proceso, la tarea del intérprete es fundamental, y en especial la de los tribunales llamados a declarar la conformidad de estas disposiciones a la Constitución Política. En este contexto, la constitucionalización del derecho de familia podría desempeñar un papel primordial en la protección de los derechos humanos dentro de las relaciones familiares; un proceso que puede contribuir, entre otros aspectos, a la incorporación progresiva de las normas internacionales de derechos humanos a la legislación nacional.

No obstante, el análisis de este embrionario proceso de constitucionalización no debe aceptarse indiscriminadamente. En nuestra opinión, aunque proporciona elementos positivos, el neoconstitucionalismo extendido podría proporcionar un falso sentido de claridad jurídica. Bajo este nuevo enfoque, el derecho de familia solo toma posesión de su validez cuando se adapta o se ajusta a la normatividad constitucional (super-dogma). Sin embargo, los principios constitucionales y los derechos fundamentales son difíciles de precisar, y, en muchas ocasiones, comprender lo que las normas constitucionales establecen en asuntos específicos puede ser particularmente espinoso, lo que requiere un mayor desarrollo teórico y normativo.

Si bien el derecho de familia está necesariamente anclado en el derecho constitucional, no debe mantenerse firme a esa ancla a costa de la pereza dogmática (teórica) y normativa. Del mismo modo que el derecho penal ha logrado respetar los principios y derechos constitucionales fundamentales, al tiempo que mantiene un sólido desarrollo doctrinal y normativo, el derecho de familia deberá proporcionar un conjunto mucho más sólido y preciso de principios y normas jurídicas para justificar su propio dogma; un nuevo dogma que refleja las transformaciones necesarias para estimular la efectividad así como los confines constitucionales dentro de los cuales está llamado a navegar.

Referencias

- ÁLVAREZ PERTUZ, A., “Constitucionalización del derecho de familia”, *Revista Jurídicas CUC*, n.º 7, 2011, 27-51.
- BARROSO, L. R., “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, 2008.
- BELOFF, M., “Quince años de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina”, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 10, 2008, 11-44.
- BIDART CAMPOS, G. J., “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, *x Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998*, vol. 5, 1998 (Ponencias profesores invitados), 16-22.
- CALVO CARVALLO M. L., “Familia y Estado: una perspectiva constitucional”, *Revista Uruguay de Derecho de Familia*, n.º 15, 2000, 163-165.
- CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta y UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CHÁVEZ ASENCIO, M., *Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 7.^a ed., México, Porrúa, 1998.
- CILLERO, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, Universidad Diego Portales, n.º 1, 1999, 46-63.
- COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 16, 2002, 90-112.
- CORRAL, H., “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación mediante la adopción o recepción de su práctica en el extranjero”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ed.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida: una mirada transdisciplinaria*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, 2013, 165-188.
- COUSO, J., “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño*, n.º 3, 2006, 145-166.

- DE LA FUENTE LINARES, J. C. F. J., “La protección constitucional de la familia en América Latina”, *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2012, 6-29.
- DWORKIN R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, 72-81.
- ESPEJO, N. y LATHROP, F., “Dissolution of Marriage in Latin America: Trends and Challenges”, en EEKELAAR, J. y GEORGE R. (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, New York, Routledge, 2014, 133-137.
- ESPEJO, N. y LATHROP, F. (coords.), *Responsabilidad parental*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.
- FAVOREAU, L., *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, M. Correa Henao (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2000.
- FERRAJOLI, L., “El paradigma normativo de la democracia constitucional”, en MARCILLA CÓRDOBA, G., *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- GARCÍA-MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Prefacio de L. Ferrajoli, 2.^a ed., t. I, Bogotá, Temis, 1999.
- GARRIDO, R., “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2013, 115-147.
- GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho constitucional de familia*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- HERRERA, M., “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué familia?”, en GARGARELLA, R. (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, 85-94.
- HERRERA, M.; DUPRAT, C. y PELLEGRINI, M. V., “Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el código civil y comercial de la Nación”, *Revista Código Civil y Comercial*, ed. especial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2015, 93-110.

JARAMILLO, I. C., “Familia”, en MOTTA, C. y SÁEZ, M. (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, t. 1, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, 267-361.

JARAMILLO, I. C., *Derecho y familia en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

JARUFE CONTRERAS, D., “Las filiaciones ‘no biológicas’ derivadas de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ed.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida: una mirada transdisciplinaria*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, 2013, 67-104.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La guarda compartida. Una visión comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed. especial, 2012, 181-186.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA M. y LAMM, E., “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (ed.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida: una mirada transdisciplinaria*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, 2013, 127-63.

LATHROP, F., *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, 2008.

LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. J., “Los derechos humanos en las relaciones familiares del s. XXI: los caminos de la jurisprudencia argentina”, en LLOVERAS N. y HERRERA, M. (dirs.), BENAVIDES SANTOS, D. y PICADO A. M. (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, 73-115.

LOVERA, D. y CODDOU, A., “Niño, adolescentes y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 11, 2009, 11-54.

LOVERA, D., “Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas”, *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 10, 2008, 45-62.

PARRA BENÍTEZ, J., “El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 97, 1996, 47-52.

PERALTA, M. L., “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, n.º 68, 2014, 53-70.

SOTO KLOSS, E., “La familia en la constitución política”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 21, 1994, 217-225.

ZANNONI, E. A., *Derecho de familia*, 3.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1998.