

LAS INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO IGUALITARIAS*

DAMIÁN JONATAN PSZEMIAROWER**

Resumen: Las estructuras familiares se encuentran en permanente cambio. El derecho de familia evoluciona a la par de los nuevos desafíos que se le presentan. Un tema que recientemente ha emergido como cuestión novedosa son las inscripciones registrales de nacimientos de hijos en familias de lesbianas, gays y bisexuales. Aquí se presentan las herramientas jurídicas y los instrumentos legales que han sido desarrollados sobre esta cuestión.

Palabras clave: familia – lesbiana – gay – nacimiento – registro.

Summary: Family structures are permanently changing. Family law evolves with the appearance of new challenges. An issue that has recently appeared as a new matter is the registration of children's birth in gay, lesbian and bisexual families. The legal tools which have been developed about this point are presented here.

Keywords: family – lesbian – gay – birth – registration.

I. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones sociales, culturales e institucionales que ocurren en las sociedades contemporáneas occidentales marcan los lineamientos que siguen los actuales desarrollos jurídicos relativos a las familias. El presente ensayo describe los últimos avances referidos a las inscripciones registrales de nacimientos de hijos en familias lésbicas, gays y bisexuales en la República Argentina.

Actualmente, la familia puede ser concebida como aquel grupo de personas que, atribuyéndose mutuamente la calidad de familiares, interactúan

* Recepción del original: 25/12/2014. Aceptación: 17/4/2015.

Agradezco a María Rachid, Flavia Massenzio y a mi familia.

** Abogado (UBA).

en forma cotidiana y permanente, a fin de asegurar mancomunadamente la preservación de su vida y el cumplimiento de todas aquellas prácticas que coadyuven a la optimización de su posición social.¹

La familia es una institución flexible y dinámica que se ha adaptado a diversas circunstancias a lo largo de la historia, habiéndose situado en la intersección entre las aspiraciones y deseos individuales, y las relaciones de los sujetos con la sociedad.² La interacción entre factores económicos, sociales y culturales, entre los que es posible mencionar las etnias, religiones, leyes de sucesión, matrimonio y divorcio, e intervenciones estatales de regulación, incentivo o desarticulación, ha configurado múltiples estructuras familiares a lo largo de la historia y lo ancho del globo.³

II. LAS FAMILIAS LÉSBICAS Y GAYS

Los estudios sociales señalan que la integración y extensión de las familias han variado sustancialmente durante los últimos 50 años.⁴ El antiguo paradigma familiar ligado al matrimonio heterosexual monogámico,⁵ que aun circula como representación colectiva en el imaginario social de nuestra época, claramente ha perdido asidero en la sociedad contemporánea.⁶

A partir de la década de 1960, producto de intensos y progresivos cambios sociales, los expertos notan la conformación de un nuevo paradigma en occidente denominado como la familia 'contemporánea' o 'posmoderna'.⁷ En este confluyen múltiples estructuras familiares que

1. WEEKS, J., *Lenguajes de la sexualidad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2012.

2. GIDDENS, A., *La transformación de la intimidad: sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Madrid, Cátedra, 1995.

3. BOSWELL, J., *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, Nueva York, Vintage Books A Division of Random House Inc., 1994.

4. TORRADO, S., *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2003. Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Hacienda - GCBA), Nupcialidad en la Ciudad Buenos Aires 1990-2011, Buenos Aires, 2012.

5. Sobre nuevas estructuras familiares y su influencia en las identidades sexuales véase D'EMILIO, J., "Capitalismo e identidad gay", en *Revista Nuevo Topo*, N° 2, 2006, pp. 57-74.

6. MILLER, A., *Sexualidad y Derechos Humanos: documento de reflexión*, Ginebra, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010.

7. El punto de inflexión generalmente señalado es la aparición de las modernas tecnologías de anticoncepción –preservativos y pastillas anticonceptivas– y de reproducción –la fertili-

coexisten dentro de las mismas culturas y espacios, entre los cuales empiezan a visibilizarse las primeras familias de gays y lesbianas, es decir, aquellas cuyos progenitores forman una unión entre 'personas del mismo sexo'.⁸

Las nuevas configuraciones familiares exigen nuevas normas de regulación social. En consecuencia, el derecho de familia se encuentra adaptándose constantemente para aproximarse a la realidad social.⁹

En dicho contexto, luego de movilizaciones populares con una fuerte impronta de reivindicación por parte del colectivo LGBTI,¹⁰ el 15 de julio de 2010 se sancionó en la República Argentina la ley 26618, conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", que modificó el Código Civil habilitando el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Su artículo 36 dispuso que, en los casos de matrimonios de personas del mismo sexo, los hijos fueran inscriptos con el nombre y apellido de la madre y su cónyuge. Sin embargo esa disposición pronto resultó insuficiente, ya que no se habían previsto diversos supuestos, tales como aquellos relativos a los hijos de parejas lésbicas no casadas o los hijos de parejas gays.

III. LA CONTROVERSIJA JURÍDICA

En un primer momento, el Registro Civil realizó una interpretación taxativa de dicha norma. Sostuvo que los artículos 240 y 250 del Código Civil preven únicamente dos tipos de filiación, por naturaleza y por adopción y alegó que el artículo 45 de la ley 26413 establece: "*no po-*

zación *in vitro*— que permiten separar efectivamente la actividad sexual como búsqueda de placer, del acto reproductivo. ROUDINESCO, E., *La familia en desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

8. En este texto la expresión 'personas del mismo sexo' ser refiere —siguiendo el lenguaje jurídico— a quienes han sido asignados con el mismo sexo al nacer. Las parejas lésbicas se consideran compuestas por dos personas de sexo femenino y las parejas gays por dos de sexo masculino, independientemente de la autoidentificación con dichos rótulos.

9. GERLERO, M. y PEDRIDO, O., "Familias, Derecho y Sexualidad: elementos teóricos para un estudio de las familias lésbica-gay" en *XI Congreso de Sociología Jurídica*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010.

10. En este ensayo las siglas 'LGBTI' aluden, en forma amplia, al espacio integrado por personas lesbianas, gays, bisexuales, trans, transgénero, travestis, transexuales, intersex, queer y cualquier otro grupo categorizado en base a una sexualidad no heteronormativa.

drán inscribirse reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo". Además consideró a la voluntad procreacional como un instituto jurídico inaplicable porque entre otras razones niega el nexo biológico entre los progenitores y sus hijos, olvidando que este no representa un obstáculo para que en las parejas heterosexuales que se someten a tratamientos con donantes de esperma anónimos, luego el padre reconozca al niño en los términos del artículo 281 del Código Civil.

Ante este nuevo escenario, las organizaciones sociales, como la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, rápidamente reaccionaron interponiendo acciones de amparo a fin de que se obtuviera por parte de los tribunales el reconocimiento de los vínculos filiatorios.

Tales demandas se fundaron en tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional según lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución,¹¹ y en la cláusula de no discriminación prevista por el artículo 42 de la ley 26618, que dispone que todas las normas del ordenamiento jurídico deben entenderse aplicables indistintamente a los matrimonios de personas de distinto y del mismo sexo, garantizando la igualdad de derechos y obligaciones.¹²

Los argumentos jurídicos de dichas acciones giraron principalmente en torno al interés superior de los niños, niñas y adolescentes,¹³ el derecho a formar una familia y a su debido reconocimiento legal,¹⁴ el derecho a la vida privada,¹⁵ el derecho a la identidad,¹⁶ y finalmente, el derecho a la

11. GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina – comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

12. La articulación de los argumentos consta en las actas de audiencia y las resoluciones judiciales de los expedientes citados luego.

13. Art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), Arts. 5 Inc. b) y 16 Inc. d) de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, y la Ley 26.061.

14. Art. 17 de la Convención Americana, Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante 'Declaración Universal'), Art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante), Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC en adelante), y Arts. 6, 7 y 8 de la CDN.

15. Arts. 7 y 11 de la Convención Americana, Art. 12 de la Declaración Universal, Art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ('Declaración Americana' en adelante), Art. 17 del PIDCP.

16. Art. 19 de la Declaración Americana, Art. 24 del PIDCP y Arts. 8 y 9 de la CDN.

igualdad y la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad o expresión de género.¹⁷

En las familias lésbicas y gays por razones biológicas es generalizado el uso de técnicas de reproducción asistida.¹⁸ Como explica la doctrina, en estos casos no es el dato biológico sino la voluntad procreacional la causa eficiente del nacimiento. El aporte de los demás actores es fungible y no es verdadera causa eficiente del nacimiento en cuestión. El hijo nace precisamente por la exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante, ya que sin ella ese hijo no hubiera existido.¹⁹

Asimismo, se sostuvo que la filiación, como un instituto del derecho de familia, debe estar siempre y prioritariamente dirigida a proteger los derechos de los niños para dar cuenta de quiénes son y cómo se origina su pertenencia a una familia determinada. En caso contrario, la filiación pasa a formar parte de paradigmas esencialistas, incapaces de adecuarse jurídicamente a la dinámica social imperante.²⁰ En los casos analizados

17. Arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", 24 de febrero de 2012, serie C, No. 239, Párr. 91. La Asamblea General de las Naciones Unidas desde el 15 de junio de 2011 ha interpretado que el principio de no discriminación se aplica también a la orientación sexual e identidad de género. El Comité de Derechos Humanos ha calificado la orientación sexual como una categoría sospechosa desde que en 1994 se expidió en "Toonen vs. Australia". En la misma línea están las observaciones generales 14, 15, 18, 19 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las 2 y 3 del Comité contra la Tortura, las 27 y 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y las 3, 4, 13 y 14 del Comité de los Derechos del Niño. En el sistema interamericano, la Organización de los Estados Americanos, a partir de la Resolución número 2435 del 3 de junio 2008 y sus consecutivas, ha considerado como categorías sospechas a la orientación sexual y la identidad de género.

18. El conjunto de métodos o técnicas médicas que a través de la unión de gametos conducen a facilitar o sustituir los procesos biológicos que se desarrollan durante la procreación humana. Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lamm, "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino", en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus, I, N° 1, 2012, pp. 3-45.

19. FAMA, M. V., "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación", en *Lecciones y Ensayos*, N° 90, 2012, pp. 171-195.

20. El instituto de la filiación ha evolucionado en esta dirección. En el texto originario del Código Civil, los ilegítimos hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían legalmente padre ni madre ni pariente alguno por parte de ellos, ni derecho a hacer investigaciones judiciales sobre su paternidad o maternidad.

la justicia ha entendido que el interés de los niños resulta mejor protegido con la constitución del doble vínculo filial, pues el niño tendrá los derechos derivados de un vínculo jurídico de tal naturaleza respecto de ambos progenitores con quienes afectivamente tiene un trato filial.

IV. DESARROLLOS JURÍDICOS

Como resultado de dichas acciones, se ha avanzado paulatinamente hacia el pleno ejercicio de los derechos humanos en materia de parentesco por parte de los integrantes de familias lésbicas y gays. Los desarrollos jurídicos presentados a continuación han reconocido los vínculos filiales existentes, aun aquellos no previstos expresamente en la ley 26618.

Uno de ellos es la Resolución 38-SSJU-2012, dictada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que instruyó al Registro Civil que proceda a inscribir a los hijos de familias de parejas de personas del mismo sexo, sin adicionar ningún tipo de constancias lesivas o discriminatorias, prohibiendo mencionar la orientación sexual de los progenitores. Asimismo, previó la admisión de la inclusión del apellido del progenitor no biológico, y la supresión en los formularios –y en todos los documentos oficiales– de cualquier distinción que pueda hacer diferencias entre los solicitantes de parejas de distinto o del mismo sexo.²¹ La aplicación administrativa de dicha resolución ha permitido a parejas de mujeres casadas realizar la inscripción respectiva.²²

Otro de los desarrollos ha sido un acuerdo judicial en el marco de un proceso colectivo, que fue iniciado por la Asociación Labrys contra el Gobierno de la Ciudad respecto de los nacimientos ocurridos con anterioridad a la Ley 26618, así como también respecto de aquellos en los que las parejas lésbicas no estén casadas.²³ El acuerdo arribado estableció que en

21. Según artículo 241 del Código Civil. En 1954, la ley 14.367 suprimió las discriminaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

22. La Resolución fue una respuesta a la jurisprudencia que reconocía el derecho de las parejas lésbicas a una inscripción igualitaria de hijos nacidos antes de la Ley de "Matrimonio Igualitario". Véase la sentencia del 24 de junio de 2011 en "Vilches A. F. c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 40850), Juzgado CAyT CABA N° 15, y la sentencia de primera instancia en "Monjaime Y. M. y otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 39998), Juzgado CAyT CABA N° 6.

23. En un matrimonio heterosexual, el cónyuge varón no tendría ninguna dificultad en reconocer al hijo nacido con anterioridad a la celebración del matrimonio mediante el simple reconocimiento administrativo previsto en el artículo 248 del Código Civil.

todos los casos de copaternidad y comaternidad anteriores al dictado de la resolución mencionada, sin importar el estado civil de los solicitantes, se disponga la rectificación de la respectiva partida de nacimiento, previa orden judicial. Es decir, cada una de las parejas debe realizar una presentación judicial simple solicitando la inscripción complementaria, a fin de que el juzgado interviniente oficie al Registro para que proceda a realizar dicha inscripción o rectificación.²⁴

Sin embargo, dado que en la Argentina los registros civiles dependen de cada una de las jurisdicciones locales, el acuerdo indicado tiene efectos limitados al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Cabe añadir que, parcialmente dichas inscripciones están contempladas en la norma transitoria tercera del artículo 9 de la ley 26994 que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial.

Distinto ha sido el tratamiento jurisprudencial de las inscripciones de copaternidad, es decir, nacimientos de hijos en parejas gays cuando ellos decidieron formar una familia a través de la técnica de reproducción asistida conocida como 'gestación por sustitución'.²⁵ Dado que dicha técnica no se encuentra regulada en la Argentina, muchas parejas decidieron recurrir a ella en otros estados, tales como Rusia, La República de la India, el estado de Tabasco en México o ciertos estados de Estados Unidos.

En estos casos, la inscripción del nacimiento ha atravesado distintos procesos de acuerdo con el lugar en donde se haya realizado la técnica, la legislación allí vigente y su interacción con el derecho local.²⁶ En algunos estados, como por ejemplo Los Ángeles, las partidas de nacimiento ya consignan los nombres de ambos progenitores, por lo que simplemente hay

24. Acta de acuerdo del 29 de junio de 2012 en la causa "Labrys Asoc. Civil c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 42055) del Juzgado CAyT CABA N° 5.

25. Existen diversos términos tales como "alquiler de vientres", "subrogación de vientres", "maternidad subrogada" y "gestación subrogada".

26. La posibilidad de regresar al país está condicionada a la expedición de un pasaporte provisorio del recién nacido. En los casos analizados, dicha documentación es expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores por orden judicial como parte de medidas cautelares, adoptadas con carácter previo o simultáneo a la inscripción registral. Las particularidades del Reglamento Consular, la inscripción de nacimientos de nacionales producidos en el extranjero y su registro en el libro de extraña jurisdicción con asiento en el Registro Civil porteño merece un análisis autónomo que excede el marco del presente trabajo. Especialmente ilustrativa es la resolución adoptada en la causa "Ríos, R. D c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. A71540-2013) del Juzgado CAyT CABA N° 13.

que pedir la nacionalización de los niños. Sin embargo en otros lugares, los certificados o partidas solo consignan a uno de ellos, como sucede en Florida, México o la India, y los padres tuvieron que recurrir a la jurisdicción local para que, el estado les reconozca su calidad coparental y ordene la inscripción de aquel progenitor que no se encontraba inscripto.²⁷

V. CONCLUSIÓN

Los debates jurídicos –y sociales, culturales y políticos– analizados demuestran que los desarrollos jurídicos son el resultado de las transformaciones en las estructuras familiares de nuestra sociedad.

La administración ha hecho una interpretación de la legislación de fondo que no se compadece con el espíritu de la ley 26618 ni con el derecho internacional de los derechos humanos.

Las acciones judiciales estudiadas han permitido avanzar hacia desarrollos jurídicos que garantizan el reconocimiento en condiciones de igualdad de las familias lésbicas, gays y bisexuales.

Sin embargo, las inscripciones de nacimientos de hijos en familias lésbicas, gays y bisexuales no deberían estar sometida a una obligada judicialización, porque los obstáculos propios que impone el acceso a la jurisdicción generan una fuerte restricción a los derechos fundamentales.

Por ello, a fin de evitar la judicialización de las inscripciones de nacimientos en familias de lesbianas, gays y bisexuales, la legislación debería ser modificada para contemplar los diversos supuestos que no fueron expresamente incluidos en el artículo 36 de la ley 26618.

BIBLIOGRAFÍA

BOSWELL, John, *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, Nueva York, Vintage Books A Division of Random House Inc., 1994.

D'EMILIO, John, "Capitalismo e identidad gay", en *Revista Nuevo Topo*, N° 2, 2006, pp. 57-74.

27. Entre otros, "Dermgerd, C. G. y Otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 44004), "Marriens, A. C. y Otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 46288), "García Bonini, F. D. y Otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 44003), "Lillo, R. R. y otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. A16-2013), todos con trámite en la Justicia CAyT CABA.

- Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Hacienda - GCBA), *Nupcialidad de en la Ciudad Buenos Aires 1990-2011*, Buenos Aires, 2012.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina – comentada y concordada*, 4ª Ed. 1ª Reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GERLERO, Mario y PEDRIDO, Odile, *Familias, Derecho y Sexualidad: elementos teóricos para un estudio de las familias lesbica-gay*, XI Congreso de Sociología Jurídica, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010.
- GIDDENS, Anthony, *La transformación de la intimidad: sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Madrid, Cátedra, 1995.
- MILLER, Alice, *Sexualidad y Derechos Humanos: documento de reflexión*, Ginebra, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010.
- ROUDINESCO, Élisabeth, *La familia en desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- TORRADO, Susana, *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2003.
- WEEKS, Jeffrey, *Lenguajes de la sexualidad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2012.

