

CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL. PRINCIPIO DE
IGUALDAD Y DERECHO FAMILIAR ARGENTINO

*MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM. PRINCIPLE OF EQUALITY
AND ARGENTINE FAMILY LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 446-473



Mariel F.
MOLINA DE
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de agosto de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El artículo profundiza sobre las dimensiones del principio de igualdad desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel, sus interacciones con la dignidad y la autonomía de las personas para diseñar su plan de vida familiar, y examina el lugar que le cabe en la re-construcción del derecho familiar argentino, conforme a las exigencias de la sociedad contemporánea y del paradigma de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Principio de igualdad; discriminación; constitucionalismo; derecho familiar.

ABSTRACT: *This article delves into the dimensions of the equality principle from the perspective of multilevel constitutionalism and its interactions with human dignity and autonomy to create a family life plan. It also examines its role in the reconstruction of Family Law in Argentina, as stated by the requirements of contemporary society and the fundamental rights paradigm.*

KEY WORDS: *Equality principle, discrimination, constitutionalism, Family Law.*

SUMARIO.- I. PUNTO DE PARTIDA.- II. PRIMERAS PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.- III. LA POSITIVIZACIÓN MULTINIVEL DE LA IGUALDAD.- IV. LAS PROYECCIONES DE LA IGUALDAD: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA.- I. Prohibición de discriminar.- 2. El principio de protección de la diferencia.- V. LOS CRITERIOS PROTEGIDOS CON MAYOR IMPACTO EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.- VI. PROYECCIONES DE LA IGUALDAD SOBRE EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.- 1. No discriminación de la familia no matrimonial.- 2. Igualdad de derechos de hombres y mujeres en las relaciones intrafamiliares.- 3. La orientación sexual y la identidad de género en las relaciones familiares. VII. BREVES CONCLUSIONES.

I. PUNTO DE PARTIDA

El principio de igualdad y su consagración como derecho humano no solo se proyecta en la vida social, laboral y comunitaria de la persona, sino también, y en lo que aquí interesa, en la trama de relaciones que se desenvuelven en el plano intrafamiliar. Este postulado cumple un papel fundamental en el diseño, interpretación y aplicación del derecho familiar, materia que en las sociedades occidentales contemporáneas enfrenta el desafío de superar las discriminaciones que la condicionaron históricamente, fundadas en los aspectos más sensibles de la vida íntima: en el género, la orientación sexual y el estatus familiar no matrimonial.

En los Estados democráticos de derecho, el paradigma igualitario condiciona el alcance con el que se regulan las diferentes instituciones: matrimonio, convivencias afectivas, uniones convivenciales¹ o de hecho, efectos económicos de la vida familiar, filiación, derechos de los hijos, ejercicio de la responsabilidad parental, etc. Ello es así, pues la naturaleza de estos vínculos impone el deber de extremar los recaudos cuando se han de precisar sus consecuencias jurídicas o distinguir categorías, a fin de no caer en discriminaciones arbitrarias y, por tanto, inaceptables².

Este estudio propone revisar algunos aspectos de su contenido esencial, en el afán de detectar las proyecciones más relevantes sobre el derecho que regula las relaciones familiares y vincularlas con otros postulados fundamentales como la dignidad y la autonomía personal.

1 Cfr. Código Civil y Comercial argentino (arts. 509 a 528)

2 LLOVERAS, N., SALOMÓN, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional* Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 113.

• Mariel F. Molina de Juan

Prof. Titular derecho de las familias, Universidad Nacional del Cuyo, Argentina. Correo electrónico: marielmolina@estudiojuan.com.ar

Para cumplir este propósito resulta imprescindible recordar los hitos de su positivización multinivel, así como también explorar algunos aportes de los tribunales que, durante las últimas décadas, han sido los máximos custodios del Sistema Internacional de Derechos Humanos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y de un modo creciente, el Tribunal de Justicia de la Unión (TJCE – TJUE)⁴. Esta jurisprudencia tiene potencialidad expansiva a través de la llamada doctrina del control de convencionalidad, que confiere a los jueces nacionales un rol protagónico como primeros intérpretes del sistema internacional de los derechos humanos⁵.

En el ámbito americano, se destaca, además, la función consultiva de la Corte⁶. La reciente Opinión núm. 24/17 sobre “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” (en respuesta a una consulta de Costa Rica), precisa las obligaciones estatales en relación con la protección de los derechos humanos de las personas LGTBI. Concretamente, define los principios que los Estados deben respetar y las obligaciones a cumplir en materia de derecho a la igualdad y no discriminación de estos colectivos minoritarios⁷.

La perspectiva de análisis convencional se justifica también desde el punto de vista del derecho interno, que viene dando pasos decididos en pos de la recuperación de la coherencia entre la legislación interna y la dimensión constitucional. El artículo 1º del nuevo Código Civil y Comercial argentino (vigente desde el 1 de agosto del año 2015) comienza diciendo: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Y a renglón seguido, deja sentada la pauta de interpretación conforme las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y

3 La riquísima jurisprudencia de este tribunal excede los límites de este trabajo. Para abundar, entre otros, SANZ CABALLERO, S.: *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; ALMEIDA, S.: *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos humanos*, Juruá Ed. Lisboa, 2015.

4 En el espacio americano, las resoluciones de la Corte tienen un importante impacto en el derecho interno a través del sistema de reparaciones, pues el objetivo fundamental de su jurisdicción contenciosa es amparar a las víctimas y reparar los perjuicios sufridos. Si ha existido una violación a un derecho contenido en la Convención, podrá disponer que se garantice su ejercicio, la reparación de las consecuencias de la medida que hubiera lesionado a la víctima y el pago de una justa indemnización según corresponda. En muchas ocasiones también ordena al Estado una modificación, cambio o sustitución de la decisión judicial (BARBOSA, J.: *Derecho Internacional Público*; Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 667).

5 Para el caso americano, véase Corte IDH; caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. 26-11-2010 (www.corteidh.or.cr) Para el caso europeo, véase NUEVO LÓPEZ, P.: “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la unión europea”, *Revista Catalana de dret públic*, núm. 50, 2015, pp. 141/160 www.rcdp.cat [Fecha consulta 16/02/2018].

6 Cfr. Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ampliar en VENTURA ROBLES, M. y otros: *La naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* http://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IDH%2007.pdf [Fecha de consulta 17/02/2018]

7 Opinión Consultiva Corte IDH núm. 5024/17, 24 de noviembre de 2017, Párr. 21.

los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2 CC y C).

II. PRIMERAS PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El examen del principio de igualdad refleja las más diversas concepciones personales y sociales del ser humano, de la sociedad y del Estado. Prueba de ello es que aunque se lo ha considerado como una exigencia constante de la vida colectiva, su significación, contenido y relevancia social varía a lo largo de la historia⁸. A menudo, el carácter escurridizo de sus contornos y la abstracción y relatividad de los criterios para su determinación, dificultan y hacen controvertida su interpretación y aplicación⁹.

Una primera aproximación conceptual permite afirmar que la igualdad se desprende directamente de la dignidad de los seres humanos, y con ello persigue que todos sean tratados de una manera uniforme, a menos que haya una razón suficientemente justificada para no hacerlo¹⁰. Así fue como en un caso en el que se examinaba la responsabilidad internacional de Chile, por haber privado a una madre del derecho a la custodia de sus hijas en razón de su condición homosexual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dijo:

“La noción (de igualdad) se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”¹¹.

Entonces, ante idénticos supuestos de hecho, la ley debe ofrecer iguales consecuencias, y las distinciones de trato solo son admisibles si existen buenas razones para establecerlas. Aunque el principio igualitario no ignora las diferencias personales vinculadas con las capacidades, el esfuerzo, el talento o méritos del

8 Cfr. PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005, p. 16.

9 Cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, P. y otros: “Derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación: Cultura, Constitución y autonomía de la voluntad”, en AA.VV.: *Los Alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares* (coord. J. MARIN LOPEZ), Casio de Irún, Irún, 2000 pp. 29-60.

10 Cfr. RABOSI, E.: “Derechos Humanos; El principio de igualdad y la discriminación”, en AA.VV.: *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, (coord. M. ALEGRE, R. GARGARELLA), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 45.

11 K. A. e Hijas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 17/09/2010. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la CIDH contra Estado de Chile. CASO 12.502 Disponible en www.cidh.oas.org.

individuo, rechaza todas aquellas que depende de factores sobre los cuales la persona no tiene control, como las razones naturales o las circunstancias de orden económico y social¹².

La igualdad ha sido entendida como el fundamento último del constitucionalismo y la democracia, dado que permite moderar o disolver la tensión que suele encontrarse entre estos dos valores centrales que son la columna vertebral de la mayoría de sociedades modernas. Mientras la democracia alude al ideal de autogobierno colectivo, el constitucionalismo señala los límites al ejercicio de ese gobierno, principalmente bajo un listado de derechos y reglas de juego institucionales. El ideal de la democracia apunta a la afirmación de todo aquello que la mayoría sostenga, mientras que el ideal del constitucionalismo deja en claro que hay ciertas acciones o decisiones que no deben permitirse nunca, aunque la mayoría se obstine en ponerlas en práctica. La idea de igualdad parece ofrecer una salida atractiva a dicha tensión: la democracia implica afirmar que todo individuo tiene igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a la comunidad, mientras que el constitucionalismo impone partir de un presupuesto igualitario para preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno vivir conforme sus propios ideales¹³.

La igualdad jurídica o formal es comprensiva de la igualdad ante la ley y de la igualdad en la formulación de la ley. Siguiendo a Alexy, hay que distinguir, por una parte, un derecho general y derechos especiales de igualdad y, por la otra, el mandato de igualdad en la formulación del derecho que exige que todos sean tratados igual por el legislador; pero esto último no significa ni que el legislador deba colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en idénticas situaciones fácticas¹⁴.

La perspectiva de la igualdad en la aplicación de la ley conecta con el principio de seguridad jurídica. Impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. Cuando ese órgano considera que debe apartarse de sus precedentes tiene el deber de ofrecer una justificación suficiente y razonable. Es decir, debe aplicar la ley de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin poder establecer diferencias en razón de las personas o de las circunstancias que no sean las contempladas por la norma¹⁵.

12 Cfr. SLONIMSKI, P.: *La ley Antidiscriminatoria*, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2001, pp. 23-24.

13 Cfr. ALEGRE, M., GARGARELLA, R. (Coord.): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 4 y ss.

14 Cfr. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 381-384.

15 PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, cit., p. 2.

En el Siglo XX, al amparo del Estado social y democrático de Derecho, comenzó a gestarse un concepto superador del paradigma formal, asociado a un contenido sustancial, y a concebirse la idea de igualdad material como garantía de equiparación de puntos de partida. Esta perspectiva presupone un estado dinámico que frente a las desigualdades que naturalmente se dan en la sociedad¹⁶, proporcione los recursos necesarios para superar las diferencias, y de este modo garantizar el desenvolvimiento autónomo de la persona¹⁷.

En un profundo estudio sobre el tema, Pérez Luño apunta que la igualdad se perfila en tres dimensiones: como una exigencia de generalidad, como exigencia de equiparación y como exigencia de diferenciación: (a) como exigencia de generalidad, supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, al tiempo que se constituye en un límite al poder legislativo, (b) como exigencia de equiparación, impone idéntico trato aunque existan diferencias de situaciones o circunstancias, siempre que las mismas se estimen irrelevantes para impedir el disfrute de determinados derechos¹⁸, (c) como exigencia de diferenciación requiere que situaciones sustancialmente diferentes sean tratadas de un modo distinto. Aquí la igualdad es considerada en sentido dinámico, ya que si se la entendiera mecánicamente y se la aplicara de manera uniforme como un criterio formal y abstracto podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales¹⁹.

III. LA POSITIVIZACIÓN MULTINIVEL DE LA IGUALDAD

El principio de igualdad tiene una consolidada recepción en el marco del Derecho Internacional, tanto a nivel universal como regional.

La Convención sobre Esclavitud de Ginebra (1926) fue uno de los primeros instrumentos en colocar la piedra fundacional de su positivización; allí los Estados se comprometieron a abolir progresivamente la propiedad de unos hombres sobre otros. Años más tarde, la Carta de Naciones Unidas (1945) introdujo la prohibición de realizar distinciones en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales por razón de raza, sexo, idioma, religión. Entre otros instrumentos de vigencia universal que recogen estos postulados se enumeran la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención sobre discriminación en la enseñanza adoptada por la UNESCO de 1960, la Convención

16 Cfr. JIMENEZ, E.: *Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 129.

17 Cfr. NINO, C.: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*; Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 212.

18 Lo que importa para concretar esta exigencia es establecer el criterio para estimar los datos como relevantes (no equiparar lo que tiene diferencias relevantes y no discriminar cuando las divergencias son irrelevantes).

19 Ampliar en PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, cit., pp. 18 y 22-28.

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de Naciones Unidas de 1965, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW). Los más significativos del ámbito europeo son el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14), la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 20), mientras que en el espacio americano encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belén do Pará) de 1994, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia de 2013, etc.

La enumeración podría continuar (de hecho no puede sostenerse que el proceso de positivización se encuentre concluido), pero lo cierto es que todos estos instrumentos internacionales conforman un completo "corpus iuris", un sólido andamiaje jurídico que condiciona las decisiones de los tribunales internacionales (TEDH, Corte IDH)²⁰, y se proyecta en el espacio interno. Tal como enseña Robert Alexy, los derechos fundamentales contienen principios que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, son "mandatos de optimización"²¹ que recorren transversalmente todo el derecho nacional de los Estados constitucionales.

Así como del lado español el art. 10.2 de Constitución Española de 1978 no deja lugar a dudas sobre la obligación de interpretar los derechos fundamentales y las libertades consagradas, a la luz del sistema internacional de derechos humanos, del lado argentino, este mandato integra el Bloque de Constitucionalidad Federal. Por eso podría sostenerse que el art. 75 introducido por la reforma Constitucional (1994) cambió el arquetipo de la igualdad constitucional, avanzando de la igualdad formal hacia la igualdad real de oportunidades o igualdad material. Ello es así porque a la potencialidad del inc. 22, se suma la facultad del Congreso Nacional de introducir medidas de acción positiva que proporcionen mecanismos de reparación histórica para ciertos grupos tradicionalmente marginados (las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad).

²⁰ Véase OC 24/2017 párr. 60.

²¹ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

Este nuevo paradigma viene a ser uno de los pilares esenciales del constitucionalismo contemporáneo que mayor impacto ha tenido en el derecho de las familias argentino.

IV. LAS PROYECCIONES DE LA IGUALDAD: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA

Del principio de igualdad se derivan dos postulados concatenados y articulados; la no discriminación y la protección de la diferencia. Cada individuo se distingue de una parte de sus semejantes por sus creencias religiosas, su género, sus prácticas sexuales, el color de su piel, su pertenencia a determinado grupo cultural, etc. Frente a estas diferencias, que configuran su propia identidad, le corresponde al ordenamiento jurídico decidir si la política de igualdad se limita a responder a ellas con un trato similar o neutro, o si, por el contrario, las reconoce y se hace cargo de ellas²².

I. Prohibición de discriminar.

La Real Academia Española dice que discriminar es dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc²³. Como se observa, antes que un fenómeno jurídico, es una manifestación social fundada en estereotipos y prejuicios consolidados²⁴, como por ejemplo que el sexo femenino es inferior al masculino, que la homosexualidad es una enfermedad, que ciertas razas son superiores a otras, etc. Se la suele definir como la faceta negativa de la igualdad, porque prohíbe diferenciar sobre la base de fundamentos arbitrarios o irrazonables²⁵. Ello no quiere decir que no puedan existir distinciones normativas referidas a criterios objetivos, siempre que incluyan a todos los que están en una situación similar respecto de la ley²⁶.

Se distingue entre discriminación directa, que se produce cuando la norma establece una diferencia de trato por razones injustificadas, y discriminación indirecta, que es una forma mucho más sutil de discriminación porque, aunque la norma está formulada de manera *neutra*, su aplicación concreta perjudica de hecho a un grupo determinado²⁷. Para que se configure esta discriminación

22 Cfr. SABA, R.: "Discriminación, Trato igual e inclusión," en AA.VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ABREGÚ, M. Y COURTIS, C. (Comp.): CELS, Editores del Puerto y CELS, Buenos Aires, 2004, p. 563.

23 Real Academia Española, Edición del tricentenario (2017) www.rae.es

24 KIPER, C.: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 52.

25 Cfr. GIL DOMINGUEZ, A. FAMÁ, M. HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, 2006, t. I, p. 78.

26 COLAUTTI, C.: *Derechos Humanos constitucionales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 19.

27 Referida a la discriminación por razones de sexo, la Directiva de la Unión Europea 2006/54/CE en el artículo 2.1. define a la forma directa como toda situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable y a la indirecta

indirecta debe existir: (a) una disposición aplicable indistintamente a hombres y mujeres, o a nacionales y extranjeros que en la práctica impone una diferencia de tratamiento entre los beneficiarios en detrimento de una parte de entre todos ellos; (b) un ataque o afectación, de modo preponderante, a las personas de uno u otro grupo; y (c) la falta de una justificación objetiva del tratamiento formalmente igual, pero diferente de hecho²⁸.

Tomando como base el *corpus iuris* internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH la definen como:

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²⁹.

En la Argentina estas discriminaciones estuvieron implícitamente prohibidas por el principio de igualdad reconocido por el art. 16 de la Constitución originaria, pero desde finales del siglo pasado se han sumado nuevos instrumentos de protección (la ley antidiscriminatoria³⁰ y los tratados internacionales de derechos humanos que proscriben la discriminación).

No obstante este progresivo proceso de positivización en todos los niveles, la realidad demuestra que no aún no se logra acabar con las múltiples formas de discriminación que existen en la sociedad contemporánea y que perpetúan la vulnerabilidad de los grupos históricamente desfavorecidos. Fenómenos como la violencia de género en su dimensión interfamiliar parecen incontrolables mientras no se avance en un cambio cultural que se estructure sobre las bases de una educación democrática e inclusiva. Con razón se ha dicho que, por más que el Estado cuente con una normativa interna e internacional antidiscriminatoria, la igualdad real no se logrará si los procesos de incorporación a la cultura y de constitución subjetiva, niños y niñas se mantienen impregnados por mandatos promotores de la intolerancia³¹.

como aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

28 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El principio de igualdad y el derecho comunitario, El principio de igualdad y el derecho comunitario*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, p. 51.

29 Corte IDH OC 24/2017, párr. 62. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 81, y *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90.

30 Ley 23.592 Sancionada el 3/VIII/1988; prom. 23/VIII/1988; “B.O.”, 5/IX/1988.

31 Cfr. GIL DOMINGUEZ, A. FAMÁ, M. HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, cit., pp. 177, 395- 396.

De ahí la trascendencia de un instrumento internacional del tenor de la última Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH. No solo es un antídoto contra la vulneración de los derechos de las personas LGTBI, quienes son víctimas de discriminación estructural, estigmatización, y diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales (párr. 33), sino que, además, la amplitud de sus considerandos y la firmeza de sus conclusiones habrá de funcionar como garantía de igualdad de otros grupos históricamente vulnerados. En este instrumento, la Corte IDH explica que no toda diferencia de trato debe ser reputada discriminatoria, sino:

“[...] solo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”³².

Una distinción de este tipo genera una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado al establecer la diferencia y, en consecuencia, éste debe presentar fuertes razones que justifiquen su utilización. Ello quiere decir que existe un mayor rigor en el examen y admisión de cualquier desigualdad que se derive de esas específicas razones, y para no convertirse en una injerencia estatal arbitraria, debe superar el “test de razonabilidad”³³, conforme pautas exigentes y restrictivas³⁴.

El Tribunal de Estrasburgo se ha ocupado de ellas precisando que: (a) la condición específica de “no discriminación” no debe entenderse en el sentido de que éste prohíba el establecimiento de diferenciaciones legítimas; (b) una diferencia de trato vulnera el Art. 14 cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, considerados desde la perspectiva de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas; (c) una diferencia de trato no sólo debe perseguir una finalidad legítima, sino que ha de respetar asimismo una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida³⁵.

Para el Tribunal de Luxemburgo, el principio de proporcionalidad exige que las medidas adoptadas no rebasen los límites de lo que resulta adecuado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa

32 Corte IDH OC 24/17, párr. 66.

33 Cfr. SABA, R.: “Igualdad ante la ley. Del principio de racionalidad al principio de no sometimiento” (Prólogo) en *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, ADC Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, p. 126.

34 Cfr. KIPER, C.: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, cit., p. 133.

35 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El principio de igualdad y el derecho comunitario*, cit., p. 41.

controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos³⁶.

También en la dimensión americana se exige este escrutinio estricto del principio de proporcionalidad, de modo que, para que la distinción no sea arbitraria debe: (a) constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso (para analizar la idoneidad no es suficiente que el fin sea legítimo en el marco de la Convención, sino, además, imperioso); (b) El medio escogido no solo debe ser adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo; y (c) adicionalmente, se incluye un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma³⁷.

Conviene advertir que la Corte IDH no parece recoger la doctrina del margen de apreciación nacional. En este punto existe una diferencia relevante con el sistema del TEDH, que manifiesta una preocupación constante por señalar que el Convenio no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que lo integran, sino más bien delimitar estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista, con la finalidad de incluir en la interpretación de las normas internacionales europeas la diversidad de realidades jurídicas nacionales³⁸. Y por eso, en la práctica, confiere a las autoridades de los Estados nacionales amplias facultades para regular ciertos derechos, ya que, según entiende, son éstos los que se encuentran en mejores condiciones para determinar las necesidades y los riesgos existentes³⁹.

2. El principio de protección de la diferencia.

El derecho a ser diferente conlleva el de elegir su propio destino y no ser tratado en forma perjudicial por ello, y tiene una estrecha vinculación con aquello

36 TJCE, 10 de marzo de 2005, Tempelman y van Schaijk, C-96/03 y C-97/03 (LA LEY 57570/2005), EU:C:2005:145, apartado 47; TJUE 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14 (LA LEY 92912/2015), EU:C:2015:480, apartado 123, y de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 54.

37 Corte IDH OC 24/17, Párr. 81.

38 VALIÑA, L.: "El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno", en AA.VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales*, ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.), Editores del Puerto y CELS, 1º ed. Buenos Aires, 1997, p. 179. retaciejercicretaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejercicretaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejercicio de su funcide Dec

39 io de su funcide De TEDH *Caso Stjerna c. Finlandia*, 24 de noviembre de 1994, Serie, A núm., 299 B.

que Perez Luño llamó “exigencia de diferenciación.” Involucra el respeto y la tolerancia y exige reconciliar igualdad con diversidad; esto es, que la igualdad en esencia sea compatibilizada con la diversidad en existencia, partiendo de la base de que igualar no implica uniformar ni suprimir diferencias personales⁴⁰, y permite proporcionar un trato desigual a aquellos que son diferentes⁴¹, precisamente para garantizar la real protección de los derechos fundamentales de todos.

Este principio se vincula intrínsecamente con la autonomía, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (OC 24/2017 párr. 89) y la configuración de la propia identidad, que define a la persona como tal, expresa su modo de ser y de existir, y la proyecta al mundo exterior⁴². La esfera íntima y la facultad de autodeterminarse por un lado, y la de manifestar y desarrollar su personalidad del modo elegido por el otro, son el punto crucial (que implica el derecho a ser distinto, a pensar distinto y a manifestarse en consecuencia), en que se puede encontrar la auténtica igualdad, y con ello, la real posibilidad del disfrute pleno de sus derechos humanos.

La protección del derecho a la identidad personal opera como una restricción insuperable para el legislador, quien no puede exigir a ningún individuo la renuncia a ser él mismo, distinto de los demás, como una condición para el ejercicio de un derecho igual que el resto. Tal como explicó la Corte Suprema de la Nación Argentina:

“Carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona –y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores – y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra norma fundamental”⁴³.

Proteger el derecho a ser diferente exige un rol proactivo del Estado mediante las llamadas medidas de acción positiva orientadas remover obstáculos y asegurar que todos puedan disfrutar sus derechos en plenitud. Procuran compensar y equilibrar la situación de un determinado grupo o sector históricamente perjudicado y, a largo plazo, reducir los niveles de desigualdad en la sociedad⁴⁴.

40 JIMÉNEZ, P.: *Derecho Constitucional Argentino*, cit., t. II, p. 124.

41 Cfr. RABOSI, E. “Derechos Humanos”, cit., p. 45.

42 Para ampliar FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

43 CSJN; 21/11/2006; “Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección general de justicia,” LL 2006-F 727 II.

44 Cfr. MARTÍN VIDA, M.: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002, p. 37.

Para ilustrar sobre estas medidas, puede recordarse el camino recorrido por el TJCE en materia de discriminación de género, desde el precedente “Kalanke”⁴⁵ que, al rechazar las acciones positivas, generó fuertes críticas e impulsó a la Comisión Europea a replantearse la cuestión. Luego, en *Marschall*, reconoció la legitimidad a estas medidas (incluidas las cuotas), con determinadas condiciones de flexibilidad, proporcionalidad y apertura declarando la prioridad de las mujeres en el acceso al empleo y la promoción, siempre que sus capacidades, competencia y experiencia profesional se encuentren al mismo nivel que las del hombre “salvo que concurran en la persona del candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor”⁴⁶. A partir del art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales, no existen dudas sobre su legitimidad.

En territorio americano, la OC 24/17, en su párrafo 65 deja en claro que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinados grupos de personas.

V. LOS CRITERIOS PROTEGIDOS CON MAYOR IMPACTO EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS

Lo fundamental para avanzar hacia un derecho de las familias humanista es determinar cuáles son las “propiedades” que no autorizan establecer distinciones de trato.

La revisión de los textos básicos de la normativa internacional arroja nóminas de criterios críticos referidos a rasgos o condiciones generales que pueden significar la realización de actos típicamente discriminatorios por razones concretas estimadas como especialmente rechazables. La doctrina los llama “categorías sospechosas”⁴⁷, pues históricamente sirvieron para someter a diversos grupos de personas, menoscabando su dignidad y privándolos del acceso a derechos básicos.

Según la Corte IDH la arbitrariedad surge:

“[...] en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo I.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales

45 TJCE, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, Case C-450/93 (17/10/1995). Petición de decisión prejudicial. Alemania. Sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres. El texto completo en español está disponible en <http://www.eur-lex.europa.eu>

46 TJCE, *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*; Caso N° C-409/95 II de noviembre de 1997 <http://eur-lex.europa.eu>

47 Sobre el concepto de categorías sospechosas, ver entre otros GULLO, H.: “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino” en AAVV., *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo judicial*, ALEGRE, M., GARGARELLA, R. (coord.) Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007 pp. 253.

éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”⁴⁸.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, en su Artículo 21, enumera el sexo, la raza, el color, los orígenes étnicos o sociales, las características genéticas, la lengua, la religión o convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, proscribire cualquier discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

Como se observa, el abanico de criterios que pueden funcionar como categorías sospechosas es amplio y diverso, pero al derecho de las familias interesan especialmente el género y la orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

En relación al primero de ellos es preciso recordar que uno de los principales estandartes de la lucha por la igualdad, ha sido la histórica situación de la mujer. Así, la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”, redactada y presentada a la Asamblea Nacional Francesa en el año 1791 por Olympia de Gouges, que postulaba la dignidad de las mujeres y, por consiguiente, el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales, le costó perder la vida en la guillotina mientras sus compañeras fueron recluidas en hospicios para enfermos mentales, convirtiéndose en una de las primeras mártires de la causa y los movimientos feministas. Y qué decir de la “Reivindicación de los derechos de la mujer” que en el año 1792 escribió la inglesa Mary Wollstonecraft, uno de los manifiestos feministas más radicales de la historia, inspirado en cambiar la idea de que la mujer no solo existe para el placer del hombre, proponiendo que reciba el mismo tratamiento que aquél en educación, derechos políticos, en el trabajo, y que fuera juzgada por los mismos patrones morales.

Más allá de aquellos lejanos antecedentes, podría decirse que el punto de partida del reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos se produjo recién en el siglo pasado, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Luego siguieron el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución ajena (1949), la Convención sobre derechos políticos de la mujer (1952), la Convención Sobre Nacionalidad de la Mujer Casada (1958), la Convención sobre discriminación en el empleo y la ocupación

48 Corte IDH OC 24/17, párr. 66.

(1958), la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (1960), la Convención sobre la edad mínima de consentimiento y registro de matrimonios (1962), la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967). Pero fue recién con la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (1979) cuando se consagraron los derechos humanos específicos de la mujer, puesto que los Estados asumieron el compromiso de garantizarle el goce de derechos y libertades en igualdad de condiciones con el hombre y de adoptar medidas en todas las esferas de la vida tendientes a modificar patrones de conducta, prejuicios y prácticas consuetudinarias fundadas en la idea de inferioridad del sexo femenino⁴⁹.

Un paso más allá en esta evolución se concreta con la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993) que declaró: "los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable integrante e indivisible de los derechos humanos universales". Esta consagración obligó a una relectura de la condición de la mujer y avanzó hacia el reconocimiento de su paridad con el hombre, sin que ello signifique la supresión de las diferencias propias. Con ello hay un reconocimiento de que la problemática de los derechos humanos de las mujeres, a la vez que idéntica, es también distinta a la de los hombres. Igual que los varones, son víctimas de represión, tortura, desapariciones, hambre; pero, además, son discriminadas por su pertenencia al género femenino y en razón de ello, padecen violencia física, psicológica, económica, sexual y reproductiva.

En el ámbito comunitario europeo, la igualdad de sexos ha alcanzado especiales repercusiones en el plano laboral. Más allá que el artículo 22 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales se hace cargo del tema, ha sido muy importante el papel del TJCE, que en los casos Defrenne fue ampliando progresivamente el paraguas de protección de los derechos de la mujer⁵⁰.

49 Ver también las cuatro conferencias mundiales, Méjico -1975, Copenhague -1980, Nairobi 1985 y Beijing -1995.

50 En Defrenne I, una azafata belga de una compañía aérea planteó que la normativa de su país, que excluía a las azafatas del régimen de pensiones aplicables al resto de personas que trabajaban a bordo de una aeronave comercial, resultaba discriminatoria con argumento en que esa pensión abonada por la seguridad social constituía una ventaja pagada indirectamente por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último. El tribunal rechazó la pretensión por entender que no había discriminación (violación al 119 TCEE). En Defrenne II la mujer alegó discriminación porque no obstante haber realizado iguales funciones que sus compañeros varones existían diferencias en la remuneración. Aquí el Tribunal reconoció que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la comunidad y que "teniendo el Art 119 un carácter imperativo, la prohibición de discriminar entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos se impone no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino también se extiende a todos los convenios que regulen de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares". Agregó que las jurisdicciones nacionales tienen el deber de asegurar la protección de los derechos que esa disposición confiere a los justiciables, sobre todo en el caso de discriminaciones que hallan directamente su origen en disposiciones legislativas o en convenios colectivos de trabajo, así como en el caso de una remuneración desigual de trabajadores femeninos y trabajadores masculinos por el mismo trabajo, cuando éste ha sido realizado en un mismo establecimiento, privado o público. Finalmente, en Defrenne III la mujer cuestionó la finalización obligatoria de su contrato de trabajo a los 40 años mientras sus compañeros de sexo masculino que cumplen idénticas tareas lo finalizan a otra edad superior.

Respecto al segundo criterio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica admitir que no existe una única forma de vivir y gozar la sexualidad y repulsa toda actitud paternalista de los Estados Constitucionales que, recurriendo al concepto de “bien común” o de “moralidad pública” descalifique o desproteja cualquier otra forma de sexualidad que no sea la heterosexual.

En el ámbito europeo, la consideración de esta categoría como criterio protegido por los instrumentos internacionales de derechos humanos ha iniciado un recorrido (no exento de dificultades) hacia finales del siglo pasado⁵¹. La resolución “sobre igualdad de derechos para homosexuales en la Comunidad”, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de febrero de 2002, señala una tendencia en su tratamiento y la necesidad de su reconocimiento jurídico. Postula que “todos los ciudadanos deben recibir el mismo trato, con independencia de sus tendencias sexuales” e invita a “abolir todas las disposiciones de leyes que incriminan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo”.

La Corte IDH repara en que los documentos internacionales suelen incluir, entre los criterios que prohíben discriminar, la fórmula abierta “cualquier otra condición.” Esta expresión deja latente la posibilidad de considerar otras causales que tengan una entidad asimilable (tal como la orientación sexual), debiendo ser interpretada del modo más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, esto es, conforme a la aplicación del principio *pro persona*⁵². Al respecto, la OC 24/17 recoge la jurisprudencia evolutiva del TEDH, que se ha inclinado en forma progresiva por incluir la orientación sexual y la identidad de género como categorías comprendidas en la fórmula⁵³. Asimismo, recuerda que en el caso *S. L. vs. Austria*⁵⁴ el Tribunal de Estrasburgo consideró carentes de justificación objetiva y razonable las diferencias en el trato de las poblaciones heterosexual y homosexual sobre la base de la edad del consentimiento para tener relaciones sexuales.

En esta línea se encuentra también la identidad de género y sexual, que es uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de la persona (OC 24/2017, párr. 91); su falta de reconocimiento podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares

El tribunal acogió su pretensión con fundamento en la prohibición de discriminar. (TJCE Defrenne v. Sabena 1976 C-43/75 TJCE Defrenne v. Sabena 15/06/1978 (No.3), C-149/77)
Compulsar <http://eur-lex.europa.eu> [Fecha de Consulta. 10/02/2018]

51 Recuérdese que durante mucho tiempo la homosexualidad ha sido una práctica perseguida por la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, despreciada por la iglesia católica (su más acérrima detractora) y considerada una enfermedad por la OMS, que recién la excluyó del listado en el año 1992

52 Corte IDH OC 24/17, párr. 67.

53 Cfr. TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, No. 33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párr. 28, *Caso Clift Vs. Reino Unido*, No. 7205/07, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 57.

54 TEDH, *Caso S.L. Vs. Austria*, No. 45330/99, Sentencia de 19 de enero de 2003, párrs. 44 a 46.

cisnormativos⁵⁵, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos (OC 24/2017 parr. 97). Por ello concluye en el parr. 101 inc. i):

“El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas *trans*, incluyendo la protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud⁵⁶, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación”.

En consecuencia, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas, y ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos por estas razones. Como anticipé, en el espacio interamericano no parece tener cabida la teoría del margen de apreciación de los Estados, por eso la OC 24/2017 dice claramente:

“La falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana” (párr. 83).

Finalmente, en el marco de este sintético análisis de la progresiva evolución del reconocimiento de derechos de estos sectores tradicionalmente vulnerados, en fecha reciente el TJUE se pronunció sobre la posibilidad de someter a un solicitante de asilo a un examen psicológico para comprobar su orientación sexual. Aunque no se opuso a que la autoridad responsable del examen de la solicitud o los órganos jurisdiccionales, ordenen un dictamen pericial para la valoración de los hechos y las

55 En el párr. 32. define la cisnormatividad como la idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero (la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer), y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres.

56 Para un análisis de la identidad de género en relación al derecho a la salud, CORCHETE MARTIN, M.: *Colectivos vulnerables y crisis económica en Europa. Una visión desde la identidad de género*. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 109, Septiembre-Diciembre, pp. 225-246.

circunstancias relativas a la orientación sexual, exigió que los métodos empleados respeten los derechos fundamentales garantizados por la Carta y que la autoridad y los órganos jurisdiccionales no fundamenten su decisión únicamente en esas conclusiones. Pero, sobre todo, dejó en claro que para valorar la credibilidad de la orientación sexual cuestionada no es posible utilizar un examen psicológico que tenga por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual del solicitante basándose en tests de personalidad proyectivos⁵⁷.

VI. PROYECCIONES DE LA IGUALDAD SOBRE EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.

I. No discriminación de la familia no matrimonial

El pluralismo social y jurídico en el que se encuentran anclados los Estados constitucionales contemporáneos impone al legislador la obligación de proteger los derechos fundamentales de todas las personas con independencia de la configuración familiar que integren. Ello implica reconocer que el concepto de familia es evolutivo y dinámico⁵⁸:

“La existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos”; (hasta no hace mucho, todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio). Incluso a veces, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas”. (OC 24/17 párr. 177).

Una mirada a la realidad demuestra que hoy existe una multiplicidad de formas de vivir los afectos que cumplen las funciones básicas tradicionalmente asignadas a la familia por la comunidad: son medio de socialización de sus integrantes, vehículo de transmisión de pautas de comportamiento, de hábitos, de usos y creencias, lugar de desarrollo de los afectos y de proyección y concreción del proyecto vital⁵⁹.

La Corte IDH es terminante al señalar que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular⁶⁰ (párr. 174 OC 24/2017). Sin dudas, la potencialidad evolutiva del concepto de vida familiar en la jurisprudencia del

57 TJUE, Sala Tercera, Sentencia de 25 Ene. 2018, C-473/2016 Ponente: Bay Larsen, Lars. núm. de Recurso: C-473/2016 Diario La Ley, núm. 9141, Sección La Sentencia del día, 16 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer ECLI: EU:C:2018:36.

58 Ver por ejemplo TEDH, Caso *Marckx Vs. Bélgica*, No. 6833/74, Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 14. TEDH, Caso *Elsholz Vs. Alemania*, No. 25735/94, Sentencia de 13 de julio de 2000, párr. 43.

59 Compulsar LLOVERAS, N. SALOMÓN, M.: *El derecho de familia*, cit. pp. 339 a 348.

60 Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, 2012, párr. 142.

TEDH a partir de la interpretación del art. 8 del CEDH⁶¹, ha funcionado como plataforma de argumentación⁶².

“[L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos (párr. 178).

[...] Una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual” (OC 24/17, párr. 179).

La riqueza y diversidad de la región (americana) reflejada en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas⁶³, (OC 24/17, párr. 190).

En este entendimiento, cualquiera sea el modelo de familia elegido, ha de ser protegido por la sociedad y el Estado (OC 24/17 párr. 179). Sea matrimonial o no, homosexual o heterosexual, ensamblada o reconstituida, monoparental, etc., pues la valoración del espacio de autonomía para decidir de qué modo se desea vivir, implica el igual respeto por proyecto de vida que cada uno elige. Este panorama excluye cualquier justificación razonable para una diferencia de trato en cuanto a las garantías de derechos humanos en situaciones sustancialmente análogas, ya sea por la naturaleza de la pareja o por el modelo familiar elegido.

La contundencia de todos estos fundamentos ha impactado definitivamente en el derecho de las familias vigente en la Argentina. El Título III del Libro Segundo del nuevo Código Civil Comercial confiere un marco jurídico a las llamadas “uniones convivenciales”, brindándoles una protección que garantiza la igualdad

61 Para el derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, véase TJUE, 2 de diciembre de 2014, A y otros, C-148/13 a C-150/13 (LA LEY 160965/2014), EU:C:2014:2406.

62 Abundar SÁNCHEZ CORREA, R.: *La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano*. Revista institucional de la defensa pública, Año 3, Número 5, Buenos Aires, 2013, pp. 61-107.

63 Cfr. Corte IDH Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de setiembre de 1993.

en el reconocimiento de los derechos fundamentales de sus miembros (art. 519 a 522 CCyC).

2. Igualdad de derechos de hombres y mujeres en las relaciones intrafamiliares

La superación de las diferencias jurídicas entre hombres y mujeres en las relaciones intrafamiliares ha sido una preocupación constante de la mayoría de los sistemas legislativos de los estados democráticos durante los últimos cincuenta años, en tanto la CEDAW les reconoce idéntica capacidad e igualdad en materias civiles y las mismas oportunidades para su ejercicio (conf. art. 15). Además, el artículo 13 impone la obligación de adoptar medidas para eliminar la discriminación en las esferas de la vida económica y social, asegurando idéntico derecho a las prestaciones familiares.

En la Argentina, la ratificación de los instrumentos internacionales de protección de la mujer y su incorporación al bloque de constitucionalidad han venido impulsando reformas de aquellas normas que consagraban discriminaciones arbitrarias en el seno de las familias. Estrechamente ligado al principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las esferas de la vida, se fue afianzando el postulado de igualdad jurídica de los cónyuges y erradicándose la tradicional concepción de debilidad de la mujer asentada en el rol dedicado a las funciones domésticas frente a un varón “proveedor de sustento”.

No obstante esta importante evolución legislativa, una mirada realista exige reconocer que la igualdad proclamada en los textos no siempre alcanza su concreción plena. La dinámica de la vida moderna no ha logrado dar una respuesta idónea para superar las diferencias de trato que padecen muchas mujeres en su vida social o familiar, y que en incontables casos todavía están sometidas a diversas formas de discriminación.

De allí la importancia que ha sido necesario diseñar un derecho de las familias que contemple medidas de acción positiva; por ejemplo, el art. 455 del CCyC que confiere valor económico al trabajo doméstico, de algún modo semejante a la consideración del art. 1438 del Código español; o el art. 441 CCyC que introduce la compensación económica como una figura con perspectiva de género (cuya principal fuente comparada ha sido el art. 97 del Código español).

3. La orientación sexual y la identidad de género en las relaciones familiares.

Las uniones homosexuales han sido protegidas con diferente extensión en varios países europeos. Algunos habilitan el matrimonio con todos sus efectos, mientras que otros les proveen un estatuto diferenciado. Al respecto, aunque el TEDH no abandona el postulado de que el Convenio no impone a los Estados

contratantes la obligación de conceder acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, puede repasarse su jurisprudencia evolutiva⁶⁴.

En el ámbito americano, la cuestión parece ser diferente, especialmente a partir de la OC 24/17, cuyo párrafo 228 exige a los Estados miembros que:

“[...] garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales” (párr. 228).

Históricamente, la Argentina no fue ajena a la posición represiva de las uniones homosexuales. Recién en el año 2002, la ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que reguló a las “uniones civiles” se erigió tímidamente como un primer paso en el reconocimiento jurídico a las relaciones homosexuales. Un argumento muy utilizado para mantener la distinción entre el matrimonio y las uniones de hecho ha sido la interpretación literal de los textos de los tratados de derechos humanos. Para rebatirlo se argumentó que cuando éstos se refieren al “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio” (tal como el art. 32 de la Constitución Española)⁶⁵ lo hacen en un sentido inclusivo, que debe ser interpretado o en forma dinámica y evolutiva.

A partir de entonces, en ejercicio de las facultades que le confiere el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad, varios tribunales nacionales declararon la inconstitucionalidad de las normas que impedían el derecho a contraer matrimonio a las personas homosexuales. Buena parte de la sociedad civil acompañó esta tendencia, que movilizó al Congreso a sancionar la ley 26.618/2010, por la que se suprimió la exigencia de la heterosexualidad. Finalmente, llegado el año 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial que consagró el derecho al matrimonio y a la igualdad de los efectos, con independencia de la orientación sexual. El art. 402 expresa:

64 Ver por ejemplo el caso Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf v. Austria (solicitud núm. 30.141/2004; de fecha 24/06/2010), mediante el cual el TEDH recordó que el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia contemplado en el art. 12 del Convenio (que en el contexto histórico de su sanción no pudo sino referirse a la unión de personas de distinto sexo) está sujeto a “las leyes nacionales de los Estados contratantes,” pues el matrimonio es una institución que tiene raíz en las connotaciones sociales y culturales propias de cada Estado, que pueden diferir en gran medida de una sociedad a la otra. No obstante, la reglamentación no puede restringir o reducir el derecho de tal manera que resulte comprometida su esencia. Se trata de un tema que se encuentra todavía en evolución y sobre el cual no existe consenso; en consecuencia, el TEDH no condena por no permitir el matrimonio homosexual, siempre y cuando haya protección suficiente para la vida familiar de la pareja homosexual (Compulsar comentario en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. ROMERO C. HERRERA, M.: Síntesis Jurisprudencial Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2010 III, p. 263.)

65 Ley 13/2005, que modifica el artículo 44 del Código Civil español.

“Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

Con esta decisión legislativa, el derecho privado argentino se ha anticipado a los mandatos recientes de la Corte IDH, avanzando de forma notoria en el estándar de protección igualitaria de las relaciones familiares.

VII. BREVES CONCLUSIONES

Al comenzar este estudio he postulado que uno de los principales desafíos que deben enfrentar los ordenamientos jurídicos nacionales, a la hora de regular las relaciones familiares, reside en diseñar un derecho pluralista e inclusivo, que trascienda el discurso único y ofrezca un marco de contención para el proyecto de vida personal y familiar que cada uno haya decidido emprender.

Se ha visto que para lograrlo es preciso articular las transformaciones socioculturales con el paradigma de los derechos fundamentales examinado a la luz del sistema internacional, y superar aquella aparente contradicción entre lo público y lo privado anclada en una supuesta incompatibilidad de caracteres que obstaculizaba cualquier interacción entre ellos.

De este modo, el diálogo fecundo entre el principio de igualdad y sus derivados (prohibición de discriminar y protección de las diferencias como forma de consolidación de la identidad personal) con las instituciones del derecho local se convierte en el sustrato sobre cual han de de-construirse y reconstruirse las normas del derecho de las familias.

El nuevo Código Civil y Comercial Argentino es un reflejo fiel de este proceso de transformación y adecuación. El Libro Segundo que regula las relaciones familiares es, quizás, su máximo exponente: La consagración plena de la igualdad jurídica del hombre y la mujer que se expresa desde el lenguaje utilizado (se sustituyen los términos hombre y mujer para referirse a los miembros de la pareja por cónyuges o convivientes), la incorporación de figuras con perspectiva de género, preocupadas por equiparar las diferencias ancladas en viejos patrones culturales heteropatriarcales (compensación económicas, valor del trabajo doméstico o del cuidado de los hijos) y la consagración plena de los derechos familiares de las personas con independencia de su orientación sexual, expresan que el sistema interno está en sintonía con el Estado democrático de derecho.

Resta esperar que la interpretación y aplicación de este nuevo derecho familiar pluralista e inclusivo se encuentre a la altura de los tiempos y de las exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y paradójica.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

ALMEIDA, S.: *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos humanos*, Juruá Ed., Lisboa, 2015.

BARBOSA, J.: *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 2003.

COLAUTTI, C.: *Derechos Humanos constitucionales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

CORCHETE MARTIN, M.: "Colectivos vulnerables y crisis económica en Europa. Una visión desde la identidad de género", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, Septiembre –Diciembre, pp. 225-246.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

GIL DOMINGUEZ, A., FAMÁ, M., HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, 2006.

GULLCO, H.: "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en AA.VV.: *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (coord. M. ALEGRE y R. GARGARELLA), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

GUTIERREZ DE CABIEDES, P. y otros.: "Derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación: Cultura, Constitución y autonomía de la voluntad", en AA.VV.: *Los Alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares* (coord. J. MARÍN LÓPEZ), Casio de Irún, Irún, 2000.

JIMENEZ, E.: *Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., ROMERO C., HERRERA, M.: *Síntesis Jurisprudencial Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RDF, 2010, III,163.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El principio de igualdad y el derecho comunitario, El principio de igualdad y el derecho comunitario*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.

KIPER, C.: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

LLOVERAS, N., SALOMÓN, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009.

NUEVO LÓPEZ, P.: "Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la unión europea", *Revista Catalana de dret públic*, núm. 50, 2015, pp 141-160 www.rcdp.cat

MARTIN VIDA, M.: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002.

NINO, C.: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005.

RABOSI, E. "Derechos Humanos; El principio de igualdad y la discriminación", en AAVV.: *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (coord. M. ALEGRE, R. GARGARELLA), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

SABA, R., "Igualdad ante la ley. Del principio de racionalidad al principio de no sometimiento" (Prólogo), en *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, ADC Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

SABA, R.: "Discriminación, Trato igual e inclusión", en AAVV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (coord. M. ABREGÚ, C. COURTIS), CELS, Editores del Puerto y CELS, Buenos Aires, 2004.

SÁNCHEZ CORREA, R.: "La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano", *Revista institucional de la defensa pública*, Año 3, núm. 5, Buenos Aires, 2013, pp. 61-107.

SANZ CABALLERO, S.: *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SLONIMSKI, P.: *La ley Antidiscriminatoria*, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2001

VALIÑA, L.: "El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno", en AA.VV.:

La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales (coord. M. ABREGÚ, C. COURTIS), Editores del Puerto y CELS, 1° ed. Buenos Aires, 1997. retaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejerciretaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejercicio de su funcide Dec

VENTURA ROBLES, M. y otros.: *La naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* http://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf

