

Voces: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO ~ HOMOSEXUALIDAD ~ MATRIMONIO ~ DERECHO COMPARADO ~ REPUBLICA FRANCESA ~ PROYECTO DE LEY ~ ADOPCION ~ FILIACION ~ ESTADO DE FAMILIA ~ FECUNDACION ASISTIDA ~ MATERNIDAD SUBROGADA

Título: Matrimonio entre personas del mismo sexo en Francia. Se hace camino al andar

Autor: Herrera, Marisa

Publicado en: LA LEY 13/02/2013, 13/02/2013, 6 - LA LEY2013-A, 795

Cita Online: AR/DOC/586/2013

Sumario: I. El principio del sendero.- II. Dos caminos paralelos.- III. Una senda sinuosa: la cuestión de la filiación adoptiva .- IV. El fin de un primer tramo.

I. El principio del sendero

Por estos días, una noticia acapara la atención de los medios de comunicación a nivel mundial: el debate en la Asamblea Nacional francesa del Proyecto de Ley nº 344 del 07/11/2012 que permite acceder al matrimonio a todas las personas, con total independencia de su orientación sexual. (1) De este modo, Francia se suma al grupo —aún selecto al que tendría intenciones de sumarse en breve Gran Bretaña— (2) de países que regulan el llamado "matrimonio igualitario", focalizándose en que se trata de una conquista sociojurídica auspiciada por un principio democrático básico como lo es el de igualdad y no discriminación. El proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, es el cumplimiento de una de las tantas promesas electorales asumidas por el actual presidente socialista François Hollande.

Centrándonos en el derecho europeo, ámbito territorial que integra e incide de manera directa en la regulación francesa, cada vez un mayor número de países habilita el matrimonio a las parejas del mismo sexo; así, desde Holanda que dio el punta pié inicial en el año 2001, se sumaron paulatinamente, Bélgica (2003), España (2005), Suecia (2009), Portugal (2010) y Dinamarca (2012); y fuera de la Unión Europea pero dentro del Consejo de Europa, Noruega (2009) e Islandia (2010); además de proyectos legislativos en este sentido en Gran Bretaña, Finlandia y Eslovenia (en este último, tras la sentencia del Tribunal Constitucional del 02/07/2009 en el que sostuvo que es inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gocen de los mismos derechos que las parejas casadas de diverso sexo).

Desde el resonado caso Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte del 22/10/1981 en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sentenció que criminalizar la homosexualidad constituía una clara violación a la vida privada garantizada en el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio) hasta la actualidad, ha corrido mucha —y revoltosa— agua debajo del puente, tendiente a lograr una total equiparación entre los derechos humanos que se les reconoce a las personas y parejas heterosexuales en relación a las homosexuales. (3)

El Máximo Tribunal en materia de Derechos Humanos en Europa tuvo la oportunidad de ocuparse de manera expresa sobre el matrimonio igualitario. Nos referimos al conocido caso Schalk y Kopf c. Austria del 24/06/2010. Si bien en esa oportunidad, el tribunal no se atrevió a reconocer de manera expresa la existencia de un derecho fundamental de las personas homosexuales a contraer matrimonio, se admite por primera vez que las relaciones homoafectivas integran el concepto de "vida familiar" que prevé el mencionado art. 8º del Convenio y así, que no sólo se encuentra comprometido el respeto a la vida privada sino algo más que ello como lo es el respeto y reconocimiento como entidad familiar. Desde esta óptica, el Estado puede asumir respecto a la orientación sexual diferentes conductas —por acción u omisión— las cuales pueden provocar una abierta conculcación a la vida íntima y privada de las personas homosexuales, como así también, a su vida familiar, derecho expresamente reconocido por el TEDH en este importante leading case.

En esta línea, un autor argentino que hace muchos años vive en Francia y cumple un rol activo en defensa del proyecto de ley en debate, destaca que en el caso Schalk y Kopf c. Austria "el tribunal observa que a pesar de la creciente tendencia un varios Estados europeos hacia el reconocimiento legal y judicial de las parejas de hecho entre homosexuales, dado la existencia de una base común pequeña entre los Estados firmantes, esta es un área en la que todavía gozan de un amplio margen de apreciación (...). El tribunal aprecia que (...) está teniendo lugar una rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas del mismo sexo en muchos países miembros. Desde entonces un considerable número de estados miembros han ofrecido reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo. Ciertas disposiciones de la ley de la UE también reflejan una tendencia en alza a incluir a las parejas del mismo sexo en el concepto de 'familia' (...)". (4)

Si bien en este precedente no se sanciona a Austria por carecer de un régimen legal que habilite el matrimonio entre personas del mismo sexo y apreciar que sí se reconocen ciertos derechos a través de una figura intermedia como las uniones civiles; igual es válido presumir que este tribunal vería con buenos ojos la línea legislativa más igualitaria que siguen ya varios países europeos que abren el matrimonio a todas las personas, con total independencia de su orientación sexual. En este contexto, fácil se advierte que aquellos países —al que ahora se suma Francia— que permiten a las parejas del mismo sexo a contraer nupcias, cumplen con el estándar máximo que impone el principio de igualdad y no discriminación en el campo del derecho matrimonial y en

todos los efectos que se derivan de esta figura.

Con menor desarrollo jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también se ha ocupado del principio de igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual. Se trata del asunto C-267/06 "Tadao Maruko / Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen" del 01/04/2008 en el que se expidió si una ley alemana que concede el derecho a pensión a las parejas casadas —institución habilitada sólo a las personas heterosexuales— y no así a las parejas estables inscriptas —figura que en el derecho alemán sólo está reservada a las parejas del mismo sexo— incurre o no en un tratamiento discriminatorio. Sintéticamente, la plataforma fáctica del caso era la siguiente.

En 2001, el Sr. Maruko formó una pareja estable inscripta con un diseñador de vestuario de teatro, quien se hallaba afiliado desde 1959 al Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, organismo encargado de la gestión de los seguros de vejez y supervivencia del personal artístico de los teatros alemanes. El compañero del Sr. Maruko fallece en el 2005. A raíz de ello, el Sr. Maruko solicita una pensión por viudez al Versorgungsanstalt, solicitud que es denegada fundado en que los estatutos del Versorgungsanstalt no preveían tal prestación para los miembros supervivientes de las parejas inscriptas. De esta manera, el conflicto giraba en torno a si la negativa a conceder una pensión de supervivencia a un miembro de una pareja estable inscripta constituía o no una discriminación basado en la orientación sexual. Al respecto, el Tribunal de Justicia sostuvo que, a la luz de la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se entiende que reservar la pensión de supervivencia a los matrimonios y no a las parejas estables inscriptas, "cuyas condiciones se han ido asimilando progresivamente a las aplicables al matrimonio" no sería pertinente, siendo que "(...) En este caso, al negárseles la pensión, estos integrantes de parejas inscriptas reciben un trato menos favorable que los cónyuges supervivientes". (5)

En todo este contexto jurídico de innegables avances en el reconocimiento de derechos a favor de las parejas del mismo sexo, se inscribe el Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe en análisis.

Pasando al desarrollo socio-jurídico a nivel nacional, es decir, a la luz del estado del arte legislativo como jurisprudencial que observa Francia, es dable destacar que ya en el año 1999 se incorpora al Código Civil francés la figura del "pacte civil de solidarite" o Pacs por la ley 99-994 del 15/11/1999, entendido como un contrato abierto a cualquier tipo de relación entre dos personas —no sólo de pareja— el que tiempo sufrió importantes modificaciones pasando a ser "un estatuto integrado por mayores cargas, derechos y deberes que las parejas no pueden negociar, pese al objetivo perseguido de la creación de un 'modelo alternativo de conyugalidad'". (6)

En el Estudio de Impacto presentado en la Asamblea Nacional y que acompaña al proyecto en análisis (7), se recuerda de manera breve que el plan original del Pacs se fue modificando gradualmente al imponerse una mayor cantidad de normas conteniendo mayores derechos y deberes. De manera ascendente, se destaca la imposición de determinados impuestos (Ley de finanzas del 30/12/2004); el mejoramiento del régimen legal para la publicidad de estos pactos como la obligación de dejar asentada en el margen de la partida de nacimiento el pacto con el objeto de proteger a la pareja sobreviviente en el disfrute de la vivienda por el lapso de un año después de la muerte común a la otra parte (Ley nro. 2006-728 del 23/06/2006); o ciertas prerrogativas en materia de bienes recibido por herencia a favor del socio sobreviviente (Ley del 21/08/2007) o establecer en el Código Civil (art. 515-7-1) una regla de conflicto de leyes destinadas a promover el reconocimiento de las parejas registradas en el extranjero (Ley n° 2009-526 de 12 de mayo de 2009 para simplificar y aclarar los procedimientos de racionalización). Aún en este marco normativo dinámico que permite un mayor reconocimiento de derechos a favor de los integrantes de un Pacs, en el mencionado Estudio de Impacto se asevera que "El Pacs responde insuficientemente a las necesidades de las parejas del mismo sexo", pasándose a destacar el cúmulo de diferencias existentes entre ambas figuras, no sólo en lo relativo a la constitución de cada una de ellas, sino también al modo de disolución y principalmente en sus disímiles efectos. En este sentido se afirma que contrariamente al matrimonio, el Pacs no hacer nacer el derecho de uno de los miembros de la pareja a usar el apellido del otro; tampoco a heredar salvo disposiciones testamentarias en ese sentido; tampoco genera ninguna consecuencia jurídica en materia de nacionalidad siendo que en el matrimonio, el cónyuge extranjero puede adquirir la nacionalidad francesa a través de un procedimiento declarativo, bajo ciertas condiciones referidas a la duración de la convivencia y residencia en Francia; tampoco en lo relativo al permiso de residencia aunque para la emisión de dicho permiso la existencia de un Pacs es considerado un elemento importante para ser apreciado en total por aplicación del derecho a la vida privada y familiar; no concede ningún derecho a pensión a favor de pareja sobreviviente. Además, se expresa de manera concreto que "el matrimonio y Pacs crean obligaciones diferentes", observándose que si bien el Pacs toma varios de los elementos del matrimonio para estructurar los requisitos que hacen a su existencia y efectos (ayuda mutua, solidaridad en las deudas de la vida cotidiana, adquisición de la propiedad), ello no se traslada con igual entidad en las obligaciones, como ser los alimentos. También se destaca la diferencia sustancial en la determinación de la filiación, presumiéndose la paternidad del marido de la madre, lo que no acontece ante la existencia de un Pacs que debe recurrirse al reconocimiento. Por último, y al igual que acontece en el derecho argentino aún vigente, la adopción (sea simple como plena, tipología que subsiste en régimen francés como en el nacional), está

reservado a las parejas casadas, siendo la única posibilidad para adoptar de manera conjunta a un niño; por lo cual, quedan excluidas las parejas que celebraron un Pacto. De esta manera, en el Estudio de Impacto se concluye que en atención a todas estas diferencias existentes entre el matrimonio y el Pacto, se afirma que esta última "no puede satisfacer plenamente las expectativas de parejas del mismo sexo".

Sobre este punto, y tal como lo exponen Borrillo y Flores Rodríguez, a pesar de los cambios que ha sufrido el Pacto, de ser una figura de carácter netamente contractual a constituirse en una cuasi institución del derecho de familia con reglas imperativas y fuera del alcance de la autonomía de la voluntad de los integrantes; ello no es suficiente en términos de igualdad y no discriminación como única posibilidad para regular los derechos y deberes a las parejas del mismo sexo. De allí que una de las tensiones observadas en Francia —a diferencia de lo acontecido en el Argentina que aún carece de un estatuto similar a los Pactos y que se pretende resolver en el proyecto de reforma del 2012 que dedica el Título III del Libro Segundo a las "uniones convivenciales"— giró en torno al pasaje del "pacte civil de solidarité" al "mariage pour tous".

Así, los cambios sintetizados no fueron suficientes para "acallar" un reclamo legítimo de igualdad en serio, por lo tanto fácil se comprende que el proyecto se enmarque "en el vasto movimiento de 'reivindicación del matrimonio' que ha ido cobrando entidad en diversos países democráticos occidentales a partir de los años noventa. El discurso internacional de reivindicación del derecho al matrimonio y la paternidad (filiación) por las parejas del mismo sexo ha tomado como referencia los principios jurídicos de igualdad y no discriminación de las personas homosexuales. En tanto que reguladora de relaciones sociales y mecanismo de resolución de conflictos, la ley constituye un instrumento de transformación de la sociedad en la dirección apuntada por aquellos principios. Una reforma de esta naturaleza permite cuestionar el carácter excluyente de ciertas leyes, pero también diluirlo a través del poder integrador del Derecho". (8) Y aquí cabría, no sólo interrogarse acerca del peso de la ley en y para las grandes transformaciones socioculturales, sino también en qué contextos políticos se abre el juego a este tipo de reclamos expansivos de derechos, los cuales son atendidos de manera positiva. ¿No habría un denominador común entre la experiencia argentina, francesa como así también la española por destacar las que son más afines?

Al igual que ha acontecido en el derecho argentino, lograr este reconocimiento de carácter inclusivo al adicionarse o extender derechos a un mayor grupo de personas, no ha sido un camino sencillo. Al respecto, cabe recordar que la Corte de Casación francesa en un precedente del 13/03/2007, anuló la unión matrimonial celebrada por dos personas del mismo sexo con la autorización del entonces alcalde de Bègles —una ciudad al Oeste de Francia— al entender que según la ley francesa, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. Esta misma línea restrictiva fue seguida por el Consejo Constitucional de Francia en un fallo del 28/01/2011, en el marco de un planteo realizado por una pareja conformada por dos mujeres que tenían hijos por técnica de reproducción humana asistida y que pretendían el reconocimiento de su unión como un matrimonio para tener los mismos derechos que las parejas casadas heterosexuales, no sólo en lo relativo al vínculo entre los adultos como lo es el derecho hereditario, sino también en lo relativo al vínculo jurídico de ambas con los niños. El Consejo rechazó el planteo afirmando que las parejas del mismo sexo no son iguales a las parejas constituidas por un hombre y una mujer, encontrándose justificado el tratamiento diferencial respecto al derecho de familia. Asimismo, en este precedente, se puso de resalto, que le corresponde al Parlamento resolver este tipo de contienda, y no a la autoridad judicial-constitucional. Y esto fue lo que aconteció.

En un marco nacional-regional en el cual se instala la cuestión de la orientación sexual como una variable de tinte discriminador y excluyente —como en su momento lo fue la raza o la religión— se abre paso al reclamo del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo; en el cual se enfrentan dos miradas totalmente opuestas: una signada por la noción de pluralismo en el cual la familia homoparental integra el complejo entramado de las relaciones familiares y la otra, por mantener el statu quo, en el que la familia matrimonial heterosexual ocupa un lugar central y de privilegio en la escena familiar. Estas dos perspectivas, la "revolucionaria" y la "tradicional" —por decirlo de algún modo sintético y elocuente— se han visto reflejadas en Francia —como también aconteció en Argentina— a través de dos multitudinarias marchas públicas, una a favor —motorizada en especial por diferentes organizaciones de la sociedad civil del colectivo LGTB— y la otra en contra —defendida por sectores conservadores y apoyados por la Iglesia Católica— luego de que el Poder Ejecutivo presentará el proyecto de ley en análisis, el cual se encuentra en pleno debate por estos días ante la Asamblea Nacional.

¿Qué línea o técnica legislativa adopta el proyecto francés en pleno debate? ¿Qué diferencias observa con la experiencia argentina (9)? ¿Cuáles han sido las principales tensiones que plantea la iniciativa francesa en un contexto normativo diferente al nuestro ya que, por citar un ejemplo, allí cuentan con una ley que regula el uso de las técnicas de reproducción humana asistida? ¿Cuáles serían los principales aportes al debate francés que se podrían esgrimir desde la práctica argentina mediante una ley que ya tiene más de dos años y medio de vigencia (ley 26.618 sancionada el 15/07/2010)? Imposible responder todos estos interrogantes en una breve nota de opinión; simplemente esgrimiremos algunas consideraciones a modo informativo o de un primer acercamiento, base para un análisis más fecundo.

II. Dos caminos paralelos

Tanto desde el punto de vista de la historia legislativa del matrimonio como de la técnica legislativa del proyecto que da lugar al matrimonio igualitario en Francia como en la Argentina, se pueden observar varias similitudes.

Desde el primer eje y de manera sintética, el matrimonio comenzó siendo una institución confinada a la Iglesia, de gran influencia en su regulación. Así, el Código Civil argentino en sus orígenes no regulaba el matrimonio civil, el cual ingresa al ordenamiento jurídico al sancionarse años después la ley 2393 y en Francia, alcanzó la secularización en la Constitución de 1791 al considerar al matrimonio como un contrato civil.

Desde el segundo eje, y el que más interesa indagar en esta oportunidad, tanto la ley argentina 26.618 como el *Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, presentan varias similitudes.

En ambas el eje central está dado por el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. En el mencionado Estudio de Impacto, se explicitan 4 posibles "opciones" al alcance de los legisladores ante el reclamo de derechos por parte de las parejas del mismo sexo: 1) mejorar el régimen del *Pacs*; 2) instaurar una nueva unión civil reservada a las parejas del mismo sexo; 3) sustituir el matrimonio y el *Pacs* por una unión civil para todos y 4) abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Después de un minucioso y fundado estudio, se opta por la última "opción" legislativa.

Dentro de este contexto focalizado en el "*mariage pour tous*", la primera a disposición clave es el art. 1° del proyecto francés, el que ya ha sido aprobado por amplia mayoría (249 votos a favor y 97 en contra), que introduce en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Civil el art. 143 que expresa en su parte pertinente "El matrimonio contraído por dos personas de sexo opuesto o del mismo sexo". Por otra parte, y al igual también que la legislación nacional, se detiene a introducir modificaciones terminológicas en tantísimas disposiciones del Código Civil, inclinándose por conceptos neutros como "padres" o "progenitor" en vez de "padre y madre" o "cónyuge" en vez de "marido y mujer" o de manera más específica, cuando en materia de restricciones para contraer matrimonio, el proyecto dispone que está prohibido "entre tío y sobrina o sobrino, tía y sobrina y sobrino" (art. 2° que modifica el art. 144 del Código Civil francés).

También en ambos instrumentos legales (uno sancionado y el otro en debate) se le brinda especial atención al apellido (*nom de famille*) pero centrado en la cuestión de la adopción; así se introducen modificaciones al art. 357 referido al adopción conjunta por cónyuges. Este articulado se remite al principio general sentado en el art. 311-21 que según el texto aún vigente "Cuando se estableciera la filiación de un niño respecto a sus dos padres, como máximo el día de la declaración de su nacimiento o más adelante pero simultáneamente, éstos escogerán el apellido que se le atribuirá: éste será bien el apellido del padre, bien el de la madre, bien ambos apellidos sucesivamente en el orden por ellos escogido, hasta el límite de un apellido por progenitor. En caso de que no se hubiera realizado una declaración conjunta al oficial del Registro Civil en la que se mencione la elección del apellido del niño, éste recibirá el apellido del progenitor cuya filiación se estableciera en primer lugar y el apellido del padre si la filiación se estableciera simultáneamente respecto de uno y otro". El texto proyectado introduce modificaciones al art. 357 al disponer que cuando se trata de una adopción conjunta, o se trate de la adopción del hijo del cónyuge, o la adopción por parte de una persona que se encuentra casada, los cónyuges deben elegir el nombre de familia, el que puede ser el de uno de ellos, o el de ambos en el orden que acuerde, siempre dentro del límite máximo de apellidos que una persona pueda portar. Se aclara que esta facultad de elección puede ejercerse una sola vez y que ante la ausencia de una declaración conjunta, el adoptado lleva el apellido de los adoptantes por orden alfabético. Es decir, se adopta el mismo sistema previsto por la ley 26.618; no así el de la reforma proyectada del 2012 que se inclina, como principio supletorio, por el sorteo (conf. Art. 64). En lo relativo al apellido —si bien merece un análisis particularizado para ahondar en este tema— cabe destacar que al respecto se ha hecho lugar a una enmienda al proyecto por el cual se aprobó mantener la mención de "padre" y "madre" en los registros civiles para las parejas heterosexuales, rechazándose la postura que pregonaba la utilización de una variable neutra para todas las parejas, con independencia de la orientación sexual de sus integrantes.

Por su parte, el proyecto francés presenta varias diferencias con la normativa argentina, las cuales se fundan en definitiva, en las distintas problemáticas que aquejan a cada régimen jurídico. Por citar una clara distinción, el proyecto francés introduce o inserta un Capítulo IV bis después del Capítulo IV del Título V del Libro I, destinado a las "Reglas de conflicto"; es decir, a brindar soluciones —o evitar contiendas— en el ámbito del derecho internacional privado. El principio general que se proyecta en esta materia es que tanto "Las cualidades como las condiciones requeridas para el matrimonio se rigen para cada cónyuge, por su ley personal" (art. 202-1), afirmándose en el articulado siguiente que "El matrimonio es válido si se ha celebrado de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley del Estado en que la celebración se llevó a cabo" (art. 202-2).

Otra diferencia, es que el proyecto en análisis se preocupa de manera detenida en puntualizar las disposiciones de otras normativas que se encuentra fuera del Código Civil que también deben ser modificadas para estar en total consonancia con la incorporación del matrimonio igualitario. De esta manera, se prevén modificaciones —básicamente de tinte terminológicas— en el Código de Acción Social y Familias, en el Código Fiscal, en el Código de Justicia Militar, en el Código del Medio Ambiente, en el Código de Pensiones Civiles y Militares como el de invalidez y víctimas de guerra militares, como en el Código de Procesamiento

Penal, por destacar algunos.

Pero la cuestión más sensible es —al igual que aconteció durante el debate de la ley en la Argentina— lo relativo a los hijos, es decir, a la supuesta conculcación o no del interés superior del niño el vivir, ser educados y criados en el marco de una familia conformada por una pareja casada del mismo sexo y, dentro de este vasto campo, lo relativo a la filiación homoparental centrado en la cuestión de la adopción que por su especial interés, se aborda de manera sintética en el próximo apartado.

Sobre este punto, otra diferencia que es posible remarcar, se refiere al contexto normativo, siendo que Francia regula el uso de las técnicas de reproducción asistida en el Código Civil desde la sanción de la Ley n° 94-653 del 29/07/1994 con posteriores reformas, como la ley de bioética 2004-800 del 06/08/2004 que estableció un plazo para ser revisada o reevaluada cada 5 años, cuya ley 2011-814 del 07/07/2011 lo extendió a 7 años. De estas normativas, se deriva la imposibilidad jurídica de acceder a las técnicas de reproducción asistida por parte de mujeres solas y por parte de parejas integradas por dos mujeres, amén de vedar la figura de la gestación por sustitución, por ende, el acceso a la paternidad por parte de una pareja integrada por dos hombres. Sucede que según se afirma en el artículo L.2141-2 del Código francés de Salud Pública, en la redacción dada por la mencionada Ley 2004-800, este tipo de prácticas médicas "están destinadas a responder a la demanda parental de una pareja y tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad". Desde esta perspectiva tradicional, en el que las técnicas de reproducción humana asistida tienen por única finalidad atender o solucionar los problemas de "infertilidad" como una cuestión de salud en sentido estricto; y no ante la existencia de un derecho a la procreación en el que tales técnicas constituyen un modo o una vía para la satisfacción de tal derecho como se puede concluir de lo sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado caso *Artavia Murrillo y otros contra Costa Rica* del 28/11/2012 (10), todo modelo de parentalidad que no tenga como eje a las parejas heterosexuales, está excluido.

En este contexto, el debate por la filiación adoptiva presenta una mayor relevancia, al menos desde el plano teórico ya que en general, la adopción por nacionales en Francia —como en la mayoría de los países del llamado "primer mundo"— no tiene una fuerte presencia fáctica.

De este modo, y a pesar de varias y fundadas críticas al respecto, la cuestión de la reproducción asistida a favor de parejas del mismo sexo —en especial, la conformada por dos mujeres— quedaría pendiente para un debate posterior, en el que además se trataría otro tema, el estatuto de los llamados "padres sociales" (o progenitores afines en términos que utiliza el proyecto de reforma argentino del 2012) en el marco de familias ensambladas o "recompuestas".

Desde el análisis comparativo franco argentino, en lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida, se observa cómo es más beneficioso la falta de una legislación especial —como acontece en el derecho argentino— que la existencia de una ley restrictiva, ya que en la práctica, y ante la existencia de niños que efectivamente nacen y son criados dentro de una pareja del mismo sexo, los niños tienen un solo vínculo filial —con las desventajas sociales y jurídicas de tal reducción y desigualdad con relación a niños de parejas heterosexuales— o a lo sumo, se apela a la figura de la delegación de la autoridad parental que regula el Código Civil francés en su art. 377, figura que tampoco satisface o resuelve todos los derechos en pugna. Máxime, en una realidad social que como se expone en el mencionado Estudio de Impacto, sobre la base de información estadística proporcionada por el I'NED (L'Institut national d'études démographiques), entre 25.000 y 40.000 niños estarían actualmente viviendo en el marco de parejas del mismo sexo, agregándose que estas provisiones son cuestionadas por las organizaciones de familias homoparentales que entienden que tal número asciende a 300.000.

Por último, como cierre de este apartado con algunas consideraciones generales, cabría preguntarse —siguiéndose la experiencia española no así la Argentina que sigue un sistema de control de constitucionalidad diferente— si una vez sancionada, pueda plantearse la inconstitucionalidad de la ley. Más allá de la estrategia jurídica que adopten los detractores del matrimonio igualitario, lo cierto es que la experiencia española debería ser un fuerte argumento para desincentivar ese tipo de acciones que lo único que muestran es la pertinaz resistencia al cambio. El Tribunal Constitucional español, después de casi 7 años, en el fallo STC 198/2012 del 06/11/2012, rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteado por un grupo de diputados colocando en tela de juicio la constitucionalidad de la ley española 13/2005 que modifica el Código Civil permitiéndole a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio. Entre los tantísimos y sólidos argumentos que se esgrimen, la máxima instancia judicial en materia constitucional española señaló, apelando a la necesaria interpretación "evolutiva" —o "dinámica" en palabras del TEDH—, como aquella que "facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto sociojurídico actual", que "Tras las reformas introducidas en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar en común, prestando su

consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento (...) Dicho de otro modo, se trata de determinar cuán integrado está el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestra cultura jurídica, acudiendo para ello a los elementos que sirven para conformar esa cultura". ¿Este no debería ser la definición de matrimonio a ser promovida bajo el obligado crisol de la igualdad y no discriminación, más allá de que sea o no la "imagen" de matrimonio que observa o acepta una determinada sociedad? Si la respuesta se impone, es evidente que no debería interesar cuánta aceptación social tiene la figura del matrimonio igualitario, siendo que los derechos fundamentales no pueden estar en manos de la mayoría, máxime cuando no se trata de ponderar el derecho matrimonial de los heterosexuales por sobre lo de los homosexuales o viceversa. Es decir, no se les quita a unos lo que se les da a otros. Y menos aún, el debate puede girar en torno a la falsa tensión entre poner a disposición de las parejas homosexuales figuras intermedias como el Pacs, unión estable, unión convivencial o la denominación que se siga y el matrimonio. Por ende, más allá de cualquier dato estadístico y de aprobación social, el debate se centra en el "marriage pour tous".

III. Una senda sinuosa: la cuestión de la filiación adoptiva

El proyecto permite, de manera expresa, la adopción por parte de los cónyuges del mismo sexo. El proyecto sigue la misma línea legislativa que todos los países que regulan el matrimonio igualitario en Europa, con la excepción de Portugal. Por lo cual, adhiere a la postura mayoritaria.

¿Cuáles son los principales argumentos a favor de la adopción? Como se explicitó en su momento durante el debate de la ley 26.618 (Adla, LXX-D, 3065) (11), las razones son varias y fuertes, todas ellas de tinte constitucional- internacional. El primero y esencial, al igual que el reconocimiento del matrimonio, se funda en el reiterado principio de igualdad y no discriminación; el que no sólo exige que la denominación sea la misma, sino también los derechos que se derivan de esta institución. En este contexto, la carga de la prueba recae en quienes se niegan a admitir la adopción, ya que a éstos les cabe exponer razones objetivas y no discriminatorias, o sea, no sería válido basarse en la orientación sexual de los adoptantes. Y es en este marco en el cual yace un interrogante central: si conculca, afecta o viola el interés superior del niño el ser hijo adoptivo de una pareja conformada por dos personas del mismo sexo.

Desde el plano normativo, Francia como tantísimas legislaciones del globo, permiten la adopción por una persona; por lo tanto, para la crianza de un niño no es necesario y obligado que se tenga dos referentes afectivos y menos aún, que si son dos lo sean de diferentes sexos. Al respecto, cabe recordar la sentencia del TEDH en el caso E.B. contra Francia del 22/01/2008, en el que se condena al Estado por denegar la justicia francesa la solicitud de adopción petitionada por una mujer basado en que su "estilo de vida" no satisfacía los requisitos necesarios para adoptar un niño. El tribunal sostuvo que en el proceso, la orientación sexual de la pretensa adoptante había sido un factor determinante para negarle la adopción, por lo cual se encontraba violado el art. 14 del Convenio, sobre igualdad y no discriminación en relación con el derecho al respeto de su vida privada, art. 8º, el que incluye la decisión de solicitar o no una adopción. De este modo, este tribunal modifica de manera sustancial la postura seguida en el caso Fretté contra Francia del 26/02/2002, en el que se había rechazado el pedido de condena incoado por un hombre al que se le había denegado la posibilidad de adoptar a un niño en razón de su orientación sexual, considerándose que está dentro del margen de apreciación de los estados presumir que esta situación puede afectar el interés superior del pretense adoptado. ¿Por qué la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos habría cambiado radicalmente de opinión?

La respuesta más elocuente y precisa se puede encontrar en lo afirmado por la Corte Suprema de México en un fallo del 16/08/2010 que se expide a favor de la constitucionalidad de la legislación del Distrito Federal que admite la adopción a favor de parejas casadas del mismo sexo, aseverándose que "No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia". Cabe destacar, que este precedente es referenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado caso Atala Riffo c. Chile del 24/02/2012, en el que este tribunal se expide por primera vez sobre el principio de igualdad y no discriminación en lo relativo a la orientación sexual.

Como último argumento, es dable señalar que en el Estudio de impacto ya mencionado, se brinda un panorama con el estado del arte sobre la cuestión de la adopción homoparental en Europa, en el que se destaca que 9 de 27 países de la Unión Europea permiten la adopción homoparental (Finlandia, Alemania, Eslovenia, Bélgica, Holanda, Dinamarca, España, Reino Unido y Suecia), ya sea en el marco de un matrimonio igualitario —en aquellos países que lo admiten—, ya sea a través de la adopción de integración por parte de la nueva pareja homosexual del progenitor de origen, sin contar tantas legislaciones que admiten la adopción unipersonal con

independencia de la orientación sexual del adoptante. Apelándose nuevamente a la aceptación social y jurídica, se prueba cómo la filiación adoptiva ya es admitida como vía para alcanzar la homoparentalidad. Y si de experiencia concreta en el ámbito europeo se trata, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional (STC 198/2012) —recordando al TEDH— resalta que "la adopción es 'dar una familia a un niño, y no un niño a una familia' y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida favorables y, a este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual".

¿Aprobará la Asamblea Nacional la adopción conjunta por parejas casadas del mismo sexo? En un contexto en el que el principio de igualdad cumple un rol protagónico, el pronóstico es favorable. En breve se dilucidará esta inquietud, más allá de las resistencias que se puedan vislumbrar en la práctica como acontece en el derecho nacional; pero es un reto posterior.

IV. El fin de un primer tramo

La ley que reconoce, amplía y así flexibiliza una figura tan clásica del derecho de familia como lo es el matrimonio, sobre el cual se ha edificado por tantísimos años gran parte del derecho familiar, excediendo con creces la cuestión entre los adultos para meterse de lleno en la relación filial presenta, además de una doble dimensión conceptual —ser una garantía institucional como así también, un derecho fundamental—, una dimensión de "orden simbólico" en palabras de Lacan.

La ley constituye un primer tramo de un largo camino, no su recta final. La experiencia argentina es un claro ejemplo de ello. ¿Acaso, la ley 26.618 no habría acelerado los tiempos para plantear, elaborar y debatir una profunda e integral reforma del Código Civil? De mínima, ha sido un eslabón central para defender de manera casi unánime, la necesidad de un cambio sustancial en la legislación civil de fondo; amén de haber sido una de las razones básicas de por qué se introducen modificaciones de raíz en el Libro Segundo dedicado a las "Relaciones de familia", apartándose o tomando distancia en varias de sus propuestas a lo proyectado en la reforma de 1998.

Este es uno de los tantos ejemplos que permiten dar cuenta, además del "orden simbólico", del efecto expansivo de este tipo de normativas que vienen a poner en crisis —en buena hora— qué se entiende por familia. La "familia en desorden" como lo expone la francesa Roudinesco es tan, igual o más familia que aquella que siempre se creyó que se encontraba "en orden". En palabras de Borrillo, se trata ahora de indagar sin temor acerca de las "Familias sin género", afirmándose que "El Estado no necesita inscribir a las personas en una identidad que permanecerá fosilizada en los libros del Registro Civil para protegerlos (género identidad). La raza, la religión, la profesión, la clase social o la salud no son categorías que se reflejen en el documento de identidad, lo que no ha impedido desarrollar políticas de lucha contra la discriminación (género protección)". (12) E incluso más allá, al animarse a proponer que "convendría no dejarse atrapar en la problemática de la igualdad de derechos, antes bien imaginar nuevas formas jurídicas que sería deseable crear a partir del momento en que asumamos como propia la tarea de acoger la infinita multiplicidad de opciones individuales y modos de vida". (13)

En estos momentos de profundas y necesarias de construcciones para poder alcanzar un derecho realmente inclusivo, nada mejor que recordar las sabias palabras del escritor argentino que ha tenido fuertes lazos con Francia; así, Julio Cortázar en "Historias de cronopios y de famas" dijo: "Quisiera aclarar que estas cosas no las hacemos por diferenciarnos del resto del barrio. Tan sólo deseáramos modificar, gradualmente y sin vejar los sentimientos de nadie, las rutinas y las tradiciones".

Esta vez Francia, de tanta influencia para el derecho civil argentino, se suma —sin vejar los sentimientos de nadie— a desterrar rutinas y tradiciones por una causa noble: reafirmar el principio de igualdad y no discriminación para un colectivo aún, desigual y discriminado. El camino es largo, pero un trecho significativo ya se ha recorrido y merece este espacio.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, el que se puede compulsar, como así también otros documentos que lo complementan como ser el estudio de impacto que lo acompaña, la presentación de algunas enmiendas y la transcripción de las audiencias del debate en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344.asp>

(2) Conf. "El matrimonio homosexual votado por primera vez en el parlamento británico" en <http://ar.noticias.yahoo.com/matrimonio-gay-divide-tories-parlamento-brit%C3%A1nico-092710573.html> compulsado el 05/02/2013 en el que se informa que "La legalización de los matrimonios homosexuales, una promesa de campaña de los liberal demócratas, socios minoritarios de la coalición gubernamental, permitirá también a las personas que cambien de sexo permanecer casadas, algo hasta ahora considerado ilegal. Se trata de una reforma modesta, puesto que el Reino Unido permite ya desde 2005 las uniones civiles entre parejas del mismo sexo, que tienen también derecho a adoptar hijos y a recurrir a madres de alquiler, siempre que éstas no

reciban una remuneración en contrapartida".

(3) Un excelente trabajo sobre el reconocimiento progresivo de derechos al colectivo LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en BORRILLO, Daniel, "De la penalización de la homosexualidad a la criminación de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual" en <http://cdpc.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2012/03/Articulo-Homosexualidad-y-Derechos-Humanos1.pdf>, compulsado el 03/02/2013.

(4) BORRILLO, Daniel, op. cit. en la nota anterior.

(5) <http://curia.europa.eu/es/actu/communiqués/cp08/aff/cp080017es.pdf>, compulsado el 06/02/2013.

(6) BORRILLO, Daniel y FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, "La reforma del Derecho de familia en Francia A propósito del Proyecto de Ley nº 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo", Revista "Actualidad Civil", Madrid en prensa y saldrá en el núm. 4/2013.

(7) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000026587592---type=general>, compulsado el 06/02/2013.

(8) BORRILLO, Daniel y FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, op. cit.

(9) Ver entre tantísimas obras y artículos de doctrina: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, 2010, Martín Aldao y Laura Clérico (compiladores), Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas, Eudeba, 2010, Buenos Aires; BIMBI, Bruno, Matrimonio Igualitario, Ed. Planeta, 2010, Bs. As., Néstor Solari — Carolina Von Opiela (directores), Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618, La Ley, 2011, Buenos Aires; ZANNONI, Eduardo A., "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ideología de género y derecho de familia", en LA LEY, 2011-B, 742; BÖHMER, Martín, "El principio de dignidad y la sanción del matrimonio igualitario", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2011-48-35; KRASNOW, Adriana N.; IGLESIAS, Mariana B.; DE LORENZI, Mariana, "Matrimonio civil entre personas de igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio. Comentario de Ciuro Caldani, Miguel Á.", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Nº 55, p. 365 y ss.; CHECHILE, Ana María - MUÑIZ, Javier, "El matrimonio igualitario en el derecho latinoamericano: el debate se encuentra en marcha", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2011-48-229; KRASNOW, Adriana N., "La familia y sus formas. Impacto de la Ley 26.618", 29/10/2010, MJ-DOC-4976-AR | MJD4976; CÁRDENAS, Eduardo, "Sobre que dos personas del mismo sexo puedan casarse, y sobre que puedan tener y criar hijos: algunos pensamientos tentativos alrededor de este proceso hasta el presente y su posible evolución", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2011-48-45.

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY, 28/12/2012, p. 1 y ss.

(11) Este tema ha despertado un gran interés durante el debate de la ley 26.618 como así también posteriormente, acaparando la atención de la doctrina nacional. Una síntesis de las diferentes concepciones que involucra el tema en HERRERA, Marisa, "Adopción y ¿homo-parentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda", Revista Jurisprudencia Argentina, SJA 22/9/2010, Abeledo Perrot Online Nº: 0003/015130; Ver entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, 2010, Buenos Aires, capítulos IV y V; p. 225 y ss., KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, "Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual", LA LEY, 2012-B, 1254; TESTA, Graciela Mabel, "Adopción y parentalidad homosexual ¿impedimento natural o prejuicio social?", en DJ, 26/12/2012, 1; DE LORENZI, Mariana, "Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2012-08-01; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY, 2010-E, 977; GERLERO, Mario S., PEDRIDO, Odile, "Parentalidad, diversidad sexual e identidad de género: un enfoque socio-jurídico", La Ley Sup. Act. 22/09/2011, 1; CAGLIERO, Yamila Soledad, "Adopción por parejas homosexuales y el derecho a gozar de una vida familiar plena", La Ley Sup. Act. 02/06/2011, 1; KRASNOW, Adriana N., "La filiación en el hoy y en el mañana", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Nº 56, p. 155 y ss.; LLOVERAS, Nora; MIGNON, María Belén, "La ley 26.618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil", SJA 17/8/2011, Abeledo Perrot online Nº: 0003/015537; FAMÁ, María V., "Padres como los demás...". Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de Matrimonio

Igualitario", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2011-48-55; CHECHILE, Ana M., "La Ley de Matrimonio Igualitario y su incidencia en las relaciones paterno-filiales. Algunas oportunidades perdidas", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2011-48-107; HARMATIUK Matos, Ana C., "Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade" en da Cunha Pereira, Rodrigo (coordinador), Família e Responsabilidade, IBDFAM- Magister, Porto Alegre, 2010, p. 39 y ss.; GIBERTI, Eva, "La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 55, p. 159 y ss.; WAGMAISTER, Adriana, "Hijos de personas del mismo sexo", en Revista de Derecho de Familia y Persona, julio de 2011, La Ley, p. 9 y ss.; JÁUREGUI, Rodolfo, "Adopción por parejas del mismo sexo", La Ley Sup. Esp. Matrimonio Civil 2010 (agosto); BIGLIARDI, Karina A., "Los cambios en materia de adopción", La Ley Sup. Esp. Matrimonio Civil 2010 (agosto), 13.

(12) BORRILLO, Daniel, "Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre", Nicole Gallus (director), Droit des familles, genre et sexualité, LGDJ-Anthemis, Limal, 2012, pp. 7-24.

(13) Didier Eribon citado por BORRILLO, Daniel y FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, op. cit.