

PANORAMA GENERAL DE LOS PRINCIPALES DEBATES DEL DERECHO DE LAS FAMILIAS EN AMÉRICA LATINA

Por MARISA HERRERA y FEDERICO NOTRICA

I. INTRODUCCIÓN

La Sección de Legislación Extranjera, centrada en el derecho latinoamericano, ha intentado reflejar cuál es el avance en la región del eje temático del número de la revista que corresponda. En esta oportunidad, y dada la relevancia del Código Civil y Comercial, que trae grandes modificaciones, en especial en el campo de las relaciones de familia, dicho eje está focalizado en los primeros tiempos o aires que han corrido en el derecho nacional de este verdadero hito legislativo.

¿Entonces, cómo se estructura la presente Sección? Tratándose de un número dedicado a una problemática nacional, en esta oportunidad se pretende elaborar un pantallazo general sobre los principales temas del derecho de las familias que han interesado a los diferentes países de América Latina en los últimos tiempos. De este modo, se intenta brindar algunas herramientas hábiles para llevar adelante un necesario análisis comparativo que, a modo de termómetro, permitan conocer el grado de desarrollo, en mayor o menor profundidad de las instituciones clásicas del derecho de familia y, a la par, los más nuevos en la región.

¿Cuán avanzada es la legislación y la calidad de las discusiones que se observan en el derecho argentino tras la sanción del Código Civil y Comercial y que en el presente número se pretende destacar en la sección principal o doctrinaria? Ello se lo puede apreciar con mayor perspectiva si se conoce lo que acontece en el derecho comparado. De allí la importancia de esta Sección.

A los fines de organizar el trabajo, se pasa a sintetizar las novedades legislativas y doctrinarias por país y en orden alfabético descendiente.

II. BREVE PANORAMA REGIONAL Y ACTUAL

1. Bolivia

Una de las novedades más recientes en el derecho de familia boliviano gira en torno a la presentación de un proyecto de identidad de género ingresado a la Asamblea Legislativa Plurinacional en fecha 25/11/2015¹.

Tal como se expone en la “Exposición de motivos”: “La identidad de género es uno de los aspectos fundamentales de la vida de todos los seres humanos. Habitualmente se asigna el sexo de una persona al nacer, convirtiéndose a partir de ese momento en un hecho social y legal. Sin embargo, las personas transexuales y transgéneros, cuya autopercepción innata no está en conformidad con el sexo que se les asignó al nacer”. Se agrega que “Bolivia se caracteriza por ser

¹ www.diputados.bo/images/Docs/PL/PL-inicial/2015-2016/PL-353-15.pdf, compulsado el 16/12/2015.

un país con una variada diversidad y pluralidad cultural, poblada de rostros diferentes pero todos con los mismos derechos y garantías constitucionales consagrados en la Constitución Política del Estado y reconocidos en varios instrumentos internacionales ratificados por el Estado boliviano” y que “Actualmente, las personas transexuales y transgéneros desde su cotidiano vivir se ven obligados a enfrentar sus cuerpos que son totalmente discordantes con los documentos personales que los identifican como ser la cédula de identidad, certificado de nacimiento, pasaporte, títulos profesionales y otros documentos que llevan registrado el nombre masculino y dato de sexo que no contrasta con la apariencia totalmente femenina o viceversa, cuando tiene documentos con nombres femeninos y su apariencia totalmente masculina”.

En este contexto o marco sociojurídico, el proyecto dispone en su primer articulado que su objeto consiste en “establecer el procedimiento para el cambio de los datos del nombre y sexo de las personas transexuales y transgénero, permitiéndoles ejercer el derecho a la identidad de género”. En el articulado siguiente (art. 2º), se explicitan los “Principios” sobre los cuales se asienta el abordaje jurídico de la identidad de género: “1. Igualdad. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho. 2. Equidad. Eliminar las brechas de desigualdad para el ejercicio pleno de las libertades y los derechos de las personas transexuales y transgénero, previstos en la Constitución Política del Estado, normativa internacional de derechos humanos y leyes nacionales. 3. Protección. Las personas transexuales y transgénero tienen derecho a la protección contra toda forma de discriminación, de manera efectiva y oportuna en sede administrativa y/o jurisdiccional, que implique una reparación o satisfacción justa y adecuada por cualquier daño sufrido como consecuencia del acto discriminatorio. 4. Buena fe. Es la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de servidoras y servidores públicos, ciudadanas y ciudadanos. 5. Celeridad. Comprende el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la administración del proceso para el cambio de los datos del nombre y sexo de personas transexuales y transgénero”.

Por su parte, el art. 3º se dedica a enumerar diferentes definiciones centrales sobre la temática, como ser: 1) sexo biológico entendido como “la diferencia anatómica, biológica y fisiológica a partir de la cual se registra a un ser humano como hombre o mujer desde su nacimiento y está determinado por los cromosomas, hormonas y órganos genitales internos y externos”; 2) género: “la construcción social de roles, comportamientos, usos, ideas, vestimentas, prácticas o características culturales y otras costumbres para el hombre y la mujer”; 3) sexo: “la diferencia entre hombres y mujeres inscrita en los documentos de registros de identidad, públicos y privados, que puede o no coincidir con el sexo biológico”; 4) “Identidad de género”: “la vivencia interna e individual del género de cada persona, la cual podría corresponder o no con el sexo biológico, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Conlleva a la decisión o no de modificar la apariencia corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida”; 5) transexual al “hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo biológico y opta por realizarse una intervención quirúrgica para cambiar sus órganos genitales y su cuerpo” y 6) transgénero: el “hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo biológico, sin que esto implique la necesidad de cirugías de reasignación genital u otras intervenciones de modificación corporal, y cuya apariencia del sexo con el cual se identifica es continua, estable y permanente”.

A diferencia con la legislación nacional, ley 26.743, el cambio de identidad de género está reservado para las personas mayores de edad, es decir, desde los 18 años y siempre que fueran: solteras, viudas o divorciadas; por lo tanto, no estaría permitido a las personas casadas. Ello sucede porque Bolivia aún no reconoce el matrimonio entre las personas del mismo sexo, por lo cual, si se permitiera modificar la identidad de género a un miembro de una pareja heterosexual, la relación matrimonial sería de tipo homosexual y ello no estaría habilitado en el país en análisis. Esto muestra la interacción entre diferentes cuestiones y, a la par, demuestra cómo la sanción de la ley 26.618, que extendió el matrimonio a las parejas del mismo sexo en Argen-

tina desde 2010, ha sido una conquista legal con una clara repercusión en otros ámbitos temáticos, como ser la identidad de género.

Otra diferencia con la normativa nacional se encuentra en lo relativo a la autoridad competente. Si bien en ambos son de carácter administrativo, en el proyecto en estudio estaría a cargo del Ministerio de Justicia “a través del Viceministerio de Justicia y Derechos” (art. 4°).

Otras de las diferencias entre la legislación argentina y el proyecto boliviano es que en este último los efectos del cambio serían “irreversibles”² y principalmente, no sigue el principio “despatologizador” de la ley 26.743, al prever dentro del procedimiento una etapa que consiste en la realización de un “examen técnico psicológico especializado” a los fines de “probar” la supuesta “estabilidad y persistencia de la identidad de género del o la solicitante y la disonancia con su sexo biológico por al menos dos años, en el plazo máximo de veinte días hábiles computables a partir de la emisión del informe del examen técnico psicológico especializado” (art. 6°).

En materia de efectos regulados en el art. 8°, cabe destacar que se aborda de manera precisa el impacto o incidencia del cambio de identidad de género en lo relativo a las relaciones de familia, disponiéndose en el inciso VI que “El cambio de datos de nombre y sexo en las partidas de nacimiento de sus descendientes y matrimonio o unión libre con sus ex cónyuges serán registradas únicamente en notas aclaratorias o marginales en la partida, sin registrar el cambio de nombre y sexo en los certificados correspondientes, ni en la libreta de familia”. Esta alusión a los “ex cónyuges” se relaciona con lo expresado más arriba en torno a la necesidad de estar divorciado para poder acceder al procedimiento administrativo de cambio de identidad de género.

2. Colombia

En Colombia, como era de esperar, uno de los debates más encendidos dentro del campo de las relaciones de familia proviene de la Corte Constitucional, que se caracteriza por ser un tribunal “progresista”, al expedirse a favor de la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo³.

En el caso se coloca en crisis varias normas del Código de la Infancia y la Adolescencia, que regula la figura de la adopción, y de las cuales surge que esta institución está reservada a las parejas de diverso sexo (arts. 64, 66 y 68) y el art. 1° de la ley 54 de 1990, que define a las uniones maritales de hecho centrándose en la unión conformada por un hombre y una mujer. En este contexto normativo, los accionantes alegan que se excluye a las parejas del mismo sexo la posibilidad de adoptar y que ello vulnera el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad “al limitar sin justificación suficiente el universo de familias que pueden adoptarlos”. Asimismo, “adujeron que hubo una omisión relativa del legislador, violatoria del interés superior de los niños, porque la ley no consagró claramente una regulación para la adopción de niños por parejas del mismo sexo, lo cual supone una desprotección de la niñez. Finalmente, observaron que existe una interpretación dominante en la Administración Pública (ICBF y Procuraduría General de la Nación), orientada a desproteger a los niños, que reduce el universo de familias potencialmente adoptantes, en cuanto excluye a las parejas del mismo sexo en detrimento de los derechos de los niños”.

Cabe recordar que la Corte Constitucional se expidió en un caso anterior (sentencia 071/2015 del 18/2/2015), en el que también comprometía la cuestión de adopción y orientación sexual, pero referida a la adopción de integración, es decir, por parte de la pareja de la progenitora biológica. En esta oportunidad, se profundizó sobre si la adopción vulneraba el derecho a la igualdad

² El art. 10 proyectado, dedicado a las “Prohibiciones”, establece en su primer inciso: “Realizar el proceso administrativo de cambio de datos de nombre y sexo más de una vez”.

³ Se trata de la sentencia C-683/15, del 28/10/2015, de la que aún sólo se conoce el comunicado oficial y no el texto completo (conf.<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2050%20comunicado%2004%20de%20noviembre%20de%202015.pdf>, compulsado el 16/12/2015).

de las parejas del mismo sexo y el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia⁴; no así la cuestión a la luz del principio del interés superior del niño, lo que sí se hizo en el fallo que aquí se analiza. Al respecto, se asevera que en este caso sí se “verificó que la demanda se dirigió adecuadamente contra las mismas normas, pero con un enfoque constitucional diferente, en la medida en que centra la discusión en torno al interés superior de los niños”.

Centrados en la cuestión del interés del niño, es decir, si conculca o no este principio que un niño sea criado y educado por una pareja del mismo sexo, la Corte Constitucional afirmó que “los estudios científicos y las pruebas aportadas al proceso demostraban en forma dominante, o bien que la adopción por parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo integral de los niños, o bien que no está acreditada ninguna afectación a los niños que viven con parejas del mismo sexo. Aun cuando algunas intervenciones indicaban que los resultados no eran definitivos, la Corte verificó que no se refutaron las conclusiones prevalecientes, y en un caso la objeción planteada fue inaceptable a la luz de la Constitución, por cuanto afirmaba que la homosexualidad es considerada como una patología, lo cual ha sido claramente desvirtuado”. De este modo, se sigue la misma línea de raciocinio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el resonado caso “Atala Riffo y otros v. Chile”, del 24/2/2012. Justamente, en este sentido se asevera que “según la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de esta Corte, la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella”.

Como tercer argumento de peso, la Corte Constitucional reconoció que una lectura conforme con la Constitución y siempre desde la perspectiva de la protección al interés superior del niño, debe entenderse que la ley es neutra en lo que respecta al sexo de las parejas y a la orientación sexual de quienes las conforman.

El cuarto argumento se refiere a que, ante la imposibilidad de probar un daño a los niños el ser adoptados por una pareja del mismo sexo, una restricción en este sentido implicaría “una limitación del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, que afecta injustificada, irrazonable y desproporcionadamente su interés superior”.

Por último, la Corte Constitucional enfatizó que se encontraba legitimada para intervenir en el caso planteado porque en su rol de garantizar los derechos de grupos vulnerables “se justifica la función de control constitucional a la actividad del legislador” en este caso, que limitaba la figura de la adopción conjunta a parejas conformada por personas de diferente sexo.

Como se puede apreciar, la falta de reconocimiento legislativo a figuras claves para el derecho de familia contemporáneo, como lo es ampliar el matrimonio a las parejas del mismo sexo, no obstaculiza que se puedan plantear debates sobre el cruce entre otras formas de organización familiar y orientación sexual.

⁴ Al respecto, se sostuvo que “Con referencia a la adopción complementaria o por consentimiento—la conocida en el derecho argentino como adopción de integración— “que cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el compañero/a permanente del mismo sexo de su progenitor, con el/la que este/a último/a comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, pueden verse comprometidos los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En estos eventos, la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar, amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia” (conf. Comunicado nro. 6, 18/2/2015, sentencia C-071/2015, www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2006%20comunicado%2018%20de%20febrero%20de%202015.pdf, compulsada el 16/12/2015).

3. Costa Rica

Si de complejidades y actualidades legislativas se trata, no se puede dejar de citar, en primer lugar, cuando se habla del derecho de familia costarricense y del conflicto que ya lleva veinte años, si se toma como punto de partida el decreto ejecutivo 24.029-S, de fecha 3/2/1995, emitido por el Ministerio de Salud, que autorizaba la fertilización *in vitro* (FIV) a favor de parejas casadas⁵. Se trata del decreto cuya puesta en crisis llegó hasta la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos en la reconocida sentencia “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica”, del 28/11/2012. ¿Qué se concluyó en esa oportunidad? Básicamente, que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1° de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles”, que “la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1° tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4° de la Convención”; agregándose que “es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁶. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al país demandado, entre otras medidas, “adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente sentencia” y también “regular, a la

⁵ El art. 2° define a las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”. Las normativas puestas en crisis eran las siguientes: el art. 9° que decía: “En casos de fertilización *in vitro*, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento”; el art. 10: “Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”; el art. 11: “Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo”; el art. 12: “Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales—óvulos y espermatozoides— para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas”; y el art. 13: “El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes”.

⁶ Para profundizar sobre los alcances y avances de este importante precedente, el primero en la jurisprudencia regional referida a las técnicas de reproducción asistida, recomendamos compulsar, entre otros: Villaverde, María S., “La concepción y el comienzo de la existencia de la persona humana. Relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2015 (mayo), p. 155; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LL 2013-A-907; Herrera, Marisa, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, LL 2013-C-1281; Luft, Marcelo E., “Un novedoso fallo que aplica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la utilización de una técnica de fertilización asistida. ¿Es de aplicación obligatoria para nuestros tribunales cuando la Argentina no ha sido parte en la contienda?”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (junio), La Ley, 2013, p. 231; Argañaraz, Mariángel 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 v. Costa Rica’, de 28/11/2012”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (marzo), La Ley, 2013, p. 223; Herrera, Marisa y De la Torre, Natalia, “Hacia una regulación integral de la reproducción humana asistida desde una perspectiva sociojurídica, bioética y derechos humanos”, RDF 60-327.

brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida”.

¿Qué ha pasado desde entonces? ¿Se ha dado cumplimiento a la manda principal ordenada por la Corte Interamericana? La respuesta es negativa. ¿Las razones? Lo que suele acontecer con temáticas como ésta que compromete, en definitiva, la cuestión de la naturaleza jurídica del embrión y que se mueve más por la pasión —en este caso la religión— que por la razón, es decir, por los argumentos de peso jurídico y más cuando ello proviene de la máxima instancia judicial regional. Al respecto, cabe destacar que el Poder Ejecutivo, en fecha 15/10/2015, presentó un informe en el marco del caso “Artavia Murillo y otros”, respondiendo un requerimiento (pedido de informe) de la presidencia de la Corte IDH como parte del seguimiento en el cumplimiento de sus sentencias, en el que se detalla las acciones llevadas a cabo hasta ese momento (por ejemplo, la realización de tratamiento psicológicos a varios de los actores) y con respecto a la regulación ordenada se informa que el pertinente decreto ejecutivo⁷ que pretendía dar cumplimiento con ello afrontaba dos acciones de inconstitucionalidad⁸.

Hasta la actualidad, el mencionado decreto ejecutivo sigue suspendido por decisión de la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En un artículo en el que se expone de manera crítica todo el derrotero que ha sufrido la fertilización *in vitro* en Costa Rica, se agregan algunas cuestiones no menores al decirse: “No faltaron, por supuesto, los entremeses o interludios cómicos, de quienes proponen llevar a votación popular, mediante la figura del ‘referéndum’ el tema, a fin de que el público todo sea partícipe de tal espectáculo y mediante votación, reviva la discusión trasnochada y agotada sobre la implementación o no de una técnica que, por resolución de la Corte IDH no está prohibida, a no ser, que, mediante un acto de magia, se pretenda por consulta popular, regular ésta. Valga acotar que, quienes hacen tal propuesta ignoran las resoluciones de la sala Constitucional en las que de manera reiterada ha indicado que los derechos de las minorías —como en el particular— por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación (...)”⁹.

Como se puede observar, el debate sigue abierto. ¿Por qué será tan difícil poder avanzar hacia el cumplimiento de un derecho humano como lo es el gozar del desarrollo de la ciencia médica?

⁷ El decreto establecía en su primer articulado: “Este decreto tiene como objetivo autorizar la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro*, en adelante FIV, con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de las personas con infertilidad. Se reconoce la FIV como un tratamiento médico que ayuda a las personas con infertilidad a lograr un embarazo. Dicha técnica consiste en remover los óvulos de los ovarios de la mujer, para ser fertilizados con esperma, en un proceso extracorpóreo de laboratorio, de manera que una vez finalizado el proceso de unión de las células sexuales, el óvulo fertilizado es implantado en el útero materno”. Con respecto a los embriones denominados en el instrumento en análisis “óvulos fecundados”, se dispone en el art. 17: “Tratamiento de los óvulos fecundados no transferidos. Los óvulos fecundados no transferidos en un mismo ciclo serán preservados para futuros ciclos reproductivos de la pareja o mujer beneficiada, o bien para ser donados. La preservación será realizada de acuerdo con los criterios científico-tecnológicos oportunos. Este proceso deberá ser contemplado en las normas técnicas y en el protocolo regulados en el artículo anterior de este reglamento”. Y el art. 19, referido a las prohibiciones, dispone: “En cuanto al tratamiento de óvulos fecundados, queda absolutamente prohibido su desecho, comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación, inseminación post mórtem y destrucción”.

⁸ www.presidencia.go.cr/wp-content/uploads/2015/10/Proceso-supervisi%C3%B3n-de-cumplimiento-informe-solicitado-al-Estado-de-Costa-Rica.pdf, compulsado el 16/12/2015.

⁹ Francella Navarro Moya, “La discusión circense de la FIV en Costa Rica”, *El País*, 22/10/2015, en www.elpais.cr/2015/10/22/la-discusion-circense-de-la-fiv-en-costa-rica, compulsado el 16/12/2015.

4. Ecuador

En el derecho ecuatoriano, la cuestión de la identidad de género habría tenido un lugar muy secundario y con ciertas deficiencias legislativas en el marco del debate de un proyecto de ley que pretende introducir modificaciones sustanciales en materia de registración e identidad.

Veamos, en fecha 15/10/2015 se presentó ante el Pleno de la Asamblea Nacional el Informe para el Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Nacional de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Básicamente, se expone que, tras un profundo análisis, se propone modificar de manera sustancial el primer proyecto presentado, siendo que, fruto del debate e intercambio desarrollado, habrían realizado varios y sustanciales cambios al proyecto original. Los principales cambios propuestos y que interesan al campo de las relaciones de familia son:

a) Se amplían las facultades de la Dirección General de Registro Civil al permitir celebrar y disolver uniones de hecho por mutuo acuerdo entre convivientes y el divorcio por mutuo consentimiento en oficinas del Servicio Nacional de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en la forma que la que establece la Ley Notarial.

b) Se introducen cambios de carácter prácticos para modernizar los Registros Civiles y el modo de llevar adelante la registración.

c) Se propone modificar el régimen en materia de apellidos, otorgando libertad entre las parejas para el orden de los apellidos de los hijos y, a falta de acuerdo, se procede a colocar en primer lugar el paterno y después el materno. Esta pauta supletoria, en definitiva, responde a la “costumbre patriarcal” que se expone como argumento de peso para adoptar en primer lugar el sistema de la libertad de elección. Por lo tanto, en definitiva, tal costumbre no estaría del todo sepultada en el proyecto en análisis.

d) Se permite el cambio de nombre por una sola vez a todas las personas para modificar su nombre propio o alterar el orden de ello o suprimir uno cuando consten más de dos o aumentar uno cuando existe un solo nombre por la sola voluntad de la persona por ante el Servicio Nacional de Gestión de Identidad y Datos Civiles. De manera especial, se permite cambiar el nombre fundado en la identidad de género siempre que se tenga la edad de 18 años.

e) Se crea el documento de identificación único en reemplazo de la aún vigente cédula de ciudadanía, estableciéndose tres tipologías de documentos para: 1) ciudadanos mayores de edad; 2) ciudadanos menores de edad y 3) extranjeros, que incluyen a refugiados, “incapaces absolutos e interdictos”. Al respecto, se agrega que entre los contenidos que debe tener este documento de identificación único se incorpora el género como “parte de la inclusión del derecho a la autodeterminación, dejando el sexo solamente en el registro único de la persona”.

f) Se realizan ajustes de la normativa de carácter registral en lo relativo al matrimonio y la adopción. Por ejemplo, en materia de adopción, se refirma que la inscripción será sólo para parejas de distinto sexo, debiéndose recordar que Ecuador tiene establecido en su Constitución, según reforma del 2008, que la adopción está reservada a parejas de diverso sexo (art. 68). Otra grave limitación es la veda a la adopción por persona sola. En materia de matrimonio, se prevé una “verificación” en el registro personal único de los contrayentes de que se encuentran habilitados para celebrar matrimonio. En lo relativo al divorcio, se permite tramitar ante el Servicio Nacional, que crea el proyecto la disolución del matrimonio, siempre que sea de mutuo consentimiento y que no tuvieran hijos menores de edad. Se establece la fijación de una audiencia a realizarse dentro del plazo de los sesenta días para ratificar “de consuno y a viva voz su voluntad de divorciarse” (art. 55 proyectado).

g) En lo relativo a las “uniones de hecho”, se establece la obligatoriedad de los agentes diplomáticos, juez y notario de poner en conocimiento del director general del Servicio Nacional de Gestión de la Identidad y Datos Civiles los reconocimientos de uniones de hecho que lleven adelante en un plazo no mayor a treinta días. Se agrega que el fundamento de ello reside en “precautar los derechos patrimoniales que se den como consecuencia de la sociedad de bienes que nace de la unión de hecho, de modo que se fortalece a este acto jurídico al mismo tiempo que se lo dota de seguridad jurídica a las partes intervinientes”. Asimismo, una particularidad

que merece destacarse es que “Ante el Servicio Nacional de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, se podrá dar por terminada la unión de hecho solamente por mutuo consentimiento de los convivientes. Hecho que sea, se modificará el estado civil del o la usuaria en el Registro Personal Único correspondiente” (art. 62).

Este proyecto de ley reformado a la luz de los aportes provenientes de los debates que se habrían generado ha sido fuertemente criticado por defensores de los derechos de la comunidad LGBTI. Entre los tantos desaciertos que se explicitan, uno de ellos se lo advierte en el siguiente ejemplo: “si dos mujeres fuesen al Registro Civil a declarar su unión de hecho y desearan, además, que los hijos que han procreado dentro de su unión —acudiendo a la tecnología médica o con métodos más pedestres, como pidiéndole de favor a un amigo o pariente que done su semen— sean reconocidos como suyos no podrán hacerlo. Ni siquiera porque la Constitución se lo permite. El reconocimiento de hijos pasará a ser una figura jurídica a la que sólo podrá acceder un hombre. Según el glosario de este absurdo, el reconocimiento de hijo es el acto mediante el cual un hombre reconoce voluntariamente a un hijo como suyo, a pesar de que no sea el padre biológico. Entonces, ¿cómo es que un hombre sí puede reconocer como suyo a un hijo no biológico, pero una mujer lesbiana que tiene una unión legalmente declarada con su pareja no puede reconocer como suya a la hija biológica de su mujer, que ha nacido durante de esa unión de hecho? Se agrega que “Otra inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Gestión de la Identidad y Datos Civiles está en el artículo 99 que pretende crear un sistema de cedulación mediante el cual la persona trans tendrá una cédula de identidad diferente a la de la persona cissexual, es decir, aquella persona cuyo sexo biológico coincide con su género. Las personas trans buscan que su documento de identificación no denote su condición de transexual para poder conseguir trabajo, obtener un trato igualitario, cambiar un cheque sin que la miren como bicho raro, no levantar olas y una cédula diferente a las demás perfecciona el estigma que justamente quieren erradicar en sus vidas. Lo peor de todo es que con esta nueva ley no podrán cambiar sus nombres si no acceden a este cambio de sexo por género”; concluyéndose que “La cédula distinta, la prohibición de adopción a personas solas y prohibición del registro de niños dentro del seno de parejas del mismo sexo unidas de hecho son sólo tres razones por las que la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Gestión de la Identidad y Datos Civiles restringe derechos fundamentales”¹⁰.

5. México

En el contexto de un derecho civil constitucionalizado y por tanto humanizado —entendiéndose así en varios países de la región—, los derechos reproductivos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconociera como fundamentales en la mencionada sentencia “Artavia Murillo v. Costa Rica” constituyen la base sobre la cual se puede afirmar el derecho a la reproducción asistida y, por lo tanto, de gozar del avance del desarrollo de la ciencia de aquellas personas que padecen una infertilidad física o estructural.

En plena revolución reproductiva, como postula Eleonora Lamm, gracias a las técnicas de reproducción humana asistida, es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios¹¹.

Es dable destacar que algunos países latinoamericanos comenzaron a reflejar el uso creciente de las técnicas de reproducción humana asistida a través de sus legislaciones internas o en

¹⁰ “Ecuador aprueba una ley que discrimina a mujeres solas, a lesbianas y a trans”, 11/12/2015, en www.blogs.20minutos.es/1-de-cada-10/2015/12/11/reforma-registro-civil-ecuador, compulsada el 16/12/2015.

¹¹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Observatori de Biètica i Dret, UB.

sentencias judiciales, siendo que dichas prácticas en varios ordenamientos jurídicos no se encuentran aún reguladas ni tampoco prohibidas expresamente.

Frente a ello, a la hora de debatir sobre estas cuestiones, sería conveniente, como sostuvo Kemelmajer de Carlucci, tomar como punto de partida una coincidencia básica¹² para el desarrollo del debate que nos ocupa: el principio de la realidad.

Actualmente, gracias al avance de la ciencia, la gestación por sustitución —como una forma de reproducción humana asistida— constituye una práctica frecuente, y algunos países comenzaron a atender estas problemáticas sin regulación para brindar algún marco jurídico y así proteger a las personas intervinientes en estos procesos y también al niño que naciere de esta técnica.

La gestación por sustitución, por definición, es una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona —gestante— acuerda con otra, o con una pareja —comitente(s)— gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos, cobrando un valor muy importante el elemento volitivo sobre el genético-biológico.

La cuestión en México observa aristas muy disímiles, de conformidad con la organización política que adopta este país, en el que cada Estado tiene su propia regulación de fondo. En este contexto, el Estado mexicano de Tabasco, si bien ya tenía una regulación al respecto, decidió modificarla en razón de que, al ser pocos los países en donde se encuentra permitida esta práctica, se requiere de normas más claras para evitar, principalmente, conflictos entre las personas que la utilizan y más aún cuando ellas sean extranjeras.

En los motivos de la modificación del proyecto que se presentó en fecha 23/11/2015, se expresó que “En ese contexto de debate mundial en que estamos inmersos, se hace sumamente necesario regular con mayor exhaustividad la gestación asistida y subrogada. El objetivo de estas reformas no es el de impedir que una noble causa médica y científica coadyuve con las personas para contratar la gestación de un hijo en un vientre ajeno a sus progenitores, sino que se impida la eventual mercantilización de los recién nacidos y, sobre todo, se respeten el interés superior del niño y la dignidad humana de las madres gestantes”¹³.

Es menester señalar que el Código Civil de Tabasco diferencia dos modalidades de técnicas de reproducción asistida. En primer lugar, define a la “subrogada”, en la cual la gestante es inseminada, aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entrega el recién nacido a la madre contratante mediante un procedimiento de adopción plena; en este supuesto, la mujer contratante no aporta su carga genética. Por otro lado, define a la “sustituta”, es decir, la gestante que es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado por gametos aportados por la pareja o persona contratante; en este supuesto, la madre contratante sí aporta su material genético.

Al respecto, cabe esgrimir el siguiente comentario crítico. En la Exposición de Motivos del proyecto en análisis se diferencia la “subrogada” de la “sustituta” según la contratante, es decir, la que presta la voluntad procreacional plasmada en el correspondiente consentimiento informado aporta o no su material genético. Esta afirmación es, dicho con otras palabras: ejerza o no sus derechos reproductivos. En este marco, se entiende que si la que contrata no ejerce sus derechos reproductivos (no aporta su material genético) es subrogada y, de caso contrario, ejerce sus derechos reproductivos, sería “sustituta”. Nos parece más preciso y acorde con los cimientos que sostienen a las técnicas de reproducción asistida en general y, en especial, a la gestación por sustitución no hablar de ejercer o no los derechos reproductivos relacionándolos con el apor-

¹² Aída Kemelmajer de Carlucci refiere que, en ocasión de escuchar al constitucionalista Carlos Gaviria, éste sostuvo que el diálogo que sirve para hacer progresar el pensamiento y llegar a soluciones útiles es el que comienza con la búsqueda de puntos de coincidencia. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, LL 2015-C-951.

¹³ www.documentos.congresotabasco.gob.mx/2015/lunes30oficialia/525.-INICIAT%20FINAL%20MATERNIDAD%20SUBROGA%20ENTREGADA%20CONGRESO%2025-11-15.pdf, compulsado el 16/12/2015.

te o no de material genético, porque en toda gestación por sustitución, se aporte o no el material, el acceso a la reproducción, y de allí, como consecuencia, el tener un hijo, es de quien quiere ser madre o padre y es éste el elemento central, se aporte o no el material. En otras palabras, en la gestación por sustitución, como en toda técnica de reproducción, el eje central y por el cual se ejercita el derecho a la reproducción es la voluntad procreacional y no el material genético. De allí que nos parece que la distinción que se hace en el proyecto en análisis no sería correcta.

Ahora bien, habiendo diferenciado dichas modalidades, es necesario inmiscuirse en la nueva incorporación que se propone al Libro Primero del Código Civil tabasqueño, en el cual se agregó el capítulo VI Bis, denominado: “De la gestación asistida y subrogada”, al título octavo, “De la filiación”, en el que se encuentran reguladas las prácticas clínicas de gestación asistida y subrogada, contando con la intervención y vigilancia de la Secretaría de Salud del Estado, quien tendría a su cargo acreditar a las instituciones que brinden el servicio de reproducción humana asistida.

Estas prácticas podrán ser utilizadas por matrimonios o parejas en “concubinato” —término que se sigue en el proyecto en análisis— que hacen uso de técnicas homólogas —los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos— o heterólogas —uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos—, pudiendo, además, ser utilizado por un miembro de la pareja en caso de fallecimiento del otro, siempre que haya mediado consentimiento expresado en vida por parte de éste.

Por otro lado, se determina que tanto la modalidad de la gestación subrogada como la sustituta se efectivizarán por medio de un contrato a través de la práctica médica, celebrado entre los miembros del matrimonio o la pareja y la gestante, y sólo en los casos en que la madre padezca una imposibilidad física o alguna contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

Se establece que dicho contrato debe ser suscripto por las partes y, en ciertos casos, por el cónyuge o “concubino” de la gestante ante notario público, quien está obligado a exigir la presentación del dictamen médico que demuestre las buenas condiciones físicas y psíquicas de la gestante y la imposibilidad de la mujer contratante de llevar adelante un embarazo. Una vez suscripto el instrumento ante escribano público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de un procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconocerá el vínculo entre los contratantes y el niño que nazca, y a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renunciarán a cualquier derecho de parentesco con el niño que nacerá. El instrumento aprobado debe ser notificado a la Secretaría de Salud por ser la Autoridad de Aplicación y Control.

Asimismo, se dispone cumplir con los demás requisitos que la norma estipula, éstos son: ser ciudadanos mexicanos; poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos; que la mujer contratante acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar adelante el embarazo, que tenga entre veinticinco y cuarenta años de edad; que la mujer gestante acepte llevar adelante la gestación, obligándose a procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional, a concluir la relación contratada con el nacimiento y que, además, la gestante cumpla con las demás circunstancias que se expresan. A estos fines, la Secretaría de Salud del Estado será el organismo pertinente para determinar el perfil clínico, psicológico y social de la gestante previamente a su contratación, como así también comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para su adecuado desarrollo. Se agrega que para que la mujer sea contratada no debe presentar problemas de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía. Por su parte, la gestante debe tener entre veinticinco y treinta y cinco años de edad y presentar muy buena salud biopsicosomática; haber dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso en forma previa a la manifestación de su consentimiento. Asimismo, acreditar mediante dictamen médico expedido por institución oficial que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la futura gestación y que no se ha sometido por más de dos ocasiones consecutivas a dicho procedimiento.

La norma estipula la posibilidad de decretar la nulidad del contrato de gestación si: a) existiese algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas; b) no se cumplierse con los requisitos y formalidades señalados; c) hubiese alguna cláusula que atente contra el interés superior del niño y la dignidad humana o el orden social y el interés público; d) interviniese una agencia, despacho o terceras personas. Dicha nulidad no eximiría de responsabilidad a la madre contratante en ningún caso.

Finalmente, se refiere a las diferentes formas de responsabilidad que existen al celebrar estos contratos, por lo cual se destacan ciertas diferencias en los acuerdos según quienes sean las personas que accionan por daños y perjuicios.

Por último, cabe destacar que la norma proyectada obliga a los progenitores a garantizar los gastos médicos de embarazo, parto y puerperio a favor de la gestante a través de una póliza expedida por una institución de seguros establecida legalmente en territorio mexicano.

6. Nicaragua

Si bien corresponde por la metodología adoptada —orden alfabético— abordar como último contexto jurídico el nicaragüense, cabe destacar que se deja justo para el final uno de los países latinoamericanos en que mayores modificaciones legislativas en el campo de las relaciones de familia observan. Sucede que Nicaragua, en octubre del 2014, sancionó su Código de Familia. De este modo, se concentra en un cuerpo normativo específico toda la normativa referida a las relaciones de familia, que consta de un total de 647 artículos.

Si bien excede el objetivo del presente trabajo analizar en detalle esta nueva normativa integral y bien amplia, lo cierto es que cabe destacar algunas particularidades en lo que respecta a su parte general, que es la que marca algunas diferencias con las legislaciones civiles que aún no han podido modernizarse.

En primer lugar, abre su texto refiriéndose al “Ámbito de aplicación”. En este sentido, el art. 1º dispone: “El presente Código de Familia, establece el régimen jurídico de la familia y sus integrantes. Comprende las relaciones jurídicas intrafamiliares, las de ésta con terceros y las entidades del sector público y privado vinculadas a ella. Las instituciones que regula son las derivadas de las relaciones familiares y los efectos jurídicos que de ellas surjan. El presente Código de Familia, se aplicará en todas las demandas que en materia de familia estén contenidas en el mismo”. En el articulado siguiente se enumeran los “Principios rectores”, que son varios, como: a) la protección, desarrollo y fortalecimiento de la familia es obligación del Estado, la sociedad y los miembros que la integran a través de los vínculos de amor, solidaridad, ayuda y respeto mutuo que deben existir entre sus integrantes para lograr una mejor calidad de vida; b) la protección integral de la familia y todos sus miembros en base al interés superior de ellos; c) la protección priorizada a la jefatura familiar femenina, en los casos de las madres cuando éstas sean las únicas responsables de su familia; d) la protección por parte de las instituciones del Estado contra la violencia intrafamiliar que se pudiera ejercer en las relaciones familiares; e) promover y proteger la paternidad y maternidad responsable; f) promover y proteger la constitución de la vivienda familiar, protección priorizada a la jefatura familiar femenina, en los casos de las madres, cuando éstas sean las únicas responsables de su familia; d) la protección por parte de las instituciones del Estado contra la violencia intrafamiliar que se pudiera ejercer en las relaciones familiares; g) la igualdad de derechos, deberes y oportunidades en las relaciones del hombre y la mujer, mediante la coparticipación en las responsabilidades familiares, entre los hijos e hijas, así como la responsabilidad conjunta entre los miembros de la familia. Corresponde a éstos desarrollar valores como: amor, solidaridad, respeto, ayuda mutua, responsabilidad e igualdad absoluta; h) la igualdad y protección del matrimonio y de la unión de hecho estable por parte de las instituciones del Estado; i) los procedimientos establecidos en este Código se tramitarán de oficio y atendiendo el interés superior de la niñez y la adolescencia y el tipo de relaciones que regula, entendiéndose como interés superior del niño, niña y adolescente todo aquello que favorezca su pleno desarrollo, físico, psicológico, moral,

cultural y social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficien en su máximo grado y en especial el reconocimiento, vigencia, satisfacción y disfrute de sus derechos, libertades y garantías de forma integral; y j) la protección y respeto a la vida privada y a la de la familia.

De manera autónoma o en un artículo aparte (art. 3°) se menciona expresamente el derecho a constituir una familia.

Como acontece en el Código Civil y Comercial argentino, en el art. 7° se reafirma la “constitucionalización del derecho de familia” al expresar en torno a los “Criterios de interpretación y aplicación” que “La interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código se hará de conformidad a la Constitución Política de la República de Nicaragua, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales vigentes en el Estado de Nicaragua y los principios rectores del mismo Código”.

En lo que respecta a la capacidad de ejercicio de derechos de las personas menores de edad, se reconoce el ejercicio de determinados derechos a ellas. En este sentido, el art. 22, referido a las “Limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica”, dispone en el inciso a) que “Las personas adolescentes que estén comprendidas entre los trece años de edad y los dieciocho años no cumplidos, para disponer de las mesadas o estipendios, que le han sido asignados y cuando alcancen la edad laboral para disponer de la retribución de su trabajo”. Y en el siguiente articulado (art. 23), referido a la “Limitación de la capacidad de ejercicio”, se dice: “Se reconoce la capacidad de adquirir derechos y obligaciones a niños, niñas y adolescentes, así como a los mayores de edad declarados incapaces para conducir su persona y bienes por sentencia judicial. Sin embargo, la capacidad de ejercicio de sus derechos por sí, está limitada. Las limitaciones de la capacidad de ejercicio por sí, no son en perjuicio de sus derechos de poder intervenir, expresar libremente sus consideraciones, ser escuchado sobre sus opiniones y otros derechos fundamentales”.

Este título preliminar culmina con un articulado que para varios —y eso ya es un dato— podría ser criticable, porque parecería más propio de un libro de autoayuda o de alguna literatura religiosa que de una ley, como lo es el art. 36, dedicado a la “Semana de la Familia”, alegándose que “En la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, debe promoverse y fomentar la unidad, la armonía, el amor, el rescate de valores familiares y la convivencia familiar, es por ello que se establece la celebración de la semana de la familia del nueve al quince de mayo de cada año”. ¿Cuáles son los “valores familiares” que se quisieran “rescatar”? ¿Aquéllos directamente vinculados con la moral cristiana? ¿Con la idea de que lo que Dios une nadie lo desune? Como las familias son tan diversas y complejas, en la realidad social actual sería más pertinente no “rescatar” y, por ende, no apelar a lo que fue el derecho de familia clásico o tradicional sino, precisamente, ampliar sus horizontes y aceptar la pluralidad que gira en torno a una noción sociológica que cada vez se amplía y flexibiliza con mayor celeridad.

III. CONCLUSIONES

Este breve panorama jurídico regional permite arribar a varias conclusiones. En primer lugar, cómo en los últimos tiempos en América Latina se están librando debates que han ampliado de manera extraordinaria los márgenes del derecho de familia. Pero lo más importante aún, el desarrollo y avance superlativo de los debates que se han dado en los últimos años en el ordenamiento jurídico nacional. A diferencia de lo que acontece en otros países, en los que, por ejemplo, la homoparentalidad ha ingresado sólo por el debate de los acuerdos de pareja, como en Chile; o de la adopción, como en Colombia, o la cuestión de la identidad de género, como en Bolivia y Ecuador, en el derecho argentino los planteos han venido desde diferentes reformas legislativas, a tal punto y con tal entidad que habrían forzado a la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial.

En este marco, indagar y conocer qué sucede fronteras afuera nos obliga a valorar y redimensionar las conquistas legislativas de los últimos tiempos y, a la par, seguir avanzando en la misma línea o sendero, sabiéndose que se tiene la responsabilidad de ser un modelo legislativo para ser seguido y replicado en otros países de la región, con lo que significa ser un referente.