

# El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino

ADRIANA N. KRASNOW\*

Sumario: I. Marco general. A. A modo de apertura. B. Antecedentes a la ley 26.618. 1. La unión civil entre personas del mismo sexo. 2. Movimientos que impulsan el cambio. 3. Antecedentes en la jurisprudencia. C. El matrimonio civil en el modelo que instala la ley 26.618. D. La ley 26.618 y su método. E. Las condiciones de existencia del matrimonio después de la entrada en vigencia de la ley 26.618. II. Apertura y problemas que introduce la ley 26.618. A. Matrimonio entre dos personas del mismo sexo y filiación. B. El nombre y los cambios que introduce la ley 26.618. 1. El apellido de los hijos en la filiación por naturaleza. 2. El apellido de los hijos en la adopción. 3. El apellido del cónyuge. C. La responsabilidad parental y los cambios que introduce la ley 26.618. III. Cierre

Resumen: La nueva visión del derecho de familia a la luz de una progresiva apertura de la autonomía privada en las relaciones familia de nuestro tiempo señala el contraste de la institución matrimonial actual con los esquemas de la época del Código Civil. Este cambio de modelo matrimonial que responde a la dinámica social es motivo de análisis en este trabajo, donde se intenta brindar un panorama general que permita mostrar el impacto de la nueva ley 26.618 sobre matrimonio civil en el derecho argentino.

Palabras clave: derecho argentino, derecho de familia, filiación, matrimonio entre personas del mismo sexo, responsabilidad parental

\* Investigadora adjunta, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnica (Conicet-Argentina). Doctora en Derecho. Profesora adjunta, Derecho Civil v (Derecho de Familia), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Correo electrónico: [adrikrasnow@arnet.com.ar]

Fecha de recepción: 31 de enero del 2012. Fecha de aceptación: 5 de marzo del 2012.

### *The new Civil Marriage Law in Argentina*

**Abstract:** The new vision of family law in connection with a progressive opening of the private autonomy in family relationships of our time, shows the contrast of the institution of marriage with the schemes of the time of the Civil Code. This change of model responding to the social dynamics is the subject of analysis in this paper, trying to provide an overview for displaying the impact of law 26.618 about civil marriage on Argentine law.

**Keywords:** Argentine law, family law, filiation, gay marriage, parental liability

## I. MARCO GENERAL

### A. A modo de apertura

En la etapa que nos toca transitar, denominada por muchos "posmodernidad", se observa el respeto por la vida íntima familiar y el desarrollo autónomo de sus miembros en un marco de libertad e igualdad.

Este cambio social se traslada al derecho, con normas de contenido humanista que responden al movimiento que nace con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Vinculando esta nueva visión con el derecho de familia, el nuevo paradigma impulsado por estos instrumentos produce un giro en torno al centro de protección jurídica.

Así, el derecho de familia destina su manto protector a favor de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares, y queda atrás la familia como centro de protección jurídica. Esta nueva visión es la que nos permite analizar de forma abierta datos de la realidad, asumiendo que estos cambios deben ser contemplados desde el derecho. Como ejemplo de esta apertura, destacamos el reconocimiento de las distintas formas de familia, que no encuadran en los esquemas rígidos propios de la época del Código Civil y que inspiraron a nuestro codificador al ocuparse de las relaciones jurídicas familiares.

La protección asignada a la persona como sujeto autónomo deriva en una progresiva apertura de la autonomía de la voluntad en el marco de las relaciones jurídicas familiares con contenido personal y patrimonial. En tal sentido, MIZRAHI sostiene que

[...] la familia fue perdiendo su lugar sacro [...] De aquí se sigue una reformulación de conceptos: cambio de lugar de la familia, tras la admisión del papel prioritario de la persona humana, su bienestar y el pleno desarrollo de sus capacidades y virtudes; limitación del concepto de orden público en la regulación jurídica de las instituciones

familiares; ensanchamiento del campo de la intimidad y privacidad en el ámbito general del derecho de familia<sup>1</sup>.

En este contexto, el legislador de la ley 26.618, en respuesta a los cambios presentes en la realidad social, procura proteger a las parejas del mismo sexo al permitirles legalizar su unión a través de la celebración del matrimonio, mediante un sistema de equiparación de efectos.

Este cambio de modelo matrimonial que responde a la dinámica social será motivo de análisis en este trabajo, donde se intenta brindar un panorama general que permita mostrar su impacto en el derecho argentino.

## B. Antecedentes a la ley 26.618

### 1. *La unión civil entre personas del mismo sexo*

Antes de la ley 26.618 la diversidad de sexo era una condición de existencia del matrimonio y la ausencia de este elemento estructural tornaba a la unión inexistente. Frente a la presencia de vínculos conformados por personas del mismo sexo que reclamaban el mismo trato que el concedido a las uniones de distinto sexo, se pudo avanzar a nivel local en el diseño de leyes que reconocieran limitados efectos a las uniones homosexuales.

El ejemplo paradigmático se encuentra en la ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del año 2002<sup>2</sup>.

Conforme lo dispuesto en el artículo 1.º, se entiende por unión civil "[...] a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual; b) que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia común. c) Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción. d) Inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles".

La norma establece impedimentos para constituir la unión y si bien reconoce un tratamiento similar al que se les presta a los cónyuges, se limita a pocos efectos que no responden a la legislación civil. En concreto, se reduce a extender a favor de los integrantes de la unión civil los beneficios del empleo público que las normas de la ciudad otorgan a los cónyuges y cuyo contenido refiere a los aspectos administrativos y de la seguridad social. Por último, dispone que la disolución de la unión se produce por la manifestación de voluntad unilateral o bilateral de la pareja, por fallecimiento o posterior matrimonio de uno de ellos.

<sup>1</sup> MIZRAHI, MAURICIO L. *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 68.

<sup>2</sup> Sanción: 12 de diciembre del 2002. Publicación: Boletín Oficial de Buenos Aires el 27 de enero del 2003.

Este antecedente motivó otros. Así, el 17 de diciembre del 2002 se aprueba en la Provincia de Río Negro la Ley de Convivencia Homosexual n.º 3376. El artículo 1.º dispone que "Las parejas del mismo sexo podrán efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia ante la autoridad competente". En el mismo rumbo, el Concejo Deliberante de la ciudad de Río Cuarto (provincia de Córdoba) aprueba la ordenanza 279, mediante la cual se regula la institución de la unión civil<sup>3</sup>. El artículo 2.º define la unión civil como "[...] la unión conformada libremente por dos personas mayores de edad y capaces, que expresan su consentimiento ante autoridad competente y que conviven en una relación de afectividad estable y pública, análoga a la familiar, con independencia de su género". A los fines de la publicidad de la unión, el artículo 1.º crea "[...] el Registro Público Voluntario de Uniones Civiles, el que funcionará en el ámbito del Registro del Estado Civil y Capacidades de las Personas dependiente de la Secretaria de Gobierno y Relaciones Institucionales".

El 29 de mayo el Poder Ejecutivo del municipio vetó la ordenanza 279/09 por entender que las normas vigentes en Río Cuarto estaban formuladas para las parejas casadas heterosexuales. Con un criterio abierto, el Concejo Deliberante de la ciudad rechazó el veto y sancionó la ordenanza 361/09<sup>4</sup>.

A fines del año 2009 se toma conocimiento de que otra ciudad de la Provincia de Córdoba traslada a la norma el reconocimiento de la unión civil entre personas del mismo sexo. Es el caso de Carlos Paz, donde por ordenanza municipal se introduce en el artículo 55 de la Carta Orgánica Municipal, con el siguiente texto:

El municipio reconoce la unión civil entre personas de igual o distinto sexo que acrediten residencia en la Ciudad no menor a cinco (5) años, organizándose a tal efecto un Registro que certifique el hecho, reglamentándose con ordenanza que se dicte a tal efecto.

En el ámbito nacional, corresponde mencionar la resolución 671/2008 de la Administración Nacional de Seguridad Social, que dispone en su artículo 1.º:

Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley n.º 24.241, como parientes con derecho a pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez, o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público, o del Registro de Capitalización, que acrediten derecho a percibir el componente público. A tal efecto, la convivencia mencionada se acreditará según los medios probatorios.

<sup>3</sup> Sanción: 7 de mayo del 2009. Promulgación parcial: 29 de mayo del 2009 (arts. 2.º al 9.º vetados). Ratificada por Ordenanza n.º 344/09. Promulgación tácita y publicación en el Boletín Oficial: 5 de agosto del 2009.

<sup>4</sup> Su texto responde al texto original antes del veto de la ordenanza 279/09 y la reforma por ordenanza 344/09.

## 2. Movimientos que impulsan el cambio

Cuando en la Argentina se recupera el funcionamiento de las instituciones democráticas, adquiere notoriedad pública Carlos Jáuregui, por entonces presidente de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) desde su fundación hasta el año 1987 y, además, fundador en el año 1991 de la organización Gay y Lesbianas por los Derechos Civiles.

La labor previa de estas agrupaciones motivó el interés por trabajar la problemática en el ámbito legislativo. Entre los primeros antecedentes se encuentra el que se registra el 11 de diciembre de 1998, cuando la diputada nacional Laura Musa presenta el Proyecto de Ley de Partenariado para unión civil de parejas del mismo sexo. Esta iniciativa, al no ser tratada dentro de los dos años de su presentación, pierde estado parlamentario, pero vuelve a impulsarse con el mismo resultado por la diputada nacional Margarita Stolbizer en los años 2002 y 2004.

En el año 2005 la Comunidad Homosexual Argentina presenta otro proyecto de unión civil. Este proyecto, como el anterior, pierde estado parlamentario.

En diciembre del 2005, el diputado nacional Eduardo Di Pollina presenta en la Cámara de Diputados un proyecto de matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>5</sup>. Si bien pierde estado parlamentario, se considera el antecedente directo del proyecto presentado en el año 2010 que tras su tratamiento culminó en la ley 26.618.

En paralelo con este avance en el orden nacional, en España el primero de julio del 2005, el rey Juan Carlos promulga la Ley 13/2005 de reforma al Código Civil español, la cual extiende los efectos del matrimonio heterosexual al matrimonio entre personas del mismo sexo, como se desprende del segundo párrafo del artículo 44: "[...] *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo* [...]". En el resto del articulado del Código se modifican los términos "marido" o "mujer" por "cónyuges" y "padre" o "madre" por "progenitores".

5 En la instancia inicial, se presentaron cinco proyectos. Uno de los proyectos regulaba la unión civil entre personas del mismo sexo y el resto extienden las normas del matrimonio a la pareja del mismo sexo que pretenda casarse. El Proyecto de Ley de Unión Civil de Personas del Mismo Sexo fue presentado por los diputados Guillermo Francisco Baigorri y Adriana del Carmen Marino, expediente 4050-D-2007. Entre los que habilitan el matrimonio a favor de las parejas del mismo sexo: proyecto presentado por la diputada María del Carmen Rico, expediente 0022-D-2007; proyecto presentado por la diputado Mirta Pérez, expediente n.º 0782-D-2007; proyecto presentado por los diputados Di Pollina, Eduardo Alfredo; Augsburguer, Silvia; Maffei, Marta Olinda; Gorbacz, Leonardo Ariel; Rodríguez, Marcela Virginia; César, Nora Noemí; Rico, María del Carmen; Bisutti, Delia Beatriz; Macaluse, Eduardo Gabriel; Tate, Alicia Ester; Bonasso, Miguel; Morandini, Norma Elena; Carlotto, Remo Gerardo; Méndez de Ferreyra, Araceli Estela; Lozano, Claudio; Raimundi, Carlos Alberto; Ilarregui, Luis Alfredo; Tinnirello, Carlos Alberto; Ríos, María Fabiana; Ferrigno, Santiago; Recalde, Héctor Pedro, expediente 1907-D-2007; proyecto presentado por la senadora Vilma Ibarra, expediente S-3218/07.

Después de un tiempo, el 30 de abril del 2007, el legislador Di Pollina presentó, junto con Silvia Augsburger (socialismo) y Marcela Rodríguez (ARI), un nuevo proyecto que reproducía los términos del proyecto presentado por Di Pollina en el año 2005. Se sumaron las adhesiones de otros legisladores pertenecientes a distintos partidos políticos.

Hasta ese momento no se habían presentado proyectos sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en la Cámara de Senadores. La primera en introducir la cuestión en esta cámara fue la por entonces senadora Vilma Ibarra, el 16 de octubre del 2007. Puede observarse que este hecho se produce dos semanas antes de las elecciones nacionales, donde la legisladora ocupaba el segundo puesto en la lista de candidatos a diputados nacionales por la ciudad de Buenos Aires.

El interés de los legisladores en ocuparse del tema responde en gran medida al impulso motivado por la estrategia seguida por las parejas del mismo sexo que pretendían contraer matrimonio sin norma que los habilitara: presentarse en el Registro Civil a pedir turno para casarse y ante la negativa del funcionario público derivar el reclamo a la justicia por la vía del amparo.

La sumatoria de la labor judicial –que se trata en el apartado que sigue–, los reclamos sociales y el apoyo político actuaron como factores de presión en el seno del Congreso. Sobre esta base, tomaron fuerza dos proyectos con estado parlamentario, bajo los números de expedientes 1854-D-2008 y 1737-D-2009. El primero provenía de la diputada Vilma Ibarra y el segundo, de la diputada socialista Silvia Ausburger, quien estaba en esta iniciativa apoyada por la diputada Juliana Di Tullio (Frente para la Victoria) y veinte diputados de otros bloques parlamentarios. Estos proyectos se unieron para su tratamiento en la Cámara de Diputados, previa derivación a las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Cámara.

La diputada Vilma Ibarra, autora de uno de los proyectos elevados para su dictamen, había sido designada presidenta de la Comisión de Legislación General en el año 2008. Respecto de la Comisión de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, estaba bajo la presidencia de la legisladora Juliana Di Tullio, quien se había manifestado a favor del proyecto.

Antes de convocar a las comisiones, Vilma Ibarra buscó un acuerdo con Augsburger para unificar los proyectos en uno que fuera sometido a dictamen. Si bien pertenecían a partidos políticos distintos, no fue obstáculo para el trabajo compartido por tratarse de un objetivo común.

La primera audiencia de las comisiones que sesionaron en forma conjunta quedó fijada para el 29 de octubre del 2009. A la reunión asistieron 27 diputados. Se destaca la participación de juristas que manifestaron su adhesión al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, como Gil Domínguez, por la Universidad de Buenos Aires, y Saba, por la Universidad de Palermo. Se contó con el apoyo de los legisladores de la Coalición Cívica, el Partido Socialista, el SI, el EDE y varios del Frente para la Victoria.

La segunda reunión conjunta de las comisiones se desarrolló el día 5 de noviembre. Como en la anterior, se contó con la participación de juristas que expresaron su disconformidad o su conformidad. También tuvo la palabra María José Libertino, por entonces presidenta del INADI.

En ambas reuniones se buscó que todos aquellos que representaban a distintos sectores defensores o contrarios al proyecto defendieran sus respectivas posiciones. Finalizado el debate, se convocó para el 10 de noviembre a la última reunión conjunta destinada a la firma del dictamen. Se estimaba que por las opiniones vertidas en el debate, se contaba con una amplia mayoría para que el dictamen fuera favorable.

Sin embargo, no hubo quórum y no hubo dictamen. Se asocia este resultado al viaje que la presidenta haría al Vaticano junto con la presidenta de Chile a fines del mes de noviembre. En este contexto, los legisladores que representaban al oficialismo no asistieron, con la excepción de Juliana Di Tullio. La misma conducta siguió el bloque del PRO y de la UCR.

Cuando se estaban perdiendo las esperanzas de que se pudiera alcanzar el dictamen de comisión antes de finalizar el período de sesiones en el Congreso, la justicia realimentó las esperanzas. El 10 de noviembre del 2009, la jueza Seijas, a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n.º 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declara en su fallo la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordena a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas que celebre el matrimonio de los actores. El fallo quedó en firme. Frente a la manifestación pública de Macri de estar a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, el fallo no fue apelado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y tampoco por el fiscal. Con este paso, la pareja solicitó sin trabas turno para contraer matrimonio (remitimos al punto que sigue donde se acompaña un desarrollo de este caso).

Si bien no existían obstáculos para que este primer matrimonio pudiera concretarse, la jueza Martha Gómez Alsina dictó una medida cautelar que ordenaba al Registro Civil que suspendiera la celebración del matrimonio, a partir de un recurso de amparo presentado por personas que se oponían a que se concretara el acto.

Finalmente, contando con el apoyo de la gobernadora de Tierra del Fuego, Fabiana Ríos, Alex y José se casaron en el Registro Civil de Ushuaia.

A pesar de este avance en la justicia, no pudo concretarse el dictamen de Comisión antes de finalizar el año. La cuestión quedó pendiente para el año próximo.

Después de que Vilma Ibarra presentara nuevamente el proyecto, se convoca para el 18 de marzo a las dos comisiones, con el objeto de que se reinicie el debate. En esta oportunidad, el proyecto contó con las firmas del presidente del bloque del Frente para la Victoria, Agustín Rossi; la presidenta del bloque del GEN, Margarita Stolbizer; María Luisa Storani de la UCR; Cecilia Merchán, de Libres

del Sur; Nora Iturraspe, del SI; Liliana Parada, del Proyecto Sur; bloque Nuevo Encuentro; Martín Sabatella, Jorge Rivas y Sergio Basterio.

El proyecto ingresa el 5 de marzo con el número de expediente 0574-D-2010. Este expediente y el proyecto de Silvia Augsburger serían los sometidos a dictamen de las comisiones de Legislación General y Familia.

Después de haber recibido dictamen de las dos comisiones, el proyecto único, resultado de la unificación de los proyectos de Ibarra y Augsburger, se trataría en el Plenario de la Cámara de Diputados el 28 de abril.

Si bien en esta jornada se esperaba que el proyecto fuera aprobado en la Cámara de Diputados, la ilusión de muchos se desmoronó frente a los cruces entre la oposición y el oficialismo por cuestiones ajenas al matrimonio entre personas del mismo sexo. Nuevamente se posterga su tratamiento para la sesión del día 4 de mayo, donde tuvieron los legisladores la oportunidad de expresarse.

Al momento de la votación, se encontraban presentes en el recinto 241 diputados. Se contabilizaron a favor 126 votos y en contra 110 votos. En estas condiciones el proyecto con media sanción pasaba para su tratamiento a la Cámara de Senadores.

La deliberación en el Senado se extendió varias semanas. Finalmente, el 15 de julio del 2010 se practica la votación por medios electrónicos. Se registran 33 votos por la afirmativa y 27 votos por la negativa. Con este resultado el presidente provisional del Senado, el senador José Juan Bautista Pampuro, declara:

Queda definitivamente sancionado el proyecto de ley. Se harán las comunicaciones correspondientes.

### 3. *Antecedentes en la jurisprudencia*

Como anticipamos en el punto precedente, la labor judicial impulsó la labor legislativa que se refleja en la sanción de la ley 26.618.

Como primer antecedente, encontramos el amparo planteado por la pareja integrada por María Rachid y Claudia Castro, quienes habían consagrado su unión civil el 21 de agosto del 2003. La elección de que fuera esta la pareja que iniciara la lucha en la justicia respondía a que ambas eran activistas y una de ellas (María Rachid) en esa época tenía el cargo de presidenta de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans.

Esta pareja recurre a la justicia después de la negativa recibida en el Registro Civil, cuando se presentan el 14 de febrero con el fin de pedir turno para casarse. La causa "Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas s/medidas precautorias" recibe pronunciamientos desfavorables para la parte actora en las dos instancias. El Juzgado Nacional Civil n.º 88<sup>6</sup> y la Sala F

<sup>6</sup> Juzgado Nacional en lo Civil n.º 88, 22/06/2007 – R., M. de la C. y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas -, en LL 2007-C-1341. Con nota de Gil



de la Cámara Nacional en lo Civil<sup>7</sup> no hacen lugar al pedido que se formula en contra de la decisión de la jefa de la Circunscripción Primera del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La jueza de primera instancia resuelve de esta forma, con sustento en los argumentos siguientes: (a) [...] Corresponde rechazar el pedido de inconstitucionalidad del acto administrativo por el cual se les negó a las actoras la concesión de un turno a los efectos de contraer matrimonio, pues el art. 172 del Cód. Civil no violenta el orden constitucional, lo que torna válido el acto administrativo atacado, por no ser ni arbitrario ni ilegal, pues no se apartó de la ley vigente y el órgano que lo emitió actuó dentro de la esfera de su competencia [...]”; (b) “[...] La no autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene su fundamento en la ley positiva y en la naturaleza misma de la institución, dado que no sólo la literalidad del art. 172 del Cód. Civil, sino también su espíritu sostienen este principio [...]”; (c) “[...] No existe antijuridicidad en impedir el acceso al matrimonio a quienes por su naturaleza no pueden cumplir con sus fines, pues tal institución está legislada para personas de distinto sexo que engendran y educan a sus hijos para lograr la continuidad de la humanidad y esta diferencia tiene como justificación objetiva y razonable que el Estado privilegia las uniones que dan base a la familia, que a su vez dan base a la sociedad argentina [...]”.

Siguiendo el mismo razonamiento, la Cámara sostiene: (a) “[...] El artículo 172 del Código Civil no resulta discriminatorio en tanto pauta las condiciones que exige la aptitud nupcial, dado que recoge valoraciones de orden público que responden a tradiciones socioculturales compartidas por la comunidad en una época determinada [...]”; (b) “[...] El matrimonio heterosexual no pretende colocar en situación de inferioridad a gays o lesbianas, ya que su orientación sexual, como tal, está abarcada por el principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional. De igual modo, la ley no discrimina al padre, cuando establece que no puede casarse con su hija, o a la madre con su hijo, o al hermano con su hermana, o al yerno con la suegra. Tampoco discrimina cuando establece que el matrimonio anterior, mientras subsiste, impide la celebración de otro, aunque, por hipótesis una persona de fe musulmana pudiese invocar el Corán para sostener que su religión le permite sostener dos o tres esposas. Sería absurdo considerar que el impedimento discrimina, por razones religiosas, a los musulmanes. Se trata en todo caso de cuestiones que atañen a valoraciones de orden público familiar que responden a tradiciones seculares, como es la prohibición del incesto o la monogamia. La heterosexualidad también atañe a ese tipo de valoraciones [...]”;

DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. *Constitución, familia y matrimonio*, en LL 2007-F-487; SOLARI, NÉSTOR E. *Matrimonio de personas de mismo sexo*, en LL 2007-F-494; VIDAL TAQUINI, CARLOS H. *El matrimonio sólo es para el varón y la mujer*, en LL, 14/11/2007.

<sup>7</sup> CNC, Sala F, 26/09/07 – R., M. de la C. y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas -, en LL Online AR/JUR/6097/2007. Con nota de BASSET, ÚRSULA C. *Homosexualidad, orden público y derecho a casarse*, en DJ 2008-1-691.

(c) “[...] Resulta constitucionalmente válido el artículo 172 del Código Civil en tanto establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo, pues tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia [...]”.

TAVIP, en su comentario al fallo de la Cámara, señala: [...] es incorrecta la afirmación de que los homosexuales no tienen vedado el derecho a casarse y que lo pueden hacer con una persona de sexo distinto. Este argumento cae por sí mismo. El afecto y la vinculación sexual son las bases del matrimonio, que no podrían presentarse en un matrimonio conformado por una persona homosexual que para poner en acción su derecho a casarse y tener una familia debe optar por un matrimonio heterosexual. Pretender esto es avasallar la individualidad de las personas, hacerla parte de un modelo familiar que no ha elegido, hacer partícipe de un engranaje social que no es el que quiere para su vida, o pretender un modelo familiar hipócrita en tanto no se condice con la verdad misma del individuo [...]”<sup>8</sup>. En relación con la falta de regulación a la época del fallo, sostiene que “[...] constituye una verdadera discriminación activa por parte del Estado la falta de regulación de estas uniones convivenciales, con efectos similares a los de las parejas heterosexuales, sea llamándolas matrimonio o con denominaciones similares [...]”<sup>9</sup>.

Contra el pronunciamiento de la Cámara se interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>10</sup>. Con posterioridad a la deducción del remedio federal, el Poder Legislativo Nacional sanciona la ley 26.618. Ante el cambio de situación, el 24 de agosto del 2010 la Corte declara abstracta la cuestión: “[...] En atención a que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión –aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal– resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada, ante el dictado de la ley 26.618 (doctrina de Fallos: 331:1869; 330:1291; 329:1487, entre otros)”.

Después de un tiempo, toma estado público la causa “Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/ amparo”<sup>11</sup>. Del relato de los hechos surge que el 22 de abril del 2009 la pareja se presenta en el Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas con el propósito de pedir un turno para contraer matrimonio. El Registro deniega el pedido por tratarse de dos hombres. Frente a este acto administrativo, la

<sup>8</sup> TAVIP, GABRIEL E. *Denegatoria del matrimonio homosexual: ¿y los derechos de los individuos?*, en “Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, 2008-II, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, p. 51.

<sup>9</sup> TAVIP, GABRIEL E. *Denegatoria del matrimonio homosexual: ¿y los derechos de los individuos?*, ob. cit., p. 53.

<sup>10</sup> CSJN, 24/08/2010 –R., M. de la C. y otros c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas -, en LL 2005-E-105.

<sup>11</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n.º15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10/11/2009 –F., A. y otro c/GCBA s/ amparo–, en ABELEDO PERROT, Online, Lexis n.º 70057353.

pareja recurre a la justicia y le toca entender en el asunto a la jueza Seijas, a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n.º 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El 10 de noviembre del 2009, la magistrada declara la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordena a las autoridades del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas que celebren el matrimonio ante el pedido de los actores. La decisión se sustenta en los argumentos siguientes: (a) “[...] La medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio. Por ejemplo, ventajas tributarias a la pareja –y a sus miembros considerados individualmente–, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad [...]”; (b) “[...] la Constitución local ‘reconoce y garantiza el derecho a ser diferente’, no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de ‘orientación sexual’ [...]”; (c) “[...] Aun cuando alguna ‘discriminación’ o distinción sobre la base de la ‘orientación sexual’ fuera de teoría aceptable y consiguiera indulgencia, los estándares aplicables –a los fines de su eventual justificación– deben ser extremadamente exigentes. Así, si la exclusión en el goce del derecho está fundada en tal categoría, es posible partir de una presunción o sospecha de ilegitimidad que tendrá por efecto la necesidad de probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquéllos objetivos [...]”; (d) “[...] si bien en principio los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos –presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello– en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad [...]”; (e) “[...] Los actores se hallan impedidos de acceder a la categoría socialmente aprobada de ‘casados’. Tal exclusión los priva de activos valiosos, tanto si éstos se miden en términos cuantitativos monetarios, o en términos cualitativos de respeto social. Esta diferencia en la tenencia de activos no necesariamente connota una imposición injusta de desigualdad. Sin embargo, el daño infligido se patentiza como claramente ilegítimo cuando advertimos que obedece al estatus de seres humanos menos valiosos de los excluidos [...]”; (f) “[...] Si el derecho de las minorías solo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado por los planes de vida de las personas.

Partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción sexual y el género son cuestiones extramorales. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos. Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana [...] Que si las categorías de 'malo', 'normal', 'desviado', 'inocuo' o 'peligroso' no son predicables respecto a las opciones sexuales, si la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales [...]; g) "[...] Más allá de la cuestión vinculada a los menores beneficios que acuerda la ley 1004 frente al régimen matrimonial, no puede pasarse por alto que, en términos simbólicos, resulta ciertamente insuficiente, pues el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades. La exclusión del régimen matrimonial sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual [...] Es por eso que la opción contemplada en la ley 1004 no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad [...]; h) "[...] no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para las viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación [...]".

En un trabajo previo a la entrada en vigencia de la ley 26.618, MEDINA en una posición crítica al fallo referido afirma:

[...] El fallo que declara la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordena a las autoridades del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que celebren el matrimonio de los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello dictado por un juez que carece de competencias civiles y familiares en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contribuye a la inseguridad antes referida [...]<sup>12</sup>.

Al poco tiempo de iniciarse el año 2010, al juez Guillermo Scheiber, a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n.º 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, le toca resolver en la causa "C. M. y otros c/ GCBA s/ amparo". El 19 de marzo del 2010 resuelve declarar la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil, en cuanto eran un impedimento para que los actores pudieran contraer matrimonio y, en función de esta decisión, ordena

<sup>12</sup> MEDINA, GRACIELA. *El reconocimiento del matrimonio entre personas de igual sexo*, en "Revista Derecho de Familia y de las Personas", Año 2 n.º 1, Buenos Aires, La Ley, enero-febrero del 2010, p. 16.

al Gobierno de la Ciudad que celebre el matrimonio dentro de los tres días desde que fuera solicitado por los interesados. Entre los argumentos se destacan: (a) “[...] La imposibilidad de contraer matrimonio veda a los actores el acceso al goce de una multiplicidad de derechos que emergen del status conyugal, entre los que se destacan los derechos de herencia y pensión, beneficios migratorios, posibilidad de decidir por otro en determinadas situaciones extremas, ventajas tributarias, etc. [...]”; (b) “[...] La decisión de contraer matrimonio, es decir, la determinación de dos seres humanos de construir un proyecto de vida conjunto basado en el amor y el respeto mutuo [...] Para que una interferencia estatal en tal proyecto fuese constitucionalmente tolerable, el eventual daño que pudiese irrogar a terceros debería caracterizarse por lo sustancial, lo que debe ser evaluado frente a la centralidad de la decisión que pretenden materializar los actores [...] Todo esquema constitucional de derechos y libertades caería y se reduciría a letra muerta, si la mera disconformidad de unos con las costumbres o creencias de otros pudiese ser considerada como un daño a terceros en los términos el artículo 19 y autorizar la interferencia y prohibición por parte de la autoridad estatal [...]”; (c) No admite la asociación del matrimonio con la procreación. “Aún en el caso de que esta hipótesis fuese correcta, tampoco se advertiría una proporción entre los fines perseguidos (la procreación) y los medios empleados (prohibición del matrimonio entre dos personas del mismo sexo). No es posible establecer una relación lógica causal que permita inferir que el matrimonio entre dos personas de un mismo sexo produzca una suerte de efecto contagio que induzca a engendrar menos hijos a los matrimonios entre personas de distinto sexo. El medio elegido no guarda relación con el fin de cuya protección se desea, por lo que se aniquila sin razón valedera el derecho al matrimonio de un grupo determinado de la sociedad [...]”; (d) “[...] las personas con orientación sexual diversa de la mayoría también constituyen familias [...] el hecho de prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo no ‘aumenta’ la protección de las familias de tipo tradicional, ni su permisión las disminuye. La situación actual sólo implica menos protección para muchas familias derivadas de parejas del mismo sexo [...]”.

Por último, el juez a cargo del Juzgado Nacional de la 1.ª instancia en lo Civil n.º 106 consideró procedente “[...] decretar la nulidad del acto celebrado ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el cual dos personas del mismo sexo contrajeron matrimonio, en tanto su objeto atenta contra los intereses colectivos y, en especial, contra el orden público que impone el régimen del matrimonio, al no ajustarse a los requisitos que específicamente exige el art. 172 del Código Civil para su existencia”. El planteo de nulidad proviene de una persona disconforme con el matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo, quienes obtuvieron de parte de la jueza a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires n.º 4 un pronunciamiento que ordenaba celebrar dicho matrimonio.

El actor solicita como medida cautelar que “[...] Se suspendan provisionalmente todos los efectos que pudieran derivarse de la ceremonia realizada con los demandados en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en los presentes. Se oficie al Director del Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que se agregue nota marginal en el acto del asiento matrimonial de la suspensión decretada provisionalmente como cautelar, interrumpiéndose los actos administrativos que como resultado de la ceremonia no se hallen cumplidos, como la entrega de partidas o testimonios en la Secretaría de este Juzgado, notificando a las demandadas que entreguen la libreta de familia y partidas y/o testimonios ya otorgados, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes, secuestro, sin perjuicio del delito de desobediencia [...]”. El juez, después de comprobar la inexistencia del matrimonio, resuelve “[...] Decretar sin más y aún sin sustanciación como se pide en autos, la nulidad absoluta del acto llevado a cabo el 30 de Abril del corriente año, entre A. L. L. y G. G. I, por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta ciudad [...]”. A continuación, deja asentado “que la decisión adoptada no significa adelanto de opinión alguna sobre el fondo del asunto, ni discriminación hacia la cohabitación estable de personas del mismo sexo, cuestión que hace a la esfera de la intimidad resguardada por el art. 19 de la Constitución Nacional, sino que lo ha sido en resguardo del derecho proveniente de la normativa nacional e internacional. Notifíquese por cédula por Secretaría a las partes con habilitación de días y horas inhábiles y a la Señora Representante del Ministerio Público Fiscal en su despacho y al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas [...]”<sup>13</sup>.

Como puede observarse, nos hemos servido de un conjunto de fallos a modo de muestra del conjunto de casos que se sometieron a la decisión del órgano judicial. Algunos adhiriendo a un criterio cerrado de no admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo; mientras que otros, desde una actitud flexible y tolerante que se corresponde con una visión constitucional del derecho civil, declaran la inconstitucionalidad de las normas que impedían que una pareja del mismo sexo pudiera contraer matrimonio.

Sólo podía superarse esta ausencia de uniformidad con una decisión legislativa. Esto se alcanza con la entrada en vigencia de la ley 26.618.

### C. El matrimonio civil en el modelo que instala la ley 26.618

Con el desarrollo que antecede, puede apreciarse que la entrada en vigencia de la ley 26.618 no es casualidad sino causalidad: las parejas del mismo sexo están

<sup>13</sup> Juzgado Nacional de la 1a Instancia en lo Civil n.º 106, 04/05/2010 - L., E. R. c/ L., A. L. y otro - en LL Online, AR/JUR/11707/2010.

y estaban en la sociedad desde hace tiempo y para la protección de sus derechos debían ser incluidas en la norma.

El legislador captó este reclamo y describió su protección dentro de la institución matrimonio. Una clara muestra de que esta apertura se extiende a todo el sistema jurídico se encuentra en el enunciado contenido en el artículo 42 de esta ley: "[...] ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada y aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como el formado por dos personas de distinto sexo".

Con este objeto, introdujo reformas parciales en el régimen de matrimonio civil contenido en el Código Civil según texto ley 23.515, siendo la base del cambio extender el derecho a casarse a las personas del mismo sexo. Esta apertura es la que determinó que se instalara el término "matrimonio igualitario".

Atendiendo a lo precedente y partiendo de la afirmación de que esta norma capta los hechos como fiel reflejo de una sociedad plural y tolerante, corresponde analizar su contenido y espíritu, distinguiendo dos niveles de análisis: (a) si el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo responde a las exigencias sociales y (b) si el texto responde a una buena técnica legislativa.

En un primer nivel de análisis, partimos de la afirmación de que este reconocimiento desde la norma responde a las exigencias sociales y lo convierte por ello en una solución respetuosa del valor justicia, desde una visión que entiende a este valor como el modo de brindar a la persona el mayor espacio de libertad para que se desarrolle como tal.

Decir esto no es más que admitir un dato de la realidad: en la sociedad nos encontramos con una multiplicidad de parejas del mismo sexo que funcionan como familia. En este contexto, el legislador se ocupó de describir en la norma una situación palpable en la sociedad, permitiendo de esta forma contar con un régimen que se corresponda con el derecho de familia desde una mirada constitucional, apuntando de esta forma a la protección de la persona en su diversidad<sup>14</sup>.

Ahora bien: podríamos preguntarnos si el legislador se tendría que haber limitado al reconocimiento de efectos jurídicos para estas uniones o si, por el contrario, procedió bien al reconocer a estas uniones desde la institución matrimonio. Creemos que esta orientación seguida por el legislador, tiene íntima vinculación con la resistencia en conceder juridicidad a la convivencia de pareja entre personas de igual o distinto sexo, como se desprende de la presentación de proyectos serios que no recibieron el debido respaldo en el seno del órgano legislativo<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Recomendamos ver: DIAS, MARÍA BERENICE. *El casamiento y el concepto plural de familia*, en "Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", n.º 50, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 5 y ss.

<sup>15</sup> Corresponde mencionar entre otros: Proyecto de Ley, Senadora Escudero, S-2118-10, Unión Civil; Proyecto de Ley, Diputado Landau, 2077-D-2010; Proyecto de Ley Senadores Filmus - Perceval, S-1874-09, Convivencia de Pareja.

Nuestro pensamiento se vuelve crítico cuando bajamos al segundo nivel de análisis. En gran medida, no compartimos el método seguido en la ley 26.618. Como en tantas otras reformas, ante la falta de consenso para una reforma integral que permita conservar la idea de sistema propia de un código, se avanza con modificaciones parciales que sólo originan discordancias entre las normas que fueron objeto de reforma con el resto. Frente a esta situación, el intérprete tendrá que apartarse en ciertas situaciones de la letra de la norma y buscar respuestas que deriven del sistema de fuentes vigente en el derecho interno<sup>16</sup>.

Desde este lugar, valoramos como aporte de la ley 26.618 el reconocer desde la norma la elección de una forma de familia por parte de un sector de la sociedad. Este tipo familiar que guarda vinculación con un criterio de vida pone en evidencia la necesidad de ser tolerantes respecto al otro.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo<sup>17</sup> (en adelante, TEDH) sostuvo en el caso "Schalk and Kopf vs. Austria", el 24 de junio del 2010<sup>18</sup>, que las parejas del mismo sexo que conforman una unión convivencial estable quedan comprendidas dentro de la noción de "vida privada y familiar", enunciado en el artículo 8.º de la Convención Europea<sup>19</sup>.

En el caso, el TEDH se expidió respecto de si Austria vulneraba o no derechos humanos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos –el derecho

<sup>16</sup> En esta dirección se encuentra trabajando la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco. La misma fue creada por iniciativa del Poder Ejecutivo de la Nación. .

<sup>17</sup> Siguiendo el art. 19 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH se instituye "con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente convenio y sus protocolos". En concreto, su misión consiste en garantizar la efectividad de los derechos humanos previstos en el Convenio, mediante una labor de interpretación y aplicación.

<sup>18</sup> Comentan este fallo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y HERRERA, MARISA. *El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal*, en LL 2010-D-282; MEDINA, GRACIELA. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve que no es contrario a los derechos humanos impedir la celebración del matrimonio homosexual*, en LL 2010-D-349; BELLUSCIO, AUGUSTO C. *La Corte Europea y el matrimonio homosexual*, en JA 2010-III-574; BASSET, ÚRSULA C. y LAFFERIERE, JORGE N. *Europa redefine familia, pero conserva el matrimonio de varón y mujer. Últimas novedades del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en LL 06/07/2010, pp. 7 y ss. LAMM, ELEONORA y RONDA, ROMINA. *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la reciente sentencia del TEDH. No se cierran puertas, mas sí se abren ventanas*, en "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", 2011-I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 207 y ss.

<sup>19</sup> Artículo 8.º, CEDH. Derecho al respeto de la vida privada y familiar: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros".



a contraer matrimonio (art. 12); el derecho de respeto a la vida familiar (art. 8.º) y el derecho a la no discriminación (art. 14)– de una pareja compuesta por dos personas austriacas del mismo sexo que pretendían contraer matrimonio.

El tribunal se ocupa de describir con detalle los hechos: (a) la pareja integrada por los señores Schalk y Kopf recurre a la Oficina para Asuntos de Estado de las Personas para iniciar los trámites necesarios para contraer matrimonio; (b) el 20 de diciembre del 2002, la Oficina Municipal de Viena denegó el pedido con fundamento en el artículo 44 del Código Civil de Austria que sólo regula el matrimonio entre personas de distinto sexo; (c) la pareja recurre la decisión ante el gobernador regional de Viena; (d) el 11 de abril del 2004, el gobernador confirmó la decisión de la Oficina Municipal; (e) como último recurso en el ámbito nacional, la pareja plantea su pedido ante el Tribunal Constitucional; (f) el 12 de diciembre del 2003, el Tribunal Constitucional no hace lugar a la denuncia de los demandantes, destacándose entre los argumentos más salientes: el artículo 12 de la Convención reconoce que *"hombres y mujeres de la edad mínima exigida tienen derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, de acuerdo con las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho"* y, por tanto, ni el principio de igualdad establecido en la Constitución Federal austriaca ni la Convención requieren que el concepto de matrimonio, que está orientado a la posibilidad fundamental de la paternidad, se extienda a las relaciones de naturaleza distinta. El caso llega a conocimiento del TEDH.

Ante la falta de reconocimiento del derecho a casarse en el país de origen, la pareja se presenta ante el TEDH alegando como argumentos: (a) la violación del artículo 12 de la Convención por entender que este enunciado legal no suponía necesariamente que el matrimonio debía ser contraído entre un hombre y una mujer y que la referencia a las leyes nacionales pertinentes no significaba discreción ilimitada de los gobiernos en la regulación del derecho al matrimonio; (b) la violación del artículo 14 en vinculación con el artículo 8.º, por considerar que al negárseles el derecho de contraer matrimonio habrían sido discriminados por su orientación sexual y habrían sido privados del derecho al respeto de su vida privada y familiar.

En cuanto a lo que interesa en este punto, destacamos que la jurisprudencia del TEDH sostuvo que los conflictos que comprenden a personas homosexuales quedan incluidas sólo en la noción de "vida privada", quedando al margen de la noción "vida familiar", también contenida en el artículo 8.º. Sin embargo, en este caso, el tribunal<sup>20</sup> adaptándose a los cambios y a la evolución experimentada en el concepto de familia, entiende que este derecho en su integridad –vida privada y familiar– debe ser reconocido tanto para la pareja heterosexual como para la pareja homosexual<sup>21</sup>. Como señalan KEMELMAJER y HERRERA, "[...] *Esta aseveración*

<sup>20</sup> En el caso Kerner, el TEDH dejó abierta la posibilidad de comprender el "derecho a la vida familiar". TEDH, "Kärner c. Austria", 24/07/2003.

<sup>21</sup> Otro ejemplo de reconocimiento de "familia homosexual", se encuentra en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y Consejo Europeo del 24 de abril del 2004, sobre

*es un paso de gran relevancia para las relaciones homosexuales, en tanto se sale de la noción de "intimidad" para entrar a un plano más 'público' como lo es el de la 'vida familiar' [...]"<sup>22</sup>.*

El TEDH no hace lugar al reclamo de la pareja a contraer matrimonio, por entender que esta posibilidad tiene que estar regulada en su país de pertenencia. Si trasladamos esta posición a nuestra realidad nacional, la apertura que introduce la ley 26.618 permite afirmar que el derecho a la vida familiar comprende a la pareja de igual o distinto sexo unida en matrimonio. Inclusive, aun cuando la norma no lo dice, entendemos que también el derecho a la vida familiar comprende a la familia que encuentra su fuente en la convivencia de pareja entre dos personas del mismo sexo.

#### D. La ley 26.618 y su método

Como punto de partida, debemos destacar que el legislador de la ley 26.618 sólo se ocupó de introducir cambios significativos en el grupo de artículos comprendidos entre los números 172 al 188 del Código Civil, con el objeto de extender el complejo personal del matrimonio a la pareja del mismo sexo.

En cuanto a los efectos de la unión, rigen las mismas normas tratándose de una unión matrimonial entre personas de igual o distinto sexo, conforme lo dispuesto en el artículo 42, ley 26.618: "[...] Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones [...]"

Revisando los cambios en el contexto del Código Civil, se observa que las modificaciones que se extendieron a otros artículos no fueron sustantivas, sino que se limitaron a establecer términos que respondan a un lenguaje neutro que no se refiera al género. Lamentablemente, el legislador dejó enunciados sin revisar. Entre los artículos que fueron objeto de una adecuación terminológica, encontramos: 212; 220, inciso 1.º; 264, inciso 1.º; 264 ter; 272; 287; 291; 294; 296; 307; 324; 476; 478; 1217; 1275, inciso 2; 1299; 1300; 1301; 1315; 1358; 1807, inciso 2.º; 2560; 3292; 3969; 3970. En estas normas se eliminan términos como "madre-padre", "esposa-esposo"; "marido-mujer", "abuela-abuelo", que son remplazados por "cónyuges"; "abuelos"; "contrayentes"; "padres".

el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los integrantes de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Cuando se refiere al esposo/a lo/a define como "la pareja con quien el ciudadano de la Unión Europea se ha registrado, sobre la base de la legislación de un Estado miembro, si la legislación del país de acogida trata esos registros de parejas como equivalentes al matrimonio y conforme a las condiciones expuestas en la legislación nacional relevante del país de acogida". Asimismo, en el Preámbulo de la Directiva se declara: "Los Estados miembros deberían aplicar esta directiva sin discriminación entre los beneficiarios de esta directiva por razones de orientación sexual".

<sup>22</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y HERRERA, MARISA. *El principio de no discriminación en una reciente sentencia del TEDH. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal*, en LL, 2010-D-282.

Como señalamos, el legislador dejó artículos que contienen distinciones vinculadas al género sin modificar, los cuales no se corresponden con el lenguaje neutro impuesto a los enunciados que fueron revisados, entre los que pueden mencionarse: 1246; 3576 bis; 3664; 3568 y 3569.

En esta labor legislativa también encontramos cambios que permitieron superar diferencias aún vigentes entre cónyuges: (a) mientras que antes sólo podía el hombre hacer donaciones a la mujer en las convenciones prematrimoniales, después de la reforma cualquiera de los contrayentes se encuentra habilitado para hacerla en beneficio del otro (art. 1217, CC); (b) en vinculación con el artículo 1217, se modifica el artículo 212 del Código Civil, facultando al cónyuge –varón o mujer– que no dio causa a la separación personal, revocar las donaciones que hizo a favor del otro cónyuge –varón o mujer– en la convención matrimonial; (c) mientras que antes el marido no podía donar bienes inmuebles del matrimonio sin el consentimiento de la mujer o sin la venia supletoria del juez, después de la reforma cualquiera de los cónyuges para donar un inmueble ganancial necesita contar con la conformidad del otro (art. 1807, inc. 2.º, CC). Este supuesto también queda comprendido en el artículo 1277 del Código Civil, por tratarse de un acto de disposición que requiere para su regularidad del asentimiento del cónyuge no disponente.

Por último, cabe señalar que algunos enunciados que forman parte del articulado del Código Civil o de leyes complementarias, destinados a regular los efectos derivados del matrimonio, fueron objeto de una modificación que no se limitó a una mera cuestión de términos. Destacamos como particularidad del conjunto el que los mismos se apartan del principio contenido en el artículo 42, por cuanto establecen distinciones en el tratamiento según se trate de un matrimonio entre personas de igual o de distinto sexo. Mencionamos como ejemplo: cuidado de los hijos (art. 206, CC); nombre del hijo adoptivo (art. 326, CC); uso del apellido marital (arts. 4.º y 8.º, ley 18.248); Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 36, inc. c, ley 26.413); derecho sucesorio de la nuera o del yerno viudo (art. 3576 bis). En la segunda parte de este estudio se intenta acompañar una reseña de aquellas cuestiones que consideramos sustantivas.

#### **E. Las condiciones de existencia del matrimonio después de la entrada en vigencia de la ley 26.618**

Cuando se estudia el matrimonio como acto jurídico familiar bilateral, se distinguen las condiciones de existencia y las condiciones de validez del matrimonio. Mientras que las primeras refieren a los elementos estructurales, las segundas se orientan a preservar la validez del acto (arts. 219 y ss., CC). Esta distinción contribuye cuando corresponde evaluar la existencia –inexistencia o la validez– nulidad del matrimonio.

Cuando el matrimonio adolece de un vicio de la voluntad o concurre un impedimento dirimente, estaremos frente a un acto jurídico familiar anulable. En cambio, cuando no se reúnan los elementos estructurales, como el consentimiento o la presencia del oficial público, nos encontraremos frente a un acto inexistente.

Es importante que se tenga en cuenta esto último al ingresar en el análisis del régimen de matrimonio civil vigente. En efecto, antes de la reforma que introduce la ley 26.618, el artículo 172 del Código Civil, según el texto dado por la ley 23.515<sup>23</sup>, enunciaba tres condiciones de existencia: diversidad de sexos, consentimiento y presencia del oficial público. Después de la reforma, el nuevo texto del artículo 172 dispone: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente". Como puede observarse, las condiciones de existencia se reducen a dos: consentimiento y presencia del oficial público.

A pesar de la claridad del fin seguido por el legislador, encontramos voces que aún hoy sostienen que la unión matrimonial entre personas del mismo sexo es inexistente. En esta línea encontramos a MAZZINGHI cuando sostiene que "[...] Aunque se haya eliminado el requisito del artículo 172, el matrimonio celebrado por personas del mismo sexo, será inexistente, carecerá de entidad, porque, aunque el legislador lo admita, su implantación es un alzamiento contra los datos de la realidad, una rebelión contra la naturaleza de las cosas, que no es modificable por una ley. La inexistencia del matrimonio, pues, funcionará como una red destinada a impedir que un extravío legislativo, redunde en la ruina de la institución. Los jueces tendrán siempre a mano la posibilidad de declarar inexistentes los matrimonios entre personas del mismo sexo"<sup>24</sup>.

Adhiriendo a este pensamiento, BASSET señala que "[...] el proyecto ha consistido sustancialmente en un remplazo de los términos indicativos de la diferencia de sexo entre los contrayentes por términos que indiquen neutralidad de género. Sin embargo, no ha alterado la sustancia básica de la institución matrimonial. Vale decir, es cierto que esa sola modificación incorporada, en tanto que implica la indiferencia en torno al sexo de los contrayentes, provocará indudablemente una transformación radical de la estructura social, con consecuencias que aún no se conocen. Pero ése es otro asunto [...] así como está redactada la ley, los matrimonios que celebren dos hombres o dos mujeres seguirán siendo inexistentes y

<sup>23</sup> La ley 23.515 reproduce en el artículo 172 del CC lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 2393.

<sup>24</sup> MAZZINGHI, JORGE A. *Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo. A la sombra de Lucrecio*, en Suplemento de Actualidad La Ley, 12/08/2010, p. 1.

expuestos a las consecuentes impugnaciones judiciales por aplicación del derecho civil general y del derecho común [...]"<sup>25</sup>.

Si bien respetamos sus opiniones, no compartimos la postura. La ley 26.618 no altera la naturaleza del matrimonio, sino que simplemente capta una situación social que ponía en evidencia la necesidad de un cambio en el régimen de matrimonio civil. Como en su momento la ley 23.515 vino a cubrir una carencia cuando introduce el divorcio vincular, esta reforma avanza un poco para brindar una respuesta a otro dato de la realidad. Como señala FAMÁ, "[...] la diversidad de sexos como requisito explícito fue agregada por la ley 23515, porque, evidentemente, nuestros representantes del año 1987 quisieron aclarar lo que a la época de la sanción de la ley 2393 no era necesario. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer', precisaron los artífices de la Ley de Divorcio Vincular, pues los avances de los reclamos de la comunidad homosexual en el resto del mundo permitían inferir que en un futuro no muy lejano se plantearía la disyuntiva de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y así se hizo, de modo que, al igual que su antecesora, la ley 26618 eliminó otro requisito o elemento estructurante del acto matrimonial: en su momento fue la indisolubilidad del vínculo, ahora es la diversidad sexual [...]"<sup>26</sup>.

Frente al cambio que introduce la norma, debemos considerar que sigue vigente la distinción entre existencia –inexistencia y validez– nulidad del acto jurídico matrimonial, pero reduciendo a dos los elementos estructurales del acto que ante su ausencia pueden dar lugar a la declaración de inexistencia: el consentimiento y la presencia del oficial público.

## II. APERTURA Y PROBLEMAS QUE INTRODUCE LA LEY 26.618

En esta parte, nos dedicamos al impacto del régimen matrimonial vigente en determinados institutos del derecho de familia, destacando que atendiendo al objeto y extensión de este trabajo, limitamos el abordaje a los signos de apertura y problemas que derivan del nuevo paradigma matrimonial.

### A. Matrimonio entre dos personas del mismo sexo y filiación

Para introducirnos en el tema, cabe señalar que en el presente coexisten tres fuentes que permiten el nacimiento del vínculo filial entre padres e hijos, presentando cada una de ellas elementos propios que exigen un tratamiento desde el derecho diferenciado: procreación natural (vínculo natural), procreación humana asistida (vínculo natural asistido) y adopción (vínculo de creación legal). En el presente,

<sup>25</sup> BASSET, ÚRSULA C. *Estudio sobre algunos aspectos relativos al reclamo de reforma en torno al matrimonio*, en Lexis n.º 0003/015064.

<sup>26</sup> FAMÁ, MARÍA VICTORIA. *Hacia una revisión de la teoría sobre la inexistencia del matrimonio entre personas del mismo sexo*, en Lexis Nexis Online n.º 0003/015253.

las tres fuentes de la filiación exigen ser analizadas en vinculación con la apertura que introduce la ley 26.618.

Pero, como pusimos de manifiesto en el punto 4, el legislador de la ley 26.618 sólo se ocupó de la extensión del complejo personal del matrimonio sin adaptar la regulación de los institutos a los cambios que introduce la reforma. Esta omisión produjo un fuerte impacto en el instituto de la filiación, en gran medida, por los valores comprometidos y el interés en el que se sustenta el instituto: el mejor interés del hijo.

La norma omite toda referencia a la filiación de los hijos provenientes de parejas casadas del mismo sexo. Sorprende el hecho de que ante la imposibilidad de éstas de procrear por el camino natural y sólo contar con la posibilidad de tener hijos recurriendo a la adopción o procreación asistida, el legislador guardara silencio. Esta carencia normativa despierta preguntas que motivan en quienes nos dedicamos a la labor de investigación en el derecho de familia el interés por trabajar en la elaboración de respuestas, muchas de las cuales referirán a situaciones presentes en el marco de la procreación asistida frente a la ausencia de un régimen legal especial en el derecho argentino.

A modo ilustrativo, enunciemos las preguntas siguientes: ¿cómo se determina la maternidad y la paternidad de los hijos provenientes de matrimonios homosexuales?; ¿cómo se determina la maternidad y la paternidad de los hijos provenientes de una pareja conviviente homosexual?; ¿qué alcance pasa a tener la presunción legal contenida en el artículo 243 del Código Civil?; ¿cabe aplicar la presunción legal contenida en el artículo 243 del Código Civil en el supuesto del hijo proveniente de la unión matrimonial de dos mujeres?; ¿qué alcance pasa a tener el principio de que la maternidad sigue al vientre?; ¿cómo se determina la filiación en el caso de un matrimonio entre mujeres que recurrió a material genético masculino de tercero dador conocido o desconocido?; en este último caso, ¿el dador de material genético adquiere o puede reclamar algún derecho respecto al hijo?; ¿cómo se determina la filiación en el caso de un matrimonio entre hombres que acuerda con una mujer para que asuma el rol de madre genética y gestacional mediante el aporte de material genético de uno de los miembros del matrimonio?; en el caso de un embrión crioconservado fecundado con material genético de quienes integran un matrimonio y que tras el fallecimiento de ambos o el divorcio se implanta en el útero de una mujer unida en matrimonio homosexual, ¿cómo se determina la filiación?; en el caso anterior, si la dación del embrión crioconservado beneficia a un matrimonio de hombres que acuerda con una mujer que asumirá el lugar de madre gestante, ¿cómo se determina la filiación?; ¿cómo resguardamos en todos estos supuestos y en otros el interés superior del hijo o la hija?; ¿conservan su vigencia los términos madre-padre?

Corresponde aclarar que el artículo 243 del Código Civil argentino mencionado en algunos de los interrogantes expuestos y comprendido en el régimen de la filiación por naturaleza dispone que se presumen hijos del marido de la madre

los nacidos desde la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la disolución (muerte o divorcio vincular), separación personal, separación de hecho o nulidad, salvo prueba en contrario. Nos encontramos frente a una presunción *iuris tantum* inserta en un régimen abierto que destina su protección al derecho del hijo de contar con un emplazamiento completo –materno y paterno– y que este se corresponda con la verdad biológica. Como fácilmente puede observarse, la finalidad del régimen de filiación por naturaleza vigente (CC s/texto ley 23.264) no se corresponde con la apertura en el régimen de matrimonio civil, puesto que sólo puede resguardarse la concordancia entre el vínculo jurídico con el vínculo biológico cuando se trata de hijos nacidos en el seno de una pareja casada o conviviente heterosexual.

En cuanto a la determinación de la maternidad, se aplica el mismo criterio tratándose de un hijo matrimonial o de uno extramatrimonial, rescatándose su carácter legal puesto que no queda librada a la voluntad de la madre; cede así el principio de libertad individual frente al interés social que busca la protección del niño de acceder a la acreditación de su vínculo filial materno.

En tal sentido, el artículo 242 del Código Civil (texto s/ley 24.540)<sup>27</sup> establece que el vínculo materno queda definido por el parto y éste se prueba por el certificado del médico u obstétrica que atendió a la mujer y la ficha de identificación del recién nacido. Esto se completa con lo dispuesto por la ley 26.413<sup>28</sup>, que se ocupa de regular el funcionamiento del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y deroga expresamente el decreto-ley 8204/63, cuyos artículos 32 y 33 también refieren a la prueba de nacimiento y la identificación del nacido<sup>29</sup>.

Tras lo expuesto en los párrafos precedentes, se observa que el sistema que rige para la determinación de la filiación por naturaleza en el seno de un matrimonio heterosexual no resulta extensivo en sus mismos términos al matrimonio homosexual, quienes, como señalamos, sólo pueden tener un hijo por el camino de la procreación asistida o la adopción. Esta realidad exige apartarse del limitado alcance de lo dispuesto en el régimen de filiación contenido en el Código Civil y recurrir a soluciones que se sustenten en los derechos humanos y en los principios constitucionales que hoy iluminan el derecho constitucional de familia.

Para que el lector pueda apreciar el alcance de las situaciones no resueltas en la norma, acompañamos una reseña de supuestos posibles de determinación de vínculos filiales en el marco de la procreación asistida y dejaremos planteado el

<sup>27</sup> Artículo 242, CC s/texto leyes 23.264 y 24.540: "La maternidad quedará establecida aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido".

<sup>28</sup> Sancionada el 10/09/2008 y publicada en el Boletín Oficial el 06/10/2008.

<sup>29</sup> FAMÁ, MARÍA VICTORIA. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 40.

criterio general por seguir en la búsqueda de una respuesta para la determinación de la filiación en cada caso en particular.

1. La determinación de la filiación en el matrimonio entre dos mujeres. Supuestos posibles: (a) matrimonio entre mujeres que recurre a material genético de tercero dador conocido o anónimo; (b) matrimonio entre mujeres que recurre a la dación de un embrión crioconservado.

2. La determinación de la filiación en la convivencia de pareja entre dos mujeres.

3. La determinación de la filiación en el matrimonio entre dos hombres. Supuestos posibles: (a) matrimonio entre hombres que recurre a la colaboración de una mujer conocida o no, para concretar el deseo del hijo común por el camino de la maternidad disociada; (b) matrimonio entre hombres que recurre a la dación de un embrión crioconservado para ser implantado en el útero de una mujer conocida o no que asumirá el lugar de madre gestacional.

En cualquiera de estos supuestos, corresponde otorgar primacía a la voluntad procreacional por sobre el respeto a la verdad biológica y definir el vínculo atendiendo siempre al mejor interés del hijo.

Lamentablemente, el régimen de filiación por naturaleza vigente no tiene en consideración la voluntad procreacional, puesto que se rescata la verdad biológica como forma de garantizar al hijo el reconocimiento de su derecho a la identidad en referencia a su historia de origen. Pero, en el presente no podemos quedarnos con el esquema que el legislador diseñó, partiendo de la idea de que el vínculo jurídico filial guarde concordancia con la verdad biológica, sino, por el contrario, cabe en muchos supuestos determinar la filiación en función de la voluntad procreacional.

La noción de voluntad procreacional no es reciente, sino que ya se perfilaba desde hace tiempo. Clara muestra de ello es el desarrollo que nos dejó el destacado jurista Díaz de Guijarro<sup>30</sup>, cuando en uno de sus tantos trabajos distinguió tres aspectos que se vinculan con el acto procreacional: (1) la voluntad de la unión sexual; (2) la voluntad procreacional y (3) la responsabilidad procreacional.

La *voluntad de la unión sexual* es la libertad de mantener relaciones sexuales. Teniendo presente que hoy la unión sexual y la procreación funcionan de forma independiente, la libertad sexual puede estar unida o no al deseo de procrear.

La *voluntad procreacional* es el deseo e intención de crear una nueva vida. Este derecho también recibe protección del ordenamiento jurídico, tutelando a la persona en su decisión libre de tener un hijo<sup>31</sup>. Corresponde señalar que la voluntad puede

<sup>30</sup> DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE. *La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*, en JA 1965-III-21.

<sup>31</sup> Si bien tiene una vinculación indirecta con el tema, resulta ilustrativo acompañar una breve reseña de un caso donde se acude a la justicia para solicitar el respeto de la voluntad procreacional. El mismo, se planteó ante la C. Apel. Federal, 9.º Circuito, California, 09/05/2001. Se trataba de un condenado a prisión perpetua, quien pretendía con su esposa de 46 años tener un hijo. Como la legislación estadual prohíbe las visitas conyugales para



estar presente, aun cuando quien la expresa no participe del acto procreacional. Sería el caso de una pareja de dos hombres –casados o convivientes– que tienen un hijo fruto de la fecundación del material genético de uno de ellos con el material genético de la madre gestante, quien ante la ausencia de voluntad procreacional no será emplazada como madre legal.

La *responsabilidad procreacional* se deriva del hecho de la procreación (natural o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce. Si la unión sexual produce la fecundación, nace una responsabilidad directa sobre los progenitores respecto de la persona por nacer. Esto se exterioriza en el ámbito normativo, en el instituto de la responsabilidad parental –dejamos atrás el término *patria potestad*– cuyo contenido abarca un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad (art. 264, CC argentino, s/texto ley 23.264).

Como expresamos en otro trabajo, “es válido jerarquizar en ciertos casos la verdad biológica y en otros la voluntad procreacional. Creemos que adoptar una solución uniforme es asumir una respuesta simplista al problema, dejando a un lado las particularidades propias de cada caso concreto. En la filiación no sólo debe importar la verdad biológica, sino también, el conjunto de verdades que atraviesan a la persona en el transcurso de la vida. Por esta razón, al momento de adjudicar un vínculo filial, debe considerarse que el mismo guarde armonía con el interés del hijo en vinculación con el interés familiar”<sup>32</sup>.

Por ello, entendemos que el derecho a la filiación –derecho a contar con un emplazamiento completo– y el derecho de identidad son derechos diferenciados<sup>33</sup>, partiendo de la convicción de que no siempre el vínculo filial deberá responder a la verdad biológica, la cual hace a un aspecto de la identidad de la persona<sup>34</sup>.

tales reclusos, el interesado solicitó autorización para enviar semen a un laboratorio a fin de inseminar artificialmente a su esposa, asumiendo los gastos. La autoridad carcelaria rechazó el pedido. Agotada la vía administrativa, el presidiario acudió a la instancia judicial. El tribunal de distrito desestimó el planteo por entender que el derecho a procrear se extingue con la condena a prisión perpetua. La Corte de Circuito anuló tal decisión y devolvió los autos para que continuase el proceso. De la lectura de este caso se desprende que ante la imposibilidad de mantener libremente relaciones sexuales (voluntad de la unión sexual), se pretende recurrir a la inseminación artificial para concretar la voluntad procreacional. Ver nota a fallo: GUARDIA, DIEGO L. y SALAS, LUIS R. *El derecho a procrear del condenado a cumplir una pena privativa de la libertad*, en LL 2002-E-325.

32 KRASNOW, ADRIANA N. “Filiación, Homoparentalidad y filiación”, en *Matrimonio civil entre personas de igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y el derecho sucesorio*, ADRIANA N. KRASNOW (directora), Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 178.

33 KRASNOW, ADRIANA N. “Filiación, Homoparentalidad y filiación”, ob. cit., p. 178. “Filiación, Homoparentalidad y filiación”.

34 Siguiendo a ZANNONI, se distinguen tres aspectos del derecho de identidad: (1) *identidad personal en referencia a la realidad biológica*: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica; dentro de esta dimensión se distinguen dos aspectos: (a) *identidad genética*: abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible; (b) *identidad filiatoria*: resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado

En suma, debemos ocuparnos de analizar el derecho de identidad y el derecho a la filiación a la luz tanto de los cambios que introducen las nuevas tecnologías reproductivas, así como en relación con las situaciones que se presentan con las puertas que en este ámbito abre el actual régimen de matrimonio civil, siendo el interés superior del niño y la voluntad procreacional los elementos que deben servir de guía al momento de definir la determinación de vínculos<sup>35</sup>.

Respecto de los cambios que la ley 26.618 trae en el régimen legal de la adopción (CC s/texto ley 24.779), corresponde señalar que sólo introduce modificaciones en el texto de tres artículos del Código Civil comprendidos en el título de la adopción: 324, 326 y 332. A esto se suma la modificación del artículo 12 de la ley n.º 18.248 (Ley del nombre de las personas naturales).

Los artículos 326 y 332 se refieren a la cuestión del apellido en la adopción que serán tratados en el punto siguiente y el artículo 324 del Código Civil, que dispone respecto de la guarda preadoptiva, queda con el texto siguiente: "*Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al sobreviviente y el hijo adoptivo lo será del matrimonio*". El cambio se limita a una adecuación terminológica, reemplazando los términos "viuda o viudo" por "sobreviviente".

Entendemos que esta modificación debió complementarse con un cambio de ubicación del enunciado. Decimos esto porque si bien se trata de una norma con alcance para los dos tipos adoptivos, se mantuvo en el espacio destinado a la regulación de la adopción plena.

Con lo expuesto, se agotan las adecuaciones del régimen al nuevo modelo que introduce la ley 26.618, siendo de aplicación para la persona o matrimonio homosexual que pretenda adoptar las normas propias de los tipos adoptivos comprendidos en el Código Civil según el texto de la ley 24.779.

Analizando las situaciones fácticas que vinculan a la pareja del mismo sexo con la adopción, se comprueba la necesidad de distinguir entre los supuestos comprendidos en la norma y los supuestos no comprendidos en la norma.

Entre los supuestos comprendidos encontramos la adopción por parte de una persona homosexual; la adopción de un matrimonio integrado por dos mujeres o dos hombres; la adopción integrativa del hijo biológico o adoptivo del otro cónyuge en el marco de un matrimonio homosexual.

de familia, en relación con quienes aparecen jurídicamente como sus padres; (2) *identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona*: comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como: los atributos de la personalidad, la propia imagen, entre otros, y (3) *identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona*: realización del proyecto existencial de la persona, como sus creencias, pensamientos, ideologías, costumbres. En CHIERI, PRIMAROSA y ZANNONI, EDUARDO. *Prueba del ADN*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 183 y ss.; ZANNONI, EDUARDO. *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. II, 4º edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 325.

<sup>35</sup> KRASNOW, ADRIANA N., IGLESIAS, MARIANA B. y DE LORENZI, Mariana. *Matrimonio civil entre personas de igual sexo*, ADRIANA N. KRASNOW (directora), Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 169 y ss.

Respecto de los supuestos no comprendidos, enunciamos la adopción conjunta por parte de una pareja conviviente del mismo sexo; la dación o adopción de un embrión crioconservado en el marco de un matrimonio entre dos mujeres; la adopción integrativa por parte del cónyuge que no aportó material genético en el marco de la maternidad disociada o subrogada (matrimonio entre hombres).

En todos estos casos y como lo pusimos de manifiesto en el inicio de este punto, deberá tenerse en mira siempre el interés superior del niño. En vinculación con la adopción, debe hacerse la lectura en función de: (a) el artículo 321, inciso *i* del Código Civil al establecer que en el proceso de adopción el juez deberá en todos los casos valorar el interés superior del niño; (b) este interés superior debe estar siempre por sobre el interés de los pretendientes adoptantes; (c) el interés superior del niño exige vincular las normas de fondo con las normas de validez primaria; (d) queda comprendido en el interés superior del niño, el derecho de acceder a su historia de origen.

## B. El nombre y los cambios que introduce la ley 26.618

La cuestión del apellido de los hijos y el cónyuge fue objeto de especial tratamiento en la ley 26.618, pero la distinción en la regulación de esta cuestión según se trate de matrimonio entre personas de igual o distinto sexo impidió lograr una reforma que se correspondiera con la regla general plasmada en el artículo 42 de la ley 26.618.

### 1. El apellido de los hijos en la filiación por naturaleza

El artículo 4.º de la ley del nombre de las personas naturales –ley 18.248– fue objeto de reforma, como se desprende del artículo 37 de la ley 26.618<sup>36</sup>:

Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido,

<sup>36</sup> Ver: TÓFALO, ARIEL. El nombre de los hijos y el derecho de familia. Un estudio exploratorio sobre las creencias y aspiraciones de los destinatarios, en "Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", n.º 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 277 y ss.

o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años.

Destacamos que la norma sólo se ocupó de los hijos nacidos de una pareja casada, y guardó silencio respecto de los hijos extramatrimoniales. Acá notamos que el legislador limitó los cambios a todo lo que se vincule con el matrimonio, dejando sin tocar normas que, al quedar descontextualizadas, tendrán que ser interpretadas conforme el nuevo marco que se instala con la reforma.

El problema es definir qué ocurre cuando el reconocimiento es posterior. El artículo 5.º de la ley 18.248 dispone: “[...] Si es reconocido por ambos, simultáneo o sucesivamente, adquiere el apellido del padre [...] Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste [...]”. En la situación descripta, consideramos que el hijo tiene derecho a conservar el apellido que porta desde el nacimiento, trátase de un hijo proveniente de una unión homosexual o de una heterosexual.

Analizando el texto actual del artículo 4.º de la ley 18.248, se observa la falta de armonía con el principio de igualdad consagrado en el artículo 42 de la ley 26.618, puesto que establece un régimen distinto según se trate de hijos provenientes de un matrimonio de igual o distinto sexo. En este sentido, para el matrimonio heterosexual, se mantiene la regla de que los hijos portarán el apellido del padre; mientras que establece una serie de opciones para definir el apellido de un hijo –biológico o adoptivo– proveniente de un matrimonio homosexual.

De esta forma, al conservarse en el ámbito del matrimonio heterosexual la regla según la cual el hijo llevará el apellido del padre, se detecta una discordancia con el criterio de igualdad contenido en el artículo 42 de la ley 26.618. La ausencia de un cambio denota que persiste un esquema rígido que no habilita el acuerdo entre los padres. En este contexto, las variables se reducen a las siguientes: (a) inscribir al hijo con el apellido del padre; (b) por decisión común de los padres, inscribir al hijo con el apellido compuesto del padre o con el apellido del padre seguido del apellido materno; (c) que el hijo a partir de los dieciocho años pida la adición del otro apellido del padre o que a continuación del apellido paterno se sume el de la madre.

En cambio, cuando nos situamos frente al matrimonio entre personas del mismo sexo nos encontramos ante a un régimen flexible que además de permitir el ingreso de la autonomía de la voluntad respeta el principio de igualdad entre cónyuges. Esta apertura se desprende de las variables contenidas en la norma: (a) los padres en ejercicio de la autonomía de la voluntad se ponen de acuerdo en inscribir al hijo con el apellido de uno de ellos; (b) los padres en ejercicio de la autonomía de la voluntad acuerdan que el hijo llevará el apellido compuesto de uno de ellos; (c) los padres en ejercicio de la autonomía de la voluntad inscriben al hijo con el apellido de ambos; (d) frente a un desacuerdo entre los padres y

tratándose de un hijo adoptivo, el hijo portará los dos apellidos, que serán ordenados alfabéticamente; (e) cuando el hijo fuera inscripto con el apellido de uno de los progenitores, podrá a partir de los dieciocho años solicitar la adición del apellido compuesto del progenitor del cual tuviera el primer apellido o pedir la adición del apellido del otro progenitor.

Para una futura reforma, proponemos: (1) unificar el criterio para definir el apellido de los hijos, respetando las normas de validez primaria y la regla contenida en el artículo 42 de la ley 26.618; (2) propiciamos que en una futura reforma legal se defina el apellido de los hijos, en principio, por el acuerdo de los progenitores unidos en matrimonio heterosexual u homosexual; (3) reconocer el derecho del hijo a solicitar que se modifique el orden de los apellidos o el agregado del apellido del otro progenitor desde que accede a la mayoría de edad. En este aspecto, cabe observar que el legislador emplea la edad de dieciocho años como si fuera una facultad especial reconocida, cuando en realidad a esta edad es mayor de edad y puede gozar libremente de todos los derechos de su titularidad; (4) limitar en el tiempo, la facultad que el hijo tiene de solicitar que se modifique el orden de los apellidos o el agregado del apellido del otro progenitor<sup>37</sup>. Con el objeto de unificar límites temporales, nos inclinamos por reconocer este derecho hasta los veintiún años, en consonancia con el derecho a pedir alimentos (art. 265 CC, según texto ley 26.579); (5) frente al silencio del legislador respecto de los hijos extramatrimoniales, recomendamos extender la solución propuesta para los hijos matrimoniales, cuando simultáneamente se determina su maternidad y paternidad extramatrimonial. En caso de que mediare un reconocimiento posterior, podrá continuar en el uso del apellido del primero que lo reconoció si es conocido públicamente con él.

## 2. El apellido de los hijos en la adopción

La ley 26.618 comprende importantes modificaciones en el régimen del nombre en la adopción. Al cambio que se introduce en el texto del artículo 4.º de la ley 18.248 se suman las modificaciones en los artículos 326 y 332 del Código Civil s/texto ley 24.779. Mención aparte merece la modificación del artículo 12 de la ley 18.248, referido al apellido en la adopción, vigente en la época en que el instituto estaba regido por la ley 13.252 y que por las reformas posteriores era considerado tácitamente derogado.

Para el análisis, partimos de los enunciados actualmente vigentes:

Artículo 326, CC s/texto ley 26.618, art. 16:

El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo,

<sup>37</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y HERRERA, MARISA. *Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica*, en LL 2010-C-1382.

a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. En uno y otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición. Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos. Si el o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto.

Artículo 332, CC s/texto ley 26.618, art. 17:

La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho años. El cónyuge sobreviviente adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su cónyuge premuerto si existen causas justificadas.

De la lectura del nuevo texto del artículo 326 se comprueba que este artículo reitera lo dispuesto en el artículo 4.º de la ley 18.248. Respecto de esto, compartimos la crítica vertida por GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA: "[...] aludir al apellido del adoptado en el articulado dedicado al apellido de los hijos matrimoniales es una decisión de técnica legislativa, a nuestro entender, errada porque nada agrega a la regulación que se le da en los articulados especiales sobre el tema y, encima, confunde [...]"<sup>38</sup>.

Como cambios futuros, proponemos en el caso de la *adopción plena* los siguientes: (1) establecer un único régimen que no establezca diferencias según se trate de un matrimonio heterosexual u homosexual; (2) cuando los adoptantes sean cónyuges, decidirán de común acuerdo qué apellido llevará el hijo, y si optan por inscribirlo con el de ambos, en qué orden; (3) si el niño o adolescente que será dado en adopción comprende la trascendencia del nombre como derecho humano personalísimo y como atributo de su personalidad, tendrá participación en el proceso de elección; (4) cuando los cónyuges no se pongan de acuerdo, decidirá el juez; (5) el hijo adoptivo podrá, antes de llegar a la mayoría de edad, solicitar cambios con el acompañamiento de un abogado especializado. El juez evaluará sus competencias en vinculación con las circunstancias de hecho.

Respecto de la *adopción simple*, proponemos: (1) conservar el apellido de origen cuando sea identificado socialmente con él; (2) en este caso, se agregará a continuación del apellido de origen el apellido del adoptante, y en caso de que sean cónyuges, el apellido elegido de común acuerdo entre los adoptantes y que

<sup>38</sup> GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA. *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 507.

pertenece a uno de ellos; (3) si no se ponen de acuerdo respecto de la elección del apellido, quedará a criterio del juez la elección; (4) en cualquiera de los casos, corresponde garantizar el derecho del adoptado de participar en el proceso de elección, conforme a sus competencias y circunstancias de hecho.

### 3. El apellido del cónyuge

Partimos de los enunciados que fueron objeto de reforma<sup>39</sup>:

Artículo 8.º, ley 18.248 (según texto del artículo 38, ley 26.618):

Será optativo para la mujer casada con un hombre añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición 'de'. En caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, será optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el del cónyuge precedido por la preposición "de".

Artículo 9.º, ley 18.248 (según texto del artículo 39, ley 26.618):

Decretada la separación personal, será optativo para la mujer casada con un hombre llevar el apellido del marido. Cuando existieren motivos graves los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiera optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades. Decretada la separación personal, será optativo para cada cónyuge de un matrimonio entre personas del mismo sexo llevar el apellido del otro. Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido de uno de los cónyuges, podrán prohibir al otro separado el uso del apellido marital. Si el cónyuge hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida/o por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

Artículo 10.º, ley 18.248 (según texto del artículo 40, ley 26.618):

La viuda o el viudo está autorizada/o para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital. Si contrajere nuevas nupcias, perderá el apellido de su anterior cónyuge.

Lamentamos que el texto actual de los artículos 8.º y 9.º contenga una diferencia en el tratamiento del apellido del cónyuge según se trate de matrimonio heterosexual u homosexual. El legislador establece una diferencia de trato, limitando el derecho de opción de uso del apellido del marido a la mujer, sin hacerlo extensivo

<sup>39</sup> Recomendamos, ver: PAGANO, LUZ. *El apellido de los cónyuges y de los hijos a partir de la ley 26.618*, en "Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", n.º 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 123 y ss.

al marido para que opte por el uso del apellido de su cónyuge; mientras que en el matrimonio homosexual se concede esta facultad a cualquiera de los cónyuges. El mismo criterio sigue el legislador cuando regula la continuación en el uso después del cese de la comunidad de vida entre los cónyuges. Lo conveniente hubiera sido poner fin a este derecho de opción y que la pareja unida en matrimonio decida el apellido que los identificará socialmente como familia.

### C. La responsabilidad parental y los cambios que introduce la ley 26.618

La ley 26.618 introduce cambios en el artículo 206 y en el inciso 1.º del artículo 264 del Código Civil.

El nuevo texto de la primera parte del artículo 264 del Código Civil con el cambio que sólo se introduce en el inciso 1.º establece:

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su formación y protección integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde: 1. En el caso de los hijos matrimoniales, a los cónyuges conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuentan con el consentimiento del otro, salvo los supuestos contemplados en el art. 264 quáter, o cuando mediare expresa oposición.

Esta adecuación terminológica que apunta a un lenguaje neutro, no se traslada al inciso 2 que al no haber sufrido cambios conserva su texto anterior:

En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

Esta referencia al género se reitera en el nuevo texto del artículo 206 del Código Civil, cuando regula el cuidado de los hijos provenientes de matrimonio heterosexual, consagrando por este camino una solución distinta según se trate de un matrimonio entre personas de igual o distinto sexo.

En este sentido, el artículo 4.º de la ley 26.618 modifica el texto del artículo 206 del Código Civil por el siguiente:

Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el



juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Como punto de partida, creemos conveniente enunciar los problemas que plantea esta norma y que encuadramos en un trabajo anterior en el marco de la "pérdida de oportunidades"<sup>40</sup>:

Primera oportunidad perdida: terminar con el uso de los términos "patria potestad" y "tenencia": el legislador de la ley 26.618 tendría que haber recurrido al empleo de términos como *cuidado*, *guarda*, *convivencia* o *custodia*. Esto no impide que desde la labor doctrinaria y jurisprudencial se empleen los términos que responden al espíritu del sistema

Segunda oportunidad perdida: eliminar la preferencia materna cuando se trata de hijos menores de cinco años. El análisis del artículo 206 debe hacerse en vinculación con el artículo 264, inciso 2.º, del Código Civil, teniendo en cuenta que cuando este último dice "[...] *al padre o madre* [...]" debe leerse "*padres*". De la combinación de ambos preceptos se desprende que el criterio rector al momento de decidir quién conservará la posibilidad de convivir con el hijo que se acompañará con el ejercicio de la responsabilidad parental será el mejor interés de éste (arts. 3.1, 5, 12 y 18.1, CDN).

Trátase de una pareja de igual o distinto sexo, será el mejor interés del niño el elemento determinante al momento de definir un régimen de cuidado y comunicación, sin importar la edad de los hijos. En los supuestos de hijos con madurez suficiente para comprender la situación, debe garantizarse su derecho a participar en el diseño de las estrategias que contribuyan a mantener un vínculo sólido con ambos padres.

En este sentido, merece acompañarse parte del dictamen del procurador general seguido por el voto mayoritario de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo de fecha 29 de abril del 2008, revocando el fallo de Cámara que concedía un cambio de custodia a favor de la madre:

[...] La resolución impugnada, en cuanto concede la tenencia provisoria de una niña a su madre y pone fin a la guarda de hecho que venía ejerciendo el padre, sin una valoración real acerca de los beneficios del cambio, y de toda la actividad adicional –probatoria y ponderativa– que ella implica, transgrede el límite de las potestades jurisdiccionales, en cuanto importa una profunda innovación en la condiciones de vida de la niña, en

<sup>40</sup> KRASNOW, ADRIANA N. *La custodia en la ley 26.618. Una pérdida de oportunidades*, en Suplemento Especial La Ley: Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo, La Ley, 2010, pp. 23-29. En similar sentido: CHECHILE, ANA MARÍA. *La ley de Matrimonio Igualitario y su incidencia en las relaciones paterno – filiales. Algunas oportunidades perdidas*, en "Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", n.º 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 107 y ss.

base a inferencias que –sin ningún sustrato idóneo– minimizan las consecuencias del cambio, al determinar dogmáticamente que la madre posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas de la pequeña [...]»<sup>41</sup>.

Tercera oportunidad perdida: abrir el juego a la autonomía de la voluntad de los padres y sólo dejar librada la decisión al arbitrio judicial ante la falta de acuerdo de éstos: esta referencia sólo para los padres del mismo sexo puede originar una diferencia de trato que no responde al espíritu del régimen: (a) ¿cuáles fueron las razones tenidas en cuenta por el legislador para fijar la preferencia materna en el caso de padres heterosexuales?; (b) ¿cuáles fueron las razones que condujeron al legislador a permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de padres del mismo sexo?; (c) ¿cuáles fueron las razones que hicieron que el legislador no elaborara un enunciado general que permita a los padres, sin distinción, definir de forma autónoma el régimen de cuidado y comunicación?

Todos estos cuestionamientos se hubieran evitado con un enunciado general, como el propuesto por Kemelmajer de Carlucci y Herrera:

Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. En caso de existir hijos comunes a su cargo, los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones relativas a la patria potestad. A falta de acuerdo, la guarda será resuelta por el juez teniendo en cuenta el interés superior del niño<sup>42</sup>.

Destacamos que desde hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia entienden que ante la falta de prohibición en la norma, los padres, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, estaban facultados para celebrar convenios destinados a definir si uno o ambos asumirán el cuidado, así como determinar la forma de hacer efectivo el deber-derecho de comunicación entre el hijo y el padre no conviviente en los supuestos de cuidado unipersonal. Esta posibilidad de acordar lo mejor para el hijo, debe extenderse a la pareja de padres cualquiera fuera la orientación sexual de éstos.

### III. CIERRE

Partiendo del convencimiento de que el derecho tiene que ser entendido como un fiel reflejo de la realidad social, nos propusimos con este trabajo mostrar al lector que la ley argentina 26.618 es un claro reflejo de cómo el derecho tiene que acomodarse y así captar los cambios para su traslado a la norma.

<sup>41</sup> CSJN, 24/04/08 – M. D. H. c. M. B. M. F. -, en LL 2008-C-537.

<sup>42</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y HERRERA, MARISA. *Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática judicial*, en LL 2010-C-1382.

Pero si bien destacamos como valiosa la labor del legislador que se ocupó de plasmar en la norma un dato de la realidad, también observamos la ausencia de respuestas en cuestiones claves, así como también las imprecisiones de técnica legislativa que se desprenden de varios de sus enunciados.

En este contexto, y partiendo de un marco general, acompañamos soluciones, herramientas y propuestas que permitan revertir las carencias o imprecisiones que contiene el nuevo régimen legal de matrimonio civil y así poder hacer frente a los problemas que puedan presentarse con el reconocimiento desde la norma del matrimonio entre personas del mismo sexo. Esperamos haber cumplido con nuestro cometido.