

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE LAS FAMILIAS: DEL SINGULAR AL PLURAL, ALGO MÁS QUE UNA LETRA DE DIFERENCIA

Por MARISA HERRERA*

*“Aunque parezca que tienen pocas pretensiones intelectuales
y que carecen de ambición teórica o de visión práctica acerca
de cómo podría ser la vida social, las facultades de derecho
son lugares intensamente políticos”*
Duncan Kennedy**

I. PRELUDIO

Es cierto que las casualidades existen, pero también que en la gran mayoría de los hechos sociales hay más causalidad que casualidad. La teoría crítica del derecho, prisma o postura filosófica con la cual me siento más a gusto¹, pregonada en el derecho nacional por Marí, Cárcova y Ruiz, siendo ellos algunos de sus principales exponentes, y el aludido Kennedy —fundador de la “critical legal studies” en el derecho norteamericano— se caracteriza por defender la idea de que “tanto los objetos observados como los sujetos observadores de la ciencia están constituidos socialmente y, por lo tanto, deben ser analizados e interpretados dentro de su contexto histórico-social”².

La Teoría Crítica se ha ocupado y preocupado de manera precisa por la enseñanza del derecho, siendo éste un modo esencial o una de las principales vías para criticar de manera profunda el derecho en sí como herramienta de dominación social, ya sea de modo estructurado, rígido, verticalista o jerárquico y exclusivo o excluyente; o más o menos emancipatorio, plural e inclusivo. En este sentido, y como crítica a la enseñanza tradicional, se dijo: “Al excluir las dimensiones fáctica y valorativa del fenómeno (o fenómenos) jurídico(s), el objeto formal del estudio del

* Agradezco la lectura atenta y ácida de mis amigas Natalia de la Torre y Mariela González de Vicel.

** Kennedy, Duncan, “La enseñanza del derecho como una preparación para la jerarquía”, *Revista Academia*, año 2, nro. 3, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004, p. 117.

¹ Misma columna vertebral desde la cual se edificó el trabajo “Aportes para la deconstrucción de la enseñanza del derecho de familia” en la *Revista Academia*, año 4, nro. 7, allá por 2006, en coautoría con Verónica Spaventa, con quien seguimos siendo amigas y compartiendo los mismos ideales, siendo hábil afirmar que el presente ensayo podría ser considerado una segunda parte, una actualización y modernización de las principales interpelaciones esgrimidas en aquella oportunidad, una década después.

² Frankerber, Gunter, “Teoría crítica”, *Revista Academia*, año 9, nro. 17, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, p. 67.

derecho y con él la concepción del derecho que se transmite en las aulas dista mucho del objeto real a partir del cual se construye (debería construirse) y con el cual operan los profesionistas, jueces, abogados y los individuos en general³. ¿En qué consiste esta dimensión valorativa? En rechazar “una formulación teórica explícita y unitaria acerca del derecho” y, por el contrario, defender la idea de que el derecho es “un conjunto de valores compartidos y actitudes críticas y de izquierda”⁴. Esto se traduce en una serie de rasgos que pregona la Teoría Crítica en torno al Derecho, como ser: que se trata de un medio para afectar la vida social; que el poder en la sociedad afecta directamente la forma en que se utiliza el poder dentro del derecho; el derecho no se limita a las normas sino que incluye también los usos (discursos jurídicos) que los actores sociales les dan; que el derecho tiene una carga y una función principalmente política y que participa de manera activa en la construcción del mundo social, en tanto que “filtra” nuestras experiencias a través de determinadas categorías⁵. De allí que se sostenga que “El derecho pasa a participar en la constitución o construcción de la sociedad”⁶ y en concreto, en lo que respecta a la enseñanza del derecho, señalar que la Teoría Crítica pretende “politizar la enseñanza del derecho. Por politizar entendamos no adoctrinar sino, de cierta forma contextualizar al derecho. Se trata de desnudar al derecho de su falsa pretensión de neutralidad valorativa y contemplar los debates morales, políticos y filosóficos que lo conforman y de los que forma parte”⁷.

En palabras de Raúl Álvarez que se dedica a “Cómo enseñar Teoría Crítica del Estado”, esta perspectiva filosófica intenta “comprender la interrelación dialéctica de la sociedad entendida como totalidad cambiante movida por el antagonismo de clase básico de la sociedad capitalista”, que, aplicada al derecho como al Estado, consiste en “desconfiar de la institucionalidad jurídica positiva para desocultar una realidad más profunda en la que encontramos agregados sociales desiguales en conflicto, que pujan por valerse de la institucionalidad como arma a su favor en la lucha política y social”⁸. ¿Qué significa esta mirada trasladada a las aulas? Revalorizar “la clase participativa” por sobre “la clase magistral”, con la consecuente “construcción conceptual” por sobre el “adoctrinamiento”, promoviéndose la “autonomía” en vez de la “heteronomía”. En otras palabras, que “Para una visión de la educación política que propenda a la autonomía, la labor del docente consiste en generar el andamiaje del proceso de descubrimiento de los propios alumnos”⁹.

Es cierto, como lo advierte Martín Aldao, que “todos los grandes paradigmas” de la teoría general del derecho como el positivismo, el postpositivismo, la escuela crítica y el realismo implican “un recorte sobre el fenómeno jurídico en función de sus presupuestos filosóficos, políticos, epistemológicos, etc.” y así como permiten “dar cuenta de algunas de sus dimensiones necesariamente termina por ocultar otras”; más allá de “sobre todo en lo que hace a la enseñanza del derecho, resulta de suma importancia no perder de vista el carácter instrumental de estos marcos teóricos, del modo tal de poder obtener todo el provecho posible de esta clase de reflexiones sobre el fenómeno jurídico”¹⁰.

³ Lajous Madrazo, Alejandro, “¿Qué? ¿cómo? y ¿para qué? Análisis y crítica al modelo tradicional de enseñanza del derecho en México”, *Revista Academia*, año 4, nro. 7, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, p. 179.

⁴ Lajous Madrazo, Alejandro, “¿Qué?...”, cit., p. 211.

⁵ Lajous Madrazo, Alejandro, “¿Qué?...”, cit., p. 213.

⁶ Lajous Madrazo, Alejandro, “¿Qué?...”, cit., p. 217.

⁷ Lajous Madrazo, Alejandro, “¿Qué?...”, cit., p. 225.

⁸ Álvarez, Raúl N., “Cómo enseñar Teoría Crítica del Estado”, *Revista Academia*, año 10, nro. 20, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2012, Buenos Aires, p. 19.

⁹ Álvarez, Raúl N., “Cómo enseñar...”, cit., p. 27.

¹⁰ Aldao, Martín, “Sobre la relación ente la teoría y la práctica en los contenidos de la Teoría General del Derecho”, *Revista Academia*, año 12, nro. 24, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, p. 17. Cabe destacar que este autor destaca

¿Qué tiene que ver la filosofía del derecho con la enseñanza del derecho de las familias? Todo que ver. Los objetos observados (la o las familias) y los sujetos observadores (quienes están a cargo de un aula y quienes eligen cursar con ellos una materia) están imbuidos en un determinado contexto social y determinados por ciertos saberes, ideas y prejuicios. ¿Acaso las aulas no son “lugares intensamente políticos”? Nos referimos a la acepción más amplia de política que consiste en la “ciencia que trata del gobierno o la dirección de los Estados, las ciudades o las colectividades en general”¹¹, sosteniéndose que “cuando se utiliza la definición más amplia de política, se suele aclarar que ésta es una actividad de la que es muy difícil sustraerse, por encontrarse en casi todos los ámbitos de la vida humana”¹². Por algo Aristóteles afirmaba que el hombre es un animal político o *zoon politikón*, en griego. ¿Acaso la formación universitaria no integra uno de los “ámbitos de la vida humana”?

Como bien lo asevera D’Auria: “la política no es otra cosa que conflicto de valores e intereses enfrentados que busca resolverse por medio de diversas técnicas de imposición de la voluntad (amenazas, contraprestaciones y argumentos). Y el derecho es otra cosa que un conjunto objetivado de esos valores, intereses y técnicas de imposición de la voluntad, en el seno de una sociedad determinada; es decir, un cierto orden de valores e intereses políticamente relevantes, respaldados en el monopolio coercitivo del Estado. De esta manera, se observa que el derecho no está del otro lado de la frontera de la política, sino que es continuación de la política”¹³.

En esta línea de pensar el derecho como política, Aldao afirma que “Al intentar despolitizar el derecho, Kelsen, entre otras cosas, está perdiendo de vista el rol que juegan los juristas en la legitimación (o la mejora) de los ordenamientos sociales”¹⁴.

Justamente, como lo destaca Duncan Kennedy en “Politizar el aula”: “La idea es que los estudiantes deberán concebir el aula como un espacio para aprender tanto doctrina como la discusión de las lagunas, conflictos y ambigüedades de aquélla. También deberían verse a sí mismos, día a día, como representantes de distintos tipos de coaliciones de derecha o de izquierda. Quién se encuentra en cada una variará según el tema. En cuestiones de género, los estudiantes se dividirán en forma distinta que cuando se trata de un problema relativo a la raza, y eso es la parte de la diversión de este método”¹⁵.

Yendo al objetivo del presente ensayo, es evidente que preguntarse acerca de qué, cómo y para qué enseñar derecho de familia constituyen interrogantes que deberían actualizarse en forma constante o, de mínima, periódicamente, tratándose de un ámbito dentro de las ciencias jurídicas sensiblemente social y a la intemperie de los embates fácticos. Como bien señala la teoría crítica, los hechos sociales pueden ser mirados de un modo, con un grado de complejidad mayor, o simplemente como algo que acontece sin dársele mayor relevancia. Esta manera diferente de encarar los hechos sociales familiares depende de los interlocutores, de quiénes son los docentes, los alumnos y en qué contexto o hábitat se genera esa interacción. ¿Serán similares los debates en una clase de derecho de familia dictada en la Universidad de Buenos Aires, en la Nacional del Nordeste, en las universidades más novatas del conurbano bonaerense, en la Uni-

los beneficios del “positivismo”, definido como “aquella comprensión teórica que se propone dar cuenta de la práctica judicial ‘neoconstitucionalista’”. Al respecto, cabe destacar que, como bien se señala en el cuerpo del presente ensayo, las teorías no se suelen presentar en forma pura y que es posible que confluyan elementos de varias. En lo que respecta a la mirada que se sigue en esta oportunidad, Teoría Crítica y Neoconstitucionalismo se retroalimentan, interactúan, y repotencian.

¹¹ www.es.thefreedictionary.com/pol%C3%ADtica, compulsada el 25/11/2015.

¹² www.es.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica, compulsada el 24/11/2015.

¹³ D’Auria, Aníbal A., “La filosofía política en la formación del abogado”, Revista Academia, año 1, nro. 1, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, p. 43.

¹⁴ Aldao, Martín, “Sobre la relación...”, cit., p. 23.

¹⁵ Kennedy, Duncan, “Politizar el aula”, Revista Academia, año 5, nro. 10, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007, p. 87.

versidad Católica Argentina, en la Austral o en una privada laica como la Universidad de Palermo? Seguramente la respuesta sería negativa. ¿Por qué? Porque el contexto institucional constituye otro de los microsistemas que influyen en el resultado: la enseñanza del derecho de familia o las familias, en el que la letra de diferencia encierra mucho más que una cuestión gramatical.

En el presente ensayo se pretende resaltar cómo los cambios sufridos —en buena hora— en la legislación civil en lo relativo a las relaciones de familia implicaron un replanteo general, profundo y de raíz en la concepción misma de este campo del derecho civil y a la par, de su enseñanza en el que las modificaciones curriculares constituye sólo uno de los diferentes aspectos o facetas a mutar, so pena de esconder, silenciar o retrasar el avance en la temática a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos o denominada “constitucionalización del derecho civil”, calando hondo en el derecho de familia al que también se lo conoce como la “constitucionalización del derecho de familia”¹⁶.

Esta perspectiva revisionista, a tono o como lo propone la Teoría Crítica, no puede estar ajena a la necesidad de plantearse ciertos interrogantes, como ser por qué la Iglesia Católica ha sido siempre un actor social de peso en el debate de todas aquellas herramientas legislativas que se han interesado de manera directa en la regulación de las familias¹⁷, como así también de temáticas íntimamente vinculadas, como el cuerpo y el género. En este sentido, siguiéndose las investigaciones de Juan Marco Vaggione, a quien le preocupan, entre otras cosas, “las complejas relaciones entre lo religioso y lo político”¹⁸ como una dimensión de análisis relevante en las ciencias sociales, puso de resalto que “La ‘vuelta de’ lo religioso, en el sentido de una presencia que nunca terminó de retirarse de las dinámicas sociopolíticas, así como la ‘vuelta a’ lo religioso entendida como un giro analítico en las agendas académicas, es particularmente relevante para las políticas de la sexualidad”¹⁹. Al respecto, cabe aclarar que las políticas de la sexualidad se encuentran íntimamente relacionadas con la regulación de las relaciones de familia²⁰, siendo que “Más allá del debate sobre la influencia de las religiones en el origen de esos sistemas

¹⁶ En este sentido, se puede afirmar sin hesitación alguna que la obra *Derecho constitucional de familia*, de Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera, editado por Ediar en el año 2006, ha sido una publicación que marcó un rumbo revisionista del derecho de familia clásico, al visibilizar una gran cantidad de formas de organización familiar que la ley silenciaba, motorizado por los principios de dignidad, igualdad y no discriminación y autonomía y desarrollo personal, por mencionar los más elocuentes.

¹⁷ En lo que respecta a la cuestión del divorcio, ello se lo observa de manera elocuente en el denominado “deber moral de fidelidad” que repta el art. 431 del Código Civil y Comercial. Sobre este tema, y a modo de síntesis, se recomienda compulsar un trabajo reciente Ocantos, Jorge, “Una respuesta insuficiente: deber moral de fidelidad como transacción con la Iglesia Católica”, DJ del 25/11/2015, p. 6, cita online: AR/DOC/2701/2015.

¹⁸ Vaggione, Juan M. y Mujica, Jaris, “A modo de introducción: algunos puntos de discusión en torno al activismo (religioso) conservador en América Latina”, en Vaggione, Juan M. y Mujica, Jaris (comps.), *Conservadurismo, religión y política. Perspectivas de investigación en América Latina*, Colección Religión, Género y Sexualidad, Ferreyra Editor, Córdoba, 2013, p. 18.

¹⁹ Vaggione, Juan M. y Mujica, Jaris, “A modo de introducción...”, cit., p. 21.

²⁰ También de manera más global se vincula de manera directa con el contexto político. Al respecto, cabe destacar que ya en los albores del gobierno de centroderecha que ingresa a la Argentina en diciembre de 2015 aparecen en diferentes medios de comunicación diferentes afirmaciones esgrimidas por un referente de esta corriente en materia de salud, como lo es el médico Abel Albino, como ser “El homosexual es una persona que tiene un problema” (Clarín, 25/11/2015 en www.clarin.com/sociedad/Abel-Albino-homosexual-persona-problema_0_1474052853.html, compulsada el 26/11/2015) o “El sexo es una maravilla que tenemos para contribuir a la obra de Dios, no para divertirse” (La Nación, www.lanacion.com.ar/1848751-abel-albino-homosexualidad-problema-violacion-familia, compulsada 26/11/2015) o “¿Ha visto la cantidad de chicos que fueron abandonados este mes? Eso es porque no se hacen responsables. La familia es para procrear y educar. Procrear lo hace cualquiera, pero se educa con el ejemplo”, dijo antes de concluir: “Es bueno que tengan sexo responsable y después no tiren a un hijo en un baldío” (Página 12, 26/11/2015, en www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-286984-2015-11-26.html, compulsada el 26/11/2015).

de dominación, no hay dudas de que en las sociedades contemporáneas, las principales instituciones religiosas son defensoras de un orden sexual que privilegia a los varones y naturaliza a la familia heterosexual como único espacio legítimo para la sexualidad²¹.

La influencia del lenguaje y el valor simbólico y cultural de introducir modificaciones terminológicas como referirse a “niños” y “adolescentes” en vez de “menor”, a secas, al reconocer que nadie es menor a nadie sino que se trata de personas menores de edad; referirse a la “responsabilidad parental” en vez de la perimida “patria potestad”; entender que una persona que convive con otra y cumplen determinados requisitos son convivientes y no concubinos; o que nos encontramos con “cónyuges” y “progenitores” en sentido neutro en vez de “esposo” y “esposa” o “madre” y “padre”. O consideraciones más complejas desde el punto de vista tradicional como lo es omitir de manera consciente la alusión a la “mujer” cuando se hace referencia a la persona que da a luz²², siendo que en un ordenamiento jurídico en el que se permite el cambio de género basado en la “identidad autopercebida” (conf. art. 2, ley 26.743) no sea entonces necesario apelar a la operación quirúrgica y, por lo tanto, la posibilidad de que un hombre trans pueda quedar embarazado y, por lo tanto, colocar en crisis uno de los bastiones del derecho filial como lo es “*mater semper certa est*”, siendo que el niño al nacer tendría por determinación legal fundada en el hecho del parto un progenitor varón y no jurídicamente una “madre”²³. ¿Esto se explica, se enseña, se debate en las aulas hoy? ¿De qué modo? ¿Desde qué lugar? ¿Con qué preparación, formación y/o herramientas analíticas?

II. AVANCES Y DESAFÍOS EN TÉRMINOS CONSTITUCIONALES-CONVENCIONALES

Somos testigos y protagonistas —según el grado de compromiso asumido— de enfrentar una época plagada de paradojas. Por una parte, con acierto, se reprocha la dogmática jurídica con la consecuente centralidad en el estudio de las leyes; por el otro, aflora una perspectiva más amplia, flexible, integral y a la vez compleja, que se deriva de la mencionada “constitucionalidad-convencionalidad del derecho civil”; sin embargo, la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos —incluso jerarquizados en el art. 75, inciso 22—, no generaron el revuelo doctrinario e impacto real como cuando se ha modificado de manera sustancial la legislación civil y su unificación con el Código de Comercio. Parecería que este “dar de nuevo” a nivel

²¹ Vaggione, Juan M. y Mujica, Jaris, “A modo de introducción...”, cit., p. 22.

²² A modo de ejemplo, el art. 562 del Código Civil y Comercial, dedicado a regular la denominada “voluntad procreacional”, elemento central en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida dispone: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos” (el destacado nos pertenece).

²³ Al respecto, cabe traer a colación un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10/3/2015 en el caso “Y. Y. v. Turkey”, en el que se entendió que Turquía violó el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos al obligar a una persona a operarse para que recién allí pudiera obtener el reconocimiento jurídico de su identidad de género. ¿Qué legislación podría cumplir con esta manda convencional? Sólo leyes como la ley 26.743, que se estructuran sobre la noción de “identidad autopercebida” y no sobre la necesidad de intervenir el cuerpo. Para profundizar sobre este tema, recomendamos compulsar, entre otros: Herrera, Marisa, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, LA LEY del 19/2/2015, p. 1, cita online AR/DOC/160/2015; Crotto, Joaquín J., “El derecho como herramienta transformadora”, RDF 2014-II-162, Abeledo Perrot, Buenos Aires; Burgués, Marisol B. y Navarro, Ernesto M., “Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes”, RDF 2014-I-76, AbeledoPerrot, Buenos Aires; Martini, Oriana, “¿Quién eres? ¿Una cuestión de nombre o identidad?”, RDF 2013-I-142, Abeledo Perrot, Buenos Aires; Yuba, Gabriela, “Comentario sobre la Ley de Derecho a la Identidad de género”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas (septiembre), La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 222; Fernández, Silvia S., “La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización”, LA LEY 2012-C, 1008.

infra-constitucional habría sido de mayor relevancia que los debates más abiertos que se dan en un escalón legislativo superior, el supra-legal.

Esta misma paradoja sucede desde el punto de vista horizontal al tratarse del mismo plano o nivel legislativo, dejándose de lado un conocido principio jurídico: *lex posterior derogat anterior* (la ley posterior deroga ley anterior), siendo que a lo largo de estos últimos años se han dictado normativas con una perspectiva totalmente contraria a la del Código Civil derogado, como la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en 2005; la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales en el año 2009; la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, también del año 2009; la ley 26.618, que extiende el matrimonio a las parejas del mismo sexo, de 2010; la ley 26.742, denominada de “muerte digna”, y la ley 26.743 de identidad de género, de 2012, y la ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 2013, por citar normativas de incidencia directa en la temática en estudio, las relaciones de familia. Estas leyes no pudieron dejar de lado las disposiciones del derogado Código Civil, que, a modo de “biblia”, seguían marcando el rumbo de las soluciones jurídicas, es decir, de las prácticas, observándose un fuerte apego a las disposiciones contenidas en ella, a pesar del advenimiento de normativas posteriores con una mirada más acorde con la doctrina internacional de los derechos humanos, obligatoria para el país de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena y un cúmulo de doctrina y jurisprudencia en este sentido²⁴. ¿A qué se debía esa fidelidad a ultranza con el Código Civil derogado, a pesar de los fuertes vientos interpretativos de cambio que soplaban, acompañados por legislaciones más modernas y coincidentes con tales movimientos? La enseñanza del derecho centrada en la dogmática jurídica, el mantenimiento del “statu quo” y la consecuente resistencia a aceptar que el derecho constituye un sistema en constante transformación al encontrarse interpelado por tantísimos otros subsistemas, fueron algunos de los obstáculos a sortear para salirse de la letra y espíritu del Código Civil derogado cuando aún estaba vigente, como así también los enfrentamientos que se generaron durante todo el proceso de reforma y unificación hacia un nuevo texto civil y comercial²⁵.

Como bien lo sostiene Gil Domínguez: “El Estado constitucional de derecho se caracteriza por establecer que la Constitución es el nexo vincular entre el Estado y el derecho irradiando sus contenidos sustanciales a todo el ordenamiento inferior, como así también, a todas las relaciones

²⁴ Tantísima es la bibliografía respecto de la obligatoriedad de los tratados como así también de las opiniones consultivas y jurisprudencia que emanan de los organismos que interpretan tales herramientas internacionales, sólo para mencionar algunos más actuales y completos recomendamos compulsar Hitters, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, LA LEY 2015-B-625; Bazán, Víctor, “El test de convencionalidad en sede interna como medio para proteger los derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, Revista de Derecho de Daños, 2015-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 9 y ss.; Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, LA LEY 2014-A-761; Ylarri, Juan S., “Control de convencionalidad, libertad de expresión, y supervisión de cumplimiento de las sentencias de las Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Microjuris online, MJ-DOC-7254-AR; Gil Domínguez, Andrés, “La Corte Suprema y un esclarecedor estándar sobre el funcionamiento del art. 75, inc. 22 de la Constitución”, LA LEY 2015-C-394; Molina de Juan, Mariel F., “Daños a los derechos personalísimos y control de convencionalidad. Una mirada al nuevo Código Civil y Comercial”, LL Gran Cuyo 2015 (abril), p. 237; Gil Domínguez, Andrés, “Control de constitucionalidad y convencionalidad, libertad de expresión y derecho de propiedad”, LA LEY 2013-F-548.

²⁵ Para muestra basta un botón, de allí que recomendamos compulsar Rivera, Julio César, “En defensa de los Códigos (el viejo y el nuevo)”, LA LEY, ps. 1 y ss., en el que a modo de síntesis se dice: “Mientras que para otros la sustitución de los Códigos Civil y Comercial por un nuevo texto que los unifica abre las puertas no a la luz sino virtualmente al apocalipsis. Se ha llegado a decir que sólo la Italia fascista optó por sustituir su Código Civil y Comercial por otro, que se rompe con la tradición jurídica argentina, se tiran por la borda ciento cincuenta años de doctrina y jurisprudencia, el nuevo Código es un eslabón de una revolución cultural, casi todo lo que se regula en el nuevo Código está mal, se da todo el poder a los jueces, etc.”.

verticales (entre las personas y el Estado) y horizontales (entre las personas entre sí). En este paradigma, la Constitución tiene fuerza normativa, es suprema, rígida, operativa, dúctil, de aplicación directa, configura el deber ser del ordenamiento jurídico (mientras que la ley se transforma en el ser) y está garantizada judicialmente²⁶. En este marco, se afirma que “El Código Civil y Comercial implica un pasaje sin escalas desde un Código del siglo XIX, que respondía al esquema de un Estado legislativo de derecho (en permanente tensión esquizofrénica con el paradigma de Estado constitucional de derecho vigente entre 1853 y 1994 y con el paradigma de Estado constitucional convencional de derecho vigente desde 1994 hasta nuestros días), a un Código del siglo XXI que recepta como estructura general de interpretación y aplicación el paradigma de Estado constitucional de derecho argentino”²⁷.

Esta dualidad, pasaje o transformación que sostiene Gil Domínguez, de un Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho también lo observaría en el campo de la enseñanza del derecho: de la enseñanza basada en la dogmática jurídica a una enseñanza crítica del derecho, estructurada sobre la importancia de mostrar por qué, de dónde y hacia dónde va el derecho, siendo su interpretación un elemento central, incluso de mayor relevancia que los textos legales. Desde otra óptica, tal cambio sustancial de una mirada “legalista” a una “constitucional”, más dúctil e incisiva, no podía quedar fuera de las aulas.

En este sentido, en los Fundamentos del Anteproyecto de reforma del ya vigente Código Civil y Comercial se explicitan cuáles son los valores axiológicos o pilares sobre los cuales se edifica una de las legislaciones esenciales que regulan la cotidianidad de la vida de las personas. Una de ellas es la “constitucionalización del derecho privado”, afirmándose que “La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

De este modo, se trata —nada más ni nada menos— que de establecer un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el derecho y el derecho civil y comercial en particular, tal como lo explicita el art. 2 del Código Civil y Comercial. En este articulado referido a la “Interpretación” se establece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Esta interpelación constante y sonante del ordenamiento jurídico en sentido amplio (no sólo el propio Código Civil y Comercial sino también las leyes complementarias, especiales o análogas) a la luz de los tratados de derechos humanos y la interpretación que se haga de ellos, obliga a revisar el contenido de la currícula, como también el modo en que se enseña derecho de familia en las carreras de grado como de posgrado. Esta transformación en la formación debe

²⁶ Gil Domínguez, Andrés, *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ensayos - Ediar, Buenos Aires, 2015, ps. 19 y 20.

²⁷ Gil Domínguez, Andrés, *El Estado...*, cit., p. 43.

ir acompañada de textos universitarios que respondan o estén a la altura de las circunstancias, constituyendo una herramienta complementaria básica y esencial²⁸.

A nivel de posgrado, cabría preguntarse si aquellas carreras de especialización y/o maestrías deberían seguir contando con una materia troncal o central destinada al “derecho constitucional de familia”, o si debería plantearse un cambio del plan de estudios, siendo que esta perspectiva constitucional-convencional debería formar parte de la currícula de cada una de las materias que se dicten en este nivel de formación post-universitaria.

En definitiva, estos cristales con los que se mira el derecho civil contemporáneo no sólo hacen eclosión la manera de aprehender, concebir y resolver los conflictos familiares, sino también en el modo en que se los transmite y enseña. Así son los sistemas²⁹.

III. ¿LAS TRANSFORMACIONES EN EL CAMPO DE LAS RELACIONES DE FAMILIA COMO CUESTIÓN “IDEOLÓGICA”?

El tiempo ha pasado y ha corrido mucha agua debajo del puente para seguir estigmatizando la palabra “ideología”. A esta altura, debería ser una verdad de Perogrullo admitir que todos tenemos “ideología”. En este sentido, y de manera harto sintética, se afirma que “La ideología fue objeto de múltiples definiciones por parte de autores tan diversos como K. Marx y F. Engels, R. Aron, L. Althusser, H. Arendt, R. Boudon, E. Balibar, etc. A pesar de estas notables diferencias, en las décadas de 1960-1970 se perfila un consenso en cuanto definir la ideología como ‘sistema global de interpretación del mundo social’ (Aron...) dotado de ‘una existencia y un rol históricos en el seno de una sociedad dada. Sin entrar en el problema de las relaciones de una ciencia con su pasado (ideológico), digamos que la ideología como sistema de representaciones se distingue de la ciencia por el hecho de que, en ella, la función práctico-social supera a la función teórica (o de conocimiento)’ Althusser (...)”³⁰.

¿A qué se refiere Riviera cuando destaca que “el Código civil y Comercial es una razonable y necesaria modernización de nuestra legislación de derecho privado que, como es lógico, no se encuentra eximido de observaciones críticas que pueden referirse a cuestiones puramente técnicas —como el plazo impuesto a los contratos preliminares— o ideológicas como lo son las objeciones a la regulación de la unión convivencial u otras materias tratadas en el ámbito del derecho de familia y de las personas”, agregándose que “el Código oscila entre cierto conservadurismo en materia de derecho patrimonial y la renovación intensa (cuasi revolucionaria) en el derecho de familia”³¹? ¿Ideología y renovación “cuasi revolucionaria” son adjetivos negativos o positivos? Según desde el prisma, lugar o representación que se lo mire.

En este contexto, el Código Civil y Comercial es el resultado de una lógica y necesaria tensión motorizada por la obligada perspectiva constitucional-convencional que se sintetiza en la puesta en jaque de la familia en singular, tradicional, excluyente, y su reemplazo por la idea de familias en plural, más contemporánea e inclusiva. De manera clara lo expone Kemelmajer de Carlucci en el capítulo introductorio del primer *Tratado de derecho de familia* elaborado en el marco del nuevo Código Civil y Comercial al señalar: “la familia llamada ‘tradicional’, esa familia matrimo-

²⁸ Esta necesidad fue advertida rápidamente, de allí la especial dedicación que se le ha destinado a la elaboración del Manual de derecho de las familias, con la colaboración de Natalia de la Torre y Silvia E. Fernández, editada por Thomson Reuters, y la co-dirección junto a María Victoria Pellegrini de un Manual de derecho sucesorio, una coedición de Eudeba y EdiUns.

²⁹ Para profundizar sobre la Teoría General de los Sistemas y su aporte a las ciencias sociales, se recomienda compulsar, entre las diversas obras del sociólogo alemán Niklas Luhmann: *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general e Introducción a la teoría de sistemas*.

³⁰ Maingueneau, Dominique y Charaudeau, Patrick (dirs.), *Diccionario de análisis del discurso*, Amorrortu, Buenos Aires, 2005, ps. 306 y 307.

³¹ Rivera, Julio C., “En defensa...”, cit.

nializada (fundada en el matrimonio) paternalizada y patrimonializada (o sea, dependiente económicamente y en otros aspectos del poder del padre), sacralizada (nacida de formas más o menos solemnes) y biologizada (su fin principal es tener hijos), viene sufriendo cambios desde hace más de un siglo. Elementos muy diversos incidieron para abandonar ese modelo, consagrado por el Código de Napoleón y seguido por muchos Códigos del derecho continental, que algunos calificaron de patriarcal, jerárquico, autoritario, burgués y desigualitario. Entre las causas que afectaron el esquema se enumeran: la desaparición de la economía agraria como forma principal de subsistencia y el traslado de grandes masas de población del campo a las ciudades; la revolución industrial; el acceso de la mujer a las fuentes de trabajo; su emancipación; la creciente intervención del Estado para atender a la educación de los niños, precisamente porque madre y padre deben trabajar afuera; la laicización o secularización del derecho, verificado no sólo en la ley sino en las decisiones judiciales; los movimientos inmigratorios, que acentuaron la necesidad de convivir entre distintos tipos familiares; el aumento de la esperanza de vida, etc.”³²; contexto social que interactúa, entrelaza y retroalimenta con el empoderamiento a sectores vulnerables que ha significado la lucha por los derechos humanos, que no ha estado alejada de ciertas paradojas y contradicciones internas³³.

Otra ruptura importante que ha sido fundamental para ampliar los márgenes del derecho de familia y extenderlos a un derecho de las familias ha sido el pasaje de la noción de “naturaleza” a la de “cultura” o “construcción social”³⁴. En este sentido, lo explica de manera clara y precisa el argentino radicado en Francia Daniel Borrillo al afirmar: “La democratización de la vida privada necesitaba de una previa reformulación de los vínculos familiares, que permitiera escapar de la multiseccular influencia de la naturalización. Este fue el largo trabajo del derecho civil desde su secularización. La contestación del orden familiar ‘natural’ no es, en definitiva, más que la radicalización de la modernidad según la cual la voluntad, y no la diferencia de sexos, constituye la base de la institución matrimonial y de la paternidad. La filiación disociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico basado no ya en la verdad biológica sino en un proyecto de paternidad responsable”³⁵. Este autor sigue un sendero más rupturista aún al defender la idea de “contractualización de los vínculos familiares”. Si bien este extremo no es el que sigue quien elabora estas líneas, ni tampoco al que adhiere el Código Civil y Comercial, sí es hábil para reafirmar los cauces y tipo de debates que se plantean en la actualidad, totalmente distintos a los vigentes hasta no hace mucho, y que aún siguen marcando los planes de estudios, currículas y métodos de enseñanza del derecho de familia que prima en las facultades de derecho.

³² Kemelmajer de Carlucci, Aída, capítulo introductorio, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 9 y ss.

³³ Para un acercamiento actual a esta problemática compleja, se recomienda compulsar los diferentes trabajos compilador en Rey, Sebastián A. (dir.), Los desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el siglo XXI, Ediciones de la UNLA, Remedios de Escalada, 2015.

³⁴ Esta transformación estaría bien explicitada, al punto de que la disposición 4880/2015 de la Dirección Nacional de Migraciones, publicada en el Boletín Oficial en fecha 13/10/2015, dedicada al derecho a la reagrupación familiar, explícita en sus considerandos: “Que en materia de familia, el nuevo Código parte de la noción básica de que se trata de un concepto que no está atado a ‘la naturaleza’ sino que se trata de una creación cultural, y por tanto, cambiante”. De este modo, se reconoce el derecho al reagrupamiento familiar a los extranjeros que acrediten una unión convivencial, con nacional argentino o con ciudadano extranjero radicado permanente o temporario en el país, inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local.

³⁵ Borrillo, Daniel A., “La contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Borrillo, Daniel A. y Flores Rodríguez, Jesús, Nuevos desafíos del derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 37.

IV. TOMANDO (RECONFIGURANDO) LAS AULAS

En un ensayo dedicado a la enseñanza del derecho de familia, citándose a Gordillo, se afirma: “Todos tenemos conciencia de que la enseñanza universitaria, en el campo del derecho, ‘no transmite la metodología de trabajo que el futuro abogado necesitará emplear en su desempeño profesional’”³⁶. Aquí cabría hacerse algunos interrogantes de manera previa. ¿Cuál es el perfil de “futuro abogado” que se tiene en mira? ¿Por qué la formación de grado debería estar centrada o concentrada en el “desempeño profesional”? En este sentido, es dable destacar que en los últimos tiempos el perfil de los abogados y, por ende, el objetivo de su formación se ha diversificado, más aún de la amplitud que de por sí conlleva la profesión de abogado en lo relativo a la inserción laboral. De este modo, no sólo existe el clásico rol de “abogado litigante”, que de por sí observa diferencias sustanciales cuando se trata de un abogado de familia³⁷, sino también están quienes se desempeñan en la justicia, en la Administración Pública —tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo a través de la labor de asesoramiento en la elaboración de proyectos de ley—, en organizaciones de la sociedad civil y en los últimos tiempos, gracias a la revalorización y promoción del desarrollo tecnológico y científico al que se le destina un ministerio especializado, el perfil de investigador, que suele entrelazarse con la docencia por la clara interacción entre ambas facetas. Más aún, se vislumbra la ampliación de algunos de estos perfiles al observarse una mayor especialidad, como acontece con la figura del “abogado del niño” como un profesional del derecho con versación en la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo cual implica una formación interdisciplinaria particular (conf. art. 27 de la ley 26.061 y varias disposiciones del Código Civil, como ser los arts. 26, 596, 608, 617, 677, 679, entre otros)³⁸.

Esta amplitud en los perfiles de los futuros abogados —presentes estudiantes— no es un dato menor; todo lo contrario. Esto obliga a revisar y complejizar, a la vez, tanto el contenido como la modalidad o metodología de la enseñanza. Pensar en una petición de divorcio es muy diferente a solicitar la declaración de situación de adoptabilidad de un niño, o la presentación de un adolescente que reclama alimentos a uno de sus progenitores, o un planteo de litigios estratégicos para abordar problemáticas de tinte colectivo en la que se pretenda obtener una solución paradigmática o ejemplificadora, como ser la solicitud que pueda hacer un grupo de centros de salud especializados en reproducción humana asistida para que se los autorice a dejar de informar periódicamente al juzgado —a raíz de una medida cautelar dictada hace más de quince años por petición de un abogado que pretendía la “protección” de una gran cantidad de “personas por nacer”— el destino de los embriones, debiéndose consignar la cantidad que se transfieren, criopreservan, descongelan para ser utilizados en procedimientos o se donan por aplicación de la doctrina emanada del caso “Artavia Murillo y otro v. Costa Rica”, del 28/11/2012, que concluye que los embriones no son personas en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁹.

También enriquece el debate “intra aula” el intercambio de ideas sobre determinadas iniciativas y/o posibles reformas o modificaciones legislativas. En este sentido, compartir la labor que ha insumido la redacción del nuevo Código Civil y Comercial, sus diferentes etapas y los distintos actores que han participado y los aportes provenientes de cada uno de ellos, constituye una

³⁶ Bielsa Ros, José María, “El trabajo creativo en la enseñanza del derecho de familia”, RDF 59-301 y ss.

³⁷ Como una primera aproximación a las particularidades que observa un abogado de familia, se recomienda compulsar Cárdenas, Eduardo, *El cliente negocia y el abogado lo asesora. Una variante poco usada en los conflictos de familia*, Lumen, Buenos Aires, 2004.

³⁸ Una síntesis sobre el rol de los abogados del niño en diferentes conflictos familiares se puede ver en Chaves Luna, Laura S., *El abogado del niño*, Tribunales Ediciones, Buenos Aires, 2015.

³⁹ Este es un planteo real que se esgrimió en el marco del resonado caso “Rabinovich, Ricardo D.”, de primera instancia del Juzgado Civil n. 56, 28/4/1995, y confirmado en lo esencial por la sala 1ª de la Cámara Nacional Civil del 3/12/1999, LA LEY 2001-C-824 y JA 2000-III-630.

experiencia legislativa de gran riqueza de fondo como de forma para compartir. Incluso las consecuencias en el campo legislativo nacional como de índole local que se deriva de una reforma de tamaña entidad como lo es el Código Civil y Comercial. ¿Cómo impacta este cambio legislativo en materia de registros civiles, registros de la propiedad inmueble o registros de pretensos adoptantes por citar algunos organismos directamente involucrados? Advertir el efecto “dominó” de reformas de cierta envergadura, como lo fue en su momento la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario o, de manera más reciente, el “dar de nuevo” en materia de derecho civil y comercial, es hábil para ejercitar cómo sería la reconstrucción del sistema legislativo para lograr una cierta coherencia y uniformidad en el ordenamiento jurídico actual.

¿Cómo poder mostrar diferentes tipos de perfiles de abogados si en el equipo docente hay uniformidad de formación o procedencia profesional? Esta es otra consideración que vale que sea puesta de resalto a los fines de ampliar el abanico de posibilidades internas como externas que enriquecen y, a la par, resignifican las aulas. Como experiencia personal con casi veinte años de docente —si se cuenta la etapa de ayudante alumna— y los últimos con dedicación semi-exclusiva, lo que indica una fuerte presencia en la relación e interacción docente-alumno; la pertenencia institucional bien disímil del equipo docente al cual pertenezco constituye un elemento positivo a ser rescatado. Sucede que dictar una materia muy ligada a lo social y la resolución, en definitiva, de muy diferentes “casos” (art. 1 del Código Civil y Comercial), el analizar las distintas ópticas desde las cuales se puede encarar conlleva un beneficio extra en el grado de profundidad con el que se encara la enseñanza del derecho de familia. Alguien que proviene de la profesión liberal, o pertenece a la justicia dentro de la defensa pública o en un juzgado, o que ha investigado ciertas problemáticas indagando de manera sociojurídica cómo se presenta la cuestión en distintos lugares del país, explicitan diferentes vertientes de una determinada figura jurídica. ¿Acaso la institución de la adopción de niños es la misma que puede observar alguien que trabaja en una asesoría o defensorías de menores, que desde un juzgado, un abogado de la matrícula que patrocina a los pretensos adoptantes o quien ha realizado algún trabajo de campo en hogares de niños en el interior del país? Cabe aquí entonces traer a colación la noción de “paralaje” que aborda, analiza y profundiza el filósofo, sociólogo y psicoanalista esloveno Slavoj Zizek en su obra *Visión del paralaje*⁴⁰, quien lo define como “el desplazamiento aparente de un objeto causado por un cambio en la posición del observador”. En este sentido, el objeto se lo observa bien distinto según la posición —lugar, representación, actitud— que asume el observador.

En cuanto al contenido de la currícula que incide de manera directa en el ambiente o tipo de aula que se recrea, no se puede perder de vista la relevancia o el fuerte impacto que debería tener el nuevo Código Civil y Comercial, en especial, en lo relativo a la enseñanza del derecho de las familias.

En este sentido, pasar del derecho de familia al derecho de las familias implica desde el vamos ampliar las formas de organización familiar que se explicitan, analizan y estudian. De este modo, la noción de pluralidad no sólo es hábil para complejizar más aún la indagación sobre este campo del derecho sino, a la par, para llevar adelante un buen trabajo introspectivo acerca de lo que cada alumno piensa y entiende por familia, saliéndose de su experiencia personal e incorporando otras modalidades familiares que se salen de los cánones cotidianos —los que se los tildaba hace no tanto tiempo de “normales”— dentro del acotado espectro social en el cual se suelen mover algunos estudiantes. Al respecto, cabe señalar una experiencia más o menos reciente de capacitación sobre el nuevo Código Civil y Comercial a profesionales que trabajan en el Centro Federal de Detención, Unidad 31, del penal de Ezeiza, en la cual se encuentran mujeres privadas de la libertad conviviendo con sus hijos menores de 4 años de edad. ¿Cómo juega la legislación civil en situaciones/relaciones de encierro? Cómo se ha reconfigurado el derecho de las familias tras la sanción de la ley de identidad de género. ¿Acaso el cambio de género de los progenitores no incide de manera directa en la identidad estática y dinámica de los hijos?

40 Zizek, Slavoj, *Visión de paralaje*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.

Parejas que no se casan, niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, incluso por una técnica más compleja porque involucra a una tercera persona que es ajena al proyecto parental, como lo es la gestación por sustitución; progenitores adolescentes sin adultos responsables cercanos; grupos de hermanos que son adoptados en distintas familias; hijos adolescentes que toman decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo; hijos que tienen una excelente relación con la pareja de su madre o padre con quien convive, a los que la legislación civil y comercial denomina progenitores e hijos afines; la aparición también de abuelos afines y tantas otras realidades sociales que ahora deben ser analizadas y estudiadas en el aula, más allá de la mayor o menor resistencia de ciertos —lamentablemente, varios— equipos docentes.

En otras palabras, lo que hasta hace poco tiempo era una decisión personal-ideológica de qué temas más contemporáneos llevar al aula, hoy es una obligación, so pena de incurrir en graves omisiones y atentados a la ética docente si se silencian en la currícula realidades familiares que hoy en día han logrado su merecido lugar en la ley por fuerza de la perspectiva constitucional-convencional del derecho en general, y del derecho de las familias en particular. A la par, y de manera obligada, se debe reconocer que “un buen docente universitario, además de requerir un dominio actualizado de su disciplina, debe poseer competencias pedagógicas que permitan transformar el conocimiento científico en conocimiento enseñado y aprendido”⁴¹.

En este marco, se puede apreciar fácilmente como el “piso mínimo” de contenidos curriculares se ha visto resignificado, ampliado y flexibilizado. Ahora bien, qué sucede con aquellos conflictos que se siguen presentando en la realidad y que interpelan incluso al nuevo Código Civil y Comercial, como lo son los casos de triple filiación que se han presentado en el derecho nacional durante el primer semestre de 2015⁴², o los casos de gestación por sustitución (que una persona gestic su hijo para otra persona o pareja), que cada vez son más y se presentan con mayor complejidad⁴³. Al respecto, cabe traer a colación el caso resuelto por el Juzgado Familia n. 1 de Mendoza del 2/9/2015. Se trata de una mujer que gesta a sus nietos —trillizos— para su hija, que no puede llevar adelante un embarazo. El caso se inicia por un amparo contra una conocida prepaga para que incorpore a los tres niños como hijos de quienes quieren ser padres y además han aportado su material genético (óvulos de la hija y esperma de su marido, el yerno). En el proceso queda demostrado el vínculo genético con la respectiva prueba de ADN. El juez hace lugar a la petición, fundado en el derecho a la salud de los niños, pero nada dice sobre la filiación, que seguía en cabeza

⁴¹ Ávila Cambeiro, María G., “Enseñar a aprender en derecho: la importancia de la formación docente del formador”, *Revista Academia*, año 12, nro. 24, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014, Buenos Aires, p. 113.

⁴² Ver: Ferrari, Gustavo y Manso, Mariana, “La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado”, *LA LEY* del 31/07/2015, p. 1, cita online: AR/DOC/2108/2015; MASSENZIO, Flavia, “El derecho al reconocimiento de toda conformación familiar. Triple filiación e identidad”, *RDF* 68-43.

⁴³ Compulsar, entre otros: Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, *LA LEY* 2014-D-1165; Berger, Sabrina M., “Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución”, *DFyP* 2015 (noviembre), *La Ley*, Buenos Aires, p. 208; González Magaña, Ignacio, “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, *La Ley, Derecho de Familia y de las Personas* (noviembre), Buenos Aires, 2014, p. 181; Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, *LA LEY*, 2013-D, 195; Gil Domínguez, Andrés, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”, *La Ley, Derecho de Familia y de las Personas* (agosto), Buenos Aires, 2013 p. 24; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución”, *LA LEY*, 2012-E, 960; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución”, cita *Microjuris* online: MJ-DOC-5971-AR|MJD5971; Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, vol. 3, ps. 1/49.

de la abuela por el principio general de que el parto es el elemento central para la determinación de la maternidad. En este sentido, el magistrado destaca: “Que la presente no determina la filiación jurídica de los niños, ni procura determinar el vínculo jurídico filial, sólo reconoce el derecho a la salud y su consecuencia inmediata, acceso a la cobertura médico-asistencial integral de tres niños pequeños a cargo de la obra social o prestación de medicina prepaga de aquéllos con quienes mantiene un vínculo biológico y hasta tanto se resuelva sobre la cuestión de aquella determinación jurídica”, agregando: “tengo claro, con el grado de convicción suficiente que resulta atendible el pedido sin que ello implique juzgar respecto a la maternidad y paternidad de los niños”⁴⁴.

Este caso que se ha planteado en la vida real genera una gran cantidad de interrogantes. ¿El altruismo que conlleva la gestación por parte de un familiar —en este caso, una abuela/madre— es más beneficioso para todo el grupo familiar que la posible compensación que se podría derivar si la gestante fuera una tercera persona ajena a la familia? ¿Es moralmente reprochable que una persona geste para otra? ¿Qué y quiénes/es deciden lo que es moralmente aceptable o inaceptable? ¿Cuál es el lugar que debería ocupar la ley ante esta cuestión, prohibir, no decir nada, como acontece en la actualidad, o regularlo, con la consecuente posibilidad de controlar ciertos abusos a las más vulnerables, que suelen ser las mujeres gestantes? ¿Es correcta la posición asumida por el juez de la causa, que hace lugar a la incorporación en la prepaga pero nada dice sobre la filiación? ¿Acaso una visión sistémica de los conflictos de familia no debería haber colocado al juez en un lugar más activo en cuanto a decidir todas las cuestiones que se derivan de la gestación por sustitución llevada adelante por la abuela/madre y resolver también el tema de la filiación? ¿Cómo juegan el principio de congruencia y el *iura novit curia* en estos casos? ¿Jueces legalistas o jueces realistas?

Como bien se ha sostenido desde la enseñanza de la Teoría Crítica: “plantear un caso concreto al alumno le posibilitará el conocimiento de la norma —en el caso mencionado de la gestación por sustitución, su silencio legal pero con presencia jurisprudencial— del ordenamiento jurídico aplicable y de la estructura del sistema jurídico en el que se desenvuelve. Ello dará libertad para conceptualizar las figuras jurídicas que entran en juego al aplicarlas a cualquier caso particular que se plantee, poniendo en práctica su propio sistema cognoscente, que jamás olvidará porque será una solución dada por él mismo”⁴⁵. En esta misma línea, Aldao aconseja “utilizar como recurso para trabajar en la clase, el debate respecto de la constitucionalidad de las normas del derecho común que —en su interpretación tradicional— proscribían el matrimonio entre personas del mismo sexo”, destacándose al respecto que “Al afirmar la validez de la norma, los juristas están reforzando el predominio político de un sector social, y excluyendo el derecho de un grupo minoritario a ser reconocidos como parejas que quieren legítimamente contraer matrimonio”⁴⁶. ¿Es casualidad que a los fines de remover estructuras legales anquilosadas y movilizar el pensamiento crítico en las aulas se proponga el debate sobre un tema central del derecho de familia contemporáneo? Una vez más, la respuesta estaría más ligada al campo de la causalidad, el que conduce necesariamente a indagar por qué lo referido a la familia, la privacidad y la sexualidad (el cuerpo) suelen ser terrenos sensibles y hábiles a la vez para producir ciertas revueltas (revoluciones) jurídicas.

V. BREVES PALABRAS DE CIERRE

La formación de grado es, lejos, una de las responsabilidades y compromisos más profundos para quienes creemos que cada decisión, cada actividad y cada rol que se asume constituyen espacios “*inmensamente políticos*”.

⁴⁴ Juzg. Familia n. 1 Mendoza, 2/9/2015, “C. M. E. y J. R. M. v. O.S.D.E. por medidas cautelares”, www.colectivoderechodefamilia.com/fa-pcial-juz-flia-1ra-instancia-mendoza-gestacion-por-sustitucion, consultado el 30/11/2015.

⁴⁵ Álvarez, Raúl N., “Cómo enseñar...”, cit., p. 49.

⁴⁶ Aldao, Martín, “Sobre la relación...”, cit., p. 30.

Como se ha sostenido en alguna oportunidad, ha sido muy necesario “reformular para transformar”. Así, los profusos cambios legislativos producidos en los últimos años han sido herramientas esenciales para ampliar derechos y, a la par, incluir excluidos sociales, visibilizar formas de organización silenciadas y, en definitiva, proteger una mayor cantidad de derechos a personas tan e igual de humanas como las que se ocupó durante tanto tiempo la legislación civil que nos ha dejado después de más de 140 años. Si bien es absolutamente cierto que “poco o nada sabe de derecho quien sólo Códigos estudia”⁴⁷, lo cierto es que las legitimaciones o exclusiones que se derivan de los Códigos constituyen actos políticos de cierta envergadura que repercuten de manera directa en la fisonomía de las currículas y de las aulas en las cuales se desarrollan; y esto no es una cuestión menor. En este sentido, se trata de agregar un importante eslabón más en esto de reformar para transformar, para lo cual es indispensable enseñar.

Como ya lo dijo el recordado Eduardo Galeano en “Los hijos de los días”: “Libres son quienes crean, no quienes copian, y libres son quienes piensan, no quienes obedecen. Enseñar, es enseñar a dudar”.

De esto se trata, de enseñar a dudar, para lo cual es necesario animarse a salir de la supuesta “normalidad” que siempre ha girado en torno a la noción de familia en singular y adoptar una perspectiva profunda como compleja, incómoda como confrontativa porque, en definitiva, se pretende formar abogados/abogadas con una mirada humana en un océano de incertidumbres.

De dar herramientas para que los alumnos puedan desentrañar por sí mismos la lógica del derecho de las familias guiado por la “constitucionalización del derecho civil” que ensancha el Código Civil y Comercial día a día en virtud de lo dispuesto en sus arts. 1 y 2.

A lo mejor, como dijo Cortázar: “Yo creo que desde muy pequeño mi desdicha y mi dicha al mismo tiempo fue el no aceptar las cosas como dadas”. Aún las aulas están plagadas de una lectura lineal de la legislación civil.

El Código Civil y Comercial es una excelente excusa para mover y remover algunos cimientos muy arraigados acerca de qué, cómo y para qué enseñar derecho de las familias, es decir, revolucionar las aulas. De este modo, fácil se advierte que la “s” que se adiciona a la palabra familia significa mucho más que una letra de diferencia.

⁴⁷ D’Auria, Aníbal A., “La filosofía...”, cit., p. 50.