

Pastor, Analía G.

La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil

Prudentia Iuris N° 74, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Pastor, Analía G. (2012). La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil [en línea], *Prudentia Iuris*, 74. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/homoparentalidad-proyecto-reforma-codigo.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LA HOMOPARENTALIDAD EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL*

ANALÍA G. PASTOR**

Resumen: Este artículo tiene por objeto analizar si el principio del interés superior del niño es preservado en el Proyecto de Reforma de Código Civil en el contexto homoparental, así como develar la verdadera implicancia del uso de términos tales como “homoparentalidad” y “parentalidad” en lugar de “maternidad/paternidad” y “filiación”.

Palabras clave: Filiación - Reproducción humana asistida - Homoparentalidad - Superior interés del niño.

Abstract: This article aims to analyze whether the principle best interests of the child is preserved in the proposed Civil Code Reform in homoparentality context, and find out what really implies the use of words like “homoparenthood” and “parenthood” instead of “motherhood/fatherhood” and “filiation”.

Keywords: Filiation - Assisted reproductive techniques - Homoparentality - Best interest of child.

Cuando se alude al vínculo jurídico de una persona con sus progenitores es habitual el uso del término filiación –derivado del latín *filiatio*, proveniente de *filius* (hijo)–, que significa “procedencia de los hijos respecto de los padres”¹. La tradicional adopción de este vocablo para referir al vínculo jurídico que une a una persona

* Conferencia presentada en el Seminario Permanente de Investigación, Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, Facultad de Derecho, PUCA, 27/09/2012.

** Abogada, Profesora de Filosofía del Derecho, Derecho de Familia y Derecho Sucesorio en la Facultad de Derecho de la PUCA, analia_pastore@yahoo.com

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 2005.

con sus progenitores no deja de ser trascendente en cuanto denota un perfil paidocéntrico que se advierte reflejado, al menos formalmente, en el rótulo del Título V del Libro II del Proyecto.

Sin embargo, las esperanzas se agotan en el título pues apenas nos iniciamos en la cruzada analítica del texto proyectado advertimos que la incidencia del estándar que supedita cualquier otro interés al del menor resulta sustancial y radicalmente relegada. Observamos que el interés superior del niño aparece mencionado en tan solo un artículo bajo este rótulo que, insólita y contradictoriamente, condiciona la homologación judicial del acuerdo de gestación por sustitución a que se hubiera tenido en miras respecto del niño que pudiera nacer (Art. 562)². En el resto del texto proyectado tampoco abundan sus referencias: lo encontramos en doce artículos más de los cuales cuatro son normas de derecho internacional privado (Arts. 2634, 2637, 2639 y 2642, Título IV. Disposiciones de Derecho Internacional Privado, Libro VI)³; uno lo señala como criterio rector de la decisión judicial que disponga, frente al desacuerdo de los padres, el orden de los apellidos en los casos de filiación extramatrimonial determinada sucesivamente (Art. 64, Título I. De la persona humana, Libro I)⁴; otro lo enuncia en primer orden entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental (Art. 639, Título VII. De la Responsabilidad Parental, Libro II)⁵; en tanto que su mayor presencia se circunscribe al ámbito de la filiación

² “ARTÍCULO 562.- *Gestación por sustitución.* [...] El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

a) se ha tenido en miras el *interés superior del niño* que pueda nacer; [...]”.

³ “ARTÍCULO 2634.- *Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero.* Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el *interés superior de los niños*.

Los principios que reglan el uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por la autoridad competente en caso de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del *interés superior del niño*”.

“ARTÍCULO 2637.- *Reconocimiento.* Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el *interés superior del niño* y los vínculos estrechos del caso con la República”.

“ARTÍCULO 2639.- *Responsabilidad parental.* Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho del lugar del centro de vida del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el *interés superior del niño* lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”.

“ARTÍCULO 2642.- *Principios generales y cooperación.* En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el *interés superior del niño*. [...]”.

⁴ “ARTÍCULO 64.- *Apellido de los hijos.* (...) El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el *interés superior del niño*”.

⁵ “ARTÍCULO 639.- *Principios generales. Enumeración.* La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

adoptiva (Título VI. Adopción, Libro II), donde lo encontramos aludido en seis artículos (Arts. 595, 604, 605, 609, 621 y 627)⁶.

Queda así verificada una paupérrima referencia nominal del principio. Resta aún determinar si, no obstante la constatación antedicha, del articulado proyectado surge implícita su operatividad. Para develar esta incógnita, dada la específica temática de esta presentación, nos circunscribiremos al contexto normativo homoparental.

Entonces, advertimos que la homoparentalidad podría erigirse con sustento en cualquiera de las tres fuentes filiatorias previstas en el proyecto, esto es, por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) o por adopción⁷, encontrándose reforzada su promoción cuando la limitación del doble vínculo filial se resuelve en desmedro de los lazos biológicos provocando en todos los casos el desplazamiento de uno de los progenitores por imposición de la voluntad procreacional, la teoría de los propios actos y el principio de buena fe⁸.

Comenzaremos entonces con la filiación matrimonial. El segundo párrafo del Artículo 172 CC (ref. 26.618) establece: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”⁹. Su equivalente en la reforma proyectada es el Artículo 402 que, titulado

a) el interés superior del niño; [...]”.

⁶ “ARTÍCULO 595.- *Principios generales.* La adopción se rige por los siguientes principios:

a) el interés superior del niño; [...]”.

“ARTÍCULO 604.- *Adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial.* Las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión. El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el *interés superior del niño*”.

“ARTÍCULO 605.- *Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores.* Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, si fuese en *interés superior del niño*, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja [...]”.

“ARTÍCULO 609.- *Reglas del procedimiento.* Se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial del estado de adoptabilidad, las siguientes reglas:

[...] e) la sentencia es apelable sin efecto suspensivo, excepto que el juez disponga lo contrario fundado en el *interés superior del niño*”.

“ARTÍCULO 621.- *Facultades judiciales.* El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al *interés superior del niño*”.

“ARTÍCULO 627.- *Efectos.* La adopción simple produce los siguientes efectos:

[...] b) la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al *interés superior del niño*; [...]”.

⁷ “ARTÍCULO 558.- *Fuentes de la filiación.* La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

⁸ BOSSERT, G. A., *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, Buenos Aires, Astrea, 2011, pág. 373.

⁹ El Art. 42 de la Ley N° 26.618 dispone que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene el ordenamiento jurídico se entenderán aplicables al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo.

“Interpretación y aplicación de las normas”, establece: “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”. Esta norma pretendidamente dispositiva se transforma, en ocasiones, por fuerza de la realidad, en una mera expresión de deseos de imposible concreción o, cuanto menos, en testimonio de quimeras jurídicas.

El primer obstáculo lo presenta la presunción de filiación del o la cónyuge (Art. 566¹⁰), que como tal ha perdido todo fundamento ya que, originariamente concebida como presunción de paternidad del marido (Art. 243 CC), se basó en el respeto de los deberes conyugales de fidelidad y cohabitación así como en la suposición de que los esposos podrían haber mantenido relaciones sexuales prematrimoniales exclusivas.

Si bien la Ley N° 26.618 no resolvió lo relativo a la operatividad de esta presunción, la mayoría de la doctrina objetó con firmeza su posible aplicación¹¹. Otros, en cambio, con apoyo en el inc. c) del Artículo 36 de la Ley N° 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (reformado por la Ley N° 26.618) que determina que la inscripción de los “hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo” deberá contener “el nombre y apellido de la madre y su cónyuge”, sostuvieron que siendo las parejas del mismo sexo “incapaces de procrear naturalmente” y dado que “la voluntad procreacional es precisamente la máxima por excelencia a la hora de determinar la filiación de un niño, pues además es la regla reinante en materia de fertilización asistida”, “es posible considerar que se presumen hijos de la cónyuge de la madre biológica aquellos nacidos durante el matrimonio, pues es razonable y esperable que tales niños hayan sido deseados y buscados por ambas mujeres”¹².

Como lo señaláramos anteriormente, el nacimiento de un niño en el contexto de un matrimonio entre personas del mismo sexo no necesariamente quedará circunscripto a la filiación por TRHA –anonimato mediante o no–, ya que también podría ocurrir la procreación natural con intervención de un tercero de sexo distinto a la pareja. Adviértase que la norma condiciona la operatividad de la presunción al consentimiento previo del o la cónyuge solo en el supuesto de filiación por TRHA y que, al haberse diluido la connotación sexual de la presunción¹³, vale tanto para matrimonios entre varones como entre mujeres.

¹⁰ “ARTÍCULO 566.- *Presunción de filiación*. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos (300) días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento. Este artículo rige para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida siempre que el o la cónyuge haya prestado el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”.

¹¹ MEDINA, G., “La ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso legislativo de los derechos de las mujeres”, *LL*, 17-5-2010; “El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño. Caos filiatorio”, *LL*, 24-6-2010.

¹² GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pág. 238.

¹³ Ya no sería más de paternidad del marido de la mujer que alumbra sino de filiación del o la cónyuge.

Aquí aparece, entonces, un nuevo escollo para el matrimonio entre varones ya que la norma del Artículo 565¹⁴, en tanto preserva el hecho del alumbramiento para la determinación de la maternidad por naturaleza, posiciona a esta particular conformación matrimonial en situación desventajosa circunscribiendo sus posibilidades exclusivamente a la gestación por sustitución¹⁵.

La misma constitución matrimonial vuelve a padecer los avatares de la diferenciación, no obstante la previsión del Artículo 402, cuando la reforma proyectada conserva las presunciones legales de determinación filiatoria en casos de matrimonios sucesivos entre mujeres (Art. 568)¹⁶, no entre varones. Ahora, si estas presunciones ya no se sostienen en el vínculo sexual sino en la voluntad procreacional, lo mismo valdría para ambos tipos de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Pero la distinción es reincidente y la encontramos nuevamente en la presunción legal de filiación convivencial exclusivamente referida a la madre (Art. 585)¹⁷.

¹⁴ “ARTÍCULO 565.- *Principio general.* En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si correspondiere, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas”.

¹⁵ “ARTÍCULO 562.- *Gestación por sustitución.* El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

¹⁶ “ARTÍCULO 568.- *Matrimonios sucesivos.* Si median matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos (300) días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta (180) días de la celebración del segundo, tiene vínculo filial con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos (300) días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta (180) días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge.

Estas presunciones admiten prueba en contrario”.

¹⁷ “ARTÍCULO 585.- *Convivencia.* La convivencia de la madre durante la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada”.

En las TRHA la determinación filiatoria reconoce un claro fundamento contractual¹⁸ significado a través de la recurrente frase “consentimiento previo, informado y libre”.

La estipulación sobre filiación *post mortem* en estos procedimientos vuelve a sacudir la norma del Artículo 402 cuando excluye el vínculo filial entre el o la cónyuge o conviviente fallecido/a de la mujer que da a luz y la persona nacida, si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento (Art. 563, 1er. párrafo)¹⁹.

El riesgo del incesto entre las personas concebidas por TRHA heterólogas, únicas disponibles para matrimonios o convivientes del mismo sexo, parece bastante inminente. Por lo pronto, el recurso a las TRHA supone un insuficiente derecho a la información²⁰ que solo podrá ejercer quien previamente haya sido informado sobre su origen, circunstancia que dependerá exclusivamente de la voluntad de sus padres-comitentes. Si bien no podrá pasar inadvertida esta posible modalidad de concepción, podría ocurrir, no obstante, que durante la crianza falsamente se hubiera individualizado como progenitor a un tercero de sexo opuesto a la pareja a quien incluso el niño pudo haber asumido como adulto referente durante su desarrollo.

No hay duda de que las TRHA heterólogas crean una tensión entre el derecho a la identidad del hijo, la voluntad procreacional de los comitentes y la intimidad del donante anónimo. Igual de cierto es que cuando la ley prioriza la voluntad

¹⁸ “ARTÍCULO 560.- *Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.* El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.

“ARTÍCULO 561.- *Voluntad procreacional.* Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

¹⁹ “ARTÍCULO 563.- *Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida.* En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

- a) la persona consiente en el documento previsto en el Art. 560 o en un testamento que sus gametos o embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.
- b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

²⁰ “ARTÍCULO 564.- *Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida.* La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

- a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.
- b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

procreacional lo hace con el utilitario objetivo de coadyuvar a la viabilidad de las TRHA²¹.

Que quienes hayan promovido y sostenido una reforma como la que se avecina reconozcan la existencia de un interés estatal en que el vínculo jurídico coincida con la verdad biológica²² es un signo de aliento, la verdad tarde o temprano aflora. Si coincidimos en que la verdad biológica es un valor irrenunciable para el Estado, también debemos estar de acuerdo en que en tanto constitutivo del bien común debe asumirse como norte ineludible de la ley.

En relación con la filiación extramatrimonial se dispone su determinación por reconocimiento, voluntad procreacional en el caso de TRHA o sentencia en juicio de filiación²³. En el seno de parejas de distinto sexo el reconocimiento queda reservado a la paternidad²⁴. Cuando se hubiera recurrido a las TRHA no se genera vínculo jurídico con el o la donante de gametos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales (Art. 575)²⁵.

También en los casos de hijos nacidos mediante TRHA es inadmisibles la impugnación de la filiación –matrimonial y extramatrimonial–, así como el reconocimiento y la acción de reclamación filiatoria²⁶ respecto del aportante de gametos (Art. 577).

²¹ GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., pág. 272. BOSSERT, G. A., *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, Buenos Aires, Astrea, 2011, pág. 376.

²² GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., pág. 280.

²³ "ARTÍCULO 570.- *Principio general*. La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal".

²⁴ "ARTÍCULO 571.- *Formas del reconocimiento*. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta:

- a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;
- b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;
- c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental".

"ARTÍCULO 572.- *Notificación del reconocimiento*. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal".

²⁵ "ARTÍCULO 575.- *Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida*. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena".

²⁶ "ARTÍCULO 582.- *Reglas generales*. El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente.

El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores.

En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir los dos (2) años computados desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos.

Si la voluntad procreativa domina el terreno de las acciones filiatorias de los niños nacidos por TRHA, se advierte que la situación linda con los embarazos mal llamados accidentales logrados naturalmente en los que también podría invocarse el fundamento de la ausencia de voluntad procreativa en la consabida disociación que la normativa supone entre procreación y sexualidad.

En el supuesto que el donante de gameto individualizado haya construido una relación afectiva con el niño, éste se verá privado de vínculo jurídico filiatorio con aquél, salvo que la donación se hubiera materializado naturalmente sin el recurso a las TRHA.

Se dispone reparable el daño causado al niño por falta de reconocimiento²⁷ pero se ignora el conocido y probado daño que le ocasiona la privación, premeditada e intencionada, de su madre y padre biológicos, así como la desvalorización de su identidad biológica como basamento del vínculo filiatorio cuando hubiera nacido por TRHA.

Ya hemos señalado la inadmisibilidad de la impugnación filiatoria para los nacidos por TRHA. Es el momento ahora de destacar la admisibilidad de la acción en las filiaciones por naturaleza, lo cual se contrapone a la lógica que estructura el sistema de homoparentalidad sobre la voluntad procreacional, ya que podría ocurrir, como ya lo señaláramos, que la donación de gameto se materializara mediante una concepción natural aún sin voluntad procreativa del progenitor donante²⁸.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

²⁷ “ARTÍCULO 587.- *Reparación del daño causado.* El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código”.

²⁸ “ARTÍCULO 588.- *Impugnación de la maternidad.* En los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo.

La acción caduca si transcurren dos (2) años desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre”.

“ARTÍCULO 589.- *Impugnación de la filiación presumida por la ley.* El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a la interposición de la demanda de disolución o anulación, alegando no poder ser el progenitor o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

“ARTÍCULO 590.- *Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad.* La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurren dos (2) años desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Para este caso debe tenerse en cuenta que la igualación de efectos de la posesión de estado al reconocimiento filial podrá ser desvirtuada por la prueba del nexo biológico (Art. 584)²⁹, priorizándose de este modo el interés superior del niño, circunstancia evidenciada también en las normas que regulan la admisibilidad de las pruebas genéticas en las acciones de filiación (Arts. 579 y 580)³⁰ y la dilucidación de la identidad del presunto padre en los supuestos en que solo se halla determinada la maternidad (Art. 583)³¹. Siempre dentro del marco de la filiación por naturaleza.

En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado”.

“ARTÍCULO 591.- *Acción de negación de filiación presumida por la ley.* El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurren dos (2) años desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Si se prueba que el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

“ARTÍCULO 592.- *Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley.* Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.

Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida”.

“ARTÍCULO 593.- *Impugnación del reconocimiento.* El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de los dos (2) años de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

²⁹ “ARTÍCULO 584.- *Posesión de estado.* La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético”.

³⁰ “ARTÍCULO 579.- *Prueba genética.* En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, priorizándose a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente”.

“ARTÍCULO 580.- *Prueba genética post mortem.* En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste.

Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver.

El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso”.

³¹ “ARTÍCULO 583.- *Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad.* En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La decla-

Queda claro que la ficción jurídica creada sobre un vínculo socioafectivo premeditado que excluye elementos esenciales de la identidad personal del niño, además de priorizar una parentalidad querida por sobre la realidad del nexo biológico, transforma conductas individuales que inicialmente podrían haber sido tildadas de autorreferentes aunque casi al mismo tiempo dejaran de serlo al proyectarse en un tercero, este niño al que de algún modo se le atribuye el rol de “cosa debida”³².

El parentesco es regulado como el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad³³. Aparece la voluntad procreacional como criterio determinante del parentesco causado por TRHA, virtualmente potenciado en las prácticas heterólogas y en los matrimonios entre personas del mismo sexo, ámbito en el que, como hemos venido resaltando, las presunciones legales se desentienden de la realidad biológica.

El régimen de responsabilidad parental se estructura sobre la neutralización de los aportes y contribuciones especialmente maternos y paternos que resultan unificados y, en consecuencia, anulados, como simbólicamente lo prueba el empleo del vocablo parental, sexualmente indiferenciado.

Se incorpora la figura del progenitor afin (Arts. 672 a 676) en la persona del cónyuge o conviviente que vive con el progenitor a cargo del cuidado personal del niño, reconociéndole derechos e imponiéndole ciertos deberes pseudoparentales. De este modo se legitima una modalidad similar homoparental aún frente a la probable oposición del otro progenitor.

En cuanto a la denominada homoparentalidad adoptiva, destacamos la solvencia con la que se prioriza en todo el sistema el derecho a conocer los orígenes, la preservación de vínculos con la familia de origen y el reconocimiento de su importancia en la crianza del niño cuando se propugna su permanencia en ella si fuera posible (Arts. 595 y 596). Advertimos, sin embargo, con preocupación que no se exijan en el guardador con fines adoptivos ni en el adoptante cualidades personales o morales que lo habiliten especialmente a tal fin, requiriéndose tan solo que la decisión judicial recaiga sobre el “más apto” teniendo en cuenta fundamentalmente el interés superior del niño (Arts. 613 y 621).

Por otra parte, se incorpora la adopción de integración (Art. 630) para la adopción del hijo del o la cónyuge o conviviente preservando el vínculo filiatorio entre el adoptado y su progenitor de origen con marcada utilidad para suplir la ausencia de

ración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento, haciéndosele saber previamente las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial.

Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial”.

³² ZANNONI, E. A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 3ra. ed. actualizada y ampliada, 1998, pág. 533 y sigs.

³³ “ARTÍCULO 529.- *Concepto y terminología.* Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican solo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral”.

consentimiento previo, libre e informado en los casos de TRHA, sea por oposición inicial o por no haber formado parte entonces de la vida del progenitor.

Luego de este breve recorrido por la normativa proyectada y habiendo comprobado que la estructura homoparental se halla contemplada y resguardada en detrimento de valores superiores de los niños, como la igualdad, la identidad, la presencia maternal y paternal, la vinculación generacional, entre otros, parece oportuno y hasta necesario que comprendamos el verdadero significado del vocablo homoparentalidad.

Este neologismo que, inadvertidamente, podría parecer inocente, encierra en realidad la finalidad de instaurar un doble cambio de paradigma: entronar a los padres como sujetos centrales de la relación jurídica parental –en correlación con la instauración de la voluntad procreacional como fuente filiatoria (o parental)–, y brindar apertura a la ambigüedad desestructurando la connotación sexual de la maternidad y paternidad que aparecen subsumidas e identificadas en el término parentalidad.

El surgimiento del término homoparentalidad, que se viene instalando en la sociedad desde hace ya un tiempo, nace a partir de la diferenciación entre los conceptos de parentalidad y paternidad, designando el primero el ejercicio de funciones, mientras que el segundo se asocia a la acción de engendrar. Se trata de un término equívoco ya que en sentido estricto sólo podría significar que la parentalidad es ejercida por dos personas del mismo sexo.

Sin embargo, sus fronteras se extienden proponiendo pensar la paternidad libre de cualquier anclaje corporal y planteando una disociación implícita entre la fecundación para la que es necesaria la diferencia sexuada, y la vida sexual para la que la diferencia de sexos no tendría importancia. Lo biológico se disocia de lo carnal y en ese contexto, el encuentro del espermatozoide y el óvulo deja de ser el encuentro entre el hombre y la mujer³⁴.

Es esencialmente en la relación con la generación como se define la identidad sexuada. Ser mujer es haber nacido de un cuerpo del mismo sexo que el suyo; ser hombre es nacer de un cuerpo de sexo diferente. En la generación es donde la diferencia de los sexos es más irreductible y, recíprocamente, es la integración de esta diferencia la que vuelve a la generación relacional y encarnada. La pertenencia a un sexo nos delata limitados, carentes de los atributos y potencialidades del otro sexo, singularmente en la procreación³⁵.

La negación del anclaje corporal de la diferencia o del vínculo entre sexualidad y procreación conduce a una cantidad de disociaciones (conyugalidad-paternidad, padres-progenitores, sexualidad-fecundidad, sexuado-sexual, sexual-paternal, sexualidad-filiación) que impactan psíquicamente en el niño. Difícilmente se pueda despojar a la educación de los niños de cualquier referencia a su concepción biológica necesariamente ligada a la diferencia sexual. Que el padre o progenitor

³⁴ LACROIX, X., "Homoparentalidad", en Consejo pontificio para la familia, *Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Madrid, Ed. Palabra S.A., 2006, 2da. ed. act., págs. 555-570.

³⁵ Ídem.

se vuelva o no hacia lo femenino, hacia la persona de la madre en lo particular, no es del todo indiferente a su masculinidad y a la aprehensión de ésta por parte del niño³⁶.

El adulto de referencia, útil para que el niño pueda referirse a personas que cuenten para él y con las que en parte pueda identificarse al ofrecerle el modelo masculino o femenino en las diferentes etapas de su desarrollo, no equivale a erigir en principio que este referente pueda ser equivalente a un padre o una madre con quienes el niño tiene, además, una referencia de origen que lo liga a lo largo de toda su existencia, desde su comienzo mismo. La filiación no se restringe a la determinación de quién va a educar al niño, quién será su adulto de referencia o quiénes sus padres simbólicos o afectivos, sino permitirle a él mismo situarse en una cadena de generaciones, interferencia que tiene carácter irreversible³⁷.

Cuando al vocablo parentalidad se le atribuye neutralidad se pretende sustituir y superar las nociones de maternidad y paternidad, términos en sí mismos indisolubles que además de referir a la noción de diferencia, remiten a la de vínculo. Padre y madre, además de ser diferentes y estar relacionados, se hallan vinculados. Y es precisamente en este vínculo que denota la unión de dos individuos donde se hace operante y significante la diferencia³⁸.

A pesar de que algunos persistan en sostenerlo³⁹, el vínculo entre consanguinidad y parentesco no es naturalizado sino natural. Este error tan común entre los defensores y propulsores de la homoparentalidad hace que confronten fantasmas tales como el denominado “paradigma heteronormativo” o “esquema heterocéntrico tradicional”, perdiendo de vista lo real: la heterosexualidad es fundante de la paternidad y maternidad asociadas a la parentalidad.

Se ha señalado también la incidencia de la faceta tecnológica en el surgimiento de la homoparentalidad, aludiendo a familias tecnológicas como noción superadora de las limitaciones naturales⁴⁰. En este aspecto, se ha propuesto diferenciar procreación, que implicaría los procesos biológicos de concepción y parto, de reproducción, que incluiría a la primera además del trabajo de llevar la progenie a la edad adulta. La procreación se considera un hecho eminentemente biológico, en tanto que la reproducción incluiría también ingredientes culturales y sociales. Entonces, se dice que si la sexualidad está culturalmente circunscrita a la procreación, la homoparentalidad será considerada anómala porque no tiene cabida entre dos personas del mismo sexo. A tales argumentos se les resta legitimidad recurriendo a la denominada familia tecnológica que se edifica a partir de la disociación de procreación y naturaleza que ofrecen las TRHA.

No hay duda de que la afectación de la familia tradicional vinculada a las TRHA es en gran medida responsable de que se generara un debate en torno a la

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ídem.

³⁹ CASTELLAR, A. F., “Familia y homoparentalidad: una revisión del tema”, *CS* Nro. 5, enero-junio 2010, Cali, Colombia, págs. 45-70.

⁴⁰ ROBALDO, M., “La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión”, *Revista Punto Género* N°1, abril de 2011, págs. 171-183.

homoparentalidad. Su defensa se ha fortalecido también postulando que la familia no es ni ha sido nunca biológica sino cultural, y proponiendo que cada nacimiento sería una segunda operación de adopción simbólica del hijo por resultar el acto de reconocimiento el que lo hace entrar en la familia. Resultan así procreación y filiación dos cuestiones diferentes⁴¹.

En esta línea de ideas, pues sería de otro modo pura necedad, se llega a afirmar que la homoparentalidad no excluye la procreación sino que se encuentra inscrita en los postulados biológicos y sociales de la diferencia de los sexos como condición de la reproducción y del mantenimiento de la especie para concluir que no borra en absoluto las diferencias fundantes⁴², sino más bien las aprovecha.

Tal como resulta constatable, la consecuencia de la inserción social de estas ideologías es previsible: en la medida en que las nociones de maternidad, paternidad y parentesco se tornen en el ideario ciudadano cada vez más simbólicas, más socio-culturales y menos biológicas, en igual proporción será desatendido el bienestar de los niños.

No quisiera concluir sin plantearles dos cuestiones aún pendientes. La primera, compartir con ustedes las conclusiones de un trabajo de investigación publicado hace apenas unos meses. Se trata del “Estudio sobre Nuevas Estructuras Familiares”, un proyecto sociológico de recopilación de datos sobre una muestra amplia – casi 3000 personas– y aleatoria de jóvenes adultos americanos entre 18 y 39 años que fueron criados en diferentes estructuras familiares. El primer trabajo publicado consistió en comparar jóvenes adultos hijos de un padre o madre que hubiera mantenido una relación sexual romántica con persona del mismo sexo, en base a cuarenta diferentes variables de resultado social, emocional y relacional, con otros seis tipos distintos de estructuras familiares.

Los resultados revelaron numerosas y consistentes diferencias, especialmente entre hijos de mujeres que habían tenido relaciones homosexuales y aquellos otros de padres biológicos unidos en matrimonios estables. El estudio muestra los efectos negativos de la homoparentalidad femenina en veinticinco de los cuarenta criterios seleccionados y revela que los niños homoparentales han sido más frecuentemente víctimas de abusos sexuales (23% de los niños de madres lesbianas han sufrido abusos por un padre o un adulto, contra 2% de los niños de padres biológicos unidos en matrimonio estable); tienen menos salud física; son víctimas de depresión y del consumo de drogas con mucha mayor frecuencia, y tienen más dificultades para acceder a empleos (69% de los niños de familias homoparentales lesbianas dependen de ayudas sociales, contra 17% de los que proceden de parejas casadas).

A diferencia de las investigaciones precedentes que comparaban niños criados por homosexuales con niños que vivían otras situaciones problemáticas como familias ensambladas y monoparentales, en este caso la comparación se hizo solo con personas que fueron criadas por sus padres biológicos que continuaron casados durante todo su desarrollo. Por otra parte, las conclusiones están basadas en informaciones

⁴¹ CASTELLAR, A. F., “Familia y homoparentalidad: una revisión del tema”, ob. cit., págs. 45-70.

⁴² Ídem.

proporcionadas por jóvenes adultos sobre su experiencia de niños y no sobre datos suministrados por los propios padres⁴³.

La segunda de las cuestiones pendientes tiene que ver con el título de esta exposición y surge como una demanda impostergable a esta altura de los conocimientos. Con el ánimo de *aggiornar* estas reflexiones propongo, entonces, dotarlas de dinamismo –tan de moda en estos tiempos–, despojando al epígrafe del término homoparentalidad. ¿Es que no sería acaso más apropiado y justo el siguiente?: “El advenimiento de la legalización de la orfandad materna y paterna premeditada en el marco de la reforma proyectada”.

⁴³ REGNERUS, M., “How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study”, *Social Science Research* 41 (2012), págs. 752–770.