

Título: El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño. Caos filiatorio

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 24/06/2010, 24/06/2010, 1 - LA LEY2010-D, 1315

Cita: TR LALEY AR/DOC/4802/2010

Sumario: I. Introducción. II. La filiación y el reconocimiento.

### I. Introducción

La presente columna de opinión tiene como objetivo señalar diez problemas jurídicos que contiene el proyecto de matrimonio homosexual que tiene media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación, el cual además de hacer perder a las mujeres derechos duramente adquiridos y colocar en mejor situación a las uniones lesbianas y gay sobre aquellas constituidas por hombres y mujeres, genera un caos filiatorio que atenta contra el interés superior del menor. [\(1\)](#)

El origen del problema reside en que el proyecto aprobado por la Cámara Baja no contiene una reforma institucional profunda, sino que simplemente ha querido posibilitar el acto del matrimonio homoafectivo sin pensar en los efectos generales que éste tiene en el estado civil de la persona, y en particular, en su filiación.

La ley proyectada busca dar cabida a nuevas realidades en viejos odres sin modificar las estructuras de manera seria y armónica, con un debate que solo se centra en un punto que está fuera de toda discusión, a saber, que no se debe discriminar por la elección sexual. En este punto existe un absoluto acuerdo, pero la cuestión de la modificación de la institución familiar, es muchísimo más profunda y requiere un debate técnico serio y profundo, con reformas estructurales que hace años se solicitan y no se han logrado consensuar. [\(2\)](#)

Los miembros de la Cámara Baja han querido seguir el modelo de los únicos 7 países en el mundo que aceptan el matrimonio entre personas de igual sexo sin advertir que estas siete naciones tienen leyes sobre los efectos de la procreación médicamente asistida, aceptan la adopción internacional, admiten la autonomía de la libertad para regular los efectos patrimoniales y personales del matrimonio, contienen una mayor libertad de testar, tienen una regulación de la unión civil o del concubinato y específicamente determinan que las presunciones de paternidad y maternidad del matrimonio heterosexual no se aplican al matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Los diputados tampoco han advertido que en estos países, las reformas a la institución del matrimonio, al derecho de familia, a la filiación y a la adopción fueron realizadas antes de aceptar el matrimonio entre personas de igual sexo, y contaban con consenso social.

En estos países la incorporación del matrimonio homosexual no generó los problemas que se presentan en nuestro derecho, donde se carece de regulación en materia de técnicas de fecundación asistida, el casamiento es una institución de orden público con absoluta imposibilidad de regular los efectos patrimoniales y personales del mismo, y que tiene una antiquísima regulación en materia de adopción y de divorcio. El proyecto de ley no advierte las circunstancias antedichas, ni sus consecuencias y ni siquiera excluye la aplicación de las presunciones de paternidad y maternidad del matrimonio heterosexual al homosexual.

La consecuencia de intentar reformar el sistema matrimonial y familiar con solo algunos cambios de términos genera un caos sistémico general y un especial caos filiatorio que contradice el interés del menor.

### II. La filiación y el reconocimiento

En el sistema admitido por la Cámara Baja los niños podrán tener dos madres y un padre o dos padres y una madre, sin que exista ninguna previsión de cómo será ejercida la patria potestad tripartita, ni cuáles serán los derechos sucesorios, ni las relaciones de parentesco y mucho menos la integración con los abuelos.

Este problema se presenta porque en las uniones de dos mujeres una de ellas puede concebir el niño engendrado con el óvulo de su pareja y semen de tercero, técnica de fertilización asistida que se realiza normalmente en nuestro país, que no se encuentra prohibida, y que carece de regulación específica.

A partir de que la madre gestante y la madre biológica se puedan casar, el niño tendrá dos madres, sin necesidad de adopción, [\(3\)](#) pero como nuestro sistema no establece ni el anonimato del donante de semen, ni la falta de efectos filiatorios del dador, el padre biológico puede reconocer al niño y el hijo matrimonial de dos lesbianas puede demandar la paternidad de su padre biológico, porque tiene un derecho indiscutible a reconocer su filiación biológica, y a tener un padre.

En nuestro sistema, la única limitación para el reconocimiento paterno es que contradiga una filiación anterior, así el padre biológico puede reconocer a su hijo de sangre siempre y cuando este no tenga una filiación paterna establecida. Así lo dice el artículo 250 del código civil al establecer: "No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida". Si la persona tiene una filiación paterna establecida, su

progenitor masculino no lo puede reconocer sin antes destruir mediante la impugnación la filiación previa.

Pero insistimos si el menor carece de filiación paterna su progenitor de sangre está obligado a reconocerlo.

La cuestión reside en determinar qué ocurre cuando el menor que tiene dos madres no tiene filiación paterna. En este caso el padre biológico puede y debe reconocer al menor. Con lo cual el niño tendrá dos madres y un padre. Esto genera los siguientes inconvenientes:

1. El niño tendrá por un lado un doble régimen filiatorio, ya que será hijo matrimonial y extramatrimonial al mismo tiempo.
2. Tres personas tendrán derecho a ejercer la patria potestad sobre el menor, cuando nuestro régimen está pensado para que sea ejercido por una persona o dos personas.
3. Se desconoce quién podrá autorizar al menor para salir del país, o para realizar actos quirúrgicos, o para reclamar la restitución internacional en caso de traslado indebido, entre miles de ejemplos.
4. Tanto el padre como las madres tienen derecho a darle su apellido. Sin que se haya establecido ni una sola norma que aclare cuál será el apellido
5. El hijo tendrá deberes alimentarios con respecto a tres progenitores.
6. Los tres padres tendrán derechos hereditarios desconociéndose cómo funcionarían.
7. El hijo tendría derechos hereditarios de tres progenitores, y derecho de representación en seis familias, lo cual no está previsto en nuestra legislación.
8. El niño tendría una indeterminación con respecto a sus relaciones familiares ya que podría tener seis abuelos.
9. No se sabe quién discerniría la tutela.
10. Existe indeterminación acerca de quiénes serían sus hermanos de doble vínculo, lo que lógicamente influye en sus derechos hereditarios.

Lo arbitrario de este simple decálogo de consecuencias demuestra a las claras la necesidad de un debate que trascienda de lo meramente mediático, que no se quede en dos cuestiones indiscutidas cuales son la no discriminación en razón de la orientación social y el carácter evolutivo del matrimonio, que busque armonizar y modernizar las instituciones sin crear inseguridad jurídica y sin perjudicar a los menores. En definitiva un debate positivo, pensado desde las ciencias jurídicas, sin bases simplistas ni reduccionistas.

(1) Nos remitimos a lo dicho en Nuestro Artículo "La ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso de los derechos de las mujeres" Publicado en el diario La Ley lunes 17 de mayo de 2010 y en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, editorial La Ley junio de 2010.

(2) Las reformas imprescindibles son la regulación de las técnicas de fecundación asistida, la reforma a la ley de adopción, la recepción de la autonomía de la voluntad en los efectos patrimoniales y personales del matrimonio, que permitan la elección del régimen patrimonial matrimonial, otorguen libertad de contratación a los cónyuges y acepten la elección del nombre de familia, la flexibilización del divorcio

(3) Así se establece claramente en el Derecho de Canadá donde se aclara cuando dos mujeres hayan recurrido a la procreación asistida deben ser reconocidas ambas como madres del hijo, sin recurrir a la adopción. Si las madres están casadas, la mujer que da a luz será la madre del hijo y su cónyuge será también madre presunta del menor. Artículo 538 del C.c.Q. (Michelle Giroux. Lemariage homosexuale: perspective Quebec-canadiense, en Matrimonio homosexual y adopción, perspectiva nacional e internacional. España 2006. p. 38). En la legislación comparada, en la procreación asistida, ningún nexo de filiación es posible, en principio, entre el donante del semen y el mismo. Una excepción puede existir en el caso de la procreación amigablemente asistida, en la cual el donante se beneficia de un año para reclamar la paternidad. Artículo 538 punto 2 del C.c.Q.