

FILIACIÓN. VOLUNTAD PROCREACIONAL DE PAREJAS HOMOSEXUALES MASCULINAS

Autores: Gabriela Liliana Paz y Joaquín José Pistone.*

Resumen:

El gran objeto de los Estados es, o debería ser, garantizar derechos a todos sus habitantes, no restringirlos. Las legislaciones deben reconocer y garantizar la mayor cantidad de derechos, respetando los principios universales de igualdad, libertad, no-discriminación y solidaridad. Deben asegurar la felicidad del pueblo al que rigen, en tanto la felicidad también es un derecho. Se ha dicho que la libertad es un impulso que no garantiza la felicidad humana, pero asegura la condición de un mundo en donde a nadie se le restrinja la oportunidad y la ocasión de ser feliz.

En este trabajo, proponemos analizar la normativa que no contempla las situaciones de parejas homosexuales masculinas que desean formar una familia sin tener que incorporarlas por vía oblicua ni recurrir a recursos administrativos¹ para el reconocimiento de vínculos filiatorios emanados de la “voluntad procreacional”, la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común.

Advirtiendo la carencia de una clara regulación de la situación planteada en el nuevo Código Civil y Comercial que no contempla la situación filiatoria de las parejas homosexuales masculina que acuden a las TRHA y que se ven limitadas por el art. 558 y 562.

1. Introducción.

La familia y los vínculos filiales. Conceptos. Visiones.

Las familias no se definen, sino que simplemente se conforman en base al respeto, la elección personal y las ideas de pluralismo, tolerancia y democracia. Debemos destacar que cada familia no es un ente autónomo en sí mismo, porque sin sus integrantes carece de sentido. Se ha concebido la naturaleza jurídica de la familia, como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas que son sancionadas por el derecho; se establecen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos, que en conjunción constituyen el derecho de la familia.²

Partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, ha tomado debida nota de que la familia ya no se conforma únicamente a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio, sino que existen muchos modelos de familia y cada una de ellas debe ser protegida atendiendo al art. 14 bis de nuestra Constitución

* Estudiantes de la Universidad Nacional de La Rioja.

¹ Argentina concede triple filiación a hijo de pareja gay mediante resolución administrativa. 23 de abril de 2015. SentidoG conectando tus sentidos

² Filiación. Dra. U. Basset. 19 de agosto de 2012.

Nacional, también contemplado por el artículo 35 y 37 de la Constitución de la provincia de La Rioja, así como a los tratados que integran el bloque de constitucionalidad y tratados internacionales de derechos humanos en los que se ha comprometido nuestro país.³

La importancia de cada uno de nosotros en el mundo es única e irrepetible, teniendo variadas influencias en nuestra vida cotidiana, consistiendo en memorias y experiencias que si bien pueden ser compartidas por muchas personas, la forma en la que es recordada o los distintos puntos de interés son particulares de los sujetos, conformándose lo que es el comportamiento de ellos y el conjunto de éstos es lo que da lugar a la personalidad del sujeto.

La personalidad del sujeto consiste en las distintas formas de adaptación al medio que nos rodea, como también a la interacción con otros en un determinado contexto.

Dentro del contexto de la familia, la filiación es el elemento fundamental y básico de su estructuración: de ahí su importancia.

2. Antecedentes

Hasta hace algunas décadas al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados. Se decía “el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado”.

La filiación, es el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación. Con la aparición de técnicas de reproducción humana asistidas las definiciones precedentes son totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como “progenitores” en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro. La definición precedente es la que resulta más exacta, o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidos en las últimas décadas, que han puesto al alcance de grandes sectores de la población las técnicas de reproducción humana asistida.

La división que estos avances supusieron entre la procreación y sexualidad por un lado y por otro el avance que la criopreservación de óvulos y espermias, significó la posibilidad de distintos tipos de paternidades y maternidades.

La filiación constituye el origen y fuente del parentesco de consanguinidad, de la filiación surge la responsabilidad parental, es la base de los derechos y deberes de los padres con los hijos y de éstos con sus padres, produce la vocación o sucesión hereditaria (testamento o intestado) sobre los bienes hereditarios, origina incapacidades legales, entre otras consecuencias.

3. La filiación en el contexto Nacional

El Estado Argentino asumió muchas y grandes obligaciones internacionales en las últimas décadas. La mayoría de ellas, o las más importantes, sobre derechos humanos.

³ Constitución Nacional (art. 14bis), Constitución Provincial de La Rioja (art. 35 y 37) y Convención Americana sobre los derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. (art 17)

Era necesario que estas leyes que tanto impacto tienen en nuestras vidas se permeabilicen en consonancia con todos los avances y compromisos del Estado relacionados a los derechos humanos de cada uno de nosotros.

La Republica Argentina, cumpliendo con un compromiso internacional contraído en 1984 al adherirse al Pacto de San José de Costa Rica, que garantiza en su artículo 17 inciso 5, la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo, sancionó la Ley 23.264 de Patria Potestad.⁴

La referida norma introdujo una sustancial reforma que equiparaba el régimen de las filiaciones, siendo determinadas las dos únicas formas con las que se podía adquirir el vínculo filial: por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza, a su vez, podía ser matrimonial o extramatrimonial.

La tendencia de constitucionalización⁵ de los derechos humanos llevo a la sanción de la Ley 26.061⁶ que tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en el territorio de la Republica Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional como respuesta al compromiso adoptado por nuestra nación al ratificar la Convención Sobre los Derechos del Niño por Ley 23.849.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se establece una tercera fuente de filiación (que se suma a la filiación por naturaleza y por adopción), se trata de la llamada “voluntad procreacional”. De este modo, se regulan los efectos filiatorios de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

El Art. 558 que reemplaza el antiguo 240 del Código Civil establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Se regula que cualquiera de las filiaciones tiene los mismos efectos. El número de vínculos filiatorios se limita a dos.⁷

4. Voluntad procreacional en parejas homosexuales masculinas

En esta visión de una nueva configuración -social y jurídica- de modelos familiares no se contempla y se limita conforme a nuestro análisis en el presente trabajo, el derecho a una familia de una pareja homosexual masculina que decide formar un núcleo familiar con descendencia, aun haciendo aporte de sus propios gametos (limitación que

⁴ La ley 23264 de patria potestad modifico según su art. 2, el Titulo 2 de la Sección 2 del libro 1 del código civil (art. 240 al 263) por las siguientes disposiciones: Art. 240: [...] la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código.

⁵ El término “constitucionalización” del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en la publicación titulada “Derechos Humanos y Familia”, en Arnaud, André-Jean y otros, Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 60. En cambio, en el de “humanización” se enrola Germán Bidart Campos en su publicación sobre “Familia y Derechos Humanos”, en Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 85 y ss., y el de “universalización” es utilizado por Nelly Minyersky en “Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres”, en Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.), Derechos Universales. Realidades Particulares, UNICEF, Buenos Aires, 2003, pp. 98 y 99.

⁶ Ley 26.061. Art 3 inc. C, F y último párrafo. Art.7

⁷ Filiación. Consideraciones generales sobre el proyecto de reforma del Código Civil Argentino. Dra. U. Basset. 19 de agosto de 2012

contradice los derechos reconocidos constitucional e internacionalmente a los que ya hicimos referencia precedentemente).

Así, una pareja homosexual masculina conformada por dos personas sanas, capaces de procrear pero limitados naturalmente por su sexualidad, que tomaran la decisión de ser padres, se verían coartados en sus posibilidades naturales y jurídicas. Circunscribiéndose el derecho a ser padres, tal vez a una única opción: la adopción, ya que según del artículo 562 del Código Civil y Comercial, uno de los cónyuges, quedaría fuera de la relación filiatoria de concretar sus anhelos mediante una maternidad subrogada. Circunstancia, esta, que se reafirma de acuerdo a lo que establece el art 558 que limita los vínculos filiales, los que se establecerían entre la madre que dio a luz y al padre que aportó el material genético.

La imposibilidad de procrear naturalmente y los recursos legales (Código Civil y legislación complementaria) merecen el análisis del acceso a tan ansiado anhelo mediante las TRHA para aquellas parejas homosexuales masculinas que desean formar un núcleo familiar con descendencia

En concordancia con lo planteado precedentemente la opción en estudio se ve reflejada en la nueva visión regulada en el artículo 562 CCyC de voluntad procreacional, establece que los nacidos por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Las TRHA son utilizadas, en general, por aquellos que no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, donde no es el elemento genético el que determina la filiación, sino el volitivo. Se trata de una filiación que se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado (elemento volitivo o voluntad procreacional)

Se está ante nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y que en virtud del concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional”.

La voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduciría en el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida pero adviértase que se ve limitado el vínculo a dos quedando fuera uno de los cónyuges que configuran la Parentalidad Voluntaria. Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional en busca de poder gozar del amor filial y del linaje.

5. Antecedentes normativos y nuevos paradigmas.

En la Argentina contamos con un marco legal que reconoce la igualdad jurídica de las familias LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y trans) y sus hijos e hijas. Las leyes de Matrimonio Igualitario (Ley N° 26.618), Identidad de Género (Ley N° 26.743), de Reproducción Asistida (Ley N° 26.862) y el Decreto 1006/12 que significaron importantes conquistas legales y sobre todo, grandes avances sociales. Más recientemente, con la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial Unificado se incorpora el ideario igualitario en la legislación de fondo, destacándose el reconocimiento de la “voluntad procreacional” como fuente de filiación y en la Cláusula

Transitoria tercera (Art. 9 del decreto de referencia) que reconoce esa filiación a favor de quienes hayan utilizado las técnicas de reproducción asistida antes de su sanción⁸.

Todas estas reformas han generado un cambio de paradigma jurídico, social y cultural que requiere de una intervención activa, planificada y federal para garantizar el pleno acceso de las familias LGBT con hijos e hijas a los derechos consagrados.

Las familias LGBT, en circunstancias determinadas, se ven obstaculizados por barreras políticas, administrativas, normativas, sociales y culturales que se constituyen en restricciones al efectivo ejercicio de los derechos.

Es decir, aun contando con una amplia legislación igualitaria, subsisten prácticas institucionales y sociales discriminatorias que vulneran derechos, restringen o limitan su efectivo ejercicio, afectando principalmente a las hijas e hijos de las familias LGBT o a quienes quieren desarrollar un proyecto de vida en común desde la homoparentalidad, o identidades trans.

Para continuar con la aplicación y controles adecuados en el amparo de los derechos consagrados se sanciona la Ley 26.862, del 5 de junio de 2013 de reproducción médicamente asistida, promulgada de hecho el día 25 de junio del mismo año.

Esta nueva legislación se inscribe en el marco de la ampliación de derechos que caracterizan los avances dispuestos por el Gobierno, contemplando de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional. Así, el sector público de la salud, las obras sociales reguladas y otras entidades de la seguridad social incorporarán como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral de las técnicas de reproducción médicamente asistida⁹.

La Ley establece que tienen derecho a las prestaciones de reproducción médica asistida todas las personas, mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil.

En concordancia con este avance, la provincia de La Rioja adhirió a la ley nacional N° 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida por medio de la ley provincial N° 9440.

La cobertura que garantizaría la reglamentación, se basa en los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con un enfoque integral e interdisciplinario del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad.

En caso de que en la técnica de reproducción asistida se requieran gametos donados, la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

No obstante la amplia legislación con la que se cuenta con expresa mención a la no discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual, no se ha contemplado la situación y los derechos filiatorios de personas trans masculinas usuarias de técnicas de reproducción humana asistidas en el supuesto que planteamos. Adviértase que aun en el supuesto del acceso a las TRHA por parejas trans, uno de los cónyuges quedaría fuera de la relación filiatoria ya que el art. 558 CCyC limita los vínculos filiales los que se

⁸ Análisis de la Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida. Martes, 23 de julio de 2013. Información pública y comunicación. Ministerio de salud de la Nación.

⁹ Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. MARISA HERRERA. 2 de Octubre de 2014

establecerían entre la madre que dio a luz y al padre que aportó el material genético¹⁰ desdibujando la pretensa filiación limitada a la pareja homosexual masculina.

6. Conclusión y propuesta

La limitación a dos vínculos filiales deja un vacío legal que no contempla estas situaciones y se estaría haciendo una discriminación en desmedro de los derechos tutelados en estudio en contradicción con los preceptos constitucionales que amparan el derecho a la familia, la integridad y la libre determinación.

Calladas han sido las voces de aquellas comunidades trans, lesbianas, gays que requerían que ante el acceso a TRHA el nacimiento de hijos o hijas en virtud de ellas, fueran inscriptos o registrados con la madre que dio a luz junto con la pareja homosexual masculina que prestaron su consentimiento informado y libre, aportando el material genético¹¹. Requerimiento que de haber sido contemplado en la legislación de manera clara y expresa no coartaría el anhelo filiatorio de las parejas homosexuales masculinas.

Ante las deficiencias del sistema, se evidencia aún más la imperiosa necesidad de que la filiación derivada de las TRHA en parejas homosexuales sea contemplada de maneras específicas por el Código Civil y Comercial y legislación complementarias con reconocimiento de la voluntad procreacional y vínculo filiatorio de ambos integrantes de la pareja homosexual.

Lo expuesto demuestra la importancia del elemento volitivo tendiente a concretar el círculo familiar. Las TRHA han provocado una vuelta a la verdad voluntaria en el que la filiación ya no se determina por el elemento genético biológico sino también el volitivo pero que penosamente deja afuera a los matrimonios trans o gays masculinos.

De lo dicho se desprende que la filiación derivada de las TRHA, lo que funda la filiación jurídica no es la capacidad reproductiva (el elemento biológico) sino la voluntad (el elemento volitivo).

Las TRHA nos obligan a asumir un sistema de filiación fundado en la voluntad de los que desean formar una familia con hijos que incluyen a este nuevo modelo de familia.

¹⁰ El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia. Nelly Minyersky

¹¹ 100% diversidad y derechos. Buenos Aires Silvina Maddaleno 22 de Agosto del 2012