

**DE IDENTIDADES Y FAMILIAS. APORTES AL DEBATE SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE
PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO ARGENTINO**

**ABOUT IDENTITIES AND FAMILIES. CONTRIBUTIONS TO THE DEBATE ON THE MARRIAGE
BETWEEN PERSONS OF THE SAME SEX FROM ARGENTINE LAW**

POR

MARISA HERRERA

Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora Adjunta del CONICET.

Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones UBA.

marisaherrera12@gmail.com

NATALIA DE LA TORRE

Abogada y Profesora de Enseñanza Media y Superior de Filosofía, Universidad de Buenos Aires

(UBA).

delatorre.natalia@gmail.com

RESUMEN: La Argentina en los últimos años, conforme al paradigma del Estado Constitucional de Derecho y el consecuente respeto por los Derechos Humanos, ha dictado un conjunto de normas claves para la ampliación de derechos e inclusión social de las minorías sexuales que por mucho tiempo habían sido oprimidas, relegadas y silenciadas. Estas normas han tenido un fuerte impacto en todo el ordenamiento jurídico argentino, en especial, en varias instituciones clásicas o tradicionales del derecho de familia, coadyuvando a cristalizar una sociedad más justa y plural. En este trabajo se destaca el valor simbólico y jurídico que ha sido la ley 26.618 (2010) que extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, siendo la primera legislación de este tenor en la región. Esta clara conquista lograda por la comunidad LGBT no quedó allí, sino que fueron por más ampliación de derechos y de identidades, abriéndose paso la Ley 26.743 (2012) de Identidad de Género permitiendo a las personas travestis y transexuales definir su identidad conforme lo indique su plan de vida autorreferencial, sin obligación de que ello vaya acompañada de una intervención de reasignación del sexo. Por último, se analiza la ley 26.862 (2013) de acceso igualitario a la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida, normativa que coloca a las técnicas de reproducción asistida en una vía para la satisfacción del derecho a formar una familia sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, y no así la necesidad de paliar una enfermedad como lo sería la infertilidad. ¿Qué significa en el derecho argentino hablar de homoparentalidad? Esto es lo que se indaga en el presente trabajo a la luz de las normativas mencionadas, como así también, del Proyecto de Reforma del Código Civil actualmente en tratamiento del Congreso de la Nación que introduce importantes modificaciones en el régimen filial. En definitiva, se pretende compartir los cambios sustanciales que observa el derecho argentino cuando de identidades y familias en plural se trata.

ABSTRACT: Argentina in recent years, as the paradigm of constitutional rule of law and the consequent respect for Human Rights has issued a set of key rules for the extension of rights and social inclusion of sexual minorities who long had been oppressed, neglected and silenced. These standards have had a strong impact on the entire Argentine legal system, especially in several classic or traditional institutions of family law, helping to crystallize a more just and plural society. This work highlights the legal and symbolic value that has been the law 26,618 (2010) figure extending marriage to same-sex couples, being the first legislation to this effect in the region. This clear victory achieved by the LGBT community was not there, but it went to extension of rights and identities, pushing through the Law 26.743 (2012) Gender Identity allowing transvestites and transgender people to define their identity as directed by their self-referential life plan, no obligation for it to be accompanied by an intervention of sex reassignment. Finally, we analyze the law 26,862 (2013) of equal access to the coverage of assisted human reproduction techniques, legislation which places assisted reproduction techniques in a way to satisfy the right to form a family on the basis of principle of equality and non-discrimination, and not as well the need to alleviate a disease as it would be infertility. What does it mean in Argentine law homoparentality talk? This is what is investigated in this paper in the light of the above-mentioned regulations, as well as the Project of Reform of the Civil Code Draft Civil Code reform currently in treatment of the National Congress which introduces important modifications in the subsidiary regime. In short, it aims to share the substantial changes which observes Argentine law when plural identities and families concerned.

- Palabras clave: Matrimonio, Homoparentalidad, Filiación, Reproducción asistida, Adopción, Derecho comparado, Identidad de género.

- The key words: Same-sex marriage, Homo-parentalism, Filiation, Assisted reproducción, Adoption, Comparative law, Gender identity.

- **SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. LEY DE MATRIMONIO IGUALITARIO: 1. Antecedentes jurisprudenciales que abrieron el debate. 2. El activismo judicial y el control de constitucionalidad: el requisito de diversidad sexual al diván 3. La ley pensada desde el prisma de igualdad y no discriminación. 3.1. El cuidado de los hijos tras la ruptura: un caso de discriminación inversa. 3.2. El apellido de los hijos: otro ejemplo. 3.3. El apellido de los hijos adoptados en forma conjunta. 3.4. El apellido conyugal.- III. LAS IMPLICANCIAS DE LA LEY 26.618 EN EL DERECHO FILIAL ARGENTINO: 1. La Filiación matrimonial en parejas del mismo sexo. 2. La filiación extramatrimonial en parejas del mismo sexo. 3. La adopción.- IV. LAS TRHA COMO UNA VÍA PARA ALZANZAR LA HOMOPARENTALIDAD A LA LUZ DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y LEGISLACIONES AFINES: 1. Las TRHA como tercera fuente filial. 2. El hoy de las TRHA. 3. La “voluntad procreacional” como columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA. 4. El comienzo de la existencia de las persona humana. 5. La gestación por sustitución como una TRHA especial y la vía para la coparentalidad homoparental por dos hombres. 6. El derecho a la información de los niños nacidos con material de un tercero.- V. LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO: 1. Plataforma fáctica antes de la sanción de la Ley. 2. Un caso paradigmático: el cruce entre identidad de género y adolescencia. 3. La teleología de la Ley.- VI. PALABRAS DE CIERRE.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende describir y analizar críticamente los avances que se han producido en nuestro país, Argentina, en pos de la inclusión de aquellos grupos sociales que por su orientación sexual y/o su identidad de género han sido históricamente excluidos, negados e invisibilizados por un discurso jurídico, médico y social unívocamente heteronormativo y afianzado

en la idea de lo “natural” como determinante de las identidades (masculino/femenino) y del concepto de familia en singular (heterosexual y matrimonial)¹.

En este marco, y centrándonos en nuestra especialidad, el derecho de familia, analizaremos las principales modificaciones legislativas que han puesto en crisis, en buena hora, un relato sacralizado, impropio o contrario a un Estado laico y plural; heredero de las premisas del derecho canónico en tanto define de manera unívoca a la familia, el matrimonio y la filiación centrada en la procreación por naturaleza. Todas estas premisas implícitas o explícitas en muchas de las voces que se alzaron en contra de la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí² y que volvieron a levantarse a raíz de la presentación del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil³, en estos momentos en tratamiento en el Congreso Nacional, sobre todo en lo que hace a la regulación prevista en su Libro Segundo relativo a las “Relaciones de Familia”⁴.

¹ Una vez más, como dijéramos en un trabajo anterior al que remitimos, la finalidad implícita de nuestro aporte en este debate: *“Consiste en contribuir al trabajo deconstructivo de ciertos roles familiares anclados, desde un derecho de familia tradicional, en una filosofía esencialista que presenta como “natural” las siguientes concepciones triádicas: padre/hombre/heterosexual, madre/mujer/heterosexual y familia matrimonial/hombre-mujer/heterosexuales. Fácil es observar que detrás de estos conjuntos aparece una tríada común conocida como “sistema de género” conformada por una visión lineal que supone la concordancia entre el sexo biológico/genético, la identidad de género y la orientación sexual, de la cual se desprende, a su vez, una visión unívoca y normativa de lo que debe entenderse por familia.* (HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, “La identidad Trans frente a la permormatividad reinante de los roles familiares”, en *El Derecho de Familia en Latinoamérica 2*, LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa (directoras), Ed. Nuevo Enfoque, Córdoba, 2012, Vol. 2, pp. 683-697).

² *“Primero la hipótesis carece hoy de fundamento fáctico, las personas del mismo sexo podrían (como las de diferentes sexo) procrear a través de algunos métodos de fecundación asistida y por la donación de óvulos o esperma según el caso. Segundo, si por hipótesis se aceptará (hipótesis que no comparto) que es tan necesaria la relación entre procreación y matrimonio...también debería incluir a los contrayentes de diferente sexo que no quieren o no pueden procrear”.* (CLÉRICO, Laura, “El Matrimonio igualitario: igualdad y/o autonomía”, en *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias.* Efectos, SOLARI, Néstor y VON OPIELA, Carolina (directores), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 57-58).

³ Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la comisión de reformas designada por decreto presidencial 191/2011 compuesta por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. Proyecto en estado parlamentario desde el 8/6/2012, según expte. 884-PE-2012. El texto completo del Proyecto y sus Fundamentos se encuentran disponibles en <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>.

⁴ A modo de ejemplo puede compulsarse el Informe presentado por La Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina para la Comisión creada por el Decreto 191/2011 sobre el Proyecto de Reforma del Código Civil de la República Argentina, del 10/05/2011, donde entre otras consideraciones se recomienda derogar el artículo 172 del Código Civil que había sido modificado por la Ley 26.862 hacía menos de un año. Los fundamentos que se exponen para esta derogación son los siguientes. *“Sin perjuicio de las reformas que sean necesarias en materia del régimen matrimonial, propongo volver a la definición de matrimonio en la que los requisitos de la existencia del matrimonio sean los que anteriormente contenía el Art. 172. La ley deberá establecer otras formas de protección de las personas que decidan convivir, conforme al proyecto de reforma del Código Civil sobre “Convivencias Asistenciales”, que se ha adjuntado como propuesta por el Dr. Marcos Córdoba y el Instituto Ambrosio Gioja. El bien jurídico tutelado de esos modelos protectorios no será la intromisión del Estado en la privacidad (sexual) de los sujetos, sino la convivencia misma, que significa un alivio desde el punto de vista de la crisis habitacional y un fomento a la solidaridad social”.* A lo que se agrega, *“El matrimonio es una institución con características especiales, que la distinguen de cualquier otra unión entre seres humanos. Sus finalidades han sido y serán desde siempre (con independencia de las definiciones legales positivas) la complementariedad y ayuda recíproca, la procreación y educación de la prole y la transmisión de los valores culturales de una comunidad dada”.* (Disponible en <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo81/files/UCA - REFORMA - INFORME GENERAL - FINAL.pdf>).

De este modo, nos abocaremos a examinar cuáles han sido los principales aportes producidos por tres recientes leyes pensadas y articuladas desde dos pilares: el principio de realidad y el principio de igualdad y no discriminación. Nos referimos a: a) la denominada Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618 del año 2010⁵); b) la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743 del año 2012 y su decreto reglamentario 1006/2012⁶) y c) la reciente Ley de Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 26.862 del año 2013 y su decreto reglamentario 956/2013)⁷ que en realidad, se interesa por la cuestión de la cobertura médica como se verá más adelante. Todas estas leyes han estado precedidas por una lista –más o menos extensa- de antecedentes jurisprudenciales que expondremos de manera sintética para ilustrar acerca del recorrido que observa la experiencia argentina en pos de una inclusión real y plena de modos diversos de conformar identidades y familias, respetándose así el principio constitucional de libertad y autonomía de la voluntad que recepta el artículo 19 de la Constitución Nacional al disponer que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

Como se adelantó, en pleno aires de reforma como los que hoy corren por el derecho civil argentino, no podía quedar fuera de este trabajo -constructivo y deconstructivo en términos de ampliación de derechos a formas de configurar identidades y familias que no respondan al modelo social dominante- compartir las principales propuestas que propone el Proyecto de Reforma del Código Civil. ¿Cuáles son las bases desde las cuáles se ha proyectado una reforma integral del derecho de familia? ¿En qué sentido y con qué alcance el discurso naturalista y excluyente de entender la familia ha sido perimido o aún pervive? ¿Cuáles son las deudas pendientes? Estas y otras preguntas inspiran y motorizan este trabajo.

Antes de intentar pergeñar algunas de estas respuestas –siempre parciales- es preciso partir de una consideración particular de nuestro ordenamiento jurídico: preguntarnos por qué estos debates parlamentarios o legislativos han sido posibles en la Argentina. Nos explicamos. A diferencia de lo que ocurre con las constituciones de muchos países de la región latinoamericana que en sus textos se preocupan por definir a la familia de una manera restrictiva, centrados en la heterosexualidad⁸; la Constitución Argentina adopta la postura contraria, ya que no define a la

⁵ Ley 26.618, sancionada el 5 de julio de 2010 y promulgada el 21 de julio de 2010, publicada en el Boletín Oficial el 22/07/2010.

⁶ Ley 26.743, sancionada el 09 de mayo de 2012 y promulgada y publicada en el Boletín oficial del 24/05/2012. Su decreto reglamentario 1077 del 2/07/2012, publicado en el Boletín Oficial el 3/07/2012.

⁷ Ley 26.862, sancionada el 5 de Junio de 2013, promulgada el 25 de Junio de 2013 y publicada en el Boletín Oficial el 26/06/2013. Su decreto reglamentario 956 publicado en el boletín oficial el 23/07/2013.

⁸ *“Por citar algunos ejemplos en América Latina, la reforma de la Constitución hondureña del 2005 modificó el art. 112 cuyo texto vigente dice: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. (...) Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta efecto el matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre*

familia sino que solo se refiere a ella en su art. 14 bis de manera amplia aludiendo a la necesaria “*protección integral de la familia*”, sin entrar a definir qué se entiende por tal. Este es un punto de partida central, ya que la Constitución puede ser emancipadora para abrir el debate en el ámbito más democrático como lo es el Poder Legislativo o por el contrario, cerrar o impedir la revisión constante de nociones de índole sociológicas como lo es la familia. En otras palabras, la línea constitucional que adopta el texto suprelegal argentino permite que un concepto de por sí abierto, poroso y dinámico como “familia” sea definido a nivel infra constitucional conforme la evolución social y el crisol de tipos de familias existentes en la realidad en un determinado contexto histórico social. Entonces, desde la obligada mirada de “arriba hacia abajo”, la Constitución argentina no fue un obstáculo para repensar la definición y contenido del matrimonio, todo lo contrario.

A ello debemos agregar la perspectiva internacional o convencional, la cual tiene jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994 que incorpora varios instrumentos internacionales de derechos humanos en el artículo 75, inc. 22, los cuales deben ser interpretados conforme a las condiciones de su vigencia, es decir, atendiendo a las Opiniones Consultivas, Recomendaciones y Sentencias que emanan de los Comités o Cortes internacionales⁹. Entre ellos, destacamos los siguientes por tener una vinculación directa con el derecho de familia: la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁰, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹¹, la Convención de los Derechos del Niño (CDN)¹² y la Convención contra toda la Forma de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)¹³.

Precisamente, es desde esta mirada constitucional- internacional obligada afianzada en los Derechos Humanos, que se ha elaborado o edificado el proyectado la Reforma del Código Civil

*personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras”. O de manera más reciente, la Constitución de República Dominicana acontecida en el 2010, dispone en su art. 55 sobre “Derechos de la familia” que “El Estado promoverá y protegerá la organización de la familia sobre la base de la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer. La ley establecerá los requisitos para contraerlo, las formalidades para su celebración, sus efectos personales y patrimoniales (...) La unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley” (inc. 5)”. (GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa, “Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino”, en obra colectiva GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (directora) y LEPIN, Cristian (coordinador), *Parejas homosexuales ¿Unión civil o matrimonial?*, Abeledo Perrot- Thomson Reuters- Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, 2013, ps. 137-176).*

⁹ Como se verá a lo largo de este trabajo, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que para el Estado argentino, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes, razón por la cual su incumplimiento acarrea como consecuencia responsabilidad estatal. A lo que se agrega la siguiente consideración: todos los pronunciamientos de aquel órgano configuran pautas de interpretación de aplicación en el derecho interno por el órgano jurisdiccional.

¹⁰ Aprobada por Ley 23.054, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada el 16 de octubre de 1990 y publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990.

¹¹ Aprobado por Ley 23.313, sancionada el 17 de abril de 1984, promulgada el 6 de mayo de 1986 y publicada en el Boletín Oficial el 13/05/1986.

¹² Aprobada por Ley 23.849, sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984 y publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1984.

¹³ Aprobada por Ley 23.179, sancionada el 8 de mayo de 1985, promulgada el 27 de mayo de 1985 y publicada en el Boletín Oficial el 03/06/1985.

encaminada a continuar profundizando los diferentes avances legislativos alcanzados hasta hoy. Al respecto, cabe destacar que el proyecto de reforma en sus “Fundamentos” se enarbola a partir de algunos de los siguientes principios axiológicos: a) la llamada **“Constitucionalización del Derecho Privado”** al afirmarse 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”*, b) el ser un **“Código de la igualdad”** lo que implica reconocer que *“Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”* y c) el ser un **“Código basado en un paradigma no discriminatorio”** entendiéndose que *“En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza”*.

Estamos convencidas que esta iniciativa reformista integral sólo pudo ser planteada en los términos en que se lo hizo, gracias al camino que se abrió en nuestro país a partir del hito jurídico y social que significó la sanción del matrimonio igualitario. En palabras del sociólogo argentino Carlos Figari al comentar la Ley 26.618: *“En definitiva, la ley de igualdad es el vértice de un proceso que produjo antes y producirá en el futuro una compleja serie de reposicionamientos semánticos y políticos que afectarán mucho más que los derechos de una minoría. Este proceso abre un campo temático y libera una serie de fuerzas e intereses que sin duda se articularán equivalenciamente en pos de una radicalización de procesos de democratización y pluralismo en Argentina”*¹⁴.

¿Qué implica ser un país de matrimonio igualitario desde el plano jurídico o qué consecuencias se derivan de este hito legal, social y político?

II. LEY DE MATRIMONIO IGUALITARIO¹⁵

¹⁴ FIGARI, Carlos, “Matrimonio Igualitario: ciencia y acción política”, en *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*, SOLARI, Néstor y VON OPIELA, Carolina (directores), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 132.

¹⁵ 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-

1. Antecedentes jurisprudenciales que abrieron el debate¹⁶

Para conocer con mayor profundidad el complejo iter recorrido hasta la sanción de la ley 26.618 que extiende el matrimonio a todas las personas con total independencia de la orientación sexual de los contrayentes, entendemos indispensable compartir aquí dos precedentes antagónicos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁷ que han abierto el debate en nuestro país en torno al reconocimiento de derechos civiles a minorías sexuales oprimidas. Nos referimos a los fallos del 22/11/1991 en el caso “Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personería jurídica”¹⁸ y el del 21/11/2006 en el caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”¹⁹. En ambos lo que estaba en tensión era la posibilidad de que estas Asociaciones puedan contar con la debida autorización estatal para funcionar como asociaciones civiles, siendo que la personería jurídica es concedida según lo establece el art. 33 del Código Civil cuando “(...) *Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autoridad para funcionar.*”²⁰ De este modo, lo que estaba en discusión en ambos precedentes era el concepto –indeterminado por cierto- de “bien común”. ¿Asociarse con el objetivo de proteger, promover y difundir los derechos de los homosexuales o luchar por la identidad de travestis y transexuales se condice o conculca el “bien común”?

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, N° 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.

¹⁶ Para profundizar sobre los alcances de estos precedentes se recomienda compulsar, entre otros, GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado Constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011; del mismo autor, "El Estado Constitucional de Derecho y el bien común", en La Ley 2006-F, 783 y SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho de asociarse, los fines útiles, la moral pública y el bien común", en La Ley 2006-E, 254.

¹⁷ Es de destacar que uno y otro fallo se inscriben en momentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de gobiernos claramente disímiles. Solo para graficar esta apreciación, la Corte del fallo conocido por las siglas “CHA” estaba compuesto por los siguientes Ministros: Ricardo Lavene (H), Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Augusto César Belluscio, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Antonio Boggiano, Carlos Fayt y Enrique Santiago Petracchi. Los dos últimos fueron los únicos que en el caso “CHA” votaron en disidencia y son los únicos que formaron también parte de la Corte Suprema que quince años después en el caso conocido con la sigla “ALITT” revirtió lo sentado en el voto mayoritario del fallo “CHA”. Además de ellos, conformaron el Tribunal los Ministros: Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay.

¹⁸ CSJN, 22/11/1991, “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”, en La Ley 1991-E, 679.

¹⁹ CSJN, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia”, en La Ley 2006-F, 730 con nota de Javier Enrique Ayuso y Agustín Griffi.

²⁰ El subrayado nos pertenece.

En el primero de los precedentes, conocido por las siglas “CHA”, la Corte Federal por mayoría y con dos disidencias, confirma la denegatoria de la personería jurídica a esta asociación emanada de la Inspección General de Justicia y avalada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

De manera harto sintética, fácil se advierte que este fallo es el fiel reflejo de las posiciones más aberrantes y discriminadoras que se derivan del discurso o pensamiento moral unívoco centrado en la heterosexualidad como única identidad sexual válida. El mayor exponente de esta posición es el magistrado Boggiano quien en su voto dijo: “(...) *bregar por la equiparación de la condición de homosexual en el ámbito de lo moral, social o religioso pudo razonablemente conducir a la Cámara a juzgar que ello implicaría una particular autorización jurídica del Estado para que la Comunidad Homosexual Argentina lleve adelante una amplia acción de reforma en aquellos ámbitos, incluido el jurídico. Y no parece irrazonable que el tribunal originario haya juzgado exenta de arbitrariedad la decisión de la Inspección que denegó tal objetivo. Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución*” (considerando 11). A lo que se agrega: “*Que la pública defensa de la homosexualidad con vistas a su aceptación social resulta reñida con razonables valoraciones, apreciaciones y distinciones morales y jurídicas, entre ellas, con la obligación de tomar en cuenta la condición de homosexual en la apreciación de la personalidad del delincuente a los fines de graduar la pena del delito de corrupción (arts. 40, 41, 125 y 126, Cód. Penal), apreciación que viene legalmente impuesta con miras a la tutela de los bienes jurídicos específicamente protegidos en esas normas penales y, en definitiva, del bien común, que comprende incluso el bien moral de los menores, como autorizadamente se ha sostenido*” (Considerando 18).

Tuvieron que pasar quince años para que el mismo tribunal, en salvaguarda del Estado Constitucional de Derecho, modifique esta jurisprudencia y coloque en su justo término la concepción del “bien común” conforme el respeto de los Derechos Humanos de todas las personas, el principio de igualdad y la funcionalidad de estas y otras asociaciones en su rol de ser vehículos necesarios para motorizar demandas sociales en toda sociedad que se precie democrática. Así, la Corte Federal ha manifestado de manera elocuente que “*La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca (...) a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del "derecho a ser diferente", pero no puede confundirse nunca con la "igualación", que es un ideal totalitario y por ello es,*

precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales” (considerando 19). Y en particular sobre el concepto de “bien común”, se puso de resalto que “no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere “común” excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc. Sea que se conciba a la sociedad como sistema o como equilibrio conflictivo, lo cierto es que en tanto las agrupaciones operen lícitamente facilitan la normalización de las demandas (desde perspectiva sistémica) o de reglas para zanjar los conflictos (desde visión conflictivista). Desde cualquiera de las interpretaciones “la normalización para unos o la estabilización para otros” produce un beneficio para la totalidad de las personas, o sea, para el “bien común”” (considerando 15). Por lo tanto, en esta oportunidad, se revocó la negativa dispuesta en la instancia anterior, y se le concedió a la asociación ALITT la correspondiente personería jurídica.

Las definiciones esbozadas en el último de los precedentes citados muestran un giro copernicano en términos de luchas y conquistas de los movimientos LGBT en la Argentina. Algo tan mínimo –y tan máximo- como asociarse y obtener personería jurídica para acceder a distintos derechos de tinte patrimonial, estuvo vedado a organizaciones como “ALITT” o la “CHA”, claves para instalar debates democráticos en torno al principio de igualdad y no discriminación fundados en la orientación sexual. Discursos jurídicos y no jurídicos como el sostenido por la mayoría de la Corte Federal en el caso “CHA” que entendían a la homosexualidad y la diversidad como enfermedad peligrosa de contagio y contraria al interés general, han quedado atrás. Y en este punto, los avances jurisprudenciales en esta materia se ven reflejados en el Proyecto de Reforma del Código Civil que al regular las Asociaciones Civiles en el artículo 168 expresa que *“La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales”*.²¹ En este contexto normativo como el proyectado, no se dudaría que organizaciones como la CHA y ALITT son merecedoras de contar con la autorización estatal correspondiente para funcionar como asociación civil, siendo su objetivo totalmente acorde con la definición de “bien común” que debería defender y promover un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

2. El activismo judicial y el control de constitucionalidad:

²¹ El subrayado nos pertenece.

el requisito de diversidad sexual al diván²²

Antes de la sanción de la ley 26.618, el artículo 172 del Código Civil establecía tres requisitos para la existencia del acto jurídico matrimonial: 1) el consentimiento expresado personalmente en forma plena y libre, 2) diversidad sexual y 3) autoridad competente ante el cual se celebra el acto para el correspondiente control de legalidad.

Justamente, la línea estratégica elegida por los movimientos LGBT fue plantear en la arena judicial la inconstitucionalidad de uno de los requisitos de existencia del acto jurídico matrimonial establecido en aquel art. 172: la diversidad sexual. Este llamado “activismo judicial” en pos de reformar instituciones vetustas del derecho de familia no era nuevo en nuestro país. Como expresa Bruno Bimbi al relatar las intrigas, tensiones y estrategias en el camino de conseguir la Ley: “*Las tres grandes reformas que tuvo la regulación jurídica del matrimonio en la Argentina –la creación del matrimonio civil²³, la legalización del divorcio vincular²⁴ y el matrimonio igualitario- comenzaron en la justicia. Y en los tres casos, el primer paso lo dio una pareja que se quería casar y no podía²⁵.*”

Así, comenzaron a presentarse diferentes amparos, primeramente en la Ciudad de Buenos Aires, con el fin de que los jueces declaren la inconstitucionalidad del artículo 172 del Código Civil, y por ende, autoricen los matrimonios entre personas del mismo sexo al ordenar a los Registros Civiles (autoridades competentes) a celebrar matrimonio. Cabe aclarar en este punto, que Argentina adopta un sistema de control de constitucionalidad difuso, es decir, todos los jueces están facultados para decretar la inconstitucionalidad de una norma con efecto para el caso concreto y no erga omnes, como acontece en aquellos ordenamientos jurídicos que receptan un control de constitucionalidad concentrado a cargo de un tribunal o sala especializada.²⁶

El primer amparo se presentó ante la Justicia Nacional Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el que fue denegado tanto en primera como en segunda instancia. Nos referimos al caso “*Rachid María de la Cruz y otro c/Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/ medidas precautorias*”.²⁷

En primera instancia se sostuvo que: “*No existe antijuridicidad en impedir el acceso al matrimonio a quienes por su naturaleza no pueden cumplir con sus fines, pues tal institución está*

²³ El Código Civil Argentino nació sin Ley de Matrimonio Civil, fue recién en el año 1888 que se sancionó la ley 2.393 de Matrimonio Civil. Para profundizar sobre los antecedentes de esta Ley se recomienda compulsar: PUGLIESE, María Rosa, Derecho, Estado y Religión. La historia del matrimonio civil en la Argentina, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2012, pp. 191-253 y 315-362.

²⁴ El Divorcio Vincular en la Argentina es introducido en el año 1987 con la sanción de la ley 23.515 publicada el 12/06/1987 cuyo antecedente es un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27/11/1986, “Sejean, Juan Bautista v. Ana María Zaks de Sejean”, en Aebeledo Perrot online N°: 60000667.

²⁵ BIMBI, Bruno, *Matrimonio Igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2010, p. 40.

²⁶ GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa, op. cit.

²⁷ Juzgado Nacional Civil N°88, 22/07/2007, “*Rachid María de la Cruz y otro c/Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/ medidas precautorias*”, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 26/09/2007, publicados en LL, 2007-F, 487.

legislada para personas de distinto sexo que engendran y educan a sus hijos para lograr la continuidad de la humanidad y esta diferencia tiene como justificación objetiva y razonable que el Estado privilegia las uniones que dan base a la familia, que a su vez dan base a la sociedad argentina". Mientras que en el fallo de alzada, se agrega: "la pregunta fundamental a responder es si la exigencia legal de que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer constituye una discriminación en perjuicio de homosexuales, por el solo hecho de serlo. (...) Resulta innegable que en la cultura contemporánea los homosexuales han sido tradicionalmente discriminados socialmente por su orientación sexual en un marco de referencia agresivo hacia ellos. En los últimos tiempos las nuevas generaciones tienden a superar esta actitud e intentan conscientemente abandonar viejos prejuicios homofóbicos. A partir de esta realidad se sostiene que impedir a las minorías sexuales la posibilidad de contraer matrimonio entre sí constituye un instrumento de poder que margina a dichas minorías y que convierte a sus integrantes en ciudadanos de segunda, ya que no tienen acceso a los mismos derechos, ni a las mismas leyes que el grueso de la población. Se agrega que la reforma sobre el matrimonio incluyendo la aptitud nupcial de los homosexuales entre sí encierra una cuestión de igualdad ante la ley. Sin embargo, debe observarse que los homosexuales no son discriminados a priori en razón de su orientación sexual para acceder al matrimonio. Una persona homosexual, fuere hombre o mujer, goza de la misma aptitud nupcial que un heterosexual, precisamente porque la ley no discrimina. En otras palabras, la orientación sexual no integra el elenco de requisitos para casarse. Lo que el homosexual no puede, por exigencia legal, es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo".²⁸

Antes de que se sancionara la Ley 26.618, este caso había llegado por la vía del recurso extraordinario a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuestión que no fue resuelta por la máxima instancia judicial federal a las resultas del debate legislativo. Así fue que la Corte Federal en fecha sin embargo, la vorágine de los hechos hizo que la solución de ese Recurso Extraordinario llegará en fecha 24/08/2010²⁹- más de un mes después de sancionada la ley 26.618- declaró abstracta la cuestión, de este modo eludió la necesidad de expedirse al respecto.

El resultado adverso en la justicia nacional civil, claramente conservadora en su modo de entender identidades y familias y restrictiva a la hora de establecer los alcances del principio de igualdad en consonancia con el de libertad y/o autonomía, obligó al movimiento LGBT a cambiar de estrategia judicial; ello vino de la mano de cambiar el fuero ante el cual se dirima la constitucionalidad/inconstitucionalidad del mencionado art. 172 del Código Civil centrado en el requisito de la diversidad sexual para la existencia del matrimonio. Dado que la denegatoria de tomarle el consentimiento para contraer matrimonio a parejas del mismo sexo proviene del registro civil, es decir, constituye un acto administrativo local, por lo cual se entendió que era competente el

²⁸ El subrayado nos pertenece.

²⁹ CSJN, 24/08/2012, "María de la Cruz Rachid y otro c. Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas", en LA LEY 2010-E, 105.

fuero contencioso y administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, con una mirada más plural y moderna al ser un fuero mucho más nuevo (en funcionamiento desde fines de los 90). Estos amparos empezaron a tener cabida fundado en la obligada perspectiva constitucional-convencional; de este modo, varios juzgados del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires decretaron la inconstitucionalidad del mencionado art. 172 del Código Civil y por ende, algunas parejas accedieron al matrimonio.³⁰

Por ser el primer precedente en sentenciar en este sentido, pasamos a sintetizar alguno de los principales argumentos vertidos en el fallo del 10/11/2009 de la magistrada Adriana Seijas en la causa *"Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/amparo"*. En esta importante oportunidad se sostuvo que: 1) *"El derecho a la igualdad consagrado por el art. 16 de la CN, supone previamente el derecho a ser quien se es y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente, y no se es igual en la medida de la ley sino ante ella, no debiendo la ley, discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas"*; 2) *"Si la exclusión en el goce del derecho está fundada en tal categoría (la orientación sexual), es posible partir de una presunción o sospecha de ilegitimidad que tendrá por efecto la necesidad de probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquéllos objetivos (...). A partir de tales premisas, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la CN.), debe realizarse a la luz de un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que debe realizar 'una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a lo segundo, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada"* (Fallos 327:5118 329:2986); 3) que *"la institución del matrimonio en la Argentina ha ido mutando y evolucionando permitiendo descartar la idea de un significado natural o recto, y por lo tanto privado de influencias históricas, del instituto del matrimonio civil"* y 4) *"Que si las categorías de 'malo', 'normal', 'desviado', 'inocuo' o 'peligroso' no son predicables respecto a las opciones sexuales, si la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios*

³⁰ Ver los siguientes precedentes judiciales del fuero local de la Ciudad de Buenos Aires: Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°15 de la Ciudad de Buenos Aires, 10/11/2009, *"Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/amparo"*, en Abeledo Perrot online N°: 70057353; Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 4, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/02/2010, *"B., D. A. y Otros c. Gcba"*, La Ley Online AR/JUR/178/2010; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°13 de la Ciudad de Buenos Aires, 19/03/2010, *"C. M. y otros contra GCBA s/amparo"*, en la Ley online AR/JUR/4161/2010.

para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales. Un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento inflingido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan. No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades. De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce”.

Cuáles fueron las particularidades de este caso ya que la cuestión no quedó allí como era de presumir. Luego de dictada la sentencia, los protagonistas concurrieron al Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires del barrio de Palermo y solicitaron turno para casarse el 1/12/2009. Sin embargo, la Justicia Nacional Civil -aquella misma que había denegado el primer pedido de inconstitucionalidad- no contenta con ello, hizo lugar a la medida cautelar promovida por la Corporación de Abogados Católicos el Colegio de Abogados y así el 30/11/2009 decretó *“la nulidad absoluta de la ceremonia matrimonial celebrada entre dos personas del mismo sexo por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas ya que, se trata de un acto cuyo objeto atenta contra el orden público que impone el régimen del matrimonio, por no ajustarse a los requisitos que exige el art. 172 del Código Civil para la existencia del matrimonio, y lesiona el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”*.³¹

Ante esta nulidad, la entonces gobernadora de la Provincia de Tierra del Fuego, Fabiana Ríos, ordenó por decreto provincial 2996/2009 al Registro Civil de su provincia que proceda a casar a los futuros cónyuges conforme el fallo dictado por la magistrada Seijas. Luego de este largo derrotero, el 28/12/2009, se celebra el primer matrimonio igualitario en Argentina.

En este contexto de “movida” judicial, se inserta el debate del proyecto de ley de reforma del régimen jurídico del matrimonio civil que extiende esta figura a todas las personas, con independencia de la orientación sexual de sus contrayentes.

3. Una ley pensada desde el prisma de la igualdad y no discriminación

Finalmente, el 4/05/2010 la Cámara de Diputados de la Nación, con el apoyo y la voluntad política del partido oficialista para que la ley de matrimonio igualitario sea una realidad en la Argentina, aprobó y dio media sanción al proyecto presentado por la diputada Ausburger y otros tantos diputados más³², conforme las modificaciones consensuadas sobre la base del proyecto

³¹ Juzgado Nacional Civil, Nro. 85, 30/11/2009, “L., S. M. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, La Ley online AR/JUR/44451/2009.

³² N° de expediente 1737-D-2009, Trámite Parlamentario: 16/04/2009, Firmantes: AUGSBURGER, Silvia, DI TULLIO, Juliana, GORBACZ, Leonardo Ariel, RODRIGUEZ, Marcela Virginia, RICO, María del Carmen, CARLOTTO, Remo Gerardo, MACALUSE, Eduardo Gabriel, MORANDINI, Norma Elena, LOZANO, Claudio,

presentado por la diputada Vilma Ibarra y otros.³³ De esta manera, con 126 votos a favor, 110 en contra y seis abstenciones, el proyecto giró a la Cámara de Senadores de la Nación. El 15/07/2010, el Senado aprobó el dictamen con las modificaciones aprobadas en la Cámara de Diputados por 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones. La Ley 26.618 fue promulgada el 21/07/2010 y publicada en el Boletín Oficial dos días después. Es de hacer notar que en ambas Cámaras, sobre todo en la Cámara de Diputados, los votos a favor de la ley provinieron en su mayoría de diputadas mujeres.

A modo ejemplificativo y de manera harto sintética, traemos a colación algunas de las voces que se hicieron oír en el debate parlamentario. Así la diputada Vilma Ibarra sostuvo: *“No abordamos el matrimonio católico, no abordamos el matrimonio de la religión judía, no abordamos el matrimonio de los musulmanes. Repito: estamos tratando leyes civiles en un Estado laico. Necesariamente debemos abordar este tema desde el punto de vista de un Estado democrático constitucional”*³⁴. Por su parte, la diputada Marcela Rodríguez en clave igualitaria manifestó: *“Si hablamos de ‘personas’ y si todos somos iguales ante la ley como lo establece nuestra Constitución Nacional, ¿por qué queremos asignar otro nombre la unión definitiva entre parejas del mismo sexo? Estamos mostrando la hilacha; estamos mostrando discriminación por sutil que sea. Esto es como decir ‘los blancos a la primera parte del ómnibus, y los negros a la segunda parte del ómnibus aunque allí esté más fresco en verano’”*.³⁵ Por último, citamos un párrafo que pertenece al discurso pronunciado por el senador Daniel Filmus quien ensayó una respuesta contundente respecto a una de las “preocupaciones” más fuertes esgrimidas durante el debate legislativo y el que también se dio de manera acalorada fuera del recinto en la sociedad referida a la supuesta violación del interés superior del niño. De manera elocuente, Filmus señaló: *“La abrumadora mayoría de estudios realizados en los últimos cuarenta años en varios países demuestra que no hay ninguna diferencia sustantiva entre niños y niñas que han sido criados en un hogar homoparental o heterosexual”*³⁶.

La Ley no solo contó con la lucha sostenida de las agrupaciones y movimientos en defensa de la población LGBT y el aval del partido político de turno, sino también con el apoyo de la comunidad de científicos/as del CONICET e investigadores/as de Argentina que emitió un documento redactado por Carlos Figari acerca de la ley de matrimonio universal y los derechos de las familias de lesbianas gays, bisexuales y trans. En aquel documento se expresaba a modo conclusivo: *“Como reflexiona Pecheny: ¿Qué es lo que determina que rasgos del cuerpo o la*

ARETA, María Josefa, CESAR, Nora Noemí, BONASSO, Miguel Luis, CORTINA, Roy y BARRIOS, Miguel Ángel.

³³ N° de Expediente: 0574-D-2010, Trámite Parlamentario: 05/03/2010, Firmantes: IBARRA, Vilma Lidia, ITURRASPE, Nora Graciela, STOLBIZER, Margarita Rosa, STORANI, María Luisa, MERCHAN, Paula Cecilia, SABBATELLA, Martín, ROSSI, Agustín Oscar, PARADA, Liliana Beatriz, BASTEIRO, Sergio Ariel, RIVAS, Jorge.

³⁴ Citado en GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Matrimonio Igualitario y Derechos Constitucional de Familia, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 71.

³⁵ Ibid., p. 74-75.

³⁶ Ibid., p. 90.

identidad, como pudieran ser los ojos azules, el albinismo, o la sexualidad, sean patológicos o no? ¿Que sean aceptados o repudiados? La naturaleza no tiene ni la voluntad ni la capacidad de acción o de juicio. Las calificaciones éticas y políticas sólo las pueden hacer los seres humanos. Las cuestiones éticas y políticas no las resolverán los científicos, pero a veces se vuelve conveniente desmentir con datos los prejuicios revestidos de cientificidad, que se repiten con el objetivo de perpetuar la desigualdad y la injusticia".³⁷

Luego de un largo recorrido, la ley se hizo realidad y con ella la concreción de tantísimo deseos, anhelos y sueños que estuvieron en estado de latencia por mucho tiempo. ¿Cuáles son las modificaciones que trajo consigo esta ley? ¿Por qué el mote de igualitaria? ¿Fue la mejor ley o la ley de lo posible? ¿Cuáles fueron sus deficiencias? Para contestar estas preguntas debemos examinar el contenido de esta legislación.

Como adelantáramos, la modificación sustancial fue la eliminación del requisito de diversidad sexual como impeditivo de la celebración del matrimonio conforme la vieja redacción del artículo 172 del Código Civil (art. 2, Ley 26.618). A lo que se agrega, la norma del artículo 42, redactado en clave igualitaria y transformado en la llave de cierre del sistema, muestra clara de la teleología de la Ley: *"Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo"*.

El resto del articulado de la ley reflejan giran en torno a dos cuestiones: a) las adaptaciones terminológicas que fueron necesarias introducir en muchas de las normativas del Código Civil para estar a tono con el nuevo modelo de matrimonio, reemplazando palabras como "marido y esposa" "por cónyuges" o "contrayentes" y b) las adaptaciones de algunas normas específicas a los efectos de prever algunas consecuencias de la celebración de matrimonios entre dos personas del mismo sexo.

El primer grupo de modificaciones al ser meramente adaptaciones terminológicas no trajo mayores inconvenientes. Los problemas surgieron en el segundo grupo de normativas. Sucede que se incurrió en una contradicción un tanto paradójica: una ley pensada desde el principio de igualdad y no discriminación que introdujo algunas disposiciones específicas que implicaron una discriminación inversa, es decir, un trato diferencial en detrimento de las parejas heterosexuales. Veamos, cuatro han sido los campos donde esta paradoja se hizo bien visible: a) la

³⁷ FÍGARI, Carlos, p. 50, "Per scientiam ad justitiam!", en *Matrimonio para todos y todas. Ley de Igualdad, Federación Argentina LGBT*, p. 50, disponible en http://www.lgbt.org.ar/archivos/Libro_Senadores2.pdf

responsabilidad parental ante la ruptura de la pareja, b) el apellido de los hijos, c) el apellido de los hijos adoptados y d) el apellido conyugal. Desarrollaremos cada uno de ellos a continuación, pero antes queremos anticipar que estos no son los únicos problemas que ha traído la ley en su puesta en práctica. Como veremos en el epígrafe tercero de este trabajo, la ley tuvo una gran falta: no introducir modificaciones claras y precisas en el régimen de la filiación, arquetípicamente diseñado desde el modelo de la filiación por naturaleza o biológica y siempre pensada desde el prisma de la heteronormatividad. Si bien es cierto, que la ley previó una modificación respecto a la inscripción de los hijos de las parejas del mismo sexo (artículo 36 que modifica La ley 26.413 que regula el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas), la práctica mostro las deficiencias de una modificación a medias como veremos más adelante.

3.1. *El cuidado de los hijos tras la ruptura: un caso de discriminación inversa*

Respecto al punto a) enunciado *ut supra*, cabe aclarar para comenzar que el segundo párrafo del artículo 206 del Código Civil conforme la ley 23.515, es decir, antes de la reforma que estamos analizando, establecía la preferencia materna en el cuidado de los hijos menores de cinco años en caso de ruptura de la pareja, exceptuando los casos de causas graves que afecten el interés del niño.

Desde la mirada constitucional- internacional, esta preferencia ya venía siendo puesta en crisis hace algún tiempo al violar un principio básico como lo es la igualdad entre hombre y mujer que bien regula la CEDAW cuando afirma: *“Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”* (art. 16, inc. g) y estigmatizar los roles paternos y maternos, colocando a la mujer como “natural” cuidadora de los hijos y al hombre encasillarlo en el rol tradicional de proveedor material.

La ley 26.618 en vez de modificar en forma terminante esta discriminación manifiesta, focaliza en la cuestión de las parejas conformadas por dos mujeres y que en ese caso, el art. 206 del Código Civil no resolvería la cuestión, por ende mantiene la regla de la preferencia materna en las parejas heterosexuales (discriminatoria por cierto), y agrega que en el supuesto de tratarse de una pareja matrimonial conformada por dos personas del mismo sexo la regla a aplicarse es el interés superior del niño y así deja de lado la preferencia como variable para la determinación del cuidado de los hijos ante la falta de acuerdo.

Es claro que al mantener la regla de la preferencia materna para las parejas heterosexuales se incurre en una discriminación inversa; ya que los hombres en las parejas heterosexuales siguen teniendo un rol secundario en el cuidado de los hijos al continuar vigente la regla por la cual se prefiere, en abstracto y a priori, que los hijos menores de 5 años queden al cuidado de las madres.

Por el contrario, para las parejas del mismo sexo la regla es la que debería primar en todo conflicto –sea una pareja de igual o diverso sexo- como lo es el interés superior del niño. Así, el

artículo 4 de la ley 26.618 expresa: *“En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor”*.

Hubo que esperar a la redacción del Proyecto de Reforma del Código Civil para que esta inequidad deje de estar presente al ser suprimida, ahora habrá que esperar a su sanción. Es que el Proyecto opera una modificación sustancial de todo el régimen de responsabilidad parental, por empezar, elimina la denominación perimida y antigua de “patria potestad” y la reemplaza por el de “responsabilidad parental”, totalmente acorde con la necesaria “democratización de las relaciones de familia”. En este contexto revisionista donde prima el principio de igualdad, no solo se deroga la preferencia materna del cuidado de los hijos menores de 5 años, sino también la regla del sistema unipersonal del cuidado de los hijos luego de la ruptura de la pareja, optando por un sistema de responsabilidad parental compartida como principio rector.

3.2. El apellido de los hijos: otro ejemplo

La ley 26.618 modificó también uno de los artículos de la ley del nombre 18.248 del año 1969. Nos referimos al art. 4 que constituye otro supuesto de discriminación inversa, es decir, en contra o en perjuicio de las parejas heterosexuales, en especial, para las mujeres. Sucede que históricamente, en nuestro país los hijos se inscriben sólo con el apellido paterno, permitiéndose sólo a pedido de ambos progenitores la inscripción del apellido compuesto del padre o la adición del apellido materno al momento de nacer, o sino recién cuando el hijo alcanza los 18 años y a pedido de éste.

La ley 26.618 modifica este estándar patriarcal solo parcialmente, es decir, en favor de las parejas del mismo sexo, así establece: *“Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado desee llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años”* (art. 37 de la ley 26.618 que modifica el art.4 de la ley 18.248). Si bien la norma se refiere a los hijos adoptivos, pues parece que a los redactores de la ley se les escapó una realidad evidente como lo son las técnicas de reproducción humana asistida, la doctrina ha entendido que por el principio de igualdad de los hijos la norma también se aplica a los hijos biológicos como también aquellos que nacen del uso de las TRHA.

Una vez más, de aprobarse el Proyecto de Reforma del Código Civil, esta discriminación inversa quedaría sorteada; ya que no sólo los hijos nacidos de matrimonios del mismo sexo podrán llevar el apellido de sus madres/padres en el orden que estos determinen, sino también los matrimonios del mismo sexo, opción que el proyecto también le reconoce a las parejas convivientes sean de distinto o mismo sexo. De este modo, los adultos determinarán cuál apellido

será el que utilicen para nombrar a sus hijos, en caso de no ponerse de acuerdo será el funcionario del Registro Civil el que procederá a un sorteo para determinar la cuestión del modo más justo y equitativo. A pedido de los padres o del niño con un grado de madurez suficiente podrá adicionarse el apellido del otro progenitor. De esta manera, se instaura definitivamente el principio de igualdad en materia de apellido de los hijos, dejando de ser el apellido paterno la manda y obligación.

Es más, disposiciones locales como lo es la nro. 2690/2013 del 07/06/2013 emitida por la Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, habilita que los padres al inscribir el nacimiento de sus hijos puedan anteponer el apellido materno al paterno, es decir, flexibiliza el régimen legal que establece la ley del nombre 18.248.

3.3. *El apellido de los hijos adoptados en forma conjunta*

En el derecho argentino, a diferencia de lo que acontece en varios países, se sigue sosteniendo un doble régimen en materia del tipo adoptivo. En este sentido, además de la adopción plena (aquella que extingue todo vínculo jurídico con la familia de origen, salvo a los fines de los impedimentos matrimoniales tal como lo expresa el art. 323 del Código Civil), coexiste la figura de la adopción simple, aquella donde subsiste el vínculo jurídico con la familia de origen y sólo se crea vínculo jurídico entre adoptado y adoptante o adoptantes, según sea individual o conjunta (conf. art. 329 del Código Civil). Estas diferencias tienen su impacto o incidencia en la cuestión del apellido de los hijos adoptivos. Básicamente, si bien tanto en la adopción plena como simple el adoptado lleva el apellido del o los adoptantes, lo cierto es que sólo en el supuesto de la adopción simple, el adoptado puede agregar el suyo propio cuando llegue a la mayoría de edad (conf. Ley 26.579 del año 2009).³⁸

La Ley 26.618 sustituye en parte el artículo 326 del Código Civil cuyo texto se debe a la última reforma legal en materia de adopción por la ley 24.779 del año 1997. ¿Cuál es el principal cambio que introduce? Otra vez, un supuesto de discriminación inversa. Así, los hijos adoptivos de los cónyuges de distinto sexo que adoptan en forma conjunta (nótese, como veremos más adelante, que la adopción conjunta sólo está permitida en nuestro país para las parejas matrimoniales) llevarán el apellido del padre adoptivo. Y al igual que para el caso de los hijos biológicos, los cónyuges podrán solicitar que la persona adoptada lleve el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva.

Por el contrario, para el caso de los hijos adoptivos de matrimonios del mismo sexo el art. 16. de la ley 26.618 establece: *“En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.”*

³⁸ GROSMAN, Cecilia P. y Herrera, Marisa, op.cit.

Como se puede observar, en el caso de la adopción se sigue el mismo criterio que se aplica a los hijos matrimoniales: la regulación del apellido de los hijos difiere según se trate de un matrimonio entre personas de distinto sexo o personas del mismo sexo. Una vez más, es el Proyecto de Reforma del Código Civil el que acabaría con este trato diferenciado de los hijos adoptivos. Si bien son distintas las normas que regularían el apellido de los hijos adoptivos (arts. 626 para el caso de adopción plena, art. 627, inc. d, para el caso de la adopción simple) y sobre todo delineadas en respeto del derecho a la identidad del niño y a su autonomía progresiva lo que interesa destacar aquí es la modificación de lo dispuesto por el viejo art. 326 conf. modificación de la Ley 26.618. Pues, si los adoptantes son un matrimonio que adoptan en forma plena y conjunta (del mismo o de distinto sexo), el apellido del adoptado se rige por las mismas reglas previstas para los hijos biológicos, es decir, el adoptado llevará primero el apellido que acuerden los cónyuges y en caso de desacuerdo se decidirá por sorteo ante la autoridad competente para la inscripción (art. 64 del Proyecto de Reforma del Código Civil). En el caso de una adopción simple el proyecto prevé lo siguiente: *“el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena”* (art. 627 del Proyecto).

3.4. El apellido conyugal

Por último, otra discriminación inversa ha producido la ley 26.618 tal como está redactada y que el proyecto de reforma, una vez más, vuelve a saldar o reparar el error. Esta vez referido a la posibilidad de adicionarse el apellido del cónyuge seguido de la preposición “de”.

Veamos, antes de la sanción de la ley 23.515 en el año 1987 que introduce en nuestro sistema jurídico matrimonial la posibilidad de solicitar el divorcio vincular, el uso del apellido del marido era obligatorio para la mujer, por lo cual, toda mujer automáticamente al momento de casarse debía adicionar el apellido del marido al suyo, y si no lo hacía era causal de divorcio – hasta ese momento no vincular- por injurias graves. Tras la sanción de la mencionada ley 23.515, esta obligación se convierte en una opción para la mujer, modificándose los arts. 8 y 9 de la Ley 18.248 sobre el nombre de las personas. En este marco se inserta la ley de matrimonio igualitario y otra vez, en vez de modificar la regla en materia de apellido conyugal en términos totalmente igualitarios, mantiene la regla prevista para los matrimonios heterosexuales e introduce una regla diferencial para los del mismo sexo. Así, el art. 38 de la ley 26.618 dispone que para el caso de parejas del mismo sexo sea optativo para cada cónyuge agregarse el apellido del otro anteponiendo la preposición “de”.

Discriminación zanjada y superada en la redacción del proyecto de Reforma del Código Civil, pues no sólo mantiene la opción por parte de cualquier cónyuge (el hombre el apellido de la mujer o a la inversa; o en el caso de los matrimonio del mismo sexo, cualquiera de ellos) añadir a su apellido el del otro precedido de la preposición “de”, sino que deja abierta la posibilidad de que

esta elección se realice con o sin anteponer la preposición “de” (conf. art. 67 del Proyecto de Reforma).

Como se puede observar, la ley 26.618 ha tenido un fuerte impacto simbólico, cultural, social como jurídico, más allá de las merecidas críticas desde el plano de la técnica legislativa. Tal como se adelantó, el desajuste normativo más sobresaliente ha sido en torno a la cuestión filial, siendo que la ley 26.618 puso sobre el escenario y permitió visualizar la cantidad de niños que ya eran criados por parejas del mismo sexo, en especial, conformada por dos mujeres. ¿Qué sucedió en este contexto con la cuestión filial? Dada la complejidad del tema se lo analiza a continuación en un apartado aparte.

III. LAS IMPLICANCIAS DE LA LEY 26.618 EN EL DERECHO FILIAL ARGENTINO

1. La filiación matrimonial en parejas del mismo sexo

El debate parlamentario y social que generó la ley de matrimonio igualitario respecto a las relaciones filiales, estuvo monopolizado y sesgado por la posibilidad o no de que estas parejas puedan adoptar. De este modo, no se tuvo en cuenta o se pretendió silenciar la cantidad de niños y niñas que habían nacido y seguirían naciendo por el uso cada vez más extendido de las técnicas de reproducción asistida en el marco de una pareja del mismo sexo, en especial, de dos mujeres. Pues, en el caso de dos hombres, la gestación por sustitución es la técnica adecuada pero no se encuentra regulada en nuestro sistema jurídico como veremos en el epígrafe IV de este trabajo.

Por lo cual, al no contar Argentina con una Ley integral de TRHA, la primera pregunta que surgió al poco tiempo de habilitado el matrimonio entre personas del mismo sexo fue: ¿opera la presunción de “paternidad” del marido de la madre para la cónyuge de la mujer que da a luz (art. 243 del C.C.)? ¿Los niños que nacen en el marco de un matrimonio entre dos mujeres tienen dos madres, una madre y un padre, una madre sola?

Como adelantamos al comentar los alcances de la ley 26.618, el artículo 36 introdujo una reforma al inciso c) del artículo 36 de la ley 26.413 referido al contenido del acta de inscripción de los hijos nacidos dentro de un matrimonio en el registro del estado civil y capacidad de las personas. Así el texto expresa: *“El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta”*.³⁹

¿Cómo ha de entenderse esta previsión legal? En nuestra opinión, si bien la ley no introdujo una modificación expresa al articulado del Código Civil en materia de determinación de la

³⁹ El subrayado nos pertenece.

filiación paterna matrimonial (art. 243 del Código Civil) como así, en la determinación materna (art. 242 del mismo cuerpo legal), el legislador algo ha dicho al respecto al modificar el modo de inscripción de los hijos en el Registro, al disponer que cuando se trata de un matrimonio del mismo sexo se debe consignar en el acta el nombre de la madre y su cónyuge. Esta interpretación que extiende la presunción de paternidad en el marco de un matrimonio entre personas de diverso sexo a los casos de matrimonios integrados por dos mujeres y la consecuente presunción de comaternidad, se condice con lo dispuesto en la disposición de cierre ya citado, el art. 42 de la ley 26.618 que reafirma el principio: “el mismo nombre, los mismos derechos”. Asimismo, esta línea interpretativa se debe ver complementada con otro principio básico como lo es el de igualdad de los hijos, pues no sería válido desde la obligada mirada constitucional-convencional restringir la posibilidad de que los niños nacidos de una pareja heterosexual tengan automáticamente por aplicación de la presunción legal doble vínculo filial (quien da a luz y su marido, madre y padre) y no sea igual para los hijos nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres y el correspondiente doble vínculo (quien da a luz y su cónyuge, madre y otra madre).

Sin embargo, el camino para sostener y consolidar esta línea interpretativa no ha sido sencilla, agravado en atención al sistema registral que adopta Argentina que es de competencia local, por ende, se debía lograr en cada una de las 23 provincias y en la Ciudad de Buenos Aires que sus respectivos registros civiles siguieran esta postura, siendo en un comienzo bien dispar.

El primer caso que se presentó en el Registro Civil para inscribir a un niño nacido en el marco de un matrimonio integrado por dos mujeres fue al de la Ciudad de Buenos Aires; se lo conoce como “el caso Vicente”. El niño nació de una mujer que se había sometido a TRHA, en el transcurso de su embarazo se sanciona la ley 26.618 y la pareja contrae matrimonio justo antes del nacimiento. Téngase en cuenta que en el sistema filial argentino, la determinación de la filiación de los hijos matrimoniales es de aquellos cuyos padres se encuentran casados al momento del nacimiento, sin importar que al tiempo de la concepción estaban o no casados.

En la partida de nacimiento de Vicente, en el renglón referido a la madre, se colocó el nombre y apellido de la persona que dio a luz, en el renglón destinado al nombre y apellido del “padre” se consignó el nombre de la cónyuge de la madre pero tachándose la preposición “de” con relación a esta segunda persona, aclarándose que ella era la cónyuge de la madre. Este modo de inscribir el nacimiento era, en primer lugar, diferente a lo que acontece con los hijos nacidos de un matrimonio integrado por dos personas de diverso sexo. Sucede que conforme lo prevé el art. 241 del Código Civil: “*El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma **que no resulte de ellos si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio o ha sido adoptada plenamente***”.⁴⁰ Por lo tanto, he aquí una primera observación crítica: así como no se debe ni puede hacer alusión alguna en la partida de nacimiento el estado civil de los padres cuando se trata de hijos matrimoniales

⁴⁰ El destacado nos pertenece.

heterosexuales, igual principio debía regir para el caso de los hijos matrimoniales homosexuales; lo que no se observa en el partida de nacimiento en análisis. Por otra parte, la tacha de la preposición “de” con respecto a la cónyuge de la madre generaba dudas acerca del vínculo filial- jurídico con esta persona, con la abierta discriminación con los hijos de matrimonios heterosexuales que nunca se duda sobre el doble vínculo filial.

Este modo incorrecto y discriminatorio de inscribir el nacimiento de los hijos nacidos en matrimonios igualitarios fue saneado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la Resolución N° 38/2012 del 21/02/2012 que en su artículo 1° dispuso: *“Instruir a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para que en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancia lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as”*.

El Proyecto de Reforma del Código Civil pone fin a este debate de forma definitiva al incluir a las TRHA como una tercera fuente filial basada en la voluntad procreacional, cuestión a la que nos dedicaremos con mayor atención en el punto IV. Por ende, en el marco de la legislación proyectada y tal como lo dispone el art. 566 con relación a los hijos nacidos dentro del matrimonio: *“Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los TRESCIENTOS (300) días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”*.

2. La filiación extramatrimonial en parejas del mismo sexo⁴¹

Ahora bien, con el tiempo los registros civiles se fueron aggiornando a la nueva realidad normativa y empezaron a inscribir a los hijos nacidos en el marco de un matrimonio igualitario con doble vínculo filial, al igual que los hijos nacidos dentro de un matrimonio heterosexual. El conflicto se trasladó a los hijos extramatrimoniales en los siguientes dos supuestos: 1) aquellos niños/as que nacieron por el uso de las TRHA antes de la ley 26.618 y cuyas madres luego se casaron y 2)

⁴¹ Para profundizar este tema ver, entre otros, GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Matrimonio Igualitario. Ley 26.618. Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010, capítulo IV, p. 225 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis”, en obra colectiva GOMÉZ DE LA TORRE, Maricruz (directora) y LEPIZ, Cristian (coordinador), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Desafíos del Siglo XXI: Una mirada interdisciplinaria*, Abeledo Perrot- Thomson Reuters, Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, 2013, ps. 127- 163; del mismo trío autorial, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, LL, 2010-E- 977; DI LELLA, Pedro, “Filiación y Autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26.618)”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Julio 2011, (N ° 50) p. 133 y ss.; SOLARI, Néstor, “Algunas cuestiones derivadas de la filiación en la ley 26.618”, Revista de Derecho de Familia y Persona, Buenos Aires, La Ley, junio 2011, año 3 (N° 5), p. 8 y ss.

aquéllos niños/as que nacieron por el uso de las TRHA y sus madres, con ley o sin ley, no se casaron.

Respecto al primer grupo, la respuesta comenzó, una vez más, a través de presentaciones y decisiones judiciales. ¿Qué exigían? La posibilidad de contar con el reconocimiento legal de aquella otra mujer que si bien no dio luz al niño, compartió el proyecto parental con su pareja conviviente. Son tres los casos judiciales que se presentan en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, todos al año siguiente de sancionada la Ley 26.618.

El primero de ellos, data del 7/04/2011 del Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario N°4 de CABA⁴². Los hechos del caso eran los siguientes. Una pareja de dos mujeres se somete a un tratamiento de fertilización in vitro para poder concretar su proyecto de ser madres, el tratamiento in vitro se realiza con material genético masculino de donante anónimo y con el óvulo de una de ellas, la implantación y gestación del embrión fecundado in vitro se realiza en el cuerpo de la otra mujer de la pareja que no prestó su material genético. Producido el nacimiento del niño, el Registro Civil lo inscribió consignando como progenitora únicamente a quien lo dio a luz. Por lo cual, ambas mujeres se presentan ante la justicia solicitando una medida cautelar tendiente a que el Registro Civil deje sin efecto la denegación de inscribirlo como hijo de ambas. ¿Qué resuelve el Tribunal? Autorizar al Registro Civil a que procedan a la rectificación de la inscripción del nacimiento conforme su realidad familiar, en tanto su “ovo” madre también debe resultar inscripta. *¿Los fundamentos? “Cabe advertir que la situación descrita en el escrito de inicio revela una clara discriminación por la condición sexual de la pareja y una grave vulneración de su derecho a la identidad y a la autonomía personal. (...) El apellido asentado registralmente no corresponde con su verdadera identidad, en tanto hijo biológico de las dos madres, lo cual patentiza una grave vulneración de derechos fundamentales del ser humano, como son el derecho a la identidad y a la autonomía personal, que se encuentran directamente ligados con la dignidad humana. (...) Puede afirmarse que el derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona. Comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc., a través del cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad”.*

El segundo caso lo resuelve el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de CABA en fecha 24/06/2011⁴³. ¿Cuál fue la particularidad de este caso? Si en el caso anterior lo definitorio fue la identidad genética compartida con la mujer que no había dado a luz al niño, en este lo determinante será el principio de igualdad entre los hijos. Nos explicamos. Un matrimonio de dos mujeres inicia una acción de amparo contra el Gobierno de CABA para que se deje sin efecto la disposición del Registro Civil que denegó el pedido de inscripción de reconocimiento por

⁴² Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7/04/2011, “M. del P. C. y otra c. GCBA”, en La Ley 2011-C, 370, con nota de Mercedes Ales Uría.

⁴³ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 26/04/2011, “V.A.F. y otros c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, en La Ley online AR/JUR/27511/2011.

una de ellas del hijo nacido antes de contraer matrimonio por TRHA de la otra mujer. En este caso, el material genético femenino había sido aportado por la misma mujer que lo gestó y dio a luz y el material genético masculino nuevamente, de un donante anónimo. En fecha posterior a su casamiento, la pareja tuvo un segundo hijo por la misma técnica que fue inscripto como hijo de ambas, por lo cual, solicitan a la justicia que ambas sean inscriptas como madres de su primer hijo extramatrimonial en igualdad de condiciones. ¿Qué resuelve el Tribunal? Declara la inconstitucionalidad de los artículos 250⁴⁴ del Código Civil y 45⁴⁵ de la ley 26.413 y ordena a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas que inscriban el reconocimiento de la otra madre sobre la base, entre otros, de los siguientes fundamentos. *“Es claro que el doble emplazamiento materno no se ajusta a la verdad biológica. Pero también es cierto que T. tiene una identidad que no se agota con el dato biológico (...) Negar su emplazamiento filial no es una decisión que lo beneficie. No se puede perder de vista que el instituto de la filiación se estructura en función del mejor interés del hijo y sus derechos. No se trata de pensar en abstracto cuál es el mejor modelo posible de familia para un niño, sino de determinar si los lazos que contiene la familia en la que él nació pueden ser protegidos por nuestras instituciones. No puede negarse que apenaría profundamente a un niño la falta de consideración jurídica y social de su familia”*.

El último caso es de fecha 12/07/2011 y lo resuelve el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de CABA.⁴⁶ La plataforma fáctica del caso era la siguiente. Una pareja de dos mujeres había concebido una niña por medio de TRHA en el año 2002, en ese momento solo pudo ser inscripta como hija de la mujer que la gestó y parió (la misma que había aportado el gameto femenino). Sin embargo, en el año 2010, luego de contraer matrimonio, concurren al Registro Civil para solicitar que se asentara el reconocimiento de la niña por parte de la cónyuge de quien ya estaba asentada como madre. Ante el rechazo de lo peticionado, promueven acción de amparo a fin que se dejara sin efecto la decisión denegatoria. El tribunal hace lugar a la pretensión de las actoras principalmente sobre la base de la voluntad procreacional pues, en este caso, no había hijos posteriores, ni identidad genética compartida que reforzaran la decisión. Así, se manifestó: *“La petición efectuada por las actoras no contradice norma alguna del ordenamiento jurídico, sino que encuentra fundamento en las garantías constitucionales de igualdad y protección de la familia y a todo evento debe tenerse siempre presente que en caso de colisión entre normas o*

⁴⁴ Texto del artículo 250 del C.C. conf. Ley 23.264: *“En el acto de reconocimiento, es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto. No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer acción de impugnación de la filiación establecida”*.

⁴⁵ Texto del artículo 45 de la ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas: *“No podrán inscribirse reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo. Cuando en más de un registro civil se han labrado actas de reconocimiento de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo en los libros de nacimiento donde se encuentre registrado el menor, se inscribirá solamente el primer reconocimiento, dándose intervención a la autoridad judicial competente y haciéndose saber a las partes interesadas la resolución adoptada”*.

⁴⁶ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/07/2013, “M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo”, en La Ley 2011-D, 315.

interpretaciones de las mismas deberá aplicarse el principio pro homine que conduce a la prevalencia de la norma que provea la solución más favorable a la persona humana y a sus derechos, cual es el reconocimiento de filiación solicitado. (...)Con relación al argumento del nexo biológico, desde ya cabe señalar que el mismo no resulta válido, toda vez que las parejas heterosexuales no van unidas de un análisis de ADN para reconocer niños en las dependencias del Registro Civil y las técnicas fecundación heteróloga no son exclusivas de las parejas del mismo sexo. En este sentido cobra relevancia la llamada voluntad procreacional para determinar la filiación cuando se utilizan técnicas complejas de reproducción asistida -sea en parejas hetero u homosexuales-, ya que no existirá un vínculo biológico con uno o ambos padres”.

Luego de estos antecedentes jurisprudenciales y, una vez más, con la política activa de los movimientos LGBT, el 02/07/2012 el Poder Ejecutivo dicta un decreto de necesidad y urgencia 1006/2012, poniendo fin al camino judicial como vía necesaria para reconocer la co-maternidad de aquellos niños que nacieron antes de la Ley 26.618 y sus madres se casaron después de vigente la ley. Así, este instrumento normativo que evita la judicialización con las consecuencias negativas que se derivan de ello, establece en el art. 1º: *“Establécese por el término de UN (1) año, contado a partir de la publicación del presente decreto y con carácter excepcional, prorrogable por UN (1) año más, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de DIECIOCHO (18) años de edad de matrimonios conformados por DOS (2) mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley Nº 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el artículo 36, inciso c) de la Ley Nº 26.413, sustituido por el artículo 36 de la citada Ley”.* Es de destacar algunas de las palabras esgrimidas por la presidenta en el acto de la firma del DNU y de la entrega del primer documento de identidad con reconocimiento del derecho a la identidad de los niños nacidos en familias homoparentales: *“Fijense que todavía nos falta mucho para otras igualdades, igualdades sociales, por ejemplo. Pero que te nieguen la igualdad de tu elección de vida, de tu elección sexual, de tu sentimiento como hombre o como mujer, que te nieguen que esos mellizos, por ejemplo, son diferentes a cualquier otro niño que nace de un matrimonio heterosexual, es no reconocer los tiempos que corren, es no reconocer inclusive cosas que parecen novedosas pero que si uno escarba en el fondo de la historia, vienen desde el fondo de la historia”.*⁴⁷

Ahora bien, dijimos que hay otra cantidad de niños ya nacidos dentro de una pareja del mismo sexo que por no encontrarse sus madres unidas en matrimonio carecen hasta hoy con una solución legal que le brinde una respuesta jurídica a su realidad socioafectiva. Para solucionar estos casos se encuentra en estudio la posibilidad de incorporar en el Proyecto de Reforma del Código Civil una cláusula transitoria que permita que estos niños también puedan contar con el doble vínculo filial, es decir, que jurídicamente vean reconocida como madre a la persona que hasta hoy en los hechos lo es pero en el derecho está oculta. La cláusula a incorporar expresaría,

⁴⁷ Extracto del discurso presidencial citado en, “Reconocimiento legal de hijos e hijas de familias comaternales en Argentina”, Ministerio del Interior y Transporte, Presidencia de la Nación”, disponible en http://www.lesmadres.com.ar/recursos/inscripciones_comaternales.pdf

“Los nacidos antes de la entrada en vigencia del presente Código por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz, y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.”

¿Y los niños que nazcan mañana en una pareja del mismo sexo no matrimonial? El proyecto de Reforma prevé una solución integral para el uso de las TRHA conforme lo previsto en el artículo 570: *“La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”*. Como se retomará más adelante, tanto el mencionado decreto 1006/2012 como el proyecto de reforma, centra toda su regulación en torno a la noción de “voluntad procreacional”, columna vertebral del régimen filial en materia de TRHA.

3. La adopción⁴⁸

Como ya se adelantó, el art. 42, en tanto clave de interpretación de la Ley 26.618, imposibilitó que se regularán efectos jurídicos diferenciados según se haya celebrado un

⁴⁸ 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 N°: 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 ¿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, N° 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 N°: 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. (citados en HERRERA, Marisa, Matrimonio entre personas del mismo sexo en Francia. Se hace camino al andar", en LA LEY 2013-A, 795).

matrimonio entre personas de distinto o del mismo sexo. Así, a diferencia del caso de Portugal, que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo negando de manera expresa la posibilidad de que estas parejas adopten (ley que entra en vigencia en junio de 2010), la ley argentina permite la adopción a parejas del mismo sexo en los mismos términos, al menos formales, que las parejas de distinto sexo.

Al respecto, es importante destacar que Portugal es el único país, dentro del grupo de países que hoy tienen matrimonio igualitario en el mundo, que excluye la adopción en forma terminante. Sin embargo, luego de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Austria, “X and Others c. Austria” del 19/02/2013 Portugal introdujo una modificación a su ley, al menos parcial, permitiendo la adopción de integración del hijo biológico del o la cónyuge del mismo sexo que la o él progenitor conviviente. Es que en el caso contra Austria el TEDH había resuelto que la normativa del Código Civil austriaco, que permitía la adopción de integración del hijo biológico del conviviente en parejas de distinto sexo y la prohibía en parejas de igual sexo, era contraria al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en relación con el artículo 8.⁴⁹

Ninguno de estos inconvenientes surgieron en nuestro país luego de la sanción de la Ley 26.618. De este modo, las dificultades de la adopción por parejas del mismo sexo en la Argentina no se derivan del texto de la ley, sino de la práctica. De manera elocuente, tras 3 años de vigente de la ley de matrimonio igualitario, acaba de hacerse público el primer caso que se ha otorgado la adopción a una pareja matrimonial del mismo sexo⁵⁰, siendo que en el derecho argentino se permite sólo a las parejas casadas adoptar, no así a las parejas convivenciales.⁵¹

IV. LAS TRHA COMO UNA VÍA PARA ALCANZAR LA HOMOPARENTALIDAD A LA LUZ DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL⁵² Y LEGISLACIONES AFINES⁵³

⁴⁹ Para profundizar sobre el análisis del fallo del TEDH y la adopción de parejas del mismo sexo se recomienda compulsar: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, “Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial”, en La Ley 203-B, 596.

⁵⁰ Al respecto, cabe destacar que se trata de dos hermanos de 9 y 11 años, es decir, niños de difícil adopción. ¿Acaso no será que la adopción por parejas del mismo sexo quedará relegada a aquellas situaciones de adopción en que las parejas de diverso sexo no tengan deseo de adoptar? Conf. <http://www.infonews.com/2013/09/03/sociedad-95728-la-justicia-otorgo-la-adopcion-de-dos-hermanos-a-una-pareja-gay.php>, compulsado el 04/09/2013.

⁵¹ Previsión que si se incluye en el Proyecto de Reforma del Código Civil al regular de forma integral lo que denomina *Uniones Convivenciales*, extiende la posibilidad de la adopción conjunta también a las parejas convivientes, sean del mismo o de distinto sexo (conf. arts. 599 y 602).

⁵² Este tema ha sido profundizado en tantísimos artículos publicados en los últimos tiempos en diferentes revistas jurídicas. Sucede, que ha sido el tema que mayor debate ha generado sobre el proyecto de reforma del Código Civil argentino presentado en el 2012. Las ideas y afirmaciones que se comparten en este apartado IV es la síntesis de lo expresado en varias oportunidades: HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, BLADILLO, Agustina “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, en Suplemento Jurisprudencia Argentina, p. 13 y ss., JA 2013-II, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/521/2013; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en La Ley, 09/10/2012, p. 1 y ss.; “Regulación de la gestación por sustitución”, en La Ley 2012-E,

1. Las TRHA como tercera fuente filial

El principio de realidad, uno de los pilares sobre los cuales se edifica la reforma del Código Civil argentino, conjuntamente con el de igualdad y no discriminación, muestra la cantidad de niños que nacen gracias al avance de la ciencia médica, es decir, al uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Este escenario fue puesto de resalto con mayor énfasis tras la sanción de la ley de matrimonio igualitario y los mencionados conflictos generados por la determinación filial de los niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres⁵⁴. Es que el interrogante lógico que se desprende de esta realidad es: ¿cómo fueron concebidos estos niños? La gran mayoría nacieron, precisamente, del uso de las TRHA, con semen de un tercero y con óvulos de la mujer gestante o incluso, de su pareja del mismo sexo con la finalidad simbólica y también realista, de que el niño tenga lazos con ambas mujeres. Con una de ellas por haberlo parido (vínculo jurídico y biológico) y con la otra, por haber aportado el material genético femenino (vínculo genético). En este contexto, es necesario reconocer que las TRHA es un modo o fuente generadora para que muchas personas –parejas de igual o diverso sexo como también mujeres solas- accedan a la maternidad/paternidad y de esta manera, que varios niños puedan nacer, crecer y desarrollarse en el mundo. ¿Sería dable aseverar a priori y en abstracto que esta posibilidad que brinda la ciencia puede violar el principio del interés superior del niño?

960; “El embrión no implantado. Proyecto de código unificado. Coincidencia de la solución con los países de tradición común”, en *La Ley*, 10/07/2012, p. 1 y ss. y “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Revista de Derecho Privado. Bioderecho*, dirigida por Sebastián Picasso y Gustavo Caramelo Díaz, nro. 1, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, ps. 3-45, 2012; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución”, en *Revista Microjuris*, cita online: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971 y “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de reforma del Código Civil: Técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)”, en *Revista Microjuris*, cita online: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

⁵³ Nos referimos a la ley de cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida (ley 26.862 sancionada en junio del 2013) y su decreto reglamentario 956/2013, sobre las cuales también se han publicado varios trabajos de doctrina entre los cuales cabe citar: HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, en LL 31/07/2013, cita online AR/DOC/2899/2013; GARAY, Oscar Ernesto, “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”, en LA LEY 01/07/2013, p. 1 y ss.; PUCCINELLI, Oscar, “Comentarios preliminares a la ley de reproducción médicamente asistida 26.862”, en MJ-DOC-6337-AR, MJD6337; CIRUZZI, María S., “La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética”, 19/06/2013, en MJ-DOC-6326-AR, MJD6326; MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “Ley nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, en LL 17/06/2013, p. 1 y ss., HERRERA, Marisa, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, 10/06/2013, en LA LEY 2013-C, 1281 y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”, en *La Ley DFyP 2013* (agosto), 24.

⁵⁴ Ver entre tantos otros; 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; LLOVERAS, Nora; MIGNON, María Belén, “La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil”, SJA 17/8/2011; KRASNOW, Adriana N., “La filiación en el hoy y en el mañana”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs.As.*, 56-155, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2776/2012; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, en *La Ley 2012-B* , 1251.

He aquí una primera observación a la luz de la obligada perspectiva constitucional-internacional: las TRHA permiten – a diferencia de la filiación que se deriva del acto sexual- el nacimiento de niños en el marco de una pareja del mismo sexo como de una persona sola. ¿Sería viable prohibir ambas configuraciones familiares? La respuesta negativa se impone por aplicación del reiterado principio de igualdad y no discriminación. Esto lo ha señalado de manera precisa la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisprudencia debe ser respetada por todos aquellos países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, entre los que se encuentra la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional y la violación que significa incumplir una manda internacional por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¿Qué dice al respecto la CIDH? Que la orientación constituye una categoría sospechosa, por ende, le cabe un “escrutinio estricto” cuando se pretende negar derechos (en este caso, el acceso a las TRHA) fundado en la orientación sexual de las personas. Esto lo ha expresado de manera clara en el resonado caso Atala Riffo y otros contra Chile del 24/02/2012⁵⁵. Al respecto, se ha sostenido que *“el principio de no discriminación fundado en la orientación sexual de las personas constituye una categoría sospechosa y que por ende, le cabe aplicar “un escrutinio estricto” (párrafo 73), “siendo que el art. 1. 1 de la Convención “proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención” (párrafo 93). Específicamente, sobre la falacia argumentativa de poder limitar o prohibir las TRHA a parejas del mismo sexo fundado en la conculcación del interés superior del niño, el máximo tribunal regional expuso que “al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad...” (Párrafo*

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica”, en LA LEY 2013-A, 160. Para profundizar sobre el sentido y alcance de esta sentencia se recomienda ver entre otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, en LA LEY 2013-A, 907; del mismo trío autoral, “La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo”, 6/02/2013, en MJ-DOC-6213-AR | MJD6213; RONDA, Romina, “Reproducción asistida, género y derechos humanos: un pequeño paso para la Corte Interamericana; un gran salto para las mujeres de las Américas”, en RDF 2013-II-248; ARGANARAZ, Mariangel y MONJO, Sebastián, “La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, de 28/11/2012”, en DFyP 2013 (marzo), 223; ROSALES, Pablo O., “Novedosa sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA: La ‘fertilización humana asistida’ como derecho humano y su aplicación en el derecho argentino (Análisis del Caso ‘Artavia Murillo y otros c. Costa Rica’)”, en DFyP 2013 (marzo), 198 y PUCCINELLI, Oscar, “El sistema interamericano avala las técnicas de fertilización asistida. (A propósito de una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena a Costa Rica)”, 18/02/2013, en MJ-DOC-6167-AR | MJD6167.

121). Esto se condice con lo afirmado por la Corte Suprema de México en el fallo del 16/08/2010 en el que se pretendía poner en tela de juicio la habilitación legislativa a la adopción por parejas del mismo sexo 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”*. Este precedente es citado por la CIDH en el caso Atala Riffo, por lo tanto, se podría afirmar sin hesitación alguna que también forma parte de ese “corpus iuris” obligatorio para los países que se someten a este tribunal.

Igual línea argumental sigue la CIDH cuando se trata de la familia monoparental, ello se observa de lo manifestado en el caso Fornerón contra Argentina del 27/04/2012⁵⁶ cuyo párrafo 98 dice: *“Este tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma (...). Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”*. Por lo tanto, tampoco la regulación nacional podría vedar a las personas solas poder acceder a la monoparentalidad a través del uso de las TRHA.

Para profundizar sobre la filiación homoparental centrada en el uso de las TRHA y cómo se regula esta cuestión en el proyecto de reforma del Código Civil argentino con las limitaciones que

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27/04/2012, “Forneron e hija c. Argentina”, en La Ley online AR/JUR/27523/2012. Entre tantos otros comentarios o trabajos que profundizan sobre el impacto de esta sentencia en el campo de la filiación adoptiva ver BARREIROS, Lucas y UMAN, Nadia, “Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 58, marzo 2013, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 17 y ss.; GRAHAM, Marisa y SARDÁ, Laura, “El caso Fornerón. Reproche ético. Reproche jurídico” en Flah, Lily (directora) y Fodor, Sandra y Del Arbol, Mabel (coordinadoras), Los desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky, Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 627 y ss.; RAYA DE VERA, Eloisa, “El caso “Fornerón” y el interés superior del niño”, en La Ley 06/09/2012, p. 6 y ss.; TRUCCO, Marcelo F., “Derecho a la protección de la familia, identidad e interés superior del niño en una nueva sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en La Ley RCyS 2012-VIII, 259; YUBA, Gabriela, “La responsabilidad del Estado en la realización de los derechos del niño y las garantías judiciales”, en La Ley DFyP 2012 (agosto), 99; CAPACCIO, Jeremías, “Responsabilidad del Estado por su actividad judicial en un caso de adopción”, en La Ley RCyS 2012-X, 239; JUNYENT DE DUTRAI, Patricia, “Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la CIDH”, en La Ley 2013-A, 161.

tiene este cuerpo legal, preocuparse principalmente por la cuestión filial, se debe tener un pantallazo general de lo acontece hoy, sin reforma, en el régimen jurídico argentino.

2. El hoy de las TRHA

Argentina carece de una ley integral que regule las TRHA. Incluso, el Código Civil aún vigente que data de 1869, si bien con algunas modificaciones sustanciales en el campo del derecho de familia, en materia de filiación mantiene la regulación bipartita de la filiación biológica o por naturaleza y la adoptiva, no diciéndose absolutamente nada sobre la filiación derivada de las TRHA.

Recién en fecha 05/06/2013 se sancionó la ley 26.862 con su correspondiente decreto reglamentario 956/2013 que se preocupan por una cuestión central: la cobertura médica.

Sucedo que hasta ese momento, se habían dictado una gran cantidad de sentencias con resoluciones dispares en torno a la cobertura y consigo, el acceso o no a las TRHA⁵⁷. Así, al principio la jurisprudencia era reacia a obligar a prepagas u obras sociales a cubrir los diferentes tratamientos médicos de baja (inseminación) o alta complejidad (ICSI e in vitro); virando significativamente esta mirada restrictiva desde el crisol de los derechos humanos, entendiéndose que el acceso a las TRHA involucra el derecho a formar una familia, el derecho a hacerse del desarrollo de la ciencia médica o los beneficios de la biotecnología y en un primer momento, el derecho a la salud centrado en la noción de infertilidad.

De este modo, el llamado “activismo judicial” ha sido el que habilitó a varias parejas –por lo general, de diverso sexo- el acceso a las TRHA por obligación estatal, según la interpretación y discrecionalidad judicial. Esta situación fáctica y jurídica ha sido una fuerte presión para que el Congreso de la Nación dictara la ley de técnicas de reproducción humana asistida que más allá de la denominación general, se interesa particularmente, por la cobertura médica.

Los lineamientos básicos que sostienen o sobre los cuáles se estructura la ley 26.862 de cobertura prestacional y su decreto reglamentario giran en torno a la noción de pluralismo y a la idea de que las TRHA son un modo o medio para alcanzar la maternidad/paternidad; alejándose así del objetivo de paliar una enfermedad como lo sería la infertilidad. Sucede que esta línea interpretativa se centra en la heterosexualidad como eje del acceso a las TRHA, mirada contraria al principio de igualdad y no discriminación que debe regir en el ordenamiento jurídico argentino por imperativo constitucional- convencional, reafirmado en la ley de matrimonio igualitario 26.618.

⁵⁷ Para profundizar sobre el desarrollo jurisprudencial en torno a la cuestión de la cobertura médica de las TRHA ver HERRERA, Marisa, DE LATORRE, Natalia y BLADILLO, Agustina, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, Suplemento Jurisprudencia Argentina, 01/05/2013, p. 13 y ss.; JA 2013-II y Citar Abeledo Perrot N°: AP/DOC/521/2013.

Tal como lo expone la propia ley 26.862, su objetivo como el que también sigue su decreto reglamentario 956 del 19/07/2012, consiste en “*garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*”.

Como bien se ha sostenido, el elemento que tipifica o caracteriza a esta normativa es su amplitud, “*al permitir el acceso a la cobertura médica de tales prácticas a toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia*”⁵⁸.

Tal como surge de los “Considerandos” de la ley como así también, de la reglamentación, los pilares son: 1) los derechos comprometidos en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son “*los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud*”, de esta manera, se reafirma la idea de que el derecho a la salud no es el principal o el único derecho humano involucrado, lo cual se condice con ser uno de los 16 países que reconoce el matrimonio a las parejas del mismo sexo, y que además, se encuentran íntimamente ligados con los derechos a la dignidad, la libertad y la igualdad de toda persona humana y 2) sin eufemismos ni intenciones solapadas, se afirma que “*la intención socio – cultural y jurídica del legislador, de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión social, de más inclusión en salud; en el marco de una sociedad que evoluciona culturalmente, aceptando la diferencia y la diversidad cultural, y promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa*”, lo que así se deriva también del texto de la ley 26.862 al decir en el art. 7 que los beneficiarios son todas las personas mayores de edad para que sin “*discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado*” puedan acceder a la cobertura médica en todo establecimiento de salud, sea público, de la seguridad social (obras sociales) o privado (medicina prepaga).

La amplitud de la ley como así de su reglamentación, se deriva de otras disposiciones o posturas legislativas. Una, se refiere a qué tipo de técnicas o prácticas médicas ordena cubrir la ley. No sólo se refiere a los tratamientos de baja complejidad, sino también a las de alta complejidad, incluyéndose la donación de gametos y la criopreservación de embriones. Como se podrá ver más adelante, esto último está en total consonancia con el resonado caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012. Y más aún, también se prevé la situación especial de cubrir “*los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro*” (art. 8 in fine). La otra cuestión

⁵⁸ HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, Revista La Ley, 31/07/2013, p. 1.

de la cual se deriva la mencionada amplitud legal, es con relación a la posibilidad de revocar el consentimiento al sometimiento a las TRHA, lo que puede acontecer hasta antes de que se produzca la transferencia en el cuerpo de la mujer; en la misma tónica que lo hace el proyecto de reforma del Código Civil que fue tenido en cuenta por los legisladores al sancionar esta normativa centrada en la cobertura prestacional.

¿Qué otros conflictos más se dirimieron en la justicia relativas a las TRHA en un contexto legislativo donde primaba el silencio legal, ahora más reducido por la ley mencionada ley de cobertura?

Además de las sentencias ya sintetizadas en el apartado III referido a la determinación filial de niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres o que incluso, habían nacido antes de este hito normativo y que tras la sanción de la ley 26.618 pudieron contraer matrimonio ostentando vínculo legal sólo quien había dado a luz; hay un tercer grupo de precedentes jurisprudenciales que obligando a la justicia a expedirse sobre temas referidos a las TRHA a pesar de la orfandad normativa.

El tercer y último grupo –menor- de sentencias, giraron en torno a diferentes problemáticas jurídicas que son las que, básicamente, pretende dar respuesta –y así previsibilidad- el proyecto de reforma del Código Civil que regula de manera especial y autónoma las TRHA como un tercer tipo filial con caracteres y reglas propias. Ellas son sentencias sobre: a) la naturaleza jurídica del embrión en el marco de un Código Civil que define a la persona desde que se produce la “concepción en el seno materno”; en ese contexto se presentaron diferentes planteos: a.1) la designación de un abogado como “tutor de embriones” para la supuesta protección integral de un número indeterminado de “personas” que estaban siendo manipuladas por el uso de las TRHA⁵⁹; a.2) el pedido de “protección” de embriones en un proceso de divorcio en el que los esposos habían manifestado en una audiencia que se habían sometido a TRHA y les habrían quedado varios embriones crioconservados, por lo cual el juez ordenó la intervención del asesor de menores para tal protección, solicitud que fue rechazada por la instancia judicial posterior alegándose que esta decisión está dentro del fuero íntimo de la pareja y no está sujeta a la intervención judicial⁶⁰; a.3) el pedido de una mujer de implantarse los embriones sobrantes después de haberse divorciado⁶¹ y b) la petición de una mujer que en pleno tratamiento su marido fallece y solicita que se orden al centro médico a continuar con la práctica médica para tener un hijo con embriones formados con material

⁵⁹ Ver autos “Rabinovich, Ricardo D.” Fallo de Primera Instancia del Juzgado civil n° 56, a cargo del Dr. Miguel Güiraldes y confirmado en lo esencial por la sala I de la Cámara Nacional Civil el 3/12/1999, integrada en ese momento por los Dres. Delfina Borda y Julio Ojea Quintana publicada en ED 185-407, LL 2001-C, 824 y JA 2000-III, 630.

⁶⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 30/03/2006, inédito.

⁶¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, “P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2012-I-117.

de ella y de su marido fallecido⁶².

Fácil se puede advertir que el cuasi silencio legal en materia de TRHA no puede evitar que se presenten conflictos que la justicia se ve conminada a resolver. Todos estos debates son los que fueron tenidos en mira a la hora de elaborar un proyecto integral de nuevo Código Civil y que a la vez, han permitido observar la especificidad que ostenta este tipo de prácticas médicas en lo relativo a la filiación en un contexto normativo que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.

3. La “voluntad procreacional” como columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA

Ahora sí, teniendo un panorama general sobre los avances jurisprudenciales y normativos en el campo filial, muchos de los cuales han sido auspiciados por la ley 26.618 de matrimonio igualitario, pasamos a analizar el texto civil proyectado.

En la actualidad, el régimen en materia de filiación tiene por presupuesto ineludible, la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las normas que regulan la filiación “biológica o por naturaleza” no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad razón por la cual, deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. Cabría preguntarse entonces, cuántas diferencias deben existir entre las TRHA, la filiación por naturaleza y la adoptiva que amerite o se justifique una regulación diferencial y autónoma para cada una de ellas. ¿Cuáles son estas particularidades?

En primer lugar, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía. Por ejemplo, una mujer está casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear y deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? En el mismo sentido, una mujer está unida en matrimonio con otra mujer y se someten a TRHA⁶³ con donante de un tercero para poder contar con el material

⁶² Tribunal de Familia Nro. 3 de Morón, “G., A. P. s/Autorización”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2012-III-119. Con comentario de, DE LA TORRE, Natalia y UMAN, Nadia, “Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad”, en RDF 2012-III-122.

⁶³ Es sabido que también existen las “prácticas caseras”, es decir, sin intervención médica. En la reforma del Código Civil solo se regulan las técnicas médicamente asistida, con el objetivo de que haya una participación clara y precisa de un tercero (centro médico) con determinados deberes y obligaciones para dar certeza a una

genético masculino ausente en el marco de esta pareja. ¿Qué vínculo jurídico existe entre el niño nacido y la mujer que no da a luz? En ambos supuestos, el marido como la cónyuge de la mujer que dio a luz son también “padres” (padre en el primer caso y la otra madre en el segundo) por aplicación de la llamada “voluntad procreacional”, es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si la pareja aportó o no sus gametos. Este es el elemento o eje central cuando se trata de TRHA. Los integrantes de ambos matrimonios serán los padres, son ellos quienes ejercen todos los derechos y deberes que se derivan de la filiación. Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo.

Por otro lado, las TRHA permiten conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.); por esta razón, el proyecto exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético o en palabras de la ley de cobertura médica, que el consentimiento pueda ser revocado siempre que acontezca dentro de un determinado lapso⁶⁴. Es evidente que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza. De esta manera, el proyecto de reforma dispone en el art. 560 que *“Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”*.

Ahora bien, si las TRHA han sido uno de los temas más sensibles que el proyecto de reforma ha generado, algunos conflictos en particular, produjeron una doble sensibilidad o consideración especial. Nos referimos a la cuestión del embrión no implantado, que si bien es un tema que amerita un abordaje propio, a los fines de profundizar sobre el tema de las TRHA en el derecho argentino como manera principal de acceso a la homoparentalidad, pasamos a sintetizar cuál es la línea legislativa que se adopta en el proyecto de reforma y la razón de ello.

4. El comienzo de la existencia de las persona humana

Uno de los temas más álgidos relacionados en forma directa con las TRHA, es el relativo al comienzo de la persona humana. ¿Qué se dice al respecto en el proyecto de reforma? Que *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer,*

actividad tan importante como es aquella que involucra el nacimiento de niños. La informalidad e intimidad en las “prácticas caseras” impide la certeza sobre el consentimiento a las técnicas, dando lugar a un terreno complejo como lo es la “voluntad presunta” y la cuestión probatoria en temáticas en las que prima la intimidad.

⁶⁴ El art. 7 del decreto reglamentario 956/2013 dispone en su última parte que *“En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión”*.

sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado” (art. 19)⁶⁵.

Como se puede observar, a los fines de mantener la tradición jurídica –y en atención a la sensibilidad manifestada- el proyecto mantiene el principio vigente por el cual, la persona comienza con “*la concepción en el seno materno*”. Si bien el término concepción no sería el más preciso sino el de anidación, este último no tiene arraigo en el ámbito jurídico, tanto el nacional como el internacional. Cabe recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 4.1 referido al derecho a la vida, expresa que este derecho “*estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”. Por lo tanto, se mantiene el término concepción a pesar de que técnicamente, sea más preciso hablar de anidación.

¿Cuáles son entonces, los cambios que introduce la reforma? Son dos: 1) regula cuándo comienza la existencia de la persona humana en los supuestos de TRHA y 2) asevera que el embrión no implantado no es persona, sino que es objeto de protección en una ley especial; así también, que tampoco se trata de una cosa ya que si fuera así, debería estar regulado en el Código Civil.

Sobre el primer punto, es lógico que si se regulan las TRHA como una tercera fuente filial, se deba admitir que ya desde el principio ambas fuentes filiales ostentan ciertas diferencias. Si se toma la noción de concepción como sinónimo de anidación, cuando se trata de TRHA esto acontece después la transferencia embrionaria o del material genético que se implanta en el cuerpo de la mujer. Es aquí cuando hay alguna posibilidad de que la gestación siga su curso (aunque no es del todo certera, ya que aunque se haya implantado puede no proseguir el desarrollo como también acontece en los casos de filiación por naturaleza) hasta el nacimiento, momento en el que se consolidan los derechos y deberes adquiridos durante ese período. ¿En que reside aquí la diferencia? Si bien en ambos casos se toma como elemento definidor la idea de anidación, esto acontece con la concepción cuando se trata de filiación biológica y tras la implantación en el útero de la persona en las TRHA. Como lo hemos adelantado, nos referimos a la persona en general y no al útero de la mujer porque -como se retomará más adelante- Argentina ha dictado la ley de identidad de género más liberal del globo, a permitirse petitionar en el ámbito administrativo el cambio de género sin la necesidad de que haya un cambio o reasignación de sexo tal como lo expone la ley 26.743⁶⁶.

⁶⁵ Este artículo podría sufrir una modificación al quitarse toda referencia al lugar en que se produce la concepción cuando se trata de filiación por naturaleza, es decir “en el seno materno”, como así cuando se refiere a las TRHA que se expresa que la implantación debe ser “en la mujer”. Ambas quitas se funda en la necesidad de coordinar la normativa en cuestión a la ley de identidad de género 26.743 que fue dictada con posterioridad a la presentación del proyecto en el Congreso de la Nación.

⁶⁶ Esta observación ha sido esgrimida por la organización no gubernamental “100 por ciento diversidad” en su exposición en una de las tantas audiencias públicas realizadas en el Congreso de la Nación durante octubre del 2012, la cual es retomada por Federico Nótica en su ponencia presentada en las II Jornadas Tandilenses de Derecho de Familia realizadas en el Teatro del Fuerte en la ciudad de Tandil los días 25 y 26 de abril de

Sobre el segundo aspecto que incorpora el proyecto de reforma del Código Civil, es decir, respecto al embrión no implantado, negarle el carácter de persona no quiere decir que no sean pasibles de una debida protección. El Código Civil no sería el ámbito para regular qué tipo de protección debe dársele a los embriones crioconservados. Se trata de una cuestión compleja sobre la cual no existe consenso, conectada al desarrollo y al avance científico; por eso, todas las legislaciones extranjeras que regulan el uso de las TRHA lo hacen a través de leyes especiales, ya que se trata de un tema "bioético" con diferentes aristas a ser reguladas (acceso a las técnicas, edad máxima, control de los centros de salud, cantidad máxima de transferencias por vez, multas o sanciones administrativas por incumplimientos, etc.) que exceden con creces los objetivos, finalidades y competencias de un Código Civil. Es más, precisamente por referirse a una cuestión que está en total y constante desarrollo y avance, hay legislaciones que se imponen ser revisadas periódicamente para estar siempre actualizadas.

La diferente regulación entre los embriones crioconservados y los implantados en la persona es de toda lógica. Los segundos tienen viabilidad para desarrollarse; los primeros, sin tal transferencia, no tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia. Por ello no se incurre en ningún trato discriminatorio al regular diferente lo que es, desde el punto de vista objetivo, distinto. En este sentido, cabe recordar doctrina consolidada de la Corte Suprema de la Nación en el que se pone de resalto que no se viola el principio de igualdad y no discriminación cuando se regula de manera distinta situaciones disímiles⁶⁷.

Por otro lado, jurídicamente, la concepción genera una serie de consecuencias relevantes, como ser el cómputo de los plazos a los fines del derecho sucesorio, el derecho a solicitar alimentos, etc., impensables, como regla, respecto de embriones crioconservados en un laboratorio.

Todos estos argumentos y tantos otros, han sido esgrimidos por la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos –la Corte Interamericana de Derechos

2013, y que quien suscribe adhiere, ya que de conformidad con lo previsto en la ley de identidad de género, una persona puede cambiar del sexo femenino al masculino sin haberse sometido previamente a una intervención de reasignación de sexo y por ende, ser un hombre y poder tener un hijo. En este supuesto, excepcional pero fáctico y jurídicamente posible, el niño tendría padre y no madre, es decir, la concepción se produciría en el útero de una persona de sexo masculino.

⁶⁷ "Que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que "el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Gonzalez, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Estrada Editores 1898, N° 107, p. 126). No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4 Capítulo IV, párrafos 56 a 58)" (CSJN, 1/11/1999, "D. de P. V., A. c. O., C. H. ", LA LEY 1999-F , 671, considerando 13). Cabe destacar la siguiente paradoja: esta afirmación sobre el principio de igualdad y no discriminación es extraído de un precedente que, revisado a la luz del desarrollo y consolidación de la perspectiva obligada de Derechos Humanos, lo que allí se resolvió por mayoría, hoy es visto como un claro tratamiento discriminatorio y que el proyecto de reforma pone fin, al no diferenciar en materia de legitimación activa si se trata de una filiación matrimonial o extramatrimonial.

Humanos, en adelante CIDH- al resolver el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica en fecha 28/11/2012, siendo esta jurisprudencia de aplicación obligatoria en el ámbito nacional so pena de incurrirse en responsabilidad internacional⁶⁸. De este modo, y como se verá de manera sintética, el proyectado art. 19 no podría haberse redactado de otro modo.

Dada la importancia de lo que aquí se decide, cabe compartir un resumen de la plataforma fáctica y jurídica del caso.

Veamos, Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación in vitro. En fecha 15/3/2000, la Sala Constitucional de este país declaró la inconstitucionalidad parcial del referido decreto por considerar que la regulación de la fecundación in vitro trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso a dicho tratamiento y por lo tanto, entender que ello constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar (art. 11 de la Convención Americana) al derecho a conformar una familia (art. 17), y una violación al derecho de igualdad (art. 24).

Para decidir la contienda, la Corte indagó sobre el sentido de ciertos términos: "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", a la luz de diferentes interpretaciones: a) el sentido corriente de los términos; b) sistemática e histórica; c) evolutiva, y d) según el objeto y fin del tratado.

En este contexto, la Corte admite que la definición de "concepción" en la época en que se redactó la Convención Americana no preveía lo que la ciencia luego hizo posible: que la fertilización suceda fuera del cuerpo de la persona. Que en el marco científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término "concepción": una corriente que entiende por "concepción" el momento del encuentro o fecundación del óvulo con el espermatozoide y la otra, entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última, la misma que sigue el artículo proyectado.

Por su parte, y tras analizar detenidamente los cuatro sistemas de Derechos Humanos: 1) el interamericano (Convención Americana y de la Declaración Americana); 2) el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño); 3) el europeo y 4) el africano; concluye que de ninguno de estos sistemas se puede inferir que el embrión no implantado es persona en los términos del

⁶⁸ Para profundizar sobre esta decisión ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", Revista La Ley, 28/12/2012, p. 1 y ss.

artículo 4.1 de la Convención. Misma interpretación arriba al profundizar sobre las conclusiones de los trabajos preparatorios y a la luz de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Como fiel reflejo de la noción de evolución, merecen destacarse dos consideraciones que esgrime la CIDH: 1) la tendencia en el derecho comparado no permite afirmar que el embrión deba ser tratado de manera igual a una persona nacida ni que titularice un derecho a la vida y 2) que si bien la amplia mayoría de los Estados Parte de la Convención Americana no regulan la cuestión, lo cierto es que en sus territorios permiten la FIV, por lo tanto, se presume que éstos interpretan el art. 4.1 de la Convención de modo tal de no obstaculizar esta práctica médica, siendo que permite a muchas personas alcanzar la paternidad/maternidad.

En lo relativo a la alusión “en general” que hace el mencionado art. 4.1, la Corte afirma que precisamente, debido a esta expresión, se puede concluir que el objeto y fin de la Convención no es una prohibición o protección absoluta del embrión que anule otros derechos; de lo contrario, no contendría esta especie de válvula de escape, excepción o flexibilidad.

Por último, y siendo uno de los argumentos más fuertes que se suele exponer referido a la pérdida voluntaria y consciente de embriones que se deriva de la fertilización o fecundación in vitro (FIV), la Corte tiene en cuenta que de las pruebas rendidas en el proceso surge que dicho descarte embrionario ocurre, tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, por ello, el tribunal entiende desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

En definitiva, para la CIDH –reiterando que sus sentencias forman parte de nuestro “bloque de la constitucionalidad federal” y por ende, de aplicación obligatoria para las legislaciones infraconstitucionales como lo es el Código Civil- la existencia de la persona humana cuando se trata de TRHA, comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana. Esta es la postura que se sigue en el art. 19 proyectado el que, por lo tanto, pasa el “test de convencionalidad”.

5. La gestación por sustitución como una TRHA especial y la vía para la homoparentalidad por dos hombres

Esta es una de las incorporaciones que propone el proyecto de reforma del Código Civil que más críticas ha despertado en el ambiente académico y social, a tal punto, que es muy posible que sea quitada del texto que definitivamente resulte sancionado. ¿Cuál ha sido la razón de ser de esta decisión activa que asume el proyecto? Nuevamente, aquí cabe apelar al principio de realidad.

Prohibir, silenciar o regular. Estas son las tres opciones de técnica legislativa con la que se enfrentaban los redactores del proyecto y el equipo que trabajó esta temática. Se decidió por la última: regular; al entender que este es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer geste para otro/s. Las otras dos opciones, el silencio de la ley o la prohibición expresa, claramente, no pueden evitar que ello suceda. Y esto es lo que acontece hoy. Nos encontramos con planteos judiciales de casos de gestación realizados tanto en el país como en el extranjero, en donde todas las partes implicadas quedan en una situación de incertidumbre jurídica que la justicia debe resolver apelando a diversos argumentos guiados - algunos prejuicios y varios desconocimientos- centrados en el principio o eje rector en materia de infancia como lo es el interés superior. Esto produce un manto de incertidumbre y oscurantismo que termina por generar más conflictos y contradicciones, que se evitarían mediante una regulación precisa. Este contexto es proclive a los abusos de todas los intervinientes y en especial, a la violación del niño que efectivamente nace de un vientre de una persona diferente a quienes tienen la voluntad de ser padres; situación que puede verse disminuida considerablemente o si se cuenta con una normativa que brinde reglas claras y previsible. ¿Qué espacio de escucha tienen hoy las mujeres que se prestan a gestar para otros? ¿En qué contextos toman la decisión de llevar adelante un embarazo? ¿Sabes lo que implica gestar para otros? ¿Qué incidencia tiene en la interacción gestante- comitentes, el que se carezca de una regulación específica sobre el tema y se deba apelar a ciertas maniobras legales y otras ilegales para que el niño cuando nazca pueda quedarse con quienes quieren ser padres?

En la práctica, como el principio rector para la determinación de la maternidad es el de “mater certa est”, es decir, la madre jurídica es aquella que da a luz, se suele incurrir en un delito como lo es la inscripción como propio de un hijo ajeno; o a otras vías legales pero bien complejas como ha acontecido en la jurisprudencia. En el derecho argentino se han presentado dos casos jurisprudenciales. En ambos la plataforma fáctica es similar, un matrimonio heterosexual que con el material genético de ambos conforman embriones que son transferidos en una mujer, quien da a luz un niño que es criado por el matrimonio comitente.

En el primero de los casos emanado de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos, del 14/04/2010⁶⁹, el niño había sido inscripta como hijo de la gestante y el matrimonio planteó una acción de impugnación de dicha determinación legal para que pase a ostentar vínculo filial con ambos miembros del matrimonio. Hasta la fecha, más de 3 años, la justicia no se expidió sobre el fondo de la cuestión, siendo que el niño continúa viviendo con el matrimonio. ¿Qué debería decidir la justicia? Es claro que en el interés superior del niño, se debe otorgar vínculo filial a favor del matrimonio que además de tener “voluntad procreacional”, aportaron el material genético. De este modo, fácil se advierte que en esta contienda judicial

⁶⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, 14/04/2010, “Bernardini, Mariel Aurora c. Flores Cardenas, Cindy Rocio”, La ley online AR/JUR/75333/2010.

confluye en las mismas personas la identidad estática como la dinámica entre el niño y el matrimonio comitente.

El segundo caso es más reciente, fallado el 18/06/2013 por el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 86 de la Capital Federal⁷⁰, donde también una amiga de un matrimonio de diverso sexo decide llevar el embarazo de un niño que se gestó con el material genético de la pareja. A diferencia del anterior, en este caso no se llegó a inscribir al niño como hijo de la gestante ya que fue judicializado antes de que ello ocurra, por lo cual, se trataba de una persona que carecía de inscripción con las consecuencias negativas que se deriva de ello. La jueza hizo lugar a la petición de inscripción a nombre del matrimonio fundado en la reiterada “voluntad procreacional”, la identidad genética ya que el embrión se había formado con el material de ambos miembros del matrimonio, la falta de una regulación que deniegue de manera expresa este tipo de técnicas y el proyecto de reforma del Código Civil que lo regula de manera precisa. ¿En qué términos?

En primer lugar, la regulación proyectada reconoce la complejidad que esta técnica encierra, y es por ello que es el único supuesto de TRHA que exige, en forma previa, una autorización judicial que la convalide. O sea, que ningún médico puede proceder a llevar adelante esta práctica sin una decisión judicial que lo autorice tras haber evaluado varias cuestiones de manera previa. Será el juez, junto al equipo interdisciplinario, el que deberá apreciar si se cumplen determinados requisitos que aseguren los derechos de todos los involucrados, incluso y primordialmente, del niño que vaya a nacer. La mujer gestante tendrá que prestarse a exámenes médicos y psicológicos que reflejen su capacidad psíquica y física para enfrentar este procedimiento; tendrá que haber tenido al menos un hijo propio para poder saber los riesgos e implicancias a los que se enfrentará en un embarazo y posterior parto; no puede aportar sus óvulos evitando de este modo los arrepentimientos; no recibirá una retribución por esta gestación lo que no impide que se le reconozcan los gastos razonables que un embarazo implica (gastos médicos, de traslado); y lo más importante –y acá está el verdadero control para impedir abusos de mujeres en estado de vulnerabilidad- no podrá gestar para otros más de dos veces. Por parte de los comitentes; al menos uno de ellos debe aportar su material genético, ambos deben prestar el consentimiento previo, informado y libre que debidamente homologado por el juez será la causa fuente que determine que ellos son los padres de ese niño.

El proyecto si de algo no peca, es de ser hipócrita o negar la realidad. El gestar para otro sucede acá y en el exterior. ¿Qué hacer? El proyecto se anima, entonces, a proponer un modo de regular un conflicto que, no se duda, encierra un alto grado de complejidad y sensibilidad. Por otra

⁷⁰ Ver 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”, Revista La Ley, 11/07/2013, p. 3 y ss.; QUAINI, Fabiana M., “Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina”, en Revista microjuris, cita online: MJ-DOC-6332-AR | MJD6332 y STILERMAN, Marta, “Maternidad subrogada. Comentario al caso 'N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento'”, en Revista microjuris cita online: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.

parte, tampoco se deja de tener en cuenta que la gestación por sustitución constituye una vía que facilita a las parejas del mismo sexo conformada por dos hombres a alcanzar la copaternidad. De este modo, el debate se profundiza ya que se coloca en tela de juicio la necesidad de que haya al menos una mujer detrás de la crianza de un niño. En definitiva, se coadyuva a la necesaria interpelación acerca de qué es y qué implica hablar de maternidad y paternidad en los tiempos que corren donde el principio de igualdad y no discriminación no es una quimera.

6. El derecho a la información de los niños nacidos con material de un tercero

Por último, otra de las acaloradas críticas que ha recibido el proyecto y que merece ser destacada y aclarada, es la referida al derecho de identidad de los niños nacidos de la llamada “filiación heteróloga” (con material genético de un tercero). Se trata de un derecho que siempre estará presente en el marco de parejas del mismo sexo y que en cambio, en las de diverso sexo pueden quedar silenciadas, con los problemas que podría generarse desde el punto de vista psicológico el ocultamiento de esta cuestión.

El proyecto recepta un sistema intermedio y por ende, equilibrado de conformidad con los derechos en pugna. Para poder comprender con mayor exactitud por qué la reforma pasa el “test de convencionalidad-constitucionalidad”, se debe saber que el art. 564 proyectado diferencia dos facetas que involucra el derecho en análisis: 1) información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y 2) información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). ¿Qué permite el proyecto⁷¹? Acceder a ambos tipos de información; a uno de ellos de manera amplia o irrestricta, y al otro, con ciertas limitaciones o consideraciones.

Veamos. La información no identificatoria se puede solicitar en todo tiempo directamente al centro de salud. En cambio, cuando se trata de identificar al donante, se debe solicitar por petición fundada a un juez, ya que aquí se deben dar ciertos fundamentos que ameriten levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. Esta restricción se debe a un interés general mayor: el que haya donaciones y así, que nazcan niños por TRHA con material de un tercero y por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres.

Además, el proyecto dispone de manera expresa, la obligación de incorporar al legajo de inscripción del nacimiento de estos niños que éstos han nacido por TRHA con gametos de un donante; consecuentemente, esta información siempre estará resguardada y disponible.

⁷¹ Dispone el art. 564 proyectado “*La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local; b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud*”.

Por otra parte, cabe destacar una diferencia sustancial entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y en las TRHA con material de un tercero para contestar cualquier crítica que se apoye en la supuesta violación al principio de igualdad y no discriminación. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética de quien aportó material, persona totalmente ajena al proyecto de maternidad/paternidad; en cambio en la adopción, nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplio, que involucra un “bios”, la biografía de un niño, su historia, lo que sucedió con su familia de origen, si vivió durante un tiempo en un hogar, con quién, cuánto y cómo transitó ese tiempo; todo esto involucra la identidad de este niño, tanto en su faz estática como dinámica.

Centrados en las críticas de tinte “convencional-constitucional”, una autora ha afirmado que la exposición intermedia “*no supera el test de proporcionalidad si se observan dos cuestiones*”⁷². La primera, que quien dona es libre para hacerlo o no y por ende “*no parece irrazonable exigirle que asuma consecuencias de su accionar*”. Esta autora presupone sin contar con información cuanti o cualitativa al respecto, que los donantes igualmente se sentirían “libres” de donar si una norma expresa adoptara el sistema de no anonimato, es decir, que toda persona nacida de TRHA con material de un tercero seguiría inclinándose por donar. Esta presunción no sólo carece de apoyatura fáctica, sino que justamente, no es lo que sostienen quienes trabajan y tienen contacto directo con los donantes en nuestro país. Se afirma que si la donación no fuera anónima, disminuiría sustancialmente la donación; y siendo un ordenamiento jurídico que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo y por ende, la posibilidad de formar familias homoparentales por el acceso a las TRHA, fácil se comprende que los primeros perjudicados por el descenso de donantes serían las parejas del mismo sexo, como así las mujeres solas⁷³.

La segunda razón que se esgrime se refiere a que “*la previsión legal no resulta menos restrictiva de entre todas las más idóneas para garantizar la subsistencia de donaciones de material genético que permitan el acceso a las TRA y, por ende, garanticen el derecho a formar una familia. Podría pensarse en otras medidas por ejemplo de tipo educativo para fomentar las donaciones*”. En primer término, según lo que aquí se expresa, la misma autora reconoce que la baja o disminución de los donantes es realmente un tema preocupante que está en juego si la donación no sería anónima o al menos, sufriera ciertas restricciones. Este es, justamente, uno de los argumentos por los cuales el proyecto recepta una postura intermedia. Preocupación que a la luz de un régimen que defiende el principio de igualdad y no discriminación para que ciertas personas no se vean perjudicadas por este descenso que estaría fundado, principalmente, en

⁷² Ponencia titulada “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial” presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, libro de ponencias y disertaciones, La Ley- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 358 y 359.

⁷³ Amplia mayoría de las respuestas que han esgrimido los operadores entrevistados en el marco del proyecto de investigación UBACyT 2011-2014, N° 20020100200050, “*Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva socio jurídica. Bioética y Derechos Humanos*”.

razón de la orientación sexual, debería ser muy tenido en cuenta para evaluar de manera integral el mencionado principio de proporcionalidad. No se duda sobre el loable efecto que podrían tener ciertas medidas educativas como se propone, pero ello es una construcción a largo plazo. Es por ello que ninguna legislación que hoy adopta un régimen amplio o de no anonimato ha nacido de ese modo, sino que venía de un sistema con ciertas restricciones, y con el tiempo gracias a los efectos de las medidas educativas que se señalan tendientes a consolidar la “cultura de la donación” que implica desentrañar y despejar ciertos fantasmas que podrían tener los donantes sobre el ejercicio del derecho a conocer de las personas nacidas con su material, se pudo virar a un régimen amplio sin poner en peligro la fertilización heteróloga. Precisamente, esto es lo que pretende lograr –así como ha acontecido en otros países– el proyecto de reforma. Centrar todo el régimen legal sobre el derecho a conocer en supuestas medidas educativas que aún no se han implementado y en un contexto legal signado por el silencio, proclive a la confusión entre ser donante y ser padre; se la observa una postura un tanto “romántica”, endeble entonces para afirmar con vehemencia que la postura intermedia que defiende el proyecto no respeta el principio de proporcionalidad. En otras palabras, por los contra-argumentos esgrimidos, parecería que la postura que no respeta dicho principio sería aquella que sostiene que el régimen legal debería ser de donación no anónima, ya que éste no daría certezas acerca de la subsistencia de un elemento básico para proteger el principio de igualdad y no discriminación, como así otros derechos humanos como ser el derecho a formar una familia y el gozar de los beneficios del desarrollo o avance científico, como lo es la fertilización con material de un tercero.

Como cierre de este tema y a modo de respuesta integral y conjunta de las dos razones esgrimidas, cabe traer a colación un ensayo⁷⁴ elaborado por tres psicólogas argentinas que trabajan hace tiempo con parejas que se encuentran en tratamiento de fertilidad, en el que citan algunos resultados arribados en una investigación realizada por un organismo no gubernamental dedicado al tema en el que se encuesta a 1155 personas. Aquí se pregunta, entre otras cosas, acerca del destino de los embriones. Al respecto, se asevera que en un principio, en un 65 % las personas responden a favor de donar los embriones⁷⁵, pero que tiempo más tarde, cuando han logrado un embarazo, retrasan la decisión acerca de qué hacer con sus embriones y terminan por cambiar de opinión, siendo reticentes a la donación. Se dice: “*Transcurridos dos o tres años del evento, en aquellos casos en que las parejas tenían un proyecto de vida que incluía más de un hijo, se puede pensar en nuevas transferencias e intentos de embarazo como destino posible de los embriones. Pero cuando el proyecto de segundo hijo se dilata o cesa, la situación es diferente.*”

⁷⁴ JADUR, Silvia, DUHALDE, Constanza y WAINSTEIN, Viviana, “Embriones y su destino”, Página 12, 13/06/2013 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-222161-2013-06-13.html>, texto extractado del artículo “Efectos emocionales de la criopreservación de embriones y su transferencia”, publicado en la Revista de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 25, N° 1.

⁷⁵ “*Los porcentajes en las respuestas fueron en general coincidentes entre hombres y mujeres. Alrededor del 15 por ciento considera que los donaría para investigación, el 65 por ciento los donaría a otras parejas y el 15 por ciento los destruiría (un porcentaje de encuestados no respondió a esta opción)*”.

En tanto se trata de su propio material genético, llegado el momento, a las parejas suele resultarles difícil pensar en la aceptación de la adopción por parte de parejas infértiles. El panorama se hace más complejo porque en las parejas circula la fantasía de gemelaridad, dilatada en el tiempo, sobre todo si ya han logrado un embarazo. También surge la figura de que el material guardado es una suerte de clon del embrión transferido. Más complicado les resulta contemplar la donación para investigación. Algunos, cuando ya tuvieron otros hijos, prefieren descartar los embriones que restan. En todos los casos se posterga el “hacerse cargo” de una decisión que dejaron pendiente. Suponen que con el transcurrir de los años se aclararán los recorridos a seguir. Esta situación es más complicada, pues el significado, la representación y valoración de esos embriones cambian una vez logrado el objetivo deseado. Las posiciones elegidas son reemplazadas en el tiempo. Algunos, en última instancia, aceptan entregarlos para investigación considerando que “podrían ayudar a parejas con problemas reproductivos”, como los que ellos padecieron”. Como se puede apreciar, la cuestión es mucho más compleja para afirmar de manera general y en abstracto, que con medidas educativas todos estos miedos y resistencias entendibles por parte de quienes transitan por una situación dolorosa como la infertilidad donarían los embriones sobrantes.

V. LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO⁷⁶

1. Plataforma fáctica antes de la sanción de la Ley⁷⁷

La identidad de género es, sin lugar a dudas, otro de los ejes temáticos que involucra la mirada plural y diversa si a identidades y familias nos referimos. Como toda conquista en pos de ampliar derechos, su sanción estuvo signada por una historia que la antecede, una vez más, una historia de judicialización. Es que antes de la ley 26.743, las personas transexuales eran sometidas a un proceso arduo de intervención judicial tendiente a lograr la autorización de un juez en pos de la supuesta ansiada -¿ansiada por qué? ¿por quién?- reasignación de sexo.

Hasta no hace mucho tiempo, el no responder a la regla binaria y unidireccional en la que se apoya el sistema sexo-género, es decir, a la idea de que a determinado sexo físico, masculino/femenino le corresponde determinada identidad de hombre o mujer, se entendía que

⁷⁶ Para profundizar sobre las distintas posiciones que se han expresado en doctrina respecto de esta ley, se recomienda compulsar entre otros: PASTORE, Analía, “La ley 26.743. Posicionamiento de nuestro país respecto del mundo”, en La Ley DFyP 2012 (octubre), 203; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho a la no discriminación y ley de identidad de género”, en Sup. Esp. Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 30, LA LEY 2012-C, 1026; FERNÁNDEZ, Silvia, “La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización”, en Sup. Esp. Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 30, LA LEY 2012-C, 1008; GUIBOURG, Ricardo A., “Sobre el género y la ley”, en Sup. Esp. Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 30, LA LEY 2012-C, 1036 y MEDINA, Graciela, “Ley de identidad de género. Aspectos relevantes”, en La Ley 2012-A, 770.

⁷⁷ Una primera versión de este sub-epígrafe se encuentra publicada en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, “La identidad Trans frente a la permormatividad reinante de los roles familiares”, en El Derecho de Familia en Latinoamérica 2, LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa (directoradas), Ed. Nuevo Enfoque, Córdoba, 2012, Vol. 2, pp. 683-697.

más allá de considerarlo una patología, se trataba de un cuerpo a reacomodar, sintetizado en la frase tantas veces escuchada: “los transexuales viven en un cuerpo equivocado”.

De esta forma, el paciente era sometido a exámenes psicológicos, psiquiátricos y clínicos que se convertían en verdaderas “postas” a superar o afirmaciones a ser “testeados”. Primero, debía comprobarse que existiera una identificación intensa y permanente con el otro sexo, luego, el sentimiento antes referido de habitar un cuerpo equivocado -acompañado por un sentimiento de angustia y disconformidad- a su vez, la necesidad de descartar que no se esté ante un caso de estado intersexual. Asimismo, se exigía lo que se conoce como el test de vida real (RLT), que el paciente se desarrolle, viva e interactúe en su medio familiar y social durante un tiempo prolongado –generalmente más de dos años- en su nuevo rol sexual, acompañado por un previo tratamiento hormonal antes de cualquier intervención quirúrgica. Muchas eran las premisas implícitas que se desprendían de este enfoque y que es necesario señalar si lo que se pretende es brindar alcanzar una sociedad más plural si a identidades de género nos referimos.

En primer lugar, aparece una idea determinista que prefija inexorablemente cierto cuerpo a determinado género. En otras palabras, el sexo biológico delimita y define a priori el género de las personas. De ello se desprende una segunda premisa, que la norma sexo/género por ser “natural” es invariable y ahistórica. Esto, en realidad, oculta tras el velo de la ignorancia o “naturalidad” un particular discurso ideológico e histórico que construye los adentro y afuera del discurso jurídico y del derecho de familia en particular, constituyendo sujetos y colectivos forcluidos⁷⁸ y abyectos. ¿Cuál es este discurso? El que subsume el concepto de familia, sexo, sexualidad e identidad de género bajo las nociones de procreación y reproducción humana.

¿Qué relación existía entre esta visión biomédica y la visión jurisdiccional? Una relación de réplica. Hasta antes de la sanción de la ley 26.743, eran los jueces quienes tenían la última palabra habilitando o no la mentada reasignación sexual con el agregado o consecuencia de la rectificación registral en las partidas correspondientes y la adecuación del pronombre en el documento de identidad.

Fueron muchos los precedentes jurisprudenciales⁷⁹ que han tenido por objeto obtener la correspondiente autorización judicial para que en el ámbito médico se proceda a lo que se dio en

⁷⁸ Como se expresa, “El término ‘forclusión’ fue introducido por J. Lacan en la última clase de su Seminario dedicado a Las Psicosis, el 4 de julio de 1956. La génesis de este concepto se remonta a la noción de alucinación negativa, utilizada por Hippolyte Bernheim para designar la falta de percepción de un objeto presente en el campo del sujeto, después de la hipnosis. Freud tomó el sentido de esta noción aplicándole el término Verwerfung en 1894, en el tercer apartado de su artículo ‘Las neuropsicosis de defensa’, a propósito de la psicosis alucinatoria: ‘Existe un tipo de defensa mucho más enérgica y mucho más eficaz, que consiste en que el yo rechaza (verwirft) la representación intolerable, simultáneamente con su afecto, y se comporta como si la representación no hubiera llegado jamás al yo’” (<http://www.elpsicoanalisis.org.ar/numero2/forclusion2.htm> compulsada el 28/03/2012).

⁷⁹ Se citan a continuación a modo de ejemplo los últimos fallos antes de la sanción de la Ley que concedieron la autorización, ver entre otros: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, 30/08/2011, “L. C. G. c. Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas de la Provincia s/ amparo”, en La Ley online AR/JUR/48782/2011; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 16/06/2011, “A., E. A. s/autorización”, en JA 2012-3-14, 73; Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 10/06/2011, “C C. D. c.

llamar “adecuación o reasignación de sexo” de las personas trans, consolidándose un posicionamiento en este sentido, de autorizar la intervención quirúrgica, con la consecuente rectificación de partidas y en todo documento identificatorio. ¿Con qué argumentos? Si tomamos cualquiera de los últimos fallos de la justicia nacional o local, observaremos similares fundamentos: las sentencias se cernían sobre el principio de autonomía fundado en la visión moderna liberal de la persona como un fin en sí mismo que obliga a respetar su ámbito autorreferencial. Ahora bien, ¿es posible esta autonomía?, ¿son el diagnóstico y la autorización judicial herramientas que coadyuvan a una real autonomía o en realidad, son vallas para su desarrollo? Estas son las preguntas que intentó acallar la ley, partiendo de un concepto de identidad donde lo determinante es la autopercepción, sin necesidad de intervención judicial, como veremos más adelante.

2. Un caso paradigmático: el cruce entre identidad de género y adolescencia⁸⁰

En materia de intervención quirúrgica para modificar la apariencia de un sexo al otro hemos tenido un precedente nacional que analiza la posibilidad de que tal intervención sea llevada a cabo en el cuerpo de una persona adolescente. Nos referimos al caso sentenciado por el Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, Córdoba el 21/09/2007⁸¹. La plataforma fáctica era la siguiente. Los padres de un joven, habían iniciado en su representación, una acción judicial solicitando autorización para la realización de una intervención quirúrgica de adecuación del sexo masculino al sexo femenino y la consecuente autorización para la modificación del nombre. Cabe destacar que esta petición se esgrimió cuando el joven tenía 14 años de edad y que, por idas y vueltas del proceso, el juez dictó sentencia cuando ya contaba con 17 años de edad. Sucede que en un primer momento, el juez rechazó *in limine* la pretensión. En esa oportunidad, el magistrado sostuvo que en atención a la naturaleza de la demanda se “*excede las facultades que la ley civil acuerda a los actores para actuar en representación de su hijo menor (arts. 56, 57, 62, 264 y 274 del C. Civil)*”. Para así decidir sostuvo: “*Tengo presente al respecto que la autorización requerida, estando al relato de los hechos efectuado en el escrito de demanda, lo es a los fines de practicar una intervención quirúrgica en el menor, tendiente a la "adecuación" o "reasignación de sexo", lo que implica en los hechos practicarle una mutilación física y orgánica de carácter irreversible, como consecuencia de la cual el intervenido perderá definitivamente su capacidad reproductiva. Además, no debe perderse de vista que el cambio, adecuación o reasignación de sexo que se pretende, involucra nada menos que a uno de los atributos de la*

Dirección Pcial. del Registro de las Personas s/amparo”, en La Ley online AR/JUR/40040/2011; Juzgado en lo Contencioso-administrativo y Tributario Nro. 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 29/12/2010, “S., D. A. c. G.C.B.A.”, en La Ley online AR/JUR/87087/2010 y Juzgado de Familia Nro. 8 La Matanza, 24/08/2010, “M., P. A.”, La Ley online AR/JUR/67618/2010.

⁸⁰ Una primera versión de este sub-epígrafe se encuentra publicada en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del Daño en Adolescentes. Autonomía y Paternalismo Justificado”, en Revista de Derecho de Daños 2011-3: daños a la Salud, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 535-587.

⁸¹ Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, “C. J. A. y otra - solicitan autorización”, 21/09/2007, La Ley online AR/JUR/5596/2007.

personalidad del menor, atributos que como tales presentan caracteres de innatos, vitalicios, inalienables, imprescriptibles, absolutos y que interesan al orden público, constituyendo el sexo uno de los elementos del estado de las personas (...) si bien es cierto que por regla general la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, existen excepciones legalmente previstas a este principio, fundamentalmente cuando se trata de los llamados "actos personalísimos", los cuales por su naturaleza, no pueden ser celebrados sino con el concurso de la voluntad del incapaz, tales como el matrimonio, el reconocimiento de filiación, el testamento, la acción de revocación de donación por el donatario (...) En el supuesto que nos ocupa, si el menor en cuya representación se actúa, por su escasa edad (14 años), debe reputarse legalmente carente del discernimiento suficiente para poder prestar por sí el consentimiento para la práctica quirúrgica que se le pretende realizar, y siendo que tanto por la naturaleza mutilante de la intervención, como por sus irreversibles consecuencias, el consentimiento necesario para llevar adelante la misma, aparece como una facultad intuitu personae que corresponde sólo al sujeto involucrado, debe concluirse que tal consentimiento, de carácter insustituible y personalísimo, de ninguna manera puede ser suplido por representante alguno, lo que en los hechos implica que una solicitud de autorización del carácter de la requerida, sólo podrá ser efectuada por el propio interesado una vez que haya adquirido la mayoría de edad (...)" La Cámara hizo lugar a la apelación y obligó al magistrado a analizar la cuestión de fondo criticándose así el rechazo "*in limine*" de la pretensión.

Finalmente, fue el mismo juez que había rechazado *in limine* la demanda el que dictó sentencia en fecha 21/09/2007, haciendo lugar a la petición promovida por los padres para que se autorice a su hijo someterse a una intervención quirúrgica de cambio de sexo y a procederse a modificar toda documentación relativa a su identidad (anotación marginal y emisión de un nuevo documento nacional de identidad).

¿En qué se basó para cambiar su postura? En las siguientes razones: 1) la cantidad de informes de diferentes tipos agregados en el expediente que daban cuenta de la decisión informada y madura del joven de ver modificado su sexo masculino en femenino en pos de ver satisfecho su derecho a la identidad sexual y otros derechos humanos como la dignidad personal, el desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, entre otros; 2) el tiempo transcurrido en el cual se mantuvo o sostuvo la petición y 3) el desarrollo doctrinario y jurisprudencial a favor del cambio de sexo y la idea de la cirugía de reasignación de sexo como alternativa terapéutica. A pesar de esta modificación radical en la resolución del caso, el juez dispuso varios requisitos o "condiciones" en cabeza, principalmente, de los padres para darle tranquilidad al magistrado de la decisión que estaba adoptando. ¿Por qué dirigido a los padres? A nuestro entender, esta sentencia continúa girando sobre los cánones tradicionales: los padres son los principales "responsables" por lo que hacen los hijos, ocupando éstos un lugar secundario. De este modo, los interlocutores válidos para la justicia en estos casos son los padres y no los hijos. ¿Un caso de paternalismo justificado o injustificado?

¿Cómo se podría haber planteado el caso a la luz del obligado principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes? Que la petición hubiera sido planteada por el joven con la asistencia de sus padres, patrocinado por un letrado del joven –más allá de que la elección hubiera sido acompañada o auspiciada por los representantes legales-. Desde esta otra perspectiva, también cabría interrogarse acerca de cuáles hubieran sido las previsiones que un juez podría esgrimir o, más aún, si era necesario hasta pertinente disponer ciertas mandas. Veremos en el siguiente epígrafe cómo se resolvió en la ley de identidad de género el cruce entre identidad de género y niñez y adolescencia. Antes de ello y a modo de clausura de este punto, traemos a colación la Observación General nro. 14 sobre el “interés superior del niño” del Comité de los Derechos del Niño que en su párrafo 55 se refiere a la identidad de niños y adolescentes en el siguiente sentido amplio: *“Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño”*.

3. La Teleología de la Ley

El 30/11/2011, la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación aprobó por 167 votos favor, 17 en contra y 7 abstenciones el proyecto de Ley de Identidad de Género consensuada sobre la base de distintos proyectos presentados en diputados⁸². Finalmente, la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación sanciona la Ley 26.743 el 9 de mayo de 2012 con 55 votos a favor y una sola abstención⁸³. Nótese la diferencia numérica de votos favorables entre esta ley y la ley 26.618, fácil se observa la huella que dejó la sanción del matrimonio igualitario. En palabras coloquiales, el camino estaba sembrado y allanado, solo bastaba recoger sus siembras.

Esta sanción fue luego acompañada por el decreto reglamentario 1007/2012, del 2/07/2012⁸⁴ donde se regularan los modos de hacer efectivos los derechos consagrados en la ley. Consignando en sus considerandos una dificultad propia del sistema identificación argentino compuesto por la registración (competencia local) y el documento nacional de identidad (competencia nacional). De este modo, el decreto está destinado a estandarizar, en respeto del derecho humano a la identidad, el modo de operar de los registros: *“A los efectos de lo dispuesto en el artículo 1º del presente, se invitará a las Direcciones Generales, Provinciales, de la Ciudad*

⁸² El dictamen de la mayoría de la Cámara de Diputados se conformó teniendo en cuenta los siguientes proyectos: 7243-D-2010, 7644-D-2010 y 8126-D-2010. Trámite Parlamentario, 170 (10/11/2010).

⁸³ La ley 26.743 sobre Rectificación registral de sexo y cambio de nombre/s de pila e imagen se publica en el Boletín Oficial el 24/05/2012.

⁸⁴ Publicado en el Boletín Oficial el 3/07/2012.

Autónoma de Buenos Aires y al Registro Nacional de las Personas, a través del Consejo Federal de Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la República Argentina, a establecer un formulario único de solicitud simplificado y los requisitos para el reconocimiento de solicitudes presentadas ante oficinas de otras jurisdicciones provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de facilitar a la persona solicitante el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley N° 26.743” (art. 2).

¿Qué avances trae consigo la sanción la Ley 26.743? Podríamos sintetizarlos en un conjunto de “des” -denotación de inversión del significado- como ser: des-judicialización, des-patologización y des-heteronomía. Así, el art. 2 al definir su objeto establece: **“Se entiende por identidad de género a la *vivencia interna e individual* del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la *vivencia personal del cuerpo*. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea *libremente escogido*. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (art. 2)”⁸⁵.**

¿Cuál es la clave de lectura de la ley, entonces? La idea de autopercepción. Pues, no se exige otro requerimiento para solicitar la rectificación registral del sexo que presentarse ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes alegando estar amparado por la ley de identidad de género y expresando el pronombre elegido para efectuar el cambio siempre que se haya alcanzado la mayoría de edad (18 años). En ningún caso, se está obligado a acreditar intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, ni terapias hormonales ni tratamientos psicológicos de ningún tipo.

¿Y respecto de estas intervenciones quirúrgicas y terapias hormonales? El art. 11 establece que todas las personas mayores pueden acceder a las intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. A lo que se agrega que *“para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial”*; y culmina incluyendo todas estas prestaciones de salud en el Plan Médico Obligatorio, teniendo los efectores de salud públicos o privados que garantizar los derechos que la ley reconoce.

¿Qué dice la ley respecto a las personas menores de edad? Para el caso de las personas menores de 18 años se establece un procedimiento especial. La solicitud de la rectificación de partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad debe ser efectuada a través de sus representantes legales (en la mayoría de los casos, sus padres) con expresa conformidad del niño, niña o adolescente. En caso de existir negativa de los padres a prestar el consentimiento se

⁸⁵ El destacado nos pertenece.

prevé la posibilidad de recurrir a un proceso sumarísimo para que los jueces resuelvan el caso conforme al principio de autonomía progresiva e interés superior del niño de acuerdo a lo estipulado en la Convención de los Derechos del niño y la Ley 26.691 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (conf. art. 5, ley 26.743).

¿Esta es la mejor postura legislativa que se podría haber adoptado? Creemos que lo más acertado, siempre auspiciado por la obligada mirada constitucional-convencional, hubiera sido poner el foco de atención en la persona protagonista de esta solicitud: el adolescente. De este modo, se entiende que al igual que se propone en el Proyecto de Reforma del Código Civil, se podría haber establecido una regulación diferente teniendo en cuenta la edad y la autonomía progresiva de la persona solicitante menor de edad. En este sentido, se podría haber establecido un supuesto de mayoría anticipada fijada a los 16 años para que el consentimiento sea prestado por el propio joven, y que antes de esa edad, pueda ser peticionado por el joven con el correspondiente asentimiento del o los representantes legales.⁸⁶

A lo que se suma lo previsto en el art. 12: *“Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”*.

Recientemente, se dio a conocer en los medios de comunicación el primer caso de una persona menor de edad, más precisamente, de seis años, cuya familia reclama por su nueva identidad. La madre de esta niña se había presentado ante el Registro Civil de su distrito para

⁸⁶ Téngase en cuenta que el Proyecto de Reforma del Código Civil establece que el adolescente es aquella persona menor de edad mayor de 13 años (art. 25). Estableciendo en el artículo 26 el modo en que las personas menores de edad pueden ejercer ciertos derechos, en especial, los relacionados con su propio cuerpo. Así la norma proyectada dice: *“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISEIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISEIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*.

solicitar el nuevo DNI donde figure el nombre de pila femenino en vez del masculino que le había sido asignado al nacer según su sexo físico⁸⁷. El Registro le denegó la solicitud. La Comunidad Homosexual Argentina junto con el equipo de psicólogos que la asiste apoyan y acompañan este reclamo todavía hoy sin solución y en el cual ha intervenido el Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI) a fin de obtener el nuevo DNI.

Las leyes ayudan, y mucho, en esto de de-construir y re-construir identidades y familias diversas, pero la lucha no termina en el logro de su sanción, deben estar acompañadas por la tarea diaria de todos los operadores jurídicos y no jurídicos involucrados o interesados en esto temas, como así los movimientos LGBT comprometidos en la defensa de los derechos humanos de todas las personas, a los fines de modificar paulatinamente las pautas culturales y sociales dominantes. En definitiva, no hay nada más alejado del saber y más difícil de desterrar que los prejuicios contruidos sobre la base de un miedo a otro, en tanto extraño y distinto a uno.

¿Cuáles han sido algunos de los efectos de la puesta en vigencia de esta Ley? Apenas cinco meses después de la sanción de la ley el Ministerio del Interior hizo oficial la cantidad de personas transexuales que habían podido acceder a su nuevo DNI con pleno reconocimiento de su identidad de género: 1.469 personas.⁸⁸

No solo ello, sus efectos se están empezando a sentir en todo el sistema de derechos, más allá del logro de la rectificación registral y el nuevo DNI. A modo de ejemplo, traemos a colación un precedente del 2/09/2013 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.⁸⁹ Los hechos del caso son los siguientes. Una persona adulta nacida con genitales masculinos amparada en la Ley 26.743 obtiene la rectificación de su partida y su nuevo documento conforme a su identidad de género autopercebida. Encontrándose la mujer privada de su libertad, su abogado solicita al juez se proceda el traslado de su defendida a una cárcel de mujeres. Solicitud que fue desatendida por el tribunal. No solo no se produjo el traslado, sino también se ordenó la recaratulación del expediente en términos claramente ofensivos y contrarios a un trato digno conforme la identidad de género de la solicitante. El caso llega por recurso de casación a la sala penal del tribunal supremo provincial, el que es revocado ordenando el traslado a una cárcel de mujeres. ¿Cuáles fueron los fundamentos? El cumplimiento de la Ley 26.743 y la manda internacional emanada de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto garantizan la no discriminación por razón de "sexo" y del artículo 9 de los Principios de Yogyakarta que sostiene el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente.⁹⁰ De este modo, expresan los jueces, "*surge con claridad que el legislador nacional*

⁸⁷ Información disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-225825-2013-08-02.html>, compulsado el 30/08/2013.

⁸⁸ Información disponible en: http://www.mininterior.gov.ar/poblacion/archivos_estadisticas/identidadGenero.pdf, compulsado el 30/09/2013.

⁸⁹ TSJ Córdoba, Sala Penal, 2/09/2013, "P., L. D. (o) R. J. s/ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación-" (Expte. "P", 62/13)", inédito.

⁹⁰ "*Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad*

reconoce y protege el derecho a la identidad de género autopercibida, la que se proyecta como una potestad inherente a la persona, que va más allá de la simple facultad de solicitar la rectificación registral ante el Registro Nacional de las Personas. Así, la propia ley establece que toda persona tiene derecho al libre desarrollo conforme a su identidad de género, a ser tratada y respetada de acuerdo con esa identidad. Esta tutela que brinda la ley, comprende necesariamente el derecho de quien, encontrándose privado de su libertad, solicita su alojamiento en un establecimiento penitenciario acorde a su vivencia interna e individual del género. (...) Por lo tanto, resulta necesario que el Juez encargado de controlar la ejecución de la pena, garantice a la persona que se encuentra privada de su libertad, el pleno ejercicio del derecho a un trato digno (art. 12 Ley 26.743) que incluye sin lugar a dudas, el respeto y la tutela a la identidad personal conforme a la vivencia interna de cada individuo lo que exige su alojamiento en un establecimiento penitenciario de mujeres”.

VI. PALABRAS DE CIERRE

Sintetizar en un único trabajo el camino que ha seguido la Argentina para ser el primer país en la región latinoamericana en extender la institución más tradicional del derecho de familia como lo es el matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual, no fue tarea sencilla.

El desafío fue asumido porque es necesario compartir las diferentes luchas y debates – varios de ellos, más que calurosos- tendientes a readaptar el ordenamiento jurídico civil a las mandas de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual en su clara conceptualización de ser una categoría sospechosa.

Ser uno de los primeros países en reconocer el “matrimonio igualitario” ha implicado renovar las miradas sobre varias instituciones del derecho civil como el apellido de los hijos como el de los cónyuges; la cuestión de la denominada “preferencia materna” en el cuidado de los hijos tras la ruptura de la pareja; la configuración del adulterio y la necesidad o no de vincularla con el acceso carnal; o cuestiones más evidentes como complejas como lo es todo el campo del derecho filial, no sólo en la posibilidad de adoptar sino en la realidad del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, incluso la más sensible como lo es la gestación por sustitución. Varias de estas instituciones han sido analizadas en el presente ensayo con el objetivo último de colaborar en esta necesaria etapa de transición desde un derecho heteronormativo a un derecho igualitario, para lo cual no sólo se debe indagar sobre la orientación sexual sino también sobre la identidad de género.

de toda persona. Los Estados: A) Asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales...C) Garantizarán que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género...”. Disponibles en: www.yogyakartaprinciples.org.

En este contexto signado por identidades y familias en plural, fácil se observa que los cambios legislativos- sociales y políticos acontecidos en el derecho argentino en los últimos años han sido muchos y de gran entidad. Esto es, de por sí, un avance indiscutible. No solo el Derecho no es el mismo, sino la sociedad en lo que a inclusión de oprimidos y silenciados se trata.

Este sentimiento ha sido puesto de resalto en una difundida carta de lectores publicada una semana antes del debate de la ley en uno de los periódicos que asumió una clara postura opositora, elaborada por una novelista argentina que se titula "Los dueños de las palabras"⁹¹, constituyendo una de las respuestas más claras y precisas a por qué la lucha era por el matrimonio y no por alguna otra figura intermedia como la unión convivencial o de hecho y consigo, la importancia y entidad de este debate.

Así, Claudia Piñeiro escribió: *"Estimado director de la Real Academia Española, me dirijo a usted porque supongo que debe ser la persona indicada para responder una duda que en estos últimos tiempos se ha convertido, para mí, en una verdadera obsesión: ¿quién es el dueño de las palabras? Esa es mi pregunta, tal vez le parezca a usted tonta, o ingenua, o inútil, pero hoy es ineludible. Y luego otras preguntas que aparecen por añadidura: ¿se paga para ser el dueño de una palabra?, ¿se compran las palabras?, ¿se venden?, ¿se apropian luego de una guerra, una invasión o una simple batalla?, ¿existe título de propiedad de las palabras como existe una escritura para un bien inmueble? Estimo que usted no es ese dueño que busco, porque de lo que se ocupa el organismo que usted dirige es de tomar las palabras que todos usamos y definir las, decir qué significan, qué nombran, y tomar los cambios que los usos y costumbres van imprimiendo en ellas. Sin embargo, ya que es el material con el que usted trabaja, estoy segura de que no habrá persona más indicada para orientarme en la búsqueda de ese dueño, si es que existe. Como usted sabe, las palabras nombran la realidad, nombran todo lo que existe, sea tangible como una mesa o intangible como un sueño. Pero el camino es de ida y vuelta, porque al nombrar, las palabras también construyen la realidad. O la niegan. Por ejemplo, si alguien con el poder suficiente se apropiara de la palabra 'casa' y sólo dejara que se llame con ese nombre a las construcciones de tres ambientes, con dos baños y patio al fondo, todas las otras "casas" serían negadas como realidad y no les quedaría más remedio que ser nombradas de otra manera o desaparecer. Lo que no puede nombrarse con la palabra que corresponde, se niega, se ignora y desaparece. Quien nos niega el uso de una palabra, nos niega también la existencia de lo que esa palabra nombra, y si esa palabra nos nombra a nosotros, entonces quien se apropió de ella nos reduce a lo que no existe. Ahora bien, ni yo ni nadie tenemos problema con la palabra casa. Pero imagine usted que alguien se apropiara de la palabra "amor" y definiera qué puede nombrarse así y que no. O 'madre'; o 'justicia'; o 'dignidad'; o 'niño'; o 'sano'; o 'cultura'; o 'natural'; o 'felicidad'. Bueno, señor director, en mi país ha habido una apropiación de palabra. Alguien cree que es dueño de la palabra 'matrimonio', que puede decir qué es un matrimonio y qué no. Y no es una*

⁹¹ PIÑEIRO, Claudia, "Los dueños de la Palabra", Diario La Nación, 08/07/2010.

cuestión legal, como nos quieren hacer creer. Porque las leyes, señor director, son una construcción teórica, un acuerdo entre los hombres (y a quien lo dude le sugiero como lectura no el derecho romano ni la historia del derecho, sino El malestar en la cultura, de Sigmund Freud). Las leyes, como construcción teórica del hombre en su tiempo, se modifican. Si no fuera así, en mi país seguiríamos sin votar las mujeres, no habría divorcios y los hijos extramatrimoniales no tendrían los mismos derechos que los que nacieron dentro de un matrimonio, por ejemplo. Las leyes pueden modificarse, y eso lo saben, más que ningún otro, quienes lo niegan. Por eso, la verdadera batalla no está allí, sino en la propiedad de la palabra. La palabra "matrimonio" hoy está en tránsito. Durante mucho tiempo alcanzaba con que nombrara sólo a un hombre y una mujer que deciden unirse legalmente. Hoy ya no. Las palabras son materia viva. Si sólo nombrara ese vínculo, hombre-mujer, estaríamos negando la existencia de algo que existe. Si la palabra matrimonio sólo nombrara el vínculo heterosexual, ¿cómo llamaría yo al vínculo de años entre mis amigos Mauro y Andrés o entre mis amigas María y Vanessa? Yo quiero esa palabra para nombrarlos porque eso son. Mucho más que otros matrimonios que conozco. Mucho más que otros matrimonios que no quieren revisar el uso de la palabra porque lo que se caería es el vínculo que sostienen con alfileres. Porque hacerlo los pondría frente a un espejo donde no se quieren ver. Los que se arrojan la propiedad de la palabra matrimonio dicen: "Bueno, que sean, que vivan juntos si quieren, pero que usen otro nombre". Y no es ingenuo ni legal lo que plantean, es ontológico. Saben que negar la palabra, negarles ser nombrados, es negar la existencia misma. Un método que viene de los campos de concentración y de los centros clandestinos de detención donde se llamaba a las personas privadas de su libertad por un número, donde no había que nombrarlos, porque el objetivo era que desaparecieran. Estimado señor, no quiero robarle más de su precioso tiempo. Pero sé que a usted, como a mí, nos importan la palabra, su uso, y las batallas que se libran en su nombre. Espero con ansiedad su respuesta. Quiero discutir con quien diga ser el dueño de esta palabra, librar batalla. Por los amigos a los que hoy no me dejan nombrar, pero también por mí, por mis hijos y sus amigos, por la memoria de mis padres y por todos los otros innombrables que aún hoy niega nuestra sociedad, esa que construimos entre todos".

Hoy la Argentina puede decir que ha saldado varias deudas en esta ardua labor por visibilizar "innombrables". Y ello es así, porque entiende como lo hace el internacionalista francés René Dupuy en "La emergencia de la Humanidad": "Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros; no existe otro lugar". Por qué será tan difícil aceptar que si bien todos somos diferentes, tenemos de igual ser personas humanas y ya solo ese hecho amerita tener un lugar en este mundo que es, a la vez, de todos y de ninguno. Pareciera que la Argentina lo ha podido entender, al menos, en lo que a identidades y familias se refiere.