

LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA +10 Y LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA. DECONSTRUYENDO BIOLOGÍAS Y DECONSTRUYENDO ROLES. MADRES, PADRES Y PADRES

Por ELEONORA LAMM*

Resumen:

A partir de lo recientemente establecido por los Principios de Yogyakarta +10 el objeto de este trabajo es abordar cómo el derecho a formar una familia a partir del juego de las tecnologías reproductivas y su acceso por toda persona independientemente de su orientación sexual e identidad de género ha provocado una deconstrucción de las biología y de los roles, de modo que hoy es prácticamente imposible seguir hablando de maternidades y paternidades.

Estos términos fueron generados a partir de un binario que ya no existe, no solo en materia de sexo y género sino también de relaciones, por lo que se presentan hoy caducos en tanto resulta forzado definir a quien se presenta como criando a un niñ* como madre o padre, en tanto se han derrumbado las categorías que permitían ubicarl*s en uno u otro.*

Se procura demostrar cómo si para nuestra legislación el “rol” que en definitiva se asume es una cuestión de identidad, si no importa el sexo, ni el aporte biológico o genético en la definición del rol, entonces ¿importa ya ese rol? ¿Qué lo define? Se trata obviamente y hoy más que nunca de construcciones políticas fundadas en bases culturales que deben deconstruirse. Para ello es fundamental la supresión del sexo como categoría jurídica.

Palabras clave:

Autonomía reproductiva, identidad de género, tecnologías reproductivas.

* Doctora en Derecho de la Universidad de Barcelona, con línea de investigación en Bioética, Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza (Mendoza, Argentina) E-mail: elelamm@gmail.com. Agradezco enormemente los valiosos aportes y las constantes enseñanzas de Mauro Cabral. Ni este comentario, ni los Principios de Yogyakarta que motivan este trabajo, serían posibles sin sus contribuciones. También agradezco profundamente los profundos y acertados comentarios de Moira Pérez, Blas Radi y María Luisa Peralta que motivaron importantes cambios en el texto.

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES +10 AND REPRODUCTIVE AUTONOMY. DECONSTRUCTING BIOLOGIES AND DECONSTRUCTING ROLES. MOTHERS, FATHERS AND PARENTS

Abstract:

Based on what was recently established by the Yogyakarta Principles +10, the aim of this paper is to address how the right to create a family—in light of reproductive technologies and access to them regardless of sexual orientation and gender identity—has led to the deconstruction of biology and roles, such that it is nowadays practically impossible to continue talking about maternity and paternity.

These terms come from a binary that no longer exists, not only in terms of sex and gender but also in terms of relationships, which is why they appear obsolete today. To define the person who is raising a child as mother or a father is a forced operation, since the categories enabled such a determination have collapsed.

This work seeks to demonstrate that if our legislation considers the “role” that is ultimately assumed as an identity issue, where neither sex, nor biological or genetic contributions matter to define such role, then it is possible to question whether that role actually matters. What defines those roles? Now more than ever, they are obviously political constructions based on cultural foundations that must be deconstructed. To that end, it is fundamental to suppress sex as a legal category.

Keywords:

Reproductive autonomy, gender identity, reproductive technologies.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre el derecho a formar una familia. En este trabajo, procuro abordar este derecho desde otro lugar, no ya en lo que respecta a su acceso, sino específicamente cómo este acceso a partir del juego de las tecnologías reproductivas y por toda persona independientemente de su orientación sexual e identidad de género, ha provocado una deconstrucción de las biologías y de los roles, de modo que hoy es prácticamente imposible seguir hablando de maternidades y paternidades.

Estos términos fueron generados a partir de un binario que ya no existe, no solo en materia de sexo y género¹ sino también de relaciones, por lo que se

¹ Siguiendo esta línea, la reciente Opinión Consultiva N° 24 de la Corte IDH sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (Opinión Consultiva N° 24 de la Corte IDH. Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo) separa a la genitalidad de la decisión libre y autónoma que guía la construcción de la identidad de género que realiza cada persona, en el sentido de que la genitalidad no tiene por qué ser necesariamente destino de un género determinado. Al respecto, el párrafo 95 expone que

presentan hoy caducos en tanto resulta forzado definir a quien se presenta como criando a un* niñ* como madre o padre, en tanto se han derrumbado las categorías que permitían ubicar l*s en uno u otro.

Me explico: no hay dos géneros² que se corresponden con dos sexos. Esta ruptura de la concepción binaria del género también se presenta respecto del sexo, en tanto también es necesario deconstruir las categorías sociales y políticas que lo binarizan, o simplemente entender que la distinción se funda en ellas. Ya no se puede afirmar que hay dos sexos, sino una multiplicidad de características sexuales que son compulsivamente encasilladas en dos categorías sexuales³. Pero, además, de los supuestos sexos no se desprenden los géneros, sino que el género es independiente del sexo; tanto el sexo como el género son cristalizaciones de ciertas prácticas sociales, modos de interpretar, clasificar y disciplinar a los cuerpos. De esta manera, hay tantos géneros como identidades y, por ende, tantas identidades de género como personas.

Pero, además, este binario tampoco existe en materia de relaciones en tanto ya no solo hay dos madres, dos padres, o una madre y un padre. Hoy, jurídicamente, es viable que existan más de 3 vínculos jurídicos⁴. ¿Cómo les

“el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada”. Esclareciendo estos conceptos, los Principios de Yogyakarta, en su primer documento del año 2006, actualizados en 2017 (Yogyakarta Principles plus 10) entienden que la identidad de género “...se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. <http://www.yogyakartaprinciples.org>.

² En términos de Judith Butler, podría decirse que “un discurso restrictivo de género que insista en el binario del hombre y la mujer como la forma exclusiva para entender el campo del género performa una operación reguladora de poder que naturaliza el caso hegemónico y reduce la posibilidad de pensar en su alteración”. BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 70-71.

³ Los Principios de Yogyakarta Plus 10 definen las características sexuales como las características físicas de cada persona en relación con el sexo, incluidos los genitales y otras anatomías sexuales y reproductivas, cromosomas, hormonas y características físicas secundarias que emergen de la pubertad.

⁴ Véase, LAMM, Eleonora, “Familias multiparentales. Su ‘blanqueo’ legal como solución que mejor satisface los intereses en juego”, *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, N° 11, 2016. Disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/05/lamm.pdf>, fecha de consulta: 26/4/2018; HERRERA, Marisa - FERNÁNDEZ, Silvia, “Uno más uno: tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad”, RDF 85, 2018; DE LA TORRE, Natalia - SILVA, Sabrina A., “Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología”, RDF 2017-VI. Cita online: AP/DOC/1018/2017; DE LA TORRE, Natalia, “La triple filiación desde la perspectiva civil”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2016-I, Derecho de Familia-I: “Relaciones entre padres e hijos”, Rubinzal-

denominamos? ¿Es esa tercera persona, si es que existe alguien que se presente como plus, un padre o una madre? ¿Sobre qué base?

A los efectos de avanzar en el análisis comenzaré por el abordaje de lo que hoy dice nuestra Ley de Identidad de Género (LIDG) y los Principios de Yogyakarta (PY).

1. EL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA EN LA LEY 26.743 DE IDENTIDAD DE GÉNERO Y EN LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

La ley argentina 26.743 permite, por un lado, efectuar la “Rectificación registral del (a) del sexo, y (b) cambio de nombre de pila e imagen”. Por el otro, la ley permite acceder a: (a) intervenciones quirúrgicas totales y parciales y (b) tratamientos integrales hormonales para modificar su cuerpo. Esta norma es norma reforzada, aunque aún hoy no es efectivamente garantizada en su totalidad sin trabas, por el decreto 903-2015⁵.

Para acceder a ambos derechos solo se exige el consentimiento de la persona.

Ahora bien, como se puede observar, la ley garantiza dos derechos independientes y, obviamente, sin sujetar uno a otro: ni para acceder a la modificación registral se debe previamente acceder a la modificación corporal ni viceversa (hay personas que quieren modificar su cuerpo pero no su DNI y viceversa).

Esto es así, no solo porque exigir lo contrario viola derechos humanos⁶, como sucedía sistemáticamente en Argentina antes de la sanción de la

Culzoni, 2016, pp. 117-144; DE LA TORRE, Natalia, “Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?”, RDF 2015-VI-217. Cita online: AP/DOC/1075/2015; DE LORENZI, Mariana, “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad”, RDF 2017-79-227. Cita online: AP/DOC/251/2017; GIMÉNEZ, Ana, “La desbiologización de la parentalidad: filiación socioafectiva y la posibilidad de la multiparentalidad por el Tribunal Federal brasileño”, DFyP 2017 (octubre), cita online: AR/DOC/2365/2017; HERRERA, Marisa, “Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?”, en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Abeledo Perrot, CABA, 2015, t. I, pp. 971-1012; HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, RDF, pp. 66-75. Cita online: AP/DOC/1066/2014; LAMM, Eleonora - RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, “Familias multiparentales”, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia: actualización doctrinal y jurisprudencial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, t. V-A, pp. 808-820; PERALTA, María Luisa, “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, Thomson Reuters cita online: AP/DOC/57/2015; y SILVA, Sabrina Anabel, “La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental”, en *Letra, Derecho Civil y Comercial*, año I, nro. 2, 2016, pp. 108-135.

⁵ Reglamentación del artículo 11 de la ley 26.743. Disponible en www.saij.gob.ar/...reglamentacion-articulo-11-ley.../123456789-0abc-309-0000-510. Fecha de consulta: 26/4/2018.

⁶ En particular, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sostuvo que el proceso para el reconocimiento legal de género debe: a) basarse en la autodeterminación;

ley 26.743, sino también porque la ley va más allá y procura garantizar todos los derechos humanos de las personas trans, incluido el derecho a formar una familia; derecho que se ha visto tremendamente vulnerado y postergado por quienes aún hoy pelean para subsistir.

Este derecho a formar una familia puede ser realizado, en primer lugar, a través de la adopción. En Argentina uno de los primeros precedentes⁷ tuvo lugar en Córdoba⁸. Se otorgó la adopción plena de dos niñ*s de 11 y 9 años a una mujer trans. L*s niñ*s están con ella desde 2006 (uno 1 año y el otro 3) habiéndole sido conferida la guarda definitiva desde 2009⁹.

En segundo lugar, se puede acceder al derecho a formar una familia por procreación “natural”. Este es el caso de Karen y Alexis que se casaron el 29 de noviembre de 2013. Amb*s cambiaron su DNI conforme la LIDG, pero ningún* se sometió a operación. Así fue como Alexis dio a luz a Génesis Angelina. O el caso de Diane Rodríguez y Fernando Machado en Ecuador¹⁰ o más recientemente el caso de Trystan Reese y Biff Chaplow¹¹.

En tercer lugar, este derecho a formar una familia se puede acceder a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Este es el caso, por ejemplo, de Thomas Beatie quien se inseminó con semen de donante anónimo para tener a cada un* de sus 3 hij*s, por él ser un varón trans casado con una

b) permitir el reconocimiento de identidades no binarias; c) ser un proceso administrativo simple; d) otorgar a l*s niñ*s acceso al reconocimiento de su identidad de género, y; e) no requerir que l*s solicitantes presenten certificación médica, se sometan a cirugía o se divorcien. United Nations, OHCHR, “Living Free and Equal: what States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people” (HR/PUB/16/3), 2016, p. 95. Véase también Report of the High Commissioner for Human Rights on sexual orientation and gender identity (A/HRC/19/41), para. 84(h).

⁷ Véase también la historia de MUÑOZ, Mariela, https://elpais.com/cultura/2017/11/09/actualidad/1510246197_012938.html. Fecha de consulta: 26/4/2018.

⁸ Expte. N° 499744, “Ochoa, María Belén - Adopción plena”, Juzgado 1° Inst. CC Fam. 2A-SEC.3 - Río Cuarto. 18/12/2014.

⁹ Entre los fundamentos de la sentencia se dice: “Bajo el paradigma de la ‘protección integral de los niños’ que se concreta mediante la promoción del ‘interés superior del niño’, como principio rector guía de todas las medidas relativas a los menores, estimo, en coincidencia con los argumentos brindados por el representante del Ministerio Pupilar a fs. 517 que María Belén ha manifestado en hechos su vocación irrefutable de ser madre, otorgándoles a los niños la contención necesaria para que crezcan en el marco de una familia, que se ha convertido en el lugar óptimo y natural para su desarrollo psicosocial y emocional, cumplimentando con la función de educación, vigilancia, corrección, garantizándoles el conocimiento de su propia identidad, el respeto y fortalecimiento de su autoestima, su crecimiento e inserción laboral. Los informes técnicos corroboran todos aquellos aspectos” (...) “Como corolario de ello, los varios e ilustrativos testimonios rendidos, acreditaron las cualidades personales de la actora, su generosidad, el amor profundo que siente por los niños, el compromiso asumido ante situaciones difíciles, y meritadas las circunstancias alegadas, están más que probadas y en virtud de la acabada prueba rendida en autos, estimo procedente la constitución del vínculo filiatorio por adopción plena, como también la solicitud de que los niños lleven el apellido Ochoa (art. 326, segundo párrafo, C.C.)”.

¹⁰ <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37454205>.

¹¹ <https://www.facebook.com/biffandi/>.

mujer cis que había padecido una histerectomía. Beatie sostuvo: “querer tener hij*s biológic*s no es un deseo femenino o masculino, es un deseo humano”¹².

De allí la importancia de que las leyes de TRHA¹³ comprendan estas opciones¹⁴ y la cobertura por parte del sistema de salud de la crioconservación de gametos o tejidos de aquellas personas que accedan a las intervenciones quirúrgicas y hormonales comprendidas en el art 11 de la ley 26.743¹⁵.

Así lo prevén los Principios de Yogyakarta¹⁶ que sostienen que “Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”. Y manifiestan que los Estados deben:

A. Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; (...)

C. Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o

¹² También Matt Rice y Patrick Califa tuvieron a su hijo en 1999 acudiendo a estas técnicas.

¹³ La ley 26.862, sancionada el 5/6/2013 tiene por objeto “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Esta ley fue reglamentada por el dec. 956 del 19/7/2013. El elemento que caracteriza a esta normativa es su amplitud, al permitir el acceso a la cobertura médica de tales prácticas a toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia. Se reafirma que el derecho a la salud física no es el principal, o el único, derecho humano involucrado. Así, se permite acceder a las TRHA a toda persona, cualquiera sea su estado civil, orientación sexual o IDG, contemplando también la infertilidad social.

Por su parte, el art. 2º del decreto alude al “sistema reproductor femenino” no se utiliza el término “mujer”, en consonancia con la ley 26.743.

¹⁴ En Argentina el CCyC en su art. 562.— Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y art. 561.— El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

¹⁵ El art. 8º de la ley 26.862 afirma que la cobertura también comprende todos los “servicios de guarda” tanto de gametos como de tejidos reproductivos, incluso de personas menores de 18 años, que sin la intención inmediata de llevar adelante o lograr un embarazo, por problemas de salud o intervenciones médicas, desea cripreservar su material genético.

¹⁶ En similar sentido el Comité de Ministros del consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec (2010)5 sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género sostuvo: “Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debería ser la principal consideración en las decisiones relativas a la responsabilidad parental respecto de un niño, o a la tutela de un niño, los Estados miembros deberían velar por que dichas decisiones se adopten sin discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género”.

decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior.

Y más recientemente, en los Principios de Yogyakarta + 10 se agregó al derecho a formar una familia la obligación estatal de: Permitir el acceso a métodos para preservar la fertilidad, como la preservación de gametos y tejidos para cualquier persona sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, incluso antes del tratamiento hormonal o cirugías.

Ahora bien, conforme nuestra LIDG y los PY, puede acceder al cambio registral toda persona, cualquiera sea su estado civil o edad, sin ninguna limitación.

Si está casada, se procederá entonces a rectificar también el acta de matrimonio, de modo que refleje la identidad de la persona. Así, también deben rectificarse las partidas de nacimiento de l*s hij*s de aquellas personas que hubieran cambiado su identidad de género con posterioridad a su inscripción.

En el ámbito de Buenos Aires se sancionó la resolución 1094-2016 del 5/5/2016 que en su art. 1º prevé: “establecer que en los casos contemplados por la ley 26743 en los que el solicitante hubiere inscripto el nacimiento de sus hijos, contraído matrimonio o inscripto uniones convivenciales en forma previa al cambio de identidad de género, se deberá inmovilizar el acta original y reinscribir el hecho o acto vital adecuado a la nueva identidad autopercibida del requirente”.

Norma que debería ser imitada en todo registro civil de Argentina, conforme, además, lo previsto en los Principios de Yogyakarta +10 que prevén como obligación adicional del derecho a formar una familia el deber del estado de: “Emitir certificados de nacimiento para niñ*s que reflejen la identidad de género de l*s *adres”.

2. EL ACCESO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA Y EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

A lo dicho en el apartado anterior, en tanto toda persona puede acceder al derecho a formar una familia y a la reproducción en el “rol” autodefinido y autopercibido debe sumarse el otro gran avance de los PY que es garantizar el acceso de toda persona a las tecnologías reproductivas.

La suma de estos dos factores provoca una ruptura del binario en las 3 fases descriptas en la introducción (sexo, género y relaciones o roles) que con-

lleva a la necesidad de cuestionarnos, como se adelantara, el sostenimiento de “maternidades” y “paternidades”.

Como aclaración previa debo decir que no comparto la división o la categorización entre personas cis y trans¹⁷. La existencia de categorías genera divisiones y discriminaciones¹⁸, de allí que promuevo eliminarlas partiendo de la supresión del sexo. Entiendo, ya profundizando en el eje de este trabajo, que si no asignáramos arbitrariamente un sexo a las personas al nacer no hablaríamos más de persona cis y personas trans.

No obstante, lamentablemente esta asignación arbitraria subsiste por lo que entiendo aun necesaria esta visibilización, en especial para advertir los privilegios de un*s y las violaciones de derechos de otr*s. Mientras en este mundo binario seguir la norma cis privilegia, apartarse “perjudica” o tiene efectos perjudiciales. Por esto es que la idea de este trabajo es mostrar también cómo toda categoría se derrumba en pos de una verdadera igualdad.

Ahora bien, más allá de la necesidad de advertir los privilegios cis, utilizo estas categorías y consecuente terminologías para facilitar la explicación en cuanto al aporte biológico o genético.

Me explico.

El ejemplo más simple es el de una pareja cis y heterosexual, una mujer y un varón, que por no poder algun* de ell*s aportar su material genético necesitan recurrir a donantes. Con este paso, ya se está comenzando a cuestionar la biología, en tanto hay madre o padre que ya no es genétic*.

Avanzando un poco se puede encontrar una pareja de dos mujeres cis, que requieren acudir una donación de semen, en cuyo vínculo legal habrá dos madres y ningún padre. La genética de esta persona donante es irrelevante legalmente, mientras que la falta de genética de aquella mujer cis que no aporta sus óvulos también lo es.

Siguiendo con el análisis de situaciones, podemos encontrar el caso de dos varones cis, que para acceder al derecho a formar una familia deben acudir a una persona que aporte sus óvulos y otra que actúe como gestante, quien, no obstante parir, no es madre¹⁹. Aquí por más aporte biológico que haga esta persona

¹⁷ En sus comentarios a este trabajo, Blas Radi sostiene: “el término ‘cis’ no produce una división sino que pone una marca ahí donde no la había, en un escenario donde la división ya estaba funcionando de todos modos. Toda determinación es negación, determinarse es negarse y ‘trans’ es un término que establece esa determinación, ese recorte de un todo respecto del cual marca la diferencia. ‘Trans’ supone ‘no trans’; trans y el resto del mundo que no es trans, ahí tenemos la división operando, no es creada ni reforzada por el término ‘cis’. Lo que sí hace el término ‘cis’ es darle un nombre a ese todo y, sobre todo, evitar que ese todo sea equiparado a ‘lo normal’”.

¹⁸ ¿Sobre la base de qué pauta se establece una categoría? Toda división es política y la creación de la categoría es siempre la pauta que genera la discriminación.

¹⁹ Para profundizar en materia de gestación por sustitución véase de mi autoría: “Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución”, *Gac Sanit*, vol. 31, nro. 6, 2017, pp. 539-40; *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”. *Ars Iuris Salman-*

que gesta, no tendrá vínculo jurídico, así como tampoco lo tendrá quien dona. Ninguna de las dos será madre. Aquí habrá dos padres y alguno de ellos lo será sin aportar material genético.

La cosa se complejiza cuando seguimos avanzando. Por ejemplo, ante el supuesto de una mujer trans en pareja con una mujer cis. La mujer cis da a luz, quedando embarazada con el esperma de la mujer trans, quien también es madre, aunque aporte semen.

En similar sentido, podemos encontrar el caso de un varón trans en pareja con un varón cis. El varón trans da a luz quedando embarazado con el semen aportado por el varón cis. Ambos son padres, aunque uno de ellos aporte óvulos y dé a luz.

Avanzando un poco más, podemos encontrar el supuesto de una mujer trans en pareja con un varón cis. Deben recurrir a una persona que geste y a otra que aporte óvulos. En este supuesto tanto quien aparece como madre como quien es padre pueden aportar semen.

En similar sentido, en una pareja conformada por una mujer trans y un varón trans. Hay una madre que aporta semen, un padre que aporta óvulos y da a luz. ¿Estamos ante una inversión de roles? Nada más alejado. Como se advierte, estos roles no tienen una relación unívoca con cierta biología y, por ende, se derrumban.

Semejantes preguntas genera una pareja conformada por un varón trans y una mujer cis. Amb*s pueden gestar y aportar óvulos. Por lo que puede que el padre geste y dé a luz con óvulos de la madre.

ticensis *Tribuna de Actualidad*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 43-50, e ISSN: 2340-5155; “Gestación por sustitución en España y el mundo. Una realidad que exige legalidad”, en *Revista de Responsabilidad Médica*, setiembre 2015; “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, N° 1 (2016); “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en InDret., *Revista para el Análisis del Derecho* vol. 3, 2012, pp. 1-49; en coautoría con RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Rev Bio y Der.*, 37, 2016; en coautoría con KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - DE LA TORRE, N., “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso ‘Paradiso y ‘Campanelli c. Italia’”, LA LEY del 13/3/2017, p. 6. AR/DOC/610/2017; en coautoría con KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - HERRERA, “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY 2012-E-960, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LA LEY 2013-D-195; BEAUMONT, P. - TRIMMINGS, K., “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?” (2017), en: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf, fecha de consulta: 20/4/2018; FARNÓS AMORÓS, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain. *International Family Law*, 1, 2013, pp. 68-72; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”, DFyP 2015 —diciembre—, p. 237; y del mismo autor “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología”, RDF V, 2015, p. 133; GOLOMBOK, S. - BLAKE, L. - CASEY, P. - *et al.*, “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment”, *J Child Psychol Psychiatry*, 54, 2013, pp. 653-60, entre muchos otros.

A todos estos casos se suman los de más de una persona ejerciendo estos roles. Como se puede presentar en todos estos casos si quien gesta no es solo gestante. O si quien aporta semen u óvulos no es solo donante... o si simplemente alguien más desea cumplir un rol de cuidado con consecuencias jurídicas y así lo manifiesta aunque no aporte biología ni genética.

Si a esto, además, le sumamos otros avances como la donación ADN mitocondrial, que incluso hoy podría, como técnica, requerirse por dos mujeres cis cuando ambas quieren aportar sus genes (aunque de quien aporta la mitocondria sea infimo)²⁰, o los progresos en materia de gametos artificiales²¹, entonces no siempre detrás del nacimiento de una persona hay semen y óvulos. Dicho de otra manera, no siempre hay técnicamente unión de un óvulo con un espermatozoide.

En similar sentido, recientemente se dio a conocer una noticia según la cual una mujer trans ha podido amamantar²². ¿Este avance implica potenciar los estereotipos de género o desbiologizarlos? Se trata de un claro supuesto en el que la unión de ciencia e identidad facilita que toda persona pueda vivenciar las experiencias personales del cuerpo y acceder a los mismos derechos, incluidos l*s niñ*s que nacen de esas personas. Acaso, ¿amamantar es cosa de mujeres? Lo cierto es que la misma técnica podría perfectamente ser usada para que hoy cualquier varón cis también amamante si lo desea.

En definitiva, si para nuestra legislación el “rol” que, en definitiva, se asume es una cuestión de identidad, si no importa el sexo, ni el aporte biológico o genético en la definición del rol, entonces ¿importa ya ese rol? ¿Qué lo define? Se trata obviamente y hoy más que nunca de construcciones políticas fundadas en bases culturales. O, entonces, ¿por qué subsiste si ya no tiene sustento? ¿Será que solo culturalmente subsiste? Afortunadamente toda construcción cultural es posible deconstruirla, mucho más si, además, se han caído los cimientos que “naturalmente” la sostenían.

Algún feminismo podrá criticar estas afirmaciones sobre la base de que esta equiparación invisibiliza la lucha feminista. No obstante, entiendo indispensable avanzar para por fin lograr una verdadera igualdad, en todos los sentidos y respecto de todas las personas.

²⁰ <https://www.bioedge.org/bioethics/should-lesbian-couples-have-access-to-mitochondrial-replacement-therapy/12619>.

²¹ HENDRIKS, S. - DANCET, E. A. - VAN PELT, A. M. - HAMER, G. - REPPING, S., “Artificial gametes: a systematic review of biological progress towards clinical application”, *Hum Reprod Update*, may.-jun., 21(3), 2015, pp. 285-96. doi: 10.1093/humupd/dmv001. Epub 2015 Jan 2; SMAJDOR, Anna - CUTAS, Daniela, “Artificial Gametes”, *Nuffield Council on Bioethics*, december, 2015, <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Background-paper-2016-Artificial-gametes.pdf>; fecha de consulta: 26/4/2018; MORENO I, MÍGUEZ - FORJAN, J. M. - SIMÓN, C., “Artificial gametes from stem cells”, *Clinical and Experimental Reproductive Medicine*, 42(2), 2015, pp. 33-44. doi:10.5653/cerm.2015.42.2.33.

²² https://elpais.com/elpais/2018/02/14/mamas_papas/1518609621_040681.html.

Esto, además, es una construcción feminista, que se traduce en la tan reclamada desbiologización de destinos, que facilita una deconstrucción de roles y de los binarios en los que las mujeres siempre resultaron desfavorecidas. Se trataría de una verdadera democratización y consagración de autonomías reales.

No desconozco la reciente y ya citada OC 24 de la Corte IDH sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. No ignoro, entonces, que se reclama el reconocimiento de estos derechos sobre la base de que necesitamos avanzar mucho para superar las desigualdades. Mi pregunta es si necesitamos todos estos reconocimientos legales o simplemente debemos no distinguir nada sobre la base de que tod*s tenemos los mismos derechos. Regla básica de la DDUUDDHH y de todos los tratados internacionales.

3. LA SUPRESIÓN DEL SEXO PARA DECONSTRUIR ROLES²³

Entiendo que el punto de partida para deconstruir estas construcciones jurídicas es suprimir el sexo como categoría jurídica. Sin sexo legal se avanzaría mucho en la desbinarización de los lazos y los roles.

Esto no es resultado exclusivo de un supuesto “desorden clasificatorio que crean las personas LGTB”²³; la desbiologización, tal vez más patente en esos supuestos, es, como dije, también consecuencia de un avance científico y está presente en todo tipo de relaciones como, por ejemplo, en el primer supuesto planteado en los ejemplos, o en cualquier vínculo socioafectivo que, sin ciencia de por medio, da origen a un vínculo legal por entender que esto prevalece por sobre “la sangre”.

Corresponde cuestionarnos sobre la base de qué criterio asignamos un sexo a la persona que nace. El sexo no está determinado sino sobre la base de categorías y las categorías son construcciones sociales, por ende, también netamente políticas. Si no, entonces, ¿qué definimos o consideramos en un cuerpo para “clasificarlo” como femenino o masculino? ¿Qué parte del cuerpo seleccionamos a los efectos de dividir los cuerpos en masculinos y femeninos? ¿Quién decide esta elección? Pero, además, el sexo no es estático, no es invariable en el tiempo.

Estas categorías sexuales son las que, además, promueven las operaciones “normalizadoras” de las personas intersex, que nacen con un cuerpo que varía respecto de los “promedios” corporales femenino y masculino²⁴. Son precisa-

²³ Para ampliar este tema véase, LAMM, Eleonora, “Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 8, feb. 2018, España y LAMM, Eleonora, “Autonomía, cuerpo e identidades. ¿Incorporar un tercer sexo o eliminarlos todos?”, en *Revista de Derecho de Familia*, en prensa.

²⁴ Es necesario destacar, como sostiene Cabral, que “La intersexualidad no es una enfermedad, sino una condición de no conformidad física con criterios culturalmente definidos de normalidad corporal, criterios que establecen un mínimo posible para el largo de un pene culturalmente admisible, la máxima extensión de un clítoris culturalmente aceptable. Porque dejando de

mente esas categorías sexuales las que demarcan lo “intersex”, de modo que si no existieran esos criterios de normalización no tendría sentido demarcar a quienes quedan por fuera de ellos.

Precisamente, por apartarse de este “promedio” arbitrario algunas legislaciones y sentencias recomiendan su inscripción en un “tercer sexo” o tercer casillero²⁵. Nada más desacertado. Permitir que se inscriba como un “tercer sexo” solo a las personas intersex no facilita ni favorece la libre determinación. ¿Qué elección se está haciendo? Tampoco ampara la pluralidad ni la amplitud ni la diversidad. Sí favorece el modelo biomédico, expone la intimidad de las personas intersex, potencia las operaciones “normalizadoras” y discrimina a quienes se apartan de este “promedio de normalidad”. Es un retroceso en la ruptura biología - identidad y viola la identidad de las personas intersex²⁶. Así lo reconocen los PY + 10 y la Declaración de Costa Rica de marzo de 2018²⁷.

Mientras subsista la categoría sexo, cuando un* niño* nace, sea intersex o endosex o, mejor dicho, cualquiera sean sus características sexuales que nada tienen que ver con la futura identidad, se lo inscribe como F o M. Ahora bien, sobre la base de características sexuales arbitrarias, l*s progenitor*s inscriben a la persona que nace con un sexo que en definitiva es irrelevante en materia de identidad. De allí la necesidad de eliminar el sexo como categoría jurídica.

Pero, además, esta desbiologización es en nuestro país marco legal. En Argentina debe suprimirse el sexo como categoría jurídica porque exigirlo hoy, con una ley 26.743 que se desprende del biologicismo, es una incoherencia legal.

A nuestro marco legal no le interesan los cuerpos, la biología, sino la identidad. Requerir un dato que solo refleja la bianatomía de una persona, que es, además, estático en tanto implica estampar lo advertido en un momento que no necesariamente se mantiene ni luego es el género, es por lo menos discordante e incoherente.

Así lo establecen los Principios de Yogyakarta en el principio adicional 31 sobre reconocimiento legal que prevé: “Toda persona tiene derecho a un reconocimiento legal sin referencia o sin que requiera la asignación o divulgación

lado aquellos componentes específicos que pueden tener consecuencias comprobables en el bienestar físico de las personas intersex, el abordaje contemporáneo de la intersexualidad, la identificación y eliminación de la ambigüedad y de la diferencia están basados en supuestos que carecen de una base médica real. Se trata más bien de juicios valorativos acerca de lo que son y deben ser las mujeres, los hombres, y su sexualidad”. CABRAL, M.: “Pensar la intersexualidad, hoy”. En: <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/pensar-la-intersexualidad-hoy.pdf>, fecha de consulta: 25/4/2018.

²⁵ Véase lo resuelto el 10/10/2017 por el Tribunal constitucional de Alemania (TC), en la sentencia 1 BvR 2019/16.

²⁶ CABRAL, Mauro, “Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema, Australia, NSW Registrar of Births, “Deaths and Marriages v. Norrie”, 2/4/2014, en *Revista Derechos Humanos*, año III, N° 8, Ediciones Infojus, diciembre de 2014, p. 199.

²⁷ Declaración de San José de Costa Rica. Elaborada por personas Intersex y con variaciones congénitas de las características sexuales, reunidas entre el 1° y el 3 de marzo del 2018, en San José de Costa Rica en la primera Conferencia Regional Latinoamericana de Personas Intersex.

de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a obtener documentos de identidad, incluidos certificados de nacimiento, independientemente de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a cambiar la información de género en dichos documentos, mientras la información sobre el género esté incluida en ellos.

Los estados deberán:

a. Asegurar que los documentos de identidad oficiales solo incluyan información personal relevante, razonable y necesaria según lo requiera la ley para un propósito legítimo, y así terminar con el registro del sexo y género de la persona en documentos de identidad como certificados de nacimiento, tarjetas, pasaportes y licencias de conducir, y como parte de su personalidad jurídica;

b. Asegurar el acceso a un mecanismo rápido, transparente y accesible para cambiar los nombres, incluidos los nombres neutros de género, basado en la autodeterminación de la persona;

c. Mientras el sexo o el género continúe siendo registrado:

i. Asegurar un mecanismo rápido, transparente y accesible que reconozca y afirme legalmente la identidad de género autodefinida de cada persona;

ii. Poner a disposición una multiplicidad de marcadores como opciones de género;

iii. Asegurar que ningún criterio de elegibilidad como intervenciones médicas o psicológicas, diagnóstico psicomédico, edad mínima o máxima, estado económico, salud, estado civil o parental, o cualquier opinión de un tercero, sea requisito previo para cambiar el nombre, el sexo legal o el género;

iv. Asegurar que los antecedentes penales de una persona, su estado migratorio u otro estado no se utilicen para evitar un cambio de nombre, sexo legal o género.

Avancemos, entonces, hacia un mundo sin sexo legal, que promueva y conlleve la existencia de tantos géneros como personas y con ello la eliminación de los roles culturalmente construidos sobre esas bases. Las condiciones ya existen. Lo que quedan son solo falacias e hipocresías para querer seguir cuadrando y encajando las cosas en realidades que desbordan las categorías que arbitrariamente las establecen.

BIBLIOGRAFÍA

BEAUMONT, P. - TRIMMINGS, K., “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?”, 2017 En: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf, fecha de consulta: 20/4/2018.

- BUTLER, J., *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 70-71.
- CABRAL, Mauro, “Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema de Australia, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, 2 de abril de 2014”, en *Revista Derechos Humanos*. Año III, Nº 8, Ediciones Infojus, diciembre de 2014, p. 199.
- CABRAL, Mauro, “Pensar la intersexualidad, hoy”. En: <https://programadds-srr.files.wordpress.com/2013/05/pensar-la-intersexualidad-hoy.pdf>, fecha de consulta: 25/4/2018.
- COOK, Michael, “Should lesbian couples have access to mitochondrial replacement therapy?”, <https://www.bioedge.org/bioethics/should-lesbian-couples-have-access-to-mitochondrial-replacement-therapy/12619> (fecha de consulta 4/3/2018).
- CORTE IDH, Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
- DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, Elaborada por personas Intersex y con variaciones congénitas de las características sexuales, reunidas entre el 1º y el 3 de marzo del 2018, en San José de Costa Rica en la primera Conferencia Regional Latinoamericana de Personas Intersex.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, *International Family Law* 1, 2013, pp. 68-72.
- GARCÍA, Carolina, “Una transexual de 30 años logra dar de mamar a su bebé durante seis semanas”, *Diario El País*, Madrid, 16/2/2018. https://elpais.com/elpais/2018/02/14/mamas_papas/1518609621_040681.html; fecha de consulta: 20/4/2018.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Gestación por Sustitución como derecho fundamental y derecho humano”, en *DFyP*, 2015 —diciembre—, p. 237.
- “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicialidad”, *RDF*, 2015, V, p. 133.
- GOLOMBOK, S. - BLAKE, L. - CASEY, P. *et al.*, “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment”, *J Child Psychol Psychiatry*, 54, 2013, pp. 653-60.
- HENDRIKS, S. - DANCET, E. A. - VAN PELT, A. M. - HAMER, G. - REPPING, S., “Artificial gametes: a systematic review of biological progress towards clinical application”, *Hum Reprod Update*, 21(3), may.-jun. 2015, pp. 285-96. doi: 10.1093/humupd/dmv001 (Epub 2015 Jan 21).
- LAMM, Eleonora, “Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 8, feb. 2018.
- “Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución”, *Gac. Sanit.*, vol. 31, Nº 6, 2017, pp. 539-40.
- “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013.
- “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*

- sis, Tribuna de Actualidad*, vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, diciembre 2014, pp. 43-50.
- “Gestación por sustitución en España y el mundo. Una realidad que exige legalidad”, en *Revista de Responsabilidad Médica*, setiembre 2015.
- “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, Nº 1, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2016.
- “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* vol. 3, 2012, pp. 1-49.
- LAMM, Eleonora - RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Rev Bio y Der.* 2016 p. 37.
- LAMM, Eleonora - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, N., “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”, LA LEY del 13/3/2017, p. 6. AR/DOC/610/2017.
- “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY 2012-E-960.
- “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LA LEY 2013-D-195.
- MORENO, I. - MÍGUEZ-FORJAN, J. M. - SIMÓN, C., “Artificial gametes from stem cells”, *Clinical and Experimental Reproductive Medicine*, 42(2), 2015, pp. 33-44. doi:10.5653/cerm.2015.42.2.33.
- SMAJDOR, Anna - CUTAS, Daniela, *Artificial Gametes*. Nuffield Council on Bioethics, december, 2015. <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Background-paper-2016-Artificial-gametes.pdf>; fecha de consulta: 26/4/2018.

Recepción: 28/4/2018

Aceptación: 14/6/2018