

ALCANCES DE LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL

EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Analía G. Pastore

SUMARIO: EXORDIO. I.- CUESTIONES PREVIAS. A) Presunciones. 1) *Concepto.* 2) *Clasificación.* 3) *Elementos constitutivos.* B) Ficciones. 1) *Concepto.* 2) *Naturaleza jurídica, clasificación y reglas.* II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL. A) Código Civil. B) La reforma introducida por la Ley 23.264. C) La reforma de la Ley 26.618 y el Decreto 1006/2012. III.- LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. A) Marco regulatorio dualista para el sistema filial. B) Inaplicabilidad en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). C) Delimitación a la filiación por naturaleza. 1) *Cuadro de situación.* 2) *Extensión a los matrimonios conformados por dos mujeres.* 3) *Presunción de paternidad y ficción de comaternidad matrimonial.* 4) *Perspectiva constitucional-convencional.* a) *El principio de igualdad de todos los hijos.* b) *El principio de verdad biológica y el derecho a la identidad.* i) Derecho humano fundamental. ii) Disociación entre identidad biológica y vínculo jurídico filial. iii) Derecho a la información. iv) Afectación del derecho a la identidad. c) *Mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación.* d) *El principio del interés superior del niño.* IV.- CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO FILIAL. A) **Incidencia de las TRHA heterólogas y los matrimonios conformados por personas del mismo sexo. B) Breve reseña de la experiencia estadounidense sobre los alcances de la presunción de paternidad matrimonial. EPÍLOGO.**

EXORDIO.

Este trabajo se propone analizar los alcances de la presunción de filiación matrimonial regulada en la norma del art. 566 del Código Civil y Comercial¹. Resulta pertinente aclarar que este artículo encabeza el Capítulo 4 sobre Determinación de la filiación matrimonial del Título V (Filiación) en el Libro Segundo (Relaciones de Familia).

¹ Art. 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 días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título."

Para lograr el cometido propuesto en una primera parte se tratarán dos cuestiones que se consideran previas buscando clarificar las nociones de presunción y ficción jurídicas.

En la segunda parte se hará una revisión de la evolución normativa que ha tenido la presunción de filiación matrimonial desde su regulación en el Código Civil, pasando por las reformas introducidas por las Leyes 23.264 y 26.618 y el Decreto 1006/2012.

La tercera parte se abocará al estudio de la norma del art. 566 del Código Civil y Comercial y para ello principiará por contextualizar el marco regulatorio filial en un modelo dualista para luego excluir la aplicación de la norma del ámbito de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y seguidamente delimitar sus alcances en la filiación por naturaleza. Entonces, luego de plantear el cuadro de situación en el terreno de la filiación por naturaleza, se analizará la extensión de la presunción a los matrimonios conformados por personas del mismo sexo de donde se derivará la necesidad de desdoblar la norma diferenciando la presunción de paternidad matrimonial de la ficción de comaternidad matrimonial, para finalmente confrontar la ficción legal con los principios constitucionales y convencionales que, según se afirma en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, “impactan de manera directa en el derecho filial”². Siguiendo la enunciación de los Fundamentos se considerarán los principios de igualdad de todos los hijos, verdad biológica e identidad, facilidad y celeridad en la determinación de la filiación e interés superior del menor, testeando su operatividad frente a la ficción de comaternidad matrimonial.

El cuarto apartado abordará el cambio de paradigma en el derecho filial apuntando la incidencia decisiva que en el proceso ejercieron las TRHA heterólogas y los matrimonios conformados por personas del mismo sexo, para luego mostrar una breve reseña de la evolución estadounidense en la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial.

Por último, las conclusiones de *lege lata* y de *lege ferenda*.

I.- CUESTIONES PREVIAS.

A) Presunciones.

1) Concepto.

² FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 75.

La concepción con mayor arraigo en la doctrina jurídica continental sostiene que las presunciones son razonamientos del legislador o del juez en los que se parte de un hecho conocido para determinar la existencia de un hecho ignorado. Esta inferencia es posible gracias a la existencia de un vínculo entre el hecho conocido y el hecho desconocido que los juristas asocian con la noción de “máximas de la experiencia”. Un claro antecedente de esta corriente se encuentra en la definición de presunción del Código Civil francés cuyo artículo 1349 establece que “*Las presunciones son las consecuencias que la ley o el magistrado extrae de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido*”³.

En esta línea conceptual se han diferenciado tres grupos doctrinarios: a) aquellos que consideran que las presunciones son el resultado de un proceso lógico inductivo que lleva a afirmar la existencia de un hecho desconocido a partir de otro conocido, fundado en el modo normal u ordinario de ocurrir los acontecimientos naturales o del hombre, pero sin denotar su relevancia jurídica⁴; b) quienes además de referir al sentido lógico de la presunción, discriminan su calidad en base a la fuente (legislador o juez)⁵, y c) aquellos que luego de describirlas por su contenido, destacan la naturaleza de las normas que las contienen e indican como rasgo consustancial la admisión de prueba en contrario^{6,7}.

En el ámbito nacional han sido definidas como consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar otro desconocido de conformidad con la experiencia dada por el orden normal de las cosas⁸, al tiempo que se las ha calificado como pruebas de razonamiento advirtiendo sobre la cautela y prudencia necesarias en su admisión y valoración⁹.

2) Clasificación.

³ GAMA LEYVA, Raymundo, “Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp.65-89.

⁴ CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. 1, Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 441, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, “Las Presunciones en el Derecho Civil”, *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. II, Buenos Aires: Héctor P. de Zarodia Editor, p. 694, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, “Las Presunciones en el Derecho Civil”, *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

⁶ DIEZ PICAZO, Luis, “Estudios de Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 1962, p. 210, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, “Las Presunciones en el Derecho Civil”, *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

⁷ ZAVALA TOYA, Salvador, “Las Presunciones en el Derecho Civil”, *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

⁸ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Novena edición actualizada, 1992, p. 567.

⁹ PAYÁ, Fernando H., *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 88.

Las presunciones se clasifican en función del sujeto que establece el enlace entre el hecho base conocido y el hecho presumido desconocido distinguiéndose las legales -cuando es obra del legislador¹⁰-, de las judiciales o simples -si, en cambio, el juicio lógico es realizado por el juez tomando como base el indicio probado¹¹-. Las primeras pueden ser *iuris tantum* o *iuris et de iure*, según que admitan o no prueba en contrario, también conocidas como presunciones relativas o absolutas¹². Las segundas se encuentran libradas al criterio del juez cuyas conclusiones no se hallan sujetas a reglas preestablecidas sino que deben ser fijadas de acuerdo con los principios de la sana crítica.¹³ Las presunciones legales relativas permiten aniquilar la atribución o inferencia presuntiva demostrando la inexistencia del hecho presumido.¹⁴

También se ha postulado la categorización de las presunciones en legales y judiciales proyectando la distinción a nivel conceptual. En este sentido, se ha sostenido que la idea de razonamiento que infiere a partir de la prueba de un hecho la existencia de otro desconocido sería propia de las presunciones simples pero no de las legales que, en cambio, se constituirían como verdaderas reglas jurídicas que dispensan la necesidad de acreditar un hecho trasladando al oponente la carga de la prueba.¹⁵ El meollo de la cuestión radicaría en determinar si en cada supuesto, legal o judicial, el sujeto realiza la misma operación intelectual.

Esta posición ha sido receptada en la doctrina nacional afirmando que las presunciones legales no constituyen medios de prueba sino que son reglas jurídicas sustanciales que gravitan en el proceso sobre la carga de la prueba, sea por inversión o exención de tal actividad.¹⁶

3) Elementos constitutivos.

Existe coincidencia entre quienes comparten la noción general esbozada en indicar tres elementos constitutivos: a) un hecho antecedente base, conocido, cierto y

¹⁰ GAMA LEYVA, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp.65-89.

¹¹ PAYÁ, Fernando H., *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, pp. 88-89.

¹² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, Tercera edición (póstuma), 1990, p. 226.

¹³ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Novena edición actualizada, 1992, pp. 567-568.

¹⁴ FEDE, Claudio H. y LANZAVECHIA, Gabriel E., "Presunciones de paternidad en el nuevo Código Civil y Comercial argentino", 31/05/2016, Ed. Microjuris.com Argentina, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/05/31/presunciones-de-paternidad-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-argentino/>

¹⁵ GAMA LEYVA, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

¹⁶ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Novena edición actualizada, 1992, pp. 568-569.

probado, que es el punto de partida del razonamiento presuntivo; b) un hecho desconocido, presumido, que representa el punto final de la operación intelectual, y c) un razonamiento lógico, causalidad o enlace que vincula el hecho conocido con el desconocido posibilitando inferir éste de aquél con sustento en máximas de la experiencia.¹⁷

Como puede advertirse, el enlace es un componente fundamental, debe ser cierto y directo, acorde con el orden natural de las cosas¹⁸ y, dado que la realidad humana es contingente en sus realizaciones singulares y concretas, la inferencia presuntiva debe tener un mayor grado de probabilidad que las demás que pudieran derivarse del mismo punto de partida¹⁹.

B) Ficciones.

1) Concepto.

Las ficciones legales han sido conceptualizadas como declaraciones propuestas a sabiendas de su falsedad a las que se les reconoce cierta utilidad en tanto amplían o reducen el ámbito de aplicación de una norma legal preservando la estructura formal de la regla original y el sentido de sus términos. La alteración del rango de aplicación de la norma supone que el hecho antecedente de la norma principal no es equivalente al hecho que motiva la existencia de la ficción.²⁰

A diferencia de las mentiras, no se constituyen con la intención de engañar²¹, si bien fueron también concebidas como “mentiras blancas”^{22, 23}.

¹⁷ Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, Tercera edición (póstuma), 1990, pp. 227-228; PAYÁ, Fernando H., *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, pp. 88-89, y GAMA LEYVA, Raymundo, “Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. III, Madrid: S/Ed., 2da. ed., 1948, p. 260, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, “Las Presunciones en el Derecho Civil”, *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

¹⁹ GAMA LEYVA, Raymundo, “Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nro. 19, pp. 65-89.

²⁰ CAMPBELL, Keneth, “Fuller on Legal Fictions”, *Law and Philosophy*, 1983, Vol. 2, Nro. 3, pp. 339-370.

²¹ FULLER, Lon, *The Morality of Law*, Stanford University Press, 1967, citado en CAMPBELL, Keneth, “Fuller on Legal Fictions”, *Law and Philosophy*, 1983, Vol. 2, Nro. 3, pp. 339-370.

²² IHERING, Rudolph v., *Law as a Means to an End*. (trad. de I. Husic), Boston: Book Co., 1994, citado en RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, “Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites”, *Revista Temática de Filosofía del Derecho*, 2014, Nro. 17, pp. 111-138.

²³ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, T. 11, Buenos Aires: Ediar, 2da. ed., 1961, p. 685, citado en ZAVALA TOYA, Salvador, “Las Presunciones en el Derecho Civil”, *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, Nro. 48, pp. 95-116.

Así, se ha dicho que “la ficción jurídica existe siempre que la norma trate algo real ya como distinto siendo igual, ya como inexistente habiendo sucedido, ya como sucedido siendo inexistente, aun con conciencia de que naturalmente no es así.”²⁴

También se ha definido como “la suposición legal de que algo es verdadero cuando no lo es o podría no serlo”²⁵, por eso se ha afirmado que mediante la ficción legal “algo que se sabe ser falso o irreal se reputa verdadero”²⁶.

Con referencia al derecho romano pero considerando también la ficción del derecho inglés se ha señalado que su “finalidad consiste en eliminar las dificultades inherentes a la adopción y aplicación de nuevas reglas jurídicas más o menos incisivas”, de modo que se “deja intacta la doctrina tradicional en su antigua forma, sin disminuir no obstante en la práctica la plena eficacia de la forma nueva”, y desde este ángulo “no es más que la solución científicamente imperfecta a un problema, y merece, como el acto aparente, ser llamada una falsedad técnica consagrada por la necesidad”.²⁷

Un autor que fue referente y consagrado en la materia ha precisado que la ficción legal es una suposición que oculta, o pretende ocultar, el hecho de que una regla jurídica ha sufrido alteración, agregando que “satisfacen el deseo de mejoramiento, que no falta por completo, al mismo tiempo que no ofenden el supersticioso disgusto por el cambio, que está siempre presente”, considerando que en “etapas determinadas del progreso social han sido expedientes valiosos para superar la rigidez del derecho” y que “vilipendiarlas como si constituyeran un mero fraude es exhibir ignorancia acerca de su función peculiar en el desarrollo histórico del derecho”.²⁸

Tanto en el derecho romano como en el inglés fueron desapareciendo lentamente, a medida que no se sintió más su necesidad, hasta que Justiniano “se indigna de que la Antigüedad haya recurrido a tales procedimientos, y los extirpa radicalmente” en el primer caso.²⁹

²⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961.

²⁵ MILLER, Sidney T., “The Reasons for Some Legal Fictions”, *Michigan Law Review*, 1910 (June), Vol. 8, Nro. 8, pp. 623-636.

²⁶ BATIZA, Rodolfo, “Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

²⁷ IHERING, Rudolph v., *El Espíritu del Derecho Romano*, T. I, Madrid: Ed. C. Bailly-Bailliere, 1891, p. 355, citado en BATIZA, Rodolfo, “Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

²⁸ MAINE, Sir Henry Summer, *Ancient Law*, Oxford University Press, 1954, pp. 20 y ss, citado en BATIZA, Rodolfo, “Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

²⁹ IHERING, Rudolph v., *El Espíritu del Derecho Romano*, T. I, Madrid: Ed. C. Bailly-Bailliere, 1891, p. 300, citado en BATIZA, Rodolfo, “Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romanos e inglés”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, Nro. 49, pp. 3-30.

En el derecho inglés, se ha destacado que las ficciones jurídicas pueden entenderse al menos en dos sentidos: a) como ficciones legales y b) como entidades ficticias presentes en la elaboración de la ciencia jurídica. En el primer caso, estuvieron principalmente referidas a las ficciones judiciales declaradas “falsedades intencionadas” que iban en contra de la deseable claridad de la ley, afirmando que la ficción es “un hecho notoriamente falso sobre el cual se razona como si fuera verdadero”³⁰.

En definitiva, las ficciones son mecanismos de técnica jurídica a través de los cuales el legislador consigue determinados objetivos como situar a una persona, cosa o hecho en una categoría conscientemente inexacta con el propósito de derivar de ello las consecuencias jurídicas atribuibles a esa categoría.³¹

2) Naturaleza jurídica, clasificación y reglas.

Se trata de una norma imperativa de derecho material que se introduce calificando jurídicamente determinados hechos y creando una “realidad” jurídica separada de la fáctica.

Se distinguen tres clases de ficciones: a) positivas, cuando se supone un hecho inexistente, b) negativas, cuando es ignorado un hecho existente, y c) de relación, cuando el acto de una persona es asumido como de otra, o un acto realizado en un lugar y tiempo determinado es tomado como si hubiera ocurrido en otro lugar o momento, o un acto relacionado con una cosa es considerado en relación a otra.³²

Por su parte, se han indicado tres reglas que rigen las ficciones legales: a) lo que es imposible no será fingido, b) ninguna ficción será permitida para provocar daño y c) no puede extenderse más allá de las razones por las que fue creada.³³

Asimismo, se ha manifestado que se vulneran los derechos humanos fundamentales cuando se consagran ficciones con apariencia de legalidad que consagran un hecho o resultado injusto aunque lo norma legal lo autorice.³⁴

³⁰ BENTHAM, Jeremy, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Madrid: Ed. Nacional, 1981, p. 83, citado en MORESO MATEOS, José Juan, “Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, *Doxa*, 1986, Vol. 3, pp. 129-139.

³¹ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Carmela, “Las presunciones y ficciones en el Derecho Tributario peruano”, *THEMIS: Revista de Derecho*, 1987, Nro. 8, pp. 29-30.

³² Cfr. MILLER, Sidney T., “The Reasons for Some Legal Fictions”, *Michigan Law Review*, 1910 (June), Vol. 8, Nro. 8, pp. 623-636.

³³ Cfr. MILLER, Sidney T., “The Reasons for Some Legal Fictions”, *Michigan Law Review*, 1910 (June), Vol. 8, Nro. 8, pp. 623-636.

³⁴ STJ Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, “Páez, A. E. c/ Cooperativa de Viviendas 1ro. de Mayo Limitada s/ pedido de quiebra – Incidente de Nulidad”, 02/05/2003, *El Derecho*, 2009, T. 232, pp. 352 y ss.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL.

A) Código Civil.

Originalmente se hallaba regulada por el juego de los arts. 240 y ss. del Código Civil como presunción de paternidad matrimonial en términos que distaban sustancialmente de la normativa vigente.

Se presumían concebidos durante el matrimonio los hijos nacidos después de los ciento ochenta días de su celebración y hasta los trescientos días posteriores al fallecimiento del marido o la anulación del matrimonio (art. 240), sin admitir prueba en contrario (art. 244).

Concomitantemente, se presumía que los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tenían por padre al marido (art. 245), considerándose legítimos a los hijos nacidos luego de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, salvo que se probase la imposibilidad del marido de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que habían precedido al nacimiento (art. 246).

El marido, a quien mientras viviera se le atribuía legitimación exclusiva para reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio (art. 256), contaba con tan sólo sesenta días desde que había tenido conocimiento del parto (art. 254) para desconocerlo con fundamento excluyente en el adulterio de la mujer si el nacimiento le había sido ocultado, en cuyo caso se encontraba facultado para demostrar los hechos que justificaran el reclamo (art. 252), careciendo de valor probatorio cualquier declaración o confesión de la madre negando la paternidad del marido (art. 255).

Por su parte, cuando el hijo había nacido pasados trescientos días de la separación de hecho, el marido podía negar su paternidad salvo que se probara que había mediado reconciliación privada de los esposos (art. 250).

La presunción de paternidad matrimonial se hallaba ligada al hecho probabilísimo de que el hijo hubiera sido concebido por los cónyuges durante el matrimonio, circunstancia que se determinaba en relación a la presunción *iure et de iure* sobre los términos mínimo y máximo del embarazo (arts. 76 y 77)³⁵, y se infería de los deberes conyugales de fidelidad y cohabitación³⁶.

³⁵ CÓDIGO CIVIL en su redacción original, Art. 76: “La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del

B) La reforma introducida por la Ley 23.264.

La ley 23.264³⁷ sustituyó el Título 2 del Código Civil veleciano instaurando, en lo que aquí concierne, un sistema de presunciones *iuris tantum* que alcanzaba a los hijos nacidos desde la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio³⁸ o separación de hecho de los esposos (arts. 243 y 244), con su correlato en la regulación de acciones filiatorias de desplazamiento de la paternidad matrimonial (arts. 258 a 260) previendo plazos de caducidad ampliados (arts. 258 a 260) además de incorporar la legitimación activa del hijo en todo momento para impugnar la paternidad matrimonial (art. 259).

Asimismo contempló la posibilidad de inscribir una filiación matrimonial cuando, producido el nacimiento del hijo fuera de los plazos previstos para tornar operativa la presunción legal, concurriera el consentimiento de ambos cónyuges (art. 245), al tiempo que estableció que la presunción sobre los tiempos mínimo (ciento ochenta días) y máximo (trescientos días) del embarazo admitía prueba en contrario (art. 77).

Si bien la presunción se estructuró sobre el hecho del nacimiento ocurrido durante el matrimonio comprendiendo la posibilidad de que el hijo hubiera sido concebido mediante relaciones prematrimoniales entre los futuros esposos, la concepción en el matrimonio se mantuvo relevante cuando el nacimiento traspasaba los límites de la unión conyugal, aunque dentro de los márgenes marcados por la duración máxima del embarazo.

En este último caso, la cohabitación de los esposos durante la época de la concepción unida a la exclusividad sexual, se erigía en el sustrato de la suposición de nexa biológico entre el marido de la madre y el hijo.³⁹ Se advierte entonces que la presunción legal no se hallaba fundada en la existencia misma del matrimonio sino en las elevadas probabilidades de que el niño fuera hijo biológico del marido de la madre ya sea porque habían contraído matrimonio luego de concebirlo o porque había sido concebido durante el matrimonio.⁴⁰

embarazo". Art. 77: "El máximo de tiempo de embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario".

³⁶ Cfr. arts. 184, 185 y 188 del Código Civil en su texto original. Tales normas fueron reproducidas en los arts. 50, 51 y 53 de la Ley 2.393 de Matrimonio Civil (1889).

³⁷ B.O. 23/10/1985.

³⁸ La reforma de la Ley 23.515 (B.O. 12/06/1987) sustituyó el término "divorcio" por "separación personal".

³⁹ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, "Dos cuestiones relativas al reconocimiento del hijo y la presunción de paternidad", *La Ley*, 1986-D, p. 1085 y ss.

⁴⁰ En contraposición, se ha sostenido que sería el matrimonio y no el vínculo biológico el que confiere el estado de padre asumiendo que la presunción legal de paternidad matrimonial tendría en miras la protección de la unidad familiar matrimonial por encima de los intereses individuales de sus miembros. KOLINSKY,

De tal modo, la atribución del hijo de la mujer casada a su marido no constituía “una ficción sustentada en la existencia del vínculo jurídico matrimonial con independencia de la realidad biológica” sino que se trataba de una suposición legal razonable en virtud de la cohabitación, la exclusividad del trato sexual de los esposos y la fidelidad, circunstancias que en su conjunto llevaban a considerar que el hijo de la mujer era fruto de la unión sexual entre los esposos. Esto aparecía confirmado por el hecho de que la presunción cesaba transcurridos trescientos días del cese de la cohabitación conyugal, aunque subsistiera el vínculo matrimonial, y se extendía cuando el nacimiento ocurría pasados trescientos días de la disolución o anulación matrimonial –esto es, más allá de la existencia del vínculo conyugal- en virtud del plazo máximo que la ley presumía para la gestación.⁴¹

Y, precisamente, por residir su fundamento en la existencia probable de nexo genético se preveía que la presunción de paternidad matrimonial que violara la verdad biológica podía ser destruida legalmente para abrir cauce al reconocimiento por el verdadero padre (art. 250, último párrafo, C.C.).⁴²

Desde entonces ya se prevenía en la doctrina nacional la necesidad de tener bien claro el hecho que nutría las presunciones legales de paternidad matrimonial para que no cayeran peligrosamente en el terreno de las ficciones⁴³, destacando que el sustento de la presunción se encontraba en la operatividad de los deberes conyugales de fidelidad y cohabitación (cfr. arts. 198 y 199 C.C.)⁴⁴, de los que se infería la probabilidad de nexo biológico que fundaba el emplazamiento filial.

C) La reforma de la Ley 26.618 y el Decreto 1006/2012.

Con la reforma introducida al Código Civil por la Ley 26.618⁴⁵, que excluyó la diversidad sexual de los contrayentes como requisito esencial del matrimonio, la norma del art. 243 fue sometida a una reinterpretación forzada buscando contener a los matrimonios entre dos mujeres bajo el ala de la presunción de paternidad matrimonial.

Heather, “The Ties that Bind: Reevaluating the Role of Legal Presumptions of Paternity”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2014 (Fall), Vol. 48, pp. 223-276.

⁴¹ Cfr. GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, p. 20 y ss.

⁴² MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “De nuevo sobre la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial”, *El Derecho*, 1998, T. 177, p. 71 y ss.

⁴³ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Régimen legal de filiación y patria potestad — Ley 23.264*, Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 57. Los autores remontan su fundamento al derecho romano con cita de Paulo: “*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*”, p. 39.

⁴⁴ PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, T. 2, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 1729.

⁴⁵ B.O. 22/07/2010.

Ello derivó, por un lado, de la nueva redacción dada al art. 172 que en su segundo párrafo disponía la igualdad de efectos del matrimonio, con independencia de que los contrayentes fueran del mismo o diferente sexo, y por el otro, de la denominada “cláusula complementaria de aplicación” contenida en el art. 42 de la ley⁴⁶. Esta norma establecía que todas las referencias a la institución del matrimonio contenidas en nuestro ordenamiento jurídico se entenderían aplicables a los matrimonios constituidos por dos personas de igual o diverso sexo; que los integrantes de las familias originadas en ambos matrimonios tendrían los mismos derechos y obligaciones, y que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podría ser interpretada ni aplicada de modo que limitara, restringiera, excluyera o suprimiera el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones a los matrimonios constituidos por personas de igual o diverso sexo.

Dos años después de la reforma, se consideró la situación de los niños nacidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 26.618 cuyas madres habían contraído matrimonio con otra mujer y no tenían filiación paterna establecida, aduciendo que razones de igualdad ante la ley reclamaban un régimen de inscripción en sede administrativa que contemplara su situación facilitando su inscripción como hijos matrimoniales en forma análoga a los nacidos con posterioridad a la Ley 26.618.⁴⁷ Entonces, el decreto 1006/2012⁴⁸ estableció por el término de un año, prorrogable por igual lapso, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de dieciocho años de edad que no tuvieran filiación paterna establecida y cuya madre hubiera contraído matrimonio con otra mujer (arts. 1 y 5), a cuyos efectos ambas mujeres debían manifestar expresamente su pleno consentimiento (art. 3).

Como apropiadamente fuera valorado, dado que al momento del nacimiento su madre no estaba casada, “los hijos eran jurídicamente

⁴⁶ En correlación con la cláusula complementaria de aplicación del art. 42 de la Ley 26.618, los arts. 36 y 37 del mismo plexo normativo modificaron, respectivamente, los arts. 36, inc. c) de la ley 26.413, garantizando que la inscripción de niños de matrimonios entre personas del mismo sexo preserve sus relaciones familiares con ambas cónyuges, y 4 de la Ley 18.248, estableciendo la forma en que se inscribiría el apellido de los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo.

⁴⁷ Cfr. Considerandos del Decreto 1006/2012.

⁴⁸ B.O. 03/07/2012, Titulado “Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley Nº 26.618”. En los Considerandos se fundamenta la medida en “la urgencia de evitar las excesivas demoras que padecen muchísimos niños, niñas y adolescentes para acceder a su completa inscripción, con todos los perjuicios que tal circunstancia les acarrea y la restricción al ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos” y se explicita que “es función del Estado asegurar al niño la protección necesaria para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes que deben asumir sus padres como responsables de él ante la ley y, en consecuencia, tomar todas las medidas administrativas necesarias para que la aplicación de la Ley Nº 26.618 sea conforme al interés superior del niño y al respeto de sus derechos, de acuerdo con las modificaciones en ella dispuestas, en cuanto obligan a ambas cónyuges a asumir los derechos y obligaciones para con sus hijos”.

extramatrimoniales”⁴⁹ con emplazamiento filial materno exclusivamente. Y puesto que el decreto de necesidad y urgencia no preveía distinción alguna, resultaba irrelevante si el hijo había sido concebido naturalmente o por TRHA. En el primer caso, se omitía toda consideración relativa a si el padre biológico estaba o no enterado de la existencia del hijo, o si se había dado oportuna intervención al Ministerio Público en procura de la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el progenitor biológico (art. 255 C.C.). En el segundo supuesto, no se exigía que la cónyuge de la madre hubiera mantenido con ésta una relación afectiva en la época de la concepción de la que se pudiera derivar la concurrencia de su intención parental en el marco de un proyecto familiar común, situación que tampoco se valoraba necesaria al momento del nacimiento del niño. En realidad, se instauró un sistema temporal que por vía administrativa validó el reconocimiento complaciente atípico para el establecimiento exclusivo de la comaternidad matrimonial con el único requisito del consentimiento concurrente de la madre. De tal forma, el matrimonio entre mujeres resultó tributario de un tratamiento especial vedado a los matrimonios entre personas de diverso sexo que pudieran hallarse en análoga situación -niños que no tuvieran filiación paterna establecida y su madre hubiera contraído matrimonio luego de su nacimiento- contrariando la norma del art. 42 de la Ley 26.618 y la nueva redacción dada al art. 172 C.C.

La mayoría de la doctrina se manifestó en contra de los efectos colaterales de la Ley 26.618 en la regulación de la filiación matrimonial como derivación previsible de la Ley 26.618⁵⁰. Se hicieron oír voces de preocupación que calificaron de “incongruencia jurídica” la pretensión de interpretar la norma del art. 243 del Código Civil a la luz del matrimonio entre personas del mismo sexo, afirmando que la presunción legal se

⁴⁹ LAMM, Eleonora, “Diversidad familiar: la cláusula tercera del Código Civil y Comercial como una ampliación de su recepción legal”, *La Ley*, 12/07/2016, p. 4 y ss.

⁵⁰ Cfr. Despachos de la Comisión Nro. 6: Familia, “Incidencia de la Ley 26.618 en el Derecho de Familia”, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Universidad Nacional de Tucumán, del 29/09 al 01/10/2011, disponible en <https://es.scribd.com/doc/67539997/Conclusiones-Comision-de-Familia-en-Jornadas-de-Derecho-Civil-2011>. “4) Filiación. a) Cuestiones generales. (...) De lege ferenda: Se propone una norma que diga que en caso de matrimonio de dos mujeres, el hijo nacido en él, será hijo matrimonial de ambas si fuere concebido por fecundación asistida y mediare consentimiento de la otra. Por la afirmativa: 11 votos. Por la negativa: 30 votos. De lege ferenda: La admisión de matrimonios entre personas del mismo sexo debe estar acompañada de una legislación sobre los tratamientos de reproducción humana asistida. Por la afirmativa: 36 votos. Por la negativa: 20 votos. De lege lata: • No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. Despacho de MAYORÍA: 50 votos. • El Art. 243 CC (presunciones de paternidad matrimonial) debe ser entendido como aplicable tanto a las parejas del mismo sexo como de distinto sexo, sólo en el caso de fecundación asistida. No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. Despacho de MINORÍA: 15 votos. De lege lata: A la luz del derecho a la identidad del niño y de las normas civiles vigentes, en caso de que una mujer casada con otra mujer diera a luz un hijo, la filiación debe considerarse extramatrimonial. Por la afirmativa: 29 votos. Por la negativa: 8 votos. De lege lata: En materia de filiación por naturaleza, el Código Civil consagra el sistema binario (madre-padre), por lo que en el caso de matrimonio entre dos mujeres o de dos mujeres convivientes, el hijo gestado por uno de ellas no puede tener dos madres. La gestante es la única madre del nacido. Por la afirmativa: 34 votos. Por la negativa: 8 votos.”

transformaba en una ficción legal en desmedro de derechos fundamentales del niño obstaculizando el conocimiento de su identidad biológica paterna. Se destacó el peligro derivado “de pretender a las ficciones jurídicas como reflejos de la realidad” y el riesgo implicado al caer “irremediabilmente en conclusiones absurdas e injustas”, además de considerar abusivo el recurso técnico cuando la ficción jurídica es usada “para el encubrimiento de medidas injustas”.⁵¹

III.- LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

A) Marco regulatorio dualista para el sistema filial.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial⁵², si bien se pretendió “zanjar los debates doctrinales y jurisprudenciales” generados con la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo, introduciendo modificaciones sustanciales a los fines de que el sistema filial estuviera “en plena coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio”⁵³, las diferencias doctrinarias lejos de cesar se profundizaron. La filiación quedó estructurada en base a tres tipos filiales (por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida –TRHA- y por adopción) reconociéndose en cada caso diversa causalidad eficiente (nexo biológico, voluntad procreacional y jurídico, respectivamente).⁵⁴

En la filiación por naturaleza el vínculo se determina entre el hijo fruto de una relación sexual y aquellos que lo han gestado, en tanto que en la filiación por TRHA la atribución parental depende de la manifestación de la voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre. Dado que cada fuente tiene sus propias reglas para la determinación del emplazamiento filial previéndose, también de modo diferenciado, las condiciones de ejercicio de las acciones filiatorias –vedadas en la filiación por TRHA-, se ha afirmado que la regulación actual responde a un modelo dualista⁵⁵.

Sin embargo, sea por confusión o por infiltración, aparecen reglas de determinación (cfr. art. 566) así como cuestiones vinculadas con la regulación de las acciones filiales (cfr. arts. 589 a 592) que denotan el entrecruzamiento de los sistemas de

⁵¹ BEROCH, Nélica, “Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia. La desprotección legal de los niños y niñas en la determinación de la paternidad matrimonial”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, 2012, Nro. 42, pp. 61-72. La autora agrega que las presunciones de paternidad matrimonial se basan en “presupuestos biológicos que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan”, destacando que “la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal lo tácticamente verosímil. En caso contrario, la presunción entra en el ámbito de lo absurdo”.

⁵² Ley 26.994, B.O. 08/10/14.

⁵³ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 76.

⁵⁴ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 73 y 76.

⁵⁵ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, p. 20 y ss.

filiación por TRHA y por naturaleza constatándose que éste no ha sido capaz de mantenerse impermeable a los nuevos paradigmas filiatorios que emergieron en el derecho de familia a partir de las TRHA y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

B) Inaplicabilidad en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

La presunción legal que ahora se denomina de filiación matrimonial⁵⁶ no tiene cabida en el terreno de las TRHA⁵⁷ en cuyo caso el emplazamiento dependerá exclusivamente de que el o la cónyuge haya exteriorizado su voluntad procreacional a través del consentimiento previo, informado y libre⁵⁸. Lo que importa en estos supuestos para la determinación del segundo vínculo filial matrimonial es haber cumplimentado la suscripción y registro del consentimiento informado⁵⁹, por ello, la comaternidad atribuida a la cónyuge de la madre “no surge de la presunción de filiación que establece el art. 566, sino de la prestación del consentimiento requerido por la ley”⁶⁰.

De otra parte, la utilización de las TRHA tiene virtualidad suficiente para bloquear la operatividad de las presunciones legales lo que ocurriría si durante el matrimonio la esposa suscribiera un acuerdo con otra persona para tener un hijo por TRHA, en cuyo caso la filiación no le sería atribuida al marido de la madre sino a quien junto con ésta declaró su voluntad procreacional de conformidad con lo normado en los arts. 560 y 561⁶¹.

Como en la regulación vigente “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos”, una vez “puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal”, el dato genético resulta radicalmente descalificado a los efectos de la “creación” del vínculo jurídico filial.⁶² Por otro lado, la

⁵⁶ El Capítulo 4, que inicia con el art. 566, se titula Determinación de la filiación matrimonial. El cambio de denominación ha sido justificado explicando que responde a “los diferentes tipos de familia posibles y la realidad del matrimonio de personas del mismo sexo”. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

⁵⁷ Así lo establece el segundo párrafo del art. 566.

⁵⁸ Art. 562, de conformidad con los términos de los arts. 560 y 561.

⁵⁹ MAZZINGHI, Jorge A. M., “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, *La Ley*, 2015-B, pp. 1077 y ss. En igual sentido, GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

⁶⁰ SAMBRIZZI, Eduardo, “Distintos aspectos del régimen de filiación en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-E, pp. 1080 y ss.

⁶¹ MAZZINGHI, Jorge A. M., “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, *La Ley*, 2015-B, pp. 1077 y ss.

⁶² FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 76.

filiación por TRHA “se basa en la voluntad procreacional expresada por los progenitores” independientemente del sexo de los comitentes. Si se trata de una pareja casada, la filiación será por TRHA matrimonial (art. 569, inc. c); en caso contrario, la filiación será por TRHA extramatrimonial.⁶³

Consecuente con el valor determinante y absoluto que la ley asigna a la declaración procreativa y “por aplicación de la teoría de los actos propios, son inadmisibles las acciones de filiación (impugnación o reclamación) por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida”.⁶⁴ Sin embargo, una interpretación armoniosa e integradora del ordenamiento jurídico positivo⁶⁵ exige concluir que la veda de las acciones filiatorias es inoponible al hijo concebido por TRHA⁶⁶.

C) Delimitación a la filiación por naturaleza.

1) Cuadro de situación.

Diversa es la situación en la filiación por naturaleza ya que, sea matrimonial o extramatrimonial, la existencia o no de voluntad procreativa es intrascendente y se halla subsumida por el irrefutable nexo genético que conduce la atribución parental valiéndose de los principios de libertad, amplitud y flexibilidad probatoria (arts. 579 y 710), de la valoración de la negativa a aportar material genético como indicio grave contrario al renuente (art. 579) y de la inclusión de la prueba genética post mortem (art. 580). Cuando las presunciones legales no logran que el emplazamiento filial refleje la realidad biológica esta circunstancia es subsanable mediante la previsión de acciones filiales en tanto que la

⁶³ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

⁶⁴ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 76.

⁶⁵ “Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.” Cfr. FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 13.

⁶⁶ Así lo demanda el principio de igualdad y no discriminación basado en el modo en que la persona fue concebida. “La restricción del derecho a la identidad de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, analizado en el marco de total reconocimiento del derecho a la identidad para los hijos concebidos naturalmente, incluso para los que hayan sido luego adoptados simple o plenamente, no supera el test de constitucionalidad. Con la perspectiva constitucional-convencional que nos impone el nuevo Código desde su Título preliminar, la limitación de derechos para algunas personas basada en las circunstancias de su concepción es inadmisibles.” GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

falta de reconocimiento voluntario conlleva una cantidad de efectos jurídicos que ubican al padre reticente en situación desventajosa⁶⁷.

La dificultad en lograr una interpretación coherente de todo el sistema filial que no puede sino hallarse en correspondencia con los derechos fundamentales de padres e hijos –no necesariamente coincidentes⁶⁸– se torna notoria cuando el eje del análisis se centra en el primer párrafo del art. 566, norma que regula la determinación del segundo vínculo filial en la filiación matrimonial por naturaleza.

2) Extensión a los matrimonios conformados por dos mujeres.

Se ha manifestado que la extensión de la presunción de filiación matrimonial a la cónyuge de la mujer que da a luz es “en total consonancia con el derecho de los niños de estar inscriptos inmediatamente después de haber nacido y tener vínculo filial”⁶⁹. Ocurre que esta justificación, dado el fundamento de la filiación por naturaleza, adquiere relevancia sólo cuando se trata de un matrimonio entre personas de diverso sexo que permite inferir la probabilidad de existencia de vínculo biológico entre el hijo y el marido de la madre; se desvanece, en cambio, frente a un matrimonio entre dos mujeres del cual sólo es posible derivar la certeza de ausencia de nexo genético entre el hijo y la cónyuge de la madre, inescindible de la necesidad de procurar el emplazamiento paterno en todos “los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad” (cfr. art. 583).

De tal modo, la amplitud dada a la norma del art. 566 se contrapone a la regulación de la determinación de la filiación extramatrimonial por naturaleza –que, en cambio, vivifica la fuente filial– vulnerándose de tal forma el principio de igualdad⁷⁰. Además de que sólo se prevé el reconocimiento de la paternidad (art. 571)⁷¹ –la mujer que ha convivido con la madre en la época de la concepción no puede reconocer al hijo de ésta⁷²–, se mantiene el procedimiento que ya establecían los arts. 255 C.C. y 12 del Decreto

⁶⁷ Cfr. arts. 582; 587; 641, inc. e); 2281, inc. f).

⁶⁸ Supuestos en los que la solución deberá estar guiada por el estándar del interés superior del niño (*favor filii*).

⁶⁹ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 79.

⁷⁰ Cfr. art. 558, segundo párrafo: “(...) La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

⁷¹ En el Código Civil y Comercial no fue reproducida la norma del art. 248 del C.C. que preveía el reconocimiento materno, en tanto que la determinación del segundo vínculo filial extramatrimonial aparece, no obstante la amplitud del título del Capítulo 5 (Determinación de la Filiación Extramatrimonial), regulada en clave sexuada y por ello circunscripta al reconocimiento paterno (art. 571), sólo en la filiación por naturaleza (cfr. art. 575).

⁷² Lo que por analogía surge de la norma del primer párrafo del art. 45 de la Ley 26.413: “No podrán inscribirse reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo.” De igual modo, de lo normado en los arts. 571 y 585, además de la preeminencia que la norma del art. 584 concede al nexo genético frente a la posesión de estado.

415/2006⁷³ -reglamentario de la Ley 26.061⁷⁴- tendiente a procurar la determinación de la paternidad extramatrimonial y el reconocimiento del hijo por el presunto padre, si bien ahora se fortalecen los mecanismos previstos a tales efectos, imponiendo al jefe u oficial del Registro Civil deberes de información y comunicación, instando a la madre a declarar bajo juramento la identidad del presunto padre y atribuyendo al Ministerio Público facultades para promover la acción judicial, aún en contra de la voluntad de la madre (art. 583).

Así, la regulación de la filiación extramatrimonial por naturaleza no admite comaternidades al tiempo que extrema las vías de acceso al conocimiento de la verdad biológica y la consecuente determinación filial, lo cual supone una valoración preferente del nexo genético como causa fuente del emplazamiento⁷⁵.

⁷³ B.O. 18/04/2006. "ARTICULO 12: En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad; que, declarar quién es el padre, le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil.

Si al momento de efectuarse los controles prenatales o de ingreso al centro de salud se detectare que la madre y/o el padre del niño por nacer carecen de documentos de identidad, el agente que tome conocimiento deberá informar a los organismos competentes a fin de garantizar el acceso a la tramitación y expedición de la documentación requerida de acuerdo a la normativa vigente. Si la indocumentación de los padres continuara al momento del parto, se consignará nombre, apellido, fecha de nacimiento, domicilio, edad, huellas dactilares y nacionalidad de los mismos, en el certificado de Constatación de Parto que expida la unidad sanitaria pertinente.

En relación con la identificación de los niños recién nacidos se estará a lo dispuesto por la Ley Nº 24.540 y su modificatoria Ley Nº 24.884.

Se propiciará la localización de oficinas del Registro Civil en todas las maternidades y establecimientos que atienden nacimientos."

⁷⁴ B.O. 26/10/2005.

⁷⁵ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, "¿Es el derecho al emplazamiento filiatorio con fundamento en la relación genética un derecho absoluto?", *El Derecho*, 2004, T. 206, pp. 827 y ss. El autor afirma que "... como principio general, toda persona tiene derecho a que el emplazamiento jurídico que tiene en una familia, y dentro de ella, en la relación con sus padres, concuerde con la relación genética existente entre ellos." Mas seguidamente aclara que "el criterio de la relación genética para determinar la relación filiatoria no puede ser considerado como de carácter absoluto, ni resulta siquiera conveniente que siempre se le dé preeminencia, existiendo diversos supuestos (...) (en los que) la propia ley establece una solución distinta a la que resulta del principio general, debido a que el legislador lo ha considerado conveniente." Entre los casos, que a tales efectos enuncia, se encuentran algunos que resultan hoy paradigmáticos si los confrontamos con la normativa vigente, ya que fueron sustancialmente modificados expandiendo los alcances del principio general. En este sentido, la norma del art. 327 del C.C. que en el caso de la adopción plena prohibía el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y al adoptado el ejercicio de las acciones filiatorias

Sin embargo, los niños concebidos naturalmente no resultarán beneficiarios del circuito previsto en procura del emplazamiento filial acorde con la verdad biológica cuando su madre se encuentre casada con otra mujer y el momento del nacimiento torne operativa la presunción de filiación matrimonial transformada, entonces, en una ficción jurídica de la que se derivará una notoria falsedad eficaz para obstruir el camino en procura de la determinación y el reconocimiento paterno.

La desigualdad sobreviniente queda expuesta cuando proyectamos la regulación al terreno fáctico. Piénsese en una mujer que concibe naturalmente estando soltera y antes del nacimiento contrae matrimonio con su pareja del mismo sexo para lograr la determinación filial presumida por la ley sorteando la veda del reconocimiento. Resulta evidente que el emplazamiento, lejos de hallarse fundado en el nexo genético real o aparente, se habrá determinado por la exclusiva voluntad de la madre y su pareja. Ello supone conceder a la voluntad procreacional entidad suficiente para la determinación de la comaternidad en un ámbito que le es ajeno ya que la opción de un modelo dualista en la regulación de la filiación supone que la normativa tendiente al establecimiento del vínculo jurídico respete las especificidades y sea consecuente con cada fuente filial.

Más aún, en la filiación por naturaleza extramatrimonial se prevé la irrevocabilidad del reconocimiento paterno (art. 573, primer párrafo) de donde se deriva que el reconociente no está comprendido entre “los terceros que invoquen un interés legítimo” y por tanto carece de legitimación activa para impugnarlo (art. 593); sin embargo, en la filiación por naturaleza matrimonial, la cónyuge de la madre puede impugnar su emplazamiento dentro del año posterior a la inscripción del nacimiento (arts. 589 y 590), circunstancia que contraviene la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe, configurando una conducta abusiva.⁷⁶

Ocurre que la autonomía de la voluntad colisiona en el ámbito de la filiación por naturaleza con la indisponibilidad del estado filial, inherente a valores y derechos fundamentales del hijo.⁷⁷ Por ello la ilicitud del “reconocimiento falaz, complaciente o de

respecto de aquellos, salvo que tuviera por objeto la prueba del impedimento matrimonial, hoy se encuentra atenuada por lo establecido en los arts. 621 y 624, segundo párrafo del Código Civil y Comercial; la norma del art. 255 del C.C. que condicionaba la promoción de la acción de reclamación de paternidad por parte del Ministerio Público a la conformidad expresa de la madre, fue sustituida por la del art. 583 que prescinde del consentimiento materno; la norma del art. 259 del C.C. que limitaba la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al hijo, al marido de la madre y a los herederos de éste, quedando excluidos la madre y el padre biológico, fue reemplaza por la del art. 590 ampliando la legitimación que ahora revisten la madre y cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

⁷⁶ Iguales observaciones alcanzan a la madre del niño, quien también se encuentra legitimada para impugnar la comaternidad matrimonial (cfr. art. 590).

⁷⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2005 (julio), Nro. LVIII-3, p. 1054, citado en FABAR CARNERO, Alberto, “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal.

favor” que se configura cuando se declara la paternidad de un hijo a sabiendas que no es propio. Se trata de “un acto basado en la mentira” que perjudica al hijo pues “vulnera su derecho a la identidad y limita sus posibilidades de acceder al emplazamiento que le corresponde” generando “evidentes daños resarcibles que en modo alguno se verán moderados por las buenas intenciones del reconociente”.⁷⁸

El matrimonio entre dos mujeres aparece de tal forma dotado de inmunidad para disponer discrecionalmente sobre el emplazamiento filial del hijo -sin apariencia de verdad que lo sostenga- que encontrará vedada la intervención estatal tendiente a dilucidar su identidad biológica⁷⁹, impedido de obtener el pronto reconocimiento de su padre biológico⁸⁰ y coartado el acceso a la verdad de origen sin sistema de contención alguno que garantice el resguardo de la información identitaria⁸¹.

Si bien podría pensarse que esta discordancia generada entre vínculo jurídico y biológico es fácil de enderezar por vía judicial, no puede omitirse considerar la posibilidad que “el juez pueda rechazar la acción de impugnación planteada” “priorizando el vínculo afectivo –identidad dinámica o posesión de estado- que ese niño haya forjado con la cónyuge de quien da a luz”.⁸² Extremo fácilmente configurable si la madre jamás le comunicó al padre biológico la existencia de su hijo y recién se enteró transcurrido un lapso de tiempo suficiente para que el niño entablara lazos afectivos con la cónyuge de la madre.

La extensión de la norma del art. 566 a los matrimonios entre dos mujeres se halla ligada al principio de igualdad de efectos de los matrimonios que surge del art. 402

Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013”, *Revista de Derecho UNED*, 2014, Nro. 15, pp. 173-201.

⁷⁸ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss, Nota Nro. 22. Ver también SANTI, Ana Carolina, “Reconocimiento complaciente y adulterio”, *El Derecho Familia*, 2014, Nro. 49, pp. 17 y ss. En este último se comenta el fallo de la Cámara de Apelaciones de Azul, Sala I, “G., E. D. c/ C., L. B. s/divorcio”, 13/03/2014. La autora afirma que “al margen de las loables intenciones alegadas por el reconociente para efectuar el reconocimiento de la entonces menor” “no cabe duda de que su conducta ha configurado un delito” “que engendra responsabilidad civil y penal”.

⁷⁹ Destacamos que si bien la norma del art. 583 regula el procedimiento de reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad, y no obstante que el hijo carecería de emplazamiento paterno, la vía se encuentra de todos modos impedida en virtud de la regla del doble vínculo (art. 558).

⁸⁰ Cfr. arts. 558 y 578 Código Civil y Comercial.

⁸¹ Por contraposición a la regulación que se prevé -aunque con desiguales alcances y efectos- para la filiación por TRHA (arts. 563 y 564) y la filiación adoptiva (arts. 595, incs. b. y e., y 596).

⁸² HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss. La autora considera la situación de “un matrimonio conformado por dos mujeres en las cuales una de ellas queda embarazada por haber tenido relaciones con un tercero o haber apelado a la mencionada técnica ‘casera’”.

del Código Civil y Comercial⁸³. No obstante, se ha señalado que este principio se aplica por imperativo legal “siempre en la medida de lo posible”, pues las diferencias lógicas existentes entre los matrimonios constituidos por dos personas de igual o diverso sexo subsisten, como ocurre “en orden a la filiación por la imposibilidad de procrear en forma conjunta que tienen las personas de igual sexo”, dado que “las desigualdades de la naturaleza no pueden ser borradas por la voluntad del legislador”⁸⁴.

En igual sentido se ha señalado que “la diversidad de sexos en la pareja humana con aptitud reproductiva es un dato de la naturaleza incuestionable” y que “por ello no deberían preverse soluciones legales que contradigan el enunciado anterior”, agregando que “las normas del nuevo código no respetan esta premisa”.⁸⁵

En materia similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la situación de dos mujeres que formaban una pareja registrada no era comparable a un matrimonio de diferente sexo porque razones biológicas impedían que la presunción de paternidad que se daba en el matrimonio se extendiera a las parejas del mismo sexo.⁸⁶

3) Presunción de paternidad y ficción de comaternidad matrimonial.

De lo dicho se sigue que la norma del art. 566 debe desdoblarse en su análisis ya que establece una presunción legal *iuris tantum* de paternidad matrimonial atribuyendo la paternidad al esposo de la madre, a la vez que construye una ficción jurídica de la que pretende derivar la determinación de la comaternidad matrimonial, consagrando

⁸³ “Art. 402: Interpretación y aplicación de las normas. 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.” Cfr. LLOVERAS, Nora, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, *Jurisprudencia Argentina*, 2012-II, Número Especial: *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, pp. 11 y ss, quien afirma que esta norma “reconoce su fuente en el art. 42 de la ley 26.618”. Puede verse también SAMBRIZZI, Eduardo, “Distintos aspectos del régimen de filiación en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-E, pp. 1080 y ss., quien explicita que la finalidad de la norma ha sido “tratar de equiparar los matrimonios de personas de distinto y del mismo sexo”.

⁸⁴ MEDINA, Graciela, “Principios del derecho de familia”, *La Ley*, 2016-B, pp. 1114 y ss., y *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2016 (mayo), 09/05/2016, pp. 3 y ss.

⁸⁵ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

⁸⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Boeckel y Gessner-Boeckel c/ Alemania”, Decisión del 07/05/2013, citado en GILBAJA CABRERO, Estela, “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político UNED*, 2014 (septiembre-diciembre), Nro. 91, pp. 303-340. El recurso había sido interpuesto por dos mujeres que formaban una pareja registrada. Cuando una de ellas dio a luz, en el certificado de nacimiento se la inscribió como madre quedando en blanco la referencia al padre. Más tarde, la otra mujer adoptó al niño. Tiempo después, ambas solicitaron la modificación del certificado de nacimiento para que la adoptante fuera inscripta como segunda progenitora. Frente a la negativa, recurrieron al TEDH invocando la vulneración de los arts. 14 y 8 de la CEDH.

una “falsedad legal”⁸⁷. Dado que “existe total certeza de que el nacido no ha sido concebido como fruto de la relación sexual”⁸⁸ entre las dos mujeres que conforman el matrimonio, y de haber recurrido a las TRHA las reglas aplicables serían otras (cfr. art. 566, segundo párrafo), no se puede más que concluir que se trata de un claro y evidente supuesto de filiación no matrimonial en cuyo caso deberían aplicarse las normas que regulan la atribución de la paternidad extramatrimonial (arts. 570 a 575). En este asunto adquiere soberano peso la indisponibilidad del estado filial.

El problema que se plantea es que, en virtud de la regla del doble vínculo filial (arts. 558, tercer párrafo, y 578), la operatividad de la ficción legal será un obstáculo que se deberá correr para habilitar el camino hacia el emplazamiento paterno en correspondencia con el nexa biológico. En el caso parece absurda y hasta un injustificado dispendio judicial la tramitación de un juicio tendiente a demostrar lo que resulta una obviedad, esto es, que la mujer casada con la madre no puede ser progenitor del hijo, que la filiación no puede ser razonablemente mantenida porque las pruebas la contradicen – dado que se trata de un hecho público y notorio no habría siquiera necesidad de producir prueba alguna tendiente a demostrar la inexistencia de nexa biológico- o que así lo demanda el interés superior del niño (art. 589).

En la filiación por naturaleza, la coincidencia entre el vínculo jurídico y el biológico es un fin primigenio querido por el legislador conforme surge del conjunto de acciones filiales de impugnación y reclamación (arts. 576 a 593) tendientes a enderezar las inconsistencias derivadas de la falta de correspondencia del vínculo formal con la verdad biológica y suplir las omisiones frente a la eventualidad de padres renuentes. Esta apreciación resulta también confirmada por la norma del art. 585 que infiere el vínculo filial a favor del conviviente de la madre a partir del establecimiento de la convivencia durante la época de la concepción⁸⁹. Lo propio cabe decir de la apertura de la legitimación activa en la acción de impugnación de la filiación matrimonial a la madre y a toda persona con “interés legítimo” entre quienes se reconoce al padre biológico⁹⁰.

4) Perspectiva constitucional-convencional.

⁸⁷ BELLUSCIO, Augusto C., “La filiación en el Código Civil y Comercial”, *Jurisprudencia Argentina*, 27/05/2015.

⁸⁸ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

⁸⁹ Cfr. art. 20. “Artículo 20. Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.”

⁹⁰ Cfr. art. 590. Si bien se ha advertido que “abrir la legitimación al interesado que invoca un interés legítimo (entre los cuales se incluye al presunto progenitor biológico) no significa que el juez, en definitiva, al dictar sentencia, haga lugar a la demanda de desplazamiento sobre la base exclusiva del dato genético”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

A igual conclusión se arriba si el enfoque se orienta a partir de los “principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial”, principalmente el “principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales”⁹¹, el “acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica”⁹², el “derecho a la

⁹¹ Cfr. art. 558, segundo párrafo.

⁹² Cfr. arts. 579, 580 y 710.

identidad”⁹³, la “mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación”⁹⁴ y el “principio del interés superior del niño”^{95,96}.

⁹³ Arts. 7 y 8 de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y 11 de la Ley 26.061. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Artículo 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Artículo 8. 1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Ley 26.061: “Artículo 11: Derecho a la Identidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.”

⁹⁴ Cfr. arts. 583 del Código Civil y Comercial y 12 del Decreto reglamentario 415/2006.

a) El principio de igualdad de todos los hijos.

En torno al principio de igualdad de todos los hijos la amplitud de su previsión normativa⁹⁷ traspasa las categorías matrimonial o extramatrimonial acogiendo los tres modos filiales (por naturaleza, por TRHA y por adopción).

Sin embargo, no puede omitirse que se trata de una pauta limitada y que por ello admite, sin contrariar al principio, “que exista sólo la menor diferencia posible, reservada para los supuestos fácticos que sean necesarios fundados en razones objetivas”⁹⁸. Entre éstas, la imposibilidad de que un niño concebido de modo natural se halle genéticamente vinculado a dos madres y de ello pueda derivarse un doble emplazamiento materno por naturaleza.

Por otro lado, no obstante haberse intentado justificar que “en el campo de la filiación por naturaleza también se introducen varias modificaciones auspiciadas por la obligada perspectiva constitucional-convencional, básicamente el principio de igualdad y

⁹⁵ Arts. 3 de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y de la Ley 26.061. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.” . Ley 26.061: “Artículo 3: Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

⁹⁶ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 75.

⁹⁷ “Art. 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

⁹⁸ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 80.

no discriminación”⁹⁹, aparecen notorias dificultades de concreción de estos principios en el régimen de filiación instaurado¹⁰⁰. La desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales¹⁰¹ que el nuevo código prometía superar con “un sistema cuya igualdad sea el principio rector”¹⁰² se ve frustrada por la ficción legal del art. 566 que obstruye el procedimiento previsto por la ley en procura de la determinación y el reconocimiento paterno (cfr. art. 578)¹⁰³.

También se ha advertido una notable e injustificada diferencia entre los hijos concebidos naturalmente y los adoptados¹⁰⁴ frente a aquellos concebidos por TRHA dado que “los primeros tienen derecho a conocer sus orígenes en forma ilimitada y los segundos no tienen igual amplitud de derecho”¹⁰⁵, advirtiéndose que los niños concebidos naturalmente pero con doble emplazamiento materno derivado de la ficción de comaternidad matrimonial resultan alcanzados por similares limitaciones que los concebidos por TRHA.

⁹⁹ HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. ALES URÍA, Mercedes, “Reproducción heteróloga y determinación de la filiación”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2013 (julio), Año V, Nro. 6, pp. 207 y ss.

¹⁰¹ Diferencias que en vigencia del Código Civil eran atribuibles a las legitimaciones activas (arts. 259 y 263) y a los plazos de caducidad de las acciones de impugnación (arts. 259 y 263). Cfr. HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

¹⁰² HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

¹⁰³ No obstante la vigencia de la regla del doble vínculo filial en nuestro derecho (hoy explicitada en la norma de los arts. 558, tercer párrafo, y 578 del Código Civil y Comercial), el 22 de abril de 2015 la Dirección del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar a la solicitud de reconocimiento paterno planteada por un hombre que había aportado sus gametos para que una de las mujeres que conformaba un matrimonio del mismo sexo pudiera lograr un embarazo mediante las TRHA. El niño se encontraba inscripto desde su nacimiento como hijo matrimonial de la madre y su esposa y éstas estaban de acuerdo con la solicitud del progenitor biológico. Para un análisis exhaustivo del caso se puede ver SAMBRIZZI, Eduardo, “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución *contra legem*”, *La Ley*, 2015-C, pp. 881 y ss.

¹⁰⁴ “El anteproyecto mejora y amplía la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, noción más amplia que la de realidad biológica a la que alude el Código Civil vigente; en este sentido, se menciona el acceso no sólo al proceso de adopción, sino a todo expediente o cualquier fuente de información relativos al origen, biografía o historia del adoptado. No se establece una edad determinada a partir de la cual se puede ejercer de manera personal este derecho; se deja abierto para que todo adoptado, con madurez suficiente, si tiene inquietud acerca de sus orígenes, pueda ver satisfecho ese derecho. En atención a que los niños y adolescentes merecen una protección especial, se prevé que cuando el adoptado no ha alcanzado aún la mayoría de edad, el juez puede disponer la intervención de profesionales especializados. Además, se pondera que la familia adoptiva pueda solicitar asesoramiento ante estos mismos profesionales o servicios especializados e interdisciplinarios.” FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, pp. 81-82.

¹⁰⁵ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

De tal modo, se observa que la novel normativa “no logra unificar el respeto a los derechos fundamentales de todos los hijos con independencia de las circunstancias de su concepción¹⁰⁶, lo cual se debe, en buena medida, a que frente a la tensión de principios generados en el terreno filial entre autonomía de la voluntad de los adultos y mejor interés de los niños, el legislador optó por priorizar el primero adoptando una posición claramente utilitaria aunque de espaldas a la propugnada perspectiva constitucional-convencional.

b) El principio de verdad biológica y el derecho a la identidad.

i) Derecho humano fundamental.

Los principios de igualdad de derechos de los hijos y de verdad biológica han sido reconocidos como los dos ejes sobre los que fueron construidas las reformas al modelo tradicional de regulación de la filiación proveniente de la codificación decimonónica.¹⁰⁷

En este sentido se ha destacado como una de las más importantes tendencias del derecho de familia actual la insistencia en lograr la mayor concordancia posible entre la realidad biológica y el estado de familia, agregando que el principio de verdad biológica preside el derecho argentino y conlleva el derecho de los niños a ser reconocidos con su verdadera identidad.¹⁰⁸

Así, a partir de la segunda mitad del siglo XX comienza a perfilarse un nuevo derecho de filiación que centra el establecimiento de los lazos jurídicos filiales en la verdad biológica dejando atrás el principio de la verdad formal. El principio de verdad biológica se desarrolla como un estándar normativo valorado no sólo como expresión del principio del interés superior del niño (*favor filii*) sino como pauta reguladora de todo el sistema filiatorio en tanto elemento favorecedor de una “mejor organización y desarrollo de los lazos familiares” generados en la filiación. Prontamente es entendido como el derecho del hijo a construir su propia identidad y caracterizado como un derecho humano, fundamental o de la personalidad, tutelado por normas de rango supremo, que contiene el derecho “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”^{109 110}.

¹⁰⁶ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

¹⁰⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, 2010, Año 16, Nro. 2, pp. 57-88.

¹⁰⁸ Cfr. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Contencioso Administrativo, de Familia y Menores de la Ciudad de Curuzú Cuatiá, Expte. Nro. CXP 8.014/16, caratulado “Asesora de Menores c/S., M. P. y otro (Impugnación de la paternidad) y P., A. L. (Filiación) s/ordinario”, Sentencia Nro. 159 del 28/06/2016.

¹⁰⁹ Cfr. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, art. 7.1. La frase “en la medida de lo posible” que contiene el precepto se predica conjuntamente del derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos

Se ha indicado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”¹¹¹, en tanto que ha sido conceptualizado, “en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.¹¹²

Ahora bien, “[e]l reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”, de modo tal que “la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica”¹¹³, de donde se sigue que el “derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace”¹¹⁴.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención

con un matiz eminentemente fáctico ya que no siempre será posible en los hechos -si los padres han fallecido, por ejemplo- que el Estado garantice su ejercicio. Muy diferente sería el caso si fuera el propio Estado el que obstruyera legal o administrativamente su ejercicio tornando imposible lo que en la realidad no lo es. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, 2010, Año 16, Nro. 2, pp. 57-88.

¹¹⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, 2010, Año 16, Nro. 2, pp. 57-88.

¹¹¹ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, 10/08/2007, párr. 12, citado en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ “El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 112.

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 122; “Contreras y otros c/El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 113.

¹¹³ Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala Tercera, autos caratulados “C., O. O. s/infracción artículos 139 inciso 2° y 293 del Código Penal”, Causa Nro. 08.787, 09/12/1988, voto minoritario del juez Leopoldo Schiffrin, citado en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 124.

¹¹⁴ Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 6 de la Capital Federal, autos caratulados “ Zaffaroni Islas, Mariana s/av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana”, Causa Nro. 403, 05/08/1994, voto del Juez Mansur en la posición mayoritaria, citado en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 124.

Americana¹¹⁵, ha sostenido que como el artículo 29.c de este instrumento establece que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención Americana constituye una fuente de referencia importante la Convención sobre los Derechos del Niño que en su art. 8.1 reconoce expresamente el derecho a la identidad.¹¹⁶

A pesar de que tampoco existe una disposición que explícitamente reconozca el derecho a la identidad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recogido en abundancia el derecho a la identidad. Una parte significativa se refiere al derecho a la información sobre la verdad biológica, indicando que de una amplia interpretación del alcance de la noción de vida privada (art. 8 CEDH) también se deriva el derecho de toda persona a “conocer sus orígenes”¹¹⁷, el derecho al acceso al expediente confidencial de un niño colocado en la asistencia pública desde su temprana infancia¹¹⁸, el derecho a obtener información necesaria para el descubrimiento de la verdad concerniente a la identidad de sus progenitores¹¹⁹ y el derecho a “recibir la información necesaria para saber y comprender su niñez y desarrollo temprano”¹²⁰.

¹¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 122.

¹¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 112. Ver también Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “C., E. M. y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud s/ amparo Ley 16.986”, Sentencia del 29/04/2014, comentada en LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y ZABALETA, Daniela B., “Un fallo judicial sobre el derecho a la identidad de una niña concebida por ovodonación”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2014 (agosto), 01/08/2014, pp. 245 y ss. La Cámara fundó la decisión en el derecho a la identidad biológica afirmando que el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño había sido interpretado de modo concordante con el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos comprendiendo el derecho del niño a la identidad tanto en el sentido legal como en el verdadero o genuino de conocer su identidad biológica.

¹¹⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Pretty c/ The United Kingdom”, Aplicación Nro. 2346/02, Sentencia del 29/04/2002, párr. 61; “Bensaid c/ The United Kingdom”, Aplicación Nro. 44599/98, Sentencia del 06/02/2001, párr. 47, citados en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota 164.

¹¹⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Gaskin c/ The United Kingdom”, 07/07/1989, serie A, Nro. 160.

¹¹⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Mikulić c/ Croatia”, Aplicación Nro. 53176/99, Sentencia del 07/02/2002, párrs. 57 y 64, citado en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota 164.

¹²⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Odièvre c/ France”, Aplicación Nro. 42326/98, Sentencia del 13/02/2003, párrs. 42 y 44; “Mikulić c/ Croatia”, Aplicación Nro. 53176/99, Sentencia del 07/02/2002, párrs. 57 y 64, citados en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota 164.

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social¹²¹.

Desde la psicología “la identidad responde a una pregunta básica que es ¿quién soy yo?, la necesidad de conocer la identidad [...] es una necesidad básica del ser humano, es el centro de gravedad en torno al que la persona se desarrolla y es como un ser en el mundo, es tu lugar o tu lugar, tu ser en el mundo a partir de la identidad, pero también la identidad tiene una perspectiva dialéctica entre el yo individual y entre el yo social, el ser humano se desarrolla en la sociedad, uno cobra su identidad primero en los marcos de referencia primaria que es la familia, la mamá, el papá, pero se desarrolla en los marcos sociales en los que se inserta esto es comunidad, esto es lugar, esto es otras familias. Y no hay un yo por tanto que no sea un yo social, no está separado, somos seres sociales.”¹²²

Si bien “[e]l derecho a un nombre y a una nacionalidad es universal, (...) al mismo tiempo la identidad conlleva el conocimiento de la familia y a mantener vínculos cercanos, el legado de costumbres y tradiciones del entorno y de los antepasados”¹²³.

La alteración del estado civil de los niños resultante de la atribución de datos filiatorios que les impidan conocer su verdadera identidad, eliminando cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia, afecta el derecho a la identidad.¹²⁴ Cuando la identidad familiar ha sido distorsionada ilegalmente, es necesario que la verdad sobre su identidad sea revelada y se le garanticen las posibilidades jurídicas y fácticas para recuperar su verdadera identidad y el vínculo familiar, con todas sus consecuencias.¹²⁵

¹²¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, párr. 113.

¹²² YÁÑEZ DE LA CRUZ, María Sol, Peritaje rendido ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17/05/2011, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota Nro. 170.

¹²³ RAMOS DE VILLALTA, Ana Georgina, Peritaje rendido ante fedatario público (affidávits) el 05/05/2011 (expediente de prueba, tomo XI, affidávits, folio 7534) en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Contreras y otros c/ El Salvador”, Sentencia del 31/08/2011, Nota Nro. 170.

¹²⁴ Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 6 de la Capital Federal, autos caratulados “Rei, Víctor Enrique s/sustracción de menor de diez años”, Causa Nro. 1.278, citado en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 124.

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gelman c/ Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, párr. 131.

En general, se admite que el fundamento del derecho personalísimo a la identidad se halla en el derecho a la dignidad de la persona humana¹²⁶, comprendido entre los derechos implícitos referidos en el art. 33 de la Constitución Nacional y de modo expreso en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional¹²⁷.

Ahora bien, en la elaboración conceptual del derecho a la identidad han surgido posiciones que propusieron su vinculación excluyente con la denominada identidad dinámica, histórica o social de la persona relegando la identidad estática o biológica al rol de elemento de identificación próximo a los atributos relacionados con el nombre y el estado de familia, entre otros.¹²⁸

Si bien es cierto que el concepto de identidad es de mayor y más compleja comprensión que la sola identidad biológica –en tanto “vínculo biológico que une al hijo con sus progenitores”- “básicamente lo abarca”.¹²⁹

Por tal razón, dado que la identidad personal se presenta como un preponderante interés existencial merecedor de tutela jurídica en razón del derecho subjetivo a ser representado fielmente en su proyección social, la persona tiene derecho a que se le conozca sin alteraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás. Y como la identidad es la proyección social de una verdad personal, esta verdad configura el interés existencial digno de tutela jurídica.¹³⁰

Las normas que regulan la determinación de la filiación por TRHA se estructuran en base a un sistema que fuera descrito como “proporcional en un presente en donde la existencia de la heterobiología hace necesario un mecanismo en principio anónimo para poder mantener un universo de donantes lo suficientemente amplio para que la voluntad procreacional sea posible” agregando que “en un futuro signado por la progresividad de los derechos, y una vez deconstruida la heterobiología, quizás sea el momento de un sistema integral de acceso pleno a la información identificatoria sin

¹²⁶ CSJN, Sentencia del 13/11/90, *La Ley*, 1991-B, pp. 470 y ss. La Corte declaró que el derecho del niño a conocer su identidad biológica afectaba su dignidad.

¹²⁷ Cfr. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, art. 19; PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, art. 16; CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, art. 2.2; CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, arts. 7 y 8; CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, arts. 5.1, 11.1, 11.3 y 14. Ver también SCJ Santa Fe, Sentencia del 19/09/91, *La Ley*, 1992-D, pp. 536 y ss, donde se relacionó el derecho a la identidad biológica con derechos esenciales de raigambre constitucional.

¹²⁸ SAUX, Edgardo I. y RODRÍGUEZ OCAMPO, Mariel A., “El derecho a la identidad biológica o filiatoria en un supuesto singular”, *La Ley*, 2016-D, pp. 625 y ss.

¹²⁹ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “De nuevo sobre la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial”, *El Derecho*, 1998, T. 177, pp. 71 y ss.

¹³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 114-115.

intervención judicial y al solo efecto de garantizar la autodeterminación reflejada en una verdad esencial para la constitución subjetiva de la persona”.¹³¹

En la misma línea, se ha enfatizado la relevancia de la voluntad procreacional en la filiación por TRHA postulando que en los supuestos de discordancia entre los elementos genético, biológico y volitivo deba otorgarse preponderancia a este último en pos de la desbiologización y/o desgenetización de la filiación implicadas por las nuevas realidades.¹³²

La proyección de estas apreciaciones al ámbito de la filiación por naturaleza resulta procedente en torno a la comaternidad matrimonial dado el entrecruzamiento de fuentes operado por virtud de la ficción legal.

Ahora bien, si en estos casos la voluntad procreacional define la identidad del niño, éste deja de ser persona para convertirse en un objeto a merced de la decisión voluntaria de sus padres formales en la definición de los elementos más determinantes de su identidad, privándolo no sólo del derecho a conocer su origen¹³³, sino de desarrollar su identidad dinámica en correlación con aquella heterobiologización que posibilitó su existencia y que, por tal razón, lo vincula inescindiblemente con sus antepasados y su historia personal dentro de un determinado entramado genealógico.

Por ello, se ha destacado la imperiosa necesidad de reconocer que el sistema normativo actual “contraviene la efectividad de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”, esto es, “su operatividad en correlación con normas del derecho interno”, de donde se deriva la obligación de los órganos legislativos de tomar las medidas necesarias para adecuar la legislación interna a lo dispuesto por la norma internacional (cfr. arts. 3 y 4 CDN).¹³⁴

Al atribuirse la filiación respecto de dos personas que no pueden ostentar simultáneamente vínculo genético alguno con el nacido, “el precepto convierte la voluntad en el origen de la maternidad” y consolida la ficción jurídica inherente a la admisión de la

¹³¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss.

¹³² LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista Bioética y Derecho*, 2012 (enero), Nro. 24, pp. 81 y ss.

¹³³ SAMBRIZZI, Eduardo, “Distintos aspectos del régimen de filiación en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-E, pp. 1080 y ss.

¹³⁴ BEROCH, Nélica, “Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia. La desprotección legal de los niños y niñas en la determinación de la paternidad matrimonial”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, 2012, Nro. 42, pp. 61-72.

doble maternidad legal¹³⁵ configurando el caso más evidente de disociación entre filiación jurídica y biológica¹³⁶.

ii) Disociación entre identidad biológica y vínculo jurídico filial.

Si bien se defiende la exigencia de que biología y filiación formal coincidan, dado que se entiende como la mejor manera de salvaguardar el derecho a la identidad del nacido¹³⁷, y se reconoce que normalmente existe concordancia entre el dato genético y el vínculo jurídico de filiación, se ha afirmado que “una cosa es tener el derecho a conocer la propia historia biológica y otra la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ella concretada a través de una acción de filiación”¹³⁸.

En este sentido, se ha aclarado que “el criterio por el cual la relación genética determina la relación filiatoria no tiene carácter absoluto” pues “darle preeminencia no siempre es justo ni conveniente”¹³⁹.

¹³⁵ La posibilidad de establecer una doble filiación materna a partir del consentimiento en las TRHA se contempla, entre otros ordenamientos, en la *Human Fertilisation and Embriology Act* (2008) del Reino Unido, arts. 43 y 44, y en el *Children and Parents Code* (SFS 1949:381) de Suecia. En España, el 30/06/2017 está previsto que entre en vigencia de modo completo la Ley 20/2011 del Registro Civil que en su art. 44.5 establece: “También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.” La ley del Registro Civil español del 08/06/1957 ya había sido alcanzada por la reforma al Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio introducida por la Ley 13/2005 que modificó el art. 48. Además, la Ley 3/2007 adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006 sobre TRHA estableciendo entonces en su art. 7.3 que: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.” Como en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 se señalaba que no se hacía ninguna modificación respecto a las presunciones de paternidad establecidas en el Código Civil español, dejando inalterada “la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”, las cuestiones sobre filiación común de parejas de hecho o matrimoniales de personas del mismo sexo quedan limitadas al ámbito de la filiación adoptiva o derivada de las TRHA.

¹³⁶ FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona: Atelier, 2011, pp. 106-107.

¹³⁷ Cfr. ALES URÍA, Mercedes, “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2013 (marzo), Año V, Nro. 2, pp. 121 y ss.

¹³⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

¹³⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss. La autora ejemplifica un caso de inconveniencia o injusticia frente a la posibilidad de que una persona concebida por TRHA con utilización de gametos de un tercero ejerza su derecho a tener vínculos jurídicos con el “donante anónimo”.

La denominada “postura biologista” ha sido criticada señalando “que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato”¹⁴⁰. Por tal motivo, se justifica la razonabilidad del rechazo de una pretensión –si no fue planteada por el hijo- de obtener un emplazamiento filial que coincida con la verdad biológica cuando no hay posesión de estado¹⁴¹ con el presunto padre biológico y la identidad dinámica se encuentra configurada en relación al padre jurídico, dado que se atribuye a la posesión de estado un peso tal “que impacta en la admisión o rechazo de las acciones de desplazamiento de la paternidad”, lo que se ha interpretado como la confirmación de “la falta de correspondencia directa entre el derecho a saber y el derecho al vínculo filial”¹⁴², fruto de desligar la identidad de la persona de su origen biológico¹⁴³.

La regulación de las acciones de filiación del Código Civil alemán fue sometida en el año 2008 a una doble reforma¹⁴⁴ que, por un lado, concedió a la Administración facultades para impugnar la paternidad resultante de un reconocimiento sin base biológica ni sociofamiliar (posesión de estado) y, por el otro, estableció, entre padre, madre e hijo, respectivamente, una pretensión dirigida a clarificar la paternidad mediante la realización de pruebas biológicas pero con independencia de su impugnación, lo cual importa asumir que el derecho a conocer los orígenes biológicos no necesariamente supeditará el estatus legal de las relaciones filiales.¹⁴⁵

¹⁴⁰ MIZRAHI, Mauricio Luis, "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", *La Ley*, 2004-E, pp. 1197 y ss.

¹⁴¹ La posesión de estado es el goce de hecho de un determinado estado de familia que se exterioriza en ciertas acciones o conductas que evidencian la asunción de las obligaciones y derechos derivados del estado familiar (*tractatus*). Para algunos autores resulta indiferente la presencia o no de título (Belluscio, Zannoni, Fanzolato), en cambio, otros condicionan su operatividad jurídica a la inexistencia de título (Azpiri, Rivera, Famá). Cfr. FAMÁ, María Victoria, *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, pp. 383-384.

¹⁴² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

¹⁴³ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", *La Ley*, 2004-E, pp. 1197 y ss.

¹⁴⁴ Se trata de la Ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad (18/03/2008), tendiente a frenar los usos fraudulentos de la filiación para obtener derechos de residencia y ciudadanía alemanes y el consecuente aumento de paternidades aparentes, y la Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación (31/03/2008), que busca adecuarse a los avances técnicos y científicos en materia de pruebas genéticas para determinar la paternidad. Ambas “siguen la estela de la reforma de 2004 en materia de filiación, que introdujo la posibilidad de impugnación de la paternidad matrimonial por parte del padre biológico, en caso de no existir ni haber existido relación socio-familiar entre el padre legal y el hijo”. Cfr. LAMARCA I MARQUÈS, Albert, “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”, *InDret*, Barcelona, 2008, Nro. 3, pp. 1-14.

¹⁴⁵ LAMARCA I MARQUÈS, Albert, “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”, *InDret*, Barcelona, 2008, Nro. 3, pp. 1-14.

Si bien en el ámbito de la filiación por naturaleza se admite la posibilidad de establecimientos filiales desarraigados del vínculo genético en virtud de la presunción de paternidad matrimonial y el reconocimiento paterno, se trata de un margen de error mínimo y aceptable atendiendo a los fines que persiguen los mecanismos previstos legalmente para la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, aunque subsanable mediante las acciones filiatorias tendientes a develar la verdad biológica para que sobre ella se reconstruya el vínculo formal.

El problema se suscita cuando en estos casos se confronta la posesión de estado al nexo biológico, atribuyendo a la primera un revitalizado peso capaz de disociar verdad biológica de filiación formal.¹⁴⁶

En vigencia del Código Civil derogado, en torno a las discrepancias doctrinarias sobre la constitucionalidad de la norma del art. 259 C.C. -en cuanto no incluía entre los legitimados activos al padre biológico- se conformó una posición intermedia que enfocaba la solución en la situación familiar de cada caso en concreto, distinguiendo según existiera posesión de estado respecto del padre biológico o del padre legal o presunto, interpretando que en el primer caso su legitimación para actuar redundaba en el esclarecimiento de la paternidad y el interés superior del niño, en tanto que en el segundo, si el niño se encontraba integrado a la familia y tenía vínculo paterno filial con el marido de la madre, esa legitimación supondría la posibilidad de un desplazamiento que implicaría una intromisión inaceptable a la intimidad familiar.¹⁴⁷

En este sentido se ha señalado que la valoración preeminente de la identidad dinámica sobre la biológica es consecuencia del impacto que la noción de socioafectividad ha tenido en el campo del derecho filial, incluso en el ámbito de la filiación por naturaleza.¹⁴⁸

Se perfila así la promoción de un sistema filial que si bien valora al dato genético como elemento central y constitutivo de una identidad basada en la verdad, no necesariamente le atribuye la generación de efectos jurídicos filiatorios. En este contexto, su eficacia queda reducida al deber de colectar y resguardar la información genética

¹⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, "Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial", *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

¹⁴⁷ Cfr. FAMÁ, María Victoria, *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 482; SCJ Mendoza, Sala 1ra., "L., C. F. por la menor A., M. G. c/ A. C. A. G. P. A. C.", Sentencia del 12/05/2005, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2005, Nro. III, pp. 165 y ss.

¹⁴⁸ HERRERA, Marisa, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss. La autora ejemplifica su afirmación citando las sentencias de la SCBA en autos "M., J. F. c/ M., E. J. s/ filiación — impugnación de paternidad", de fecha 05/04/2013, y en autos "L., J. A. c/ J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad", de fecha 28/05/2014.

identificatoria¹⁴⁹. Se trata “de acceder a la verdad biológica, es decir, construir la identidad sobre la base de la certeza acerca de los lazos biológicos o de sangre, más allá de que ello implique o conlleve a una modificación en el vínculo jurídico de filiación”¹⁵⁰, pues “el concepto de identidad filiatoria no siempre (tendría) como correlato necesario el dato puramente biológico determinado por la procreación”¹⁵¹.

A ello se contraponen quienes resaltando la naturaleza constitucional del derecho a la identidad del niño lo reconocen como eje principal a considerar cuando deben dirimirse acciones filiales postulando, entre otras medidas, la supresión de los plazos de caducidad pues se entiende que “cualquiera fuesen las motivaciones que provocaron la inacción del marido, es preferible, por mucho que haya transcurrido, el esclarecimiento de la realidad biológica, por encima del reproche que se le pueda hacer ante tal dilación”¹⁵².

Por otra parte, la única referencia explícita que el legislador ha considerado necesaria en torno a la posesión de estado filial ha sido a efectos de concederle el mismo valor que el reconocimiento siempre que no fuera desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético (cfr. art. 584). Y dado que se trata de la reproducción casi textual – cambia “nexo biológico” por “nexo genético”- de la norma ya contenida en el art. 256 del Código Civil (reformada por la Ley 23.264), es claro que no ha mediado intención alguna de reconocerle una supuesta fuerza predominante frente a la realidad biológica.

Ello no implica desconocer que en determinadas situaciones particulares y extraordinarias, cuando se han consolidado relaciones afectivas sobre vínculos formales originados en circunstancias de licitud y justicia, sea más conveniente para el menor la preservación de un emplazamiento formal que carece de sostén biológico.

¹⁴⁹ HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss. También se puede ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, en autos “C., E. M. y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud s/ amparo Ley 16.986”, Sentencia del 29/04/2014. Se trata de un caso originado en la acción de amparo interpuesta por una pareja que, actuando por sí y en representación de sus dos hijas menores, solicitaba la creación de un registro en el que constara toda la información que poseían los centros de reproducción humana asistida y los bancos de gametos legalmente habilitados sobre la identidad de los donantes de material genético para que, tanto sus hijas nacidas por TRHA heterólogas (ovodonación) como todas las personas que se encontraran en igual situación, pudieran acceder, alcanzada la mayoría de edad, a esa información ejerciendo el derecho a conocer su identidad biológica. Para un análisis pormenorizado de la sentencia ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y ZABALETA, Daniela B., “Un fallo judicial sobre el derecho a la identidad de una niña concebida por ovodonación”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2014 (agosto), 01/08/2014, pp. 245 y ss.

¹⁵⁰ HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss.

¹⁵¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

¹⁵² SOLARI, Néstor, “Los plazos de caducidad en las acciones de filiación”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (marzo), 09/03/2015, pp. 3 y ss.

En cuanto al objeto del presente concierne, no cabe duda que la ficción legal de comaternidad matrimonial se contrapone al derecho a la identidad y con ello deviene en un resultado injusto. No es lo mismo la discordancia posible entre nexo biológico y filiación formal derivada de la presunción de paternidad matrimonial, dado que se sustenta en la apariencia de verdad y ésta tiene potencialidad suficiente para generar posesión de estado filial capaz de repeler un desplazamiento fundado en la realidad biológica cuando resulte más conveniente y beneficioso para el menor, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal resultantes de un emplazamiento probadamente complaciente. Diametralmente diferente es el escenario de la ficción de comaternidad matrimonial pues ante la certeza de ausencia de vínculo genético de la cual no puede seguirse apariencia alguna que justifique el vínculo jurídico formal, la evidente falsedad que guía el emplazamiento violenta las bases del régimen filial por naturaleza vulnerando derechos fundamentales, sin que sea posible oponer una posesión de estado filial basada en un emplazamiento injusto.

iii) Derecho a la información.

La disociación entre identidad biológica y vínculo jurídico filial ha tenido un efecto reduccionista que se advierte en el repliegue del derecho a la identidad al campo del acceso a la información identificatoria reveladora de la verdad biológica.

En el ámbito de la filiación por TRHA heteróloga el Código Civil y Comercial asumió una posición intermedia frente a los diversos sistemas existentes en el derecho comparado¹⁵³, regulando el derecho a la información identificatoria, cuyo acceso aparece más restringido y requiere intervención judicial, y la no identificatoria, provista por el centro de reproducción humana asistida que intervino (art. 564). Se trata de un registro pasivo¹⁵⁴ cuya información sólo será brindada ante el requerimiento del legitimado de acuerdo al procedimiento indicado para cada caso¹⁵⁵, cuya eficacia depende de que la

¹⁵³ Cfr. Gil Domínguez, Andrés, “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss. El autor lo esquematiza en cinco grupos de países aunque no expone ejemplos al respecto: a) los que mantienen y conservan la figura del anonimato; b) los que no permiten acceder a la identidad pero sí a los datos médicos; c) los que permiten a los donantes de gametos de ambos sexos optar entre efectuar una donación anónima o no, y a la pareja beneficiaria, la opción entre gametos anónimos o identificables; d) los que prevén el anonimato como regla pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias conformando un sistema de anonimato relativo, y e) los que eliminaron el anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el origen genético.

¹⁵⁴ Se diferencia de los registros denominados activos que cuando los niños alcanzan la mayoría de edad les informan que fueron concebidos mediante TRHA con gametos de un donante habilitando el acceso a la información. Cfr. Gil Domínguez, Andrés, “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss.

¹⁵⁵ Cfr. Gil Domínguez, Andrés, “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss.

persona concebida por TRHA haya sido previamente informada sobre las circunstancias de su concepción.

Ahora bien, no obstante la judicialización del acceso a los datos que identifican al donante de gametos, la mera invocación del derecho a la identidad genética será razón suficientemente fundada para su habilitación.¹⁵⁶

No obstante que el legislador instauró la ficción de comaternidad matrimonial a sabiendas de que se contrapone a la verdad biológica, en este supuesto no previó mecanismo legal alguno tendiente a resguardar, al menos, el derecho a la información identificatoria como resabio del respeto a la identidad.

Y ello no sólo se contrapone a lo normado por los arts. 563 y 564 que en el marco de la filiación por TRHA, aunque de modo harto cuestionable, regulan el derecho a la información sino también a las normas que garantizan al adoptado el respeto por el derecho a la identidad (art. 595, inc. b) y el derecho a conocer los orígenes (arts. 595, inc. e, y 596).

Se advierte, una vez más, la situación desigual y desventajosa en que se encuentran los niños que al nacer han sido alcanzados por la ficción de comaternidad matrimonial a efectos del emplazamiento filial, violentándose el principio de igualdad de todos los hijos.

iv) Afectación del derecho a la identidad.

En los casos de filiación por TRHA heteróloga la voluntad procreacional condiciona doblemente el ejercicio del derecho a la identidad. En un primer momento, se erige en fundamento del vínculo filial desplazando la verdad biológica del sustrato de la filiación formal, mas luego, transformada en voluntad de informar, supedita el conocimiento de las circunstancias de la concepción y con ello, la realización del derecho a la información. Se ha señalado que el desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano ha implicado la consolidación y autonomía del derecho a conocer los orígenes que de aquél deriva¹⁵⁷, sin embargo, de algún modo esto ha conllevado que la eficacia de aquel se viera reducida a los alcances atribuidos a éste.

¹⁵⁶ Cfr. Gil Domínguez, Andrés, "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (septiembre), 03/09/2015, pp. 143 y ss. El autor afirma que "el peso específico de este derecho en un ámbito de determinación o de colisión es tan fuerte que difícilmente puedan existir presupuestos de hecho y argumentos que puedan fundar proporcionalmente la negativa de su pleno ejercicio. Si la autodeterminación se presenta como un refugio social de la persona y es fiel a la lógica que la marca desde sus orígenes, la identidad genética como parte de la construcción biográfica de la mismidad particular no puede ser negada o eliminada."

¹⁵⁷ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, pp. 81-82.

El derecho a la identidad aparece aún más desvanecido en el ámbito delimitado por la ficción de filiación por naturaleza matrimonial en matrimonios conformados por dos mujeres porque entonces no hay red alguna de contención capaz de resguardar la información relativa al padre biológico. En la filiación por naturaleza extramatrimonial, apenas detectada la ausencia de emplazamiento paterno, “en consonancia con el derecho a la identidad y a tener doble vínculo filial inmediatamente o lo antes posible, se regula la obligación del registro civil de comunicar al Ministerio Público esta situación para que éste procure el reconocimiento de manera extrajudicial” (art. 583) previéndose que “antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el oficial o jefe del registro civil debe citar a la madre e informarle sobre el derecho del niño a contar con vínculo paterno en respeto por el derecho a la identidad”¹⁵⁸, y aún si nada de ello funcionara, el Ministerio Público es dotado de legitimación suficiente para promover la respectiva acción filial.

Sin embargo, por virtud de la ficción legal instaurada en la norma del art. 566, los hijos de madres casadas con otra mujer que nazcan en ocasión de hallarse operativo aquél recurso legal quedan arbitrariamente privados y excluidos del circuito normativo tendiente a procurar la determinación y reconocimiento de la paternidad conforme la verdad biológica. Por otra parte, quedan también en desventaja frente a los niños adoptados en cuanto al derecho a conocer los orígenes que la norma del art. 596 prevé en los casos de adopción.

La regulación de las TRHA heterólogas y la incorporación de los matrimonios conformados por personas del mismo sexo impactaron en la estructuración de los sistemas filiatorios desplazando la primacía de la verdad biológica de la mano del proceso que se ha denominado de “deconstrucción de la heterobiología”. De ello resultó que se privilegiara el *favor genitoris* (protección del deseo de tener un hijo) por encima del *favor filii*, favoreciendo “el ejercicio individual de la potestad de reproducirse aislada de la consideración sobre la conveniencia para el futuro ser. El legislador (...) atiende al deseo actual e inmediato de la persona adulta que solicita una infraestructura legal y científica para alcanzar su deseo de maternidad(/paternidad)”¹⁵⁹.

Aún reconociendo que el concepto de identidad filiatoria no siempre tiene como correlato necesario el dato puramente biológico determinado por la procreación¹⁶⁰, la legislación debe procurar su concordancia y sólo ceder cuando en situaciones extraordinarias así lo exija la consideración del mejor interés del niño, independientemente

¹⁵⁸ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 80.

¹⁵⁹ ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes, *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 163-164, citado en MARRAMA, Silvia, “Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas”, *El Derecho*, 2014, T. 258, pp. 248 y ss.

¹⁶⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

de la situación personal e individual de los adultos involucrados, lo que en general dependerá de la existencia de una situación socioafectiva recíproca y consolidada sin sesgo alguno de ilicitud (posesión de estado), cuyo mantenimiento resulte más beneficioso para el menor que el desplazamiento.

Ocurre que el derecho a la identidad “no sólo abarca la exclusión de la injerencia estatal como aspecto negativo, sino también una serie de exigencias positivas entre las que se incluye la facultad de demandar que los poderes públicos adopten medidas necesarias para conocer efectivamente aspectos fundamentales de la propia vida personal y familiar”, especialmente, cuando es el Estado quien facilita su violación contrariando normas que integran el bloque constitucional-convencional.¹⁶¹

c) Mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación.

La búsqueda de mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación¹⁶² no debe ser entronada como un fin en sí mismo escindido de la verdad biológica pues ello acabaría por aniquilar la causa eficiente del vínculo filial además de la enorme incertidumbre e inseguridad jurídica que generaría el establecimiento de filiaciones guiadas exclusivamente por aquellos parámetros.

Si el acceso a la prueba genética es considerado un medio preferente para alcanzar la verdad biológica de donde se derivan su importancia así como los efectos atribuidos a su negativa injustificada¹⁶³, es precisamente porque resulta significativamente más valioso al interés superior del menor que el vínculo jurídico coincida con el biológico aunque ello implique, en algunas situaciones, un período de tiempo no deseable, si bien en ocasiones necesario, para dilucidar la verdad.

Por otra parte, es dable destacar la realidad acuciante en la que se encuentran en nuestro país una enorme cantidad de niños cuyos nacimientos no han sido inscriptos. Por tal razón, “a fin de asegurar el pleno goce y ejercicio del derecho a la identidad y la identificación de las personas” se consideró “impostergable establecer una línea de acción, con carácter excepcional,” tendiente a facilitar y remover los obstáculos para la procedencia de la inscripción de nacimientos. Así, se estableció¹⁶⁴ por el término de un año, prorrogable por otro más, un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños de uno a doce años de edad cuyos nacimientos no hubiesen sido inscriptos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 26.413¹⁶⁵. La excepcionalidad del

¹⁶¹ MARRAMA, Silvia, “Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas”, *El Derecho*, 2014, T. 258, pp. 248 y ss.

¹⁶² Cfr. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS POLÍTICOS Y CIVILES, art. 24.2: “... todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

¹⁶³ Cfr. arts. 579, 580 y 710.

¹⁶⁴ Decreto 90/2009, B.O. 10/02/2009.

¹⁶⁵ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, B.O. 06/10/2008

procedimiento se vio fácticamente contrastada por la gravedad de la situación dado que desde 2009 fue prorrogado ocho veces¹⁶⁶ ampliándose a niños recién nacidos, y personas mayores de doce años que acreditaran pertenencia a pueblos aborígenes.

Entonces, es allí donde deben estar destinadas y fortalecidas las acciones del Estado tendientes a cumplir con la normativa convencional para que todo niño que nazca en el territorio nacional sea inmediatamente inscripto en los registros. Es que somos parte de un Estado en el que no sólo se han omitido delimitar con claridad los parámetros que guían la determinación filial al tiempo que se ha eludido explicitar los intereses que se privilegian en la selección y predominio de tales pautas determinantes¹⁶⁷, sino que además ha evidenciado su ineficiencia en asegurar la inscripción de todos los nacimientos con las consecuencias negativas que de ello derivan para el ejercicio de los derechos fundamentales.

d) El principio del interés superior del niño.

Según la norma del art. 706 inc. c), la decisión judicial que se dicte en un proceso en que están involucrados los niños debe tener en cuenta su interés superior.

Cuando se trata de conflictos de intereses entre padres o ascendientes y un menor que es hijo, este principio se especifica como *favor filii* y tiene "el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. (...) el principio jurídico supralegal (...) marca la independencia conceptual del interés superior del niño respecto de toda otra persona. Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su padre y madre, sino solamente que, desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores".¹⁶⁸

Al tiempo que se ha manifestado con firmeza que este interés está inescindiblemente unido a la determinación de la filiación conforme a su realidad biológica, se ha calificado con desconcierto la referencia que la norma del art. 589 hace al interés del

¹⁶⁶ Decretos 92/10, B.O. 26/01/10; 278/11, B.O. 09/03/11; 294/12, B.O. 07/03/12; 339/13, B.O. 04/04/13; 297/14, B.O. 17/03/14; 406/15, B.O. 06/04/15; 459/16, B.O. 10/03/16; 160/17, B.O. 10/03/17.

¹⁶⁷ A diferencia de la enunciación de principios que rigen la adopción (cfr. art. 595) y de los propios que regulan la responsabilidad parental (cfr. art. 639), el legislador omitió referirse a los principios rectores de la filiación.

¹⁶⁸ CSJN, "S., C. s/adopción", Sentencia del 02/08/2005, Fallos: 328: 2870.

niño como uno de los motivos pasibles de ser esgrimidos por el o la cónyuge para impugnar la filiación presumida por la ley¹⁶⁹.

Al respecto se ha afirmado que la incorporación del interés superior del niño “como otra variable de peso” “para hacer o no lugar a la acción de impugnación” estuvo orientada a brindar espacio para “sopesar en cada conflicto cuál es la vertiente” entre la identidad estática y la dinámica que debe primar¹⁷⁰, explicando que podría rechazarse una acción de impugnación de la filiación si se demostrara la existencia de una posesión de estado filial forjada durante un tiempo prolongado con el padre jurídico¹⁷¹.

Sin embargo, no pareciera que fuera esa la interpretación que se deriva del texto legal. La norma incluye al interés superior del niño con autonomía suficiente para que el o la cónyuge de la madre fundamente la impugnación de la filiación matrimonial y no para repelerla, sin que medie razón alguna para entender que también se comprende. En consecuencia, la operatividad del principio como criterio rector del desplazamiento estaría limitada a los casos en los que exista nexo biológico entre el progenitor presunto y el hijo pues si el emplazamiento no se sustentara en la verdad material bastaría con invocar la ausencia de vínculo genético. Siendo así, los supuestos se reducirían a la impugnación de la paternidad matrimonial lo cual nos enfrentaría a la absurda posibilidad de que el interés superior del niño fuera esgrimido por el progenitor biológico –marido de la madre– aduciendo la ausencia de relación socio-afectiva con su propio hijo.

Por otro lado, si la realidad biológica no resulta de mayor jerarquía que la socio-afectiva que rodea al niño, y una identidad filiatoria consolidada con el tiempo (identidad dinámica) sin sustento genético (identidad estática) puede ser atendida en el mejor interés del niño, el estado filial queda revestido de notable fragilidad y se torna en fácilmente disponible mediante la construcción de vínculos afectivos.

Ello adquiere inusitada gravedad cuando la ley coopera en el trastrocamiento del sistema filial creando ficciones jurídicas que a largo plazo contribuyen a generar relaciones de afecto de espaldas a la verdad.

La primacía del interés del menor así como la protección jurídica del derecho a la identidad deben ser integrales, atendidos prioritariamente desde el inicio del establecimiento filial, guiando las reglas determinantes del emplazamiento. No puede ser otra la conclusión que se derive de las normas contenidas en los tratados internacionales que resultan obligatorios ya que “es la función que tienen como fuente de derecho referida

¹⁶⁹ GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, pp. 20 y ss.

¹⁷⁰ HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), 17/11/2014, pp. 39 y ss.

¹⁷¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Ángeles, “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial”, *La Ley*, 2014-E, pp. 88 y ss.

en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo.”¹⁷²

IV.- CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO FILIAL.

A) Incidencia de las TRHA heterólogas y los matrimonios conformados por personas de mismo sexo.

Una revisión de casos judiciales y reformas legislativas de las últimas décadas muestra de qué modo la irrupción de las TRHA heterólogas primero y el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo más tarde, han impactado en el derecho de familia transformando las reglas tradicionales del sistema filial.¹⁷³

Ambos factores fueron condicionantes en la desestabilización de la unificación histórica de sexo, reproducción y matrimonio generando tal incertidumbre en torno a la definición de parentalidad que la determinación de vínculos filiales se ha convertido en uno de los temas más conflictivos del derecho de familia.¹⁷⁴

Se fue estructurando así un nuevo modelo filial que minimizó progresivamente marcadores tradicionales como la biología, el estado matrimonial y la dualidad sexual parental. Incluso se ha fundamentado que como el biologismo había animado históricamente la regulación de la adopción basada en la idea de que lo natural en el contexto de una familia unida por vínculos biológicos era lo normal y deseable en el contexto de la adopción, el cambio de paradigma filiatorio había alcanzado también la regulación adoptiva.¹⁷⁵

Las diversas formas de TRHA heterólogas, incluida la maternidad subrogada, movieron a reforzar el criterio de intencionalidad expandiendo la lógica aplicable al donante anónimo de gametos a otros escenarios. Así, del estado matrimonial se infirió una voluntad procreacional fundante del emplazamiento filial porque se consideró que la pareja casada había deliberadamente puesto el proceso procreativo en movimiento y por ello debían resultar los padres del niño.

¹⁷² FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, p. 13.

¹⁷³ Cfr. NEJAIME, Douglas, “Marriage equality and the new parenthood”, *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

¹⁷⁴ Cfr. DEPRINCE, Michael S., “Same-Sex Marriage and Disestablishing Parentage: Reconceptualizing Legal Parenthood Through Surrogacy”, *Minnesota Law Review*, Vol. 100, pp. 797-837.

¹⁷⁵ Cfr. BARTHOLET, Elizabeth, *Family Bonds*, 1993, 220–21, citado en NEJAIME, Douglas, “Marriage equality and the new parenthood”, *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

Este enfoque influyó, como resulta lógico, en la configuración del hecho base de la presunción de paternidad matrimonial comenzando a abrirse paso la idea de que el estado de padre no surge de la probabilidad de vínculo biológico sino del vínculo matrimonial y la necesidad de proteger la unidad familiar matrimonial, de modo que no obstante haber perdido su funcionalidad originaria conservaría vigor por su utilidad para facilitar y acelerar el emplazamiento filial.¹⁷⁶

El reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo y los reclamos impulsados por la igualdad de efectos atribuidos al matrimonio heterosexual devinieron en comparaciones que también contribuyeron a la reformulación de las nociones de matrimonio y filiación.¹⁷⁷ Este proceso conllevó de igual modo efectos irradiantes que traspasaron las fronteras de las familias homoparentales, facilitando la expansión de la filiación basada en la voluntad procreacional y la posesión de estado que no se limitó a las filiaciones por TRHA heterólogas sino que abarcó a la procreación natural¹⁷⁸ en sistemas regulatorios que sobrevaloraron las familias por elección, atravesando estructuralmente al derecho de familia.¹⁷⁹

Ni siquiera en sistemas dualistas como el adoptado por el Código Civil y Comercial se ha logrado que las reglas de determinación de la filiación por naturaleza permanezcan inertes a los cambios introducidos por el uso de las TRHA heterólogas y el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Por la igualdad de efectos de los matrimonios, los conformados por personas del mismo sexo se encontrarían habilitados para exportar la fuente de la filiación por TRHA en sostenimiento del emplazamiento y así construir una identidad dinámica desligada de la verdad biológica pero que, con el tiempo, consolidada la posesión de estado filial, sería capaz de repeler la realidad genética que podría oponerse en busca del desplazamiento.

La posibilidad de reproducción sin intimidad sexual fue el puntapié para que se iniciara el proceso de desbiologización de la filiación perpetuado en las TRHA heterólogas. Desde allí se construyó la intencionalidad parental como causa fuente de la relación filial y con ella la homoparentalidad, que no fue ni más ni menos que una

¹⁷⁶ 2013 Cal. Legis. Serv. S.B. 274, Ch. 564 (West); GROSSMAN, Joanna L., "California Allows Children to Have More Than Two Legal Parents", *Justia*, 2013 (Oct. 15), <http://verdict.justia.com/2013/10/15/california-allows-children-two-legal-parents>, citado en KOLINSKY, Heather, "The Ties that Bind: Reevaluating the Role of Legal Presumptions of Paternity", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2014 (Fall), Vol. 48, pp. 223-276.

¹⁷⁷ DEPRINCE, Michael S., "Same-Sex Marriage and Disestablishing Parentage: Reconceptualizing Legal Parenthood Through Surrogacy", *Minnesota Law Review*, Vol. 100, pp. 797-837.

¹⁷⁸ BALA, Nicholas y ASHBOURNE, Christine, "The Widening Concept of "Parent" in Canada: StepParents, Same-Sex Partners, & Parents by ART", *Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.*, 2012, Vol. 20, pp. 525-542. Se explica que en el régimen legal de Québec un hombre puede contribuir a un proyecto parental para una pareja que desea tener un hijo aportando su semen mediante inseminación artificial o procreación natural (Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c 64, art 538.2).

¹⁷⁹ NEJAIME, Douglas, "Marriage equality and the new parenthood", *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

consecuencia lógica devenida a partir de la deconstrucción de la tradicional filiación heterobiologizada. Con ello, los cambios inducidos por la ficción de comaternidad matrimonial bajo la apariencia de extensión de la presunción de filiación matrimonial a los matrimonios conformados por personas del mismo sexo impactaron sobre los principios rectores que tradicionalmente habían estructurado el sistema filial a partir del nexo genético y la dualidad sexual parental¹⁸⁰. El vigor de tales cambios fue de tal magnitud que alcanzaron a la determinación de la filiación extramatrimonial y sus efectos se proyectaron más allá de las familias homoparentales. Y en el porvenir, el abandono de la regla del doble vínculo, incipientemente relativizada en el Código Civil y Comercial¹⁸¹. Ya se ha advertido que el reconocimiento de la multiparentalidad será una derivación lógica de la homoparentalidad.¹⁸²

B) Breve reseña de la experiencia estadounidense sobre los alcances de la presunción de paternidad matrimonial.

Cuando los datos científicos confrontaron la presunción legal de paternidad matrimonial los tribunales estadounidenses respondieron con tres modelos diferentes: a) el de Pensilvania¹⁸³, que entiende la paternidad como una construcción socio-legal priorizando la protección de instituciones socialmente valiosas como el matrimonio y la familia en desmedro de la realidad biológica; b) el de Massachusetts¹⁸⁴, que comprende la paternidad como una cuestión estrictamente biológica atribuyéndole al dato biológico relevancia en la determinación de la paternidad y carácter dispositivo, y c) el de New York¹⁸⁵, que pretende reconciliar la presunción legal de paternidad matrimonial con la presunción psicológica de que es en el mejor interés del niño conocer la identidad de su padre biológico y de este modo, la prevalencia de la presunción legal o de la prueba genética que se le opone dependerá de lo que en cada caso resulte mejor al interés del menor.¹⁸⁶

A finales de la década del '60 tanto el estado matrimonial como el nexo biológico comenzaron a verse relegados como elementos determinantes de la atribución

¹⁸⁰ "Gartner v. Iowa Dep't of Pub. Health", 830 N.W.2d 335 (Iowa, 2013).

¹⁸¹ Cfr. arts. 621, 2do. párr.; 624, 2do. párr., y 628.

¹⁸² NEJAIME, Douglas, "Marriage equality and the new parenthood", *Harvard Law Review*, Vol. 129, pp. 1185-1266.

¹⁸³ Representado por el caso "Miscovich v. Miscovich", 688 A.2d 726 (Pa. Super. Ct., 1997), citado en KAPLAN, Diane S., "Why Truth is not a Defense in Paternity Actions", *Texas Journal of Women and the Law*, 2000, Vol. 10, pp.69-81.

¹⁸⁴ "K.B. v. D.B. and another", 639 N.E.2d. 725, 730 (Mass. App. Ct., 1994). El tribunal entendió que un hombre no debería tener la obligación de sostener económicamente a un niño nacido de su esposa durante el matrimonio que fue concebido por otro hombre, del mismo modo que una mujer no debería estar obligada a sostener a un niño concebido por su esposo y nacido durante el matrimonio pero de otra mujer.

¹⁸⁵ "Vito L. v. Filomena L.", 172 A.D.2d. 648, 651 (N.Y. App. Div. 1991).

¹⁸⁶ KAPLAN, Diane S., "Why Truth is not a Defense in Paternity Actions", *Texas Journal of Women and the Law*, 2000, Vol. 10, pp.69-81.

filial. Ocurrió que al mismo tiempo que se reivindicaba la filiación extramatrimonial sustentada en vínculos biológicos, la ley reconocía derechos parentales intramatrimoniales en ausencia de nexo biológico. Estos cambios acontecieron al ritmo impuesto por el incremento de familias ensambladas y el recurso a las TRHA heterólogas, priorizándose la posesión de estado filial por sobre la relación genética.

A comienzos de los '80 las parejas del mismo sexo que reclamaban el reconocimiento parental sostenían que, en analogía con la familia matrimonial, si la pareja actuaba como matrimonio merecían el mismo trato en igualdad de términos. Si bien la estrategia inicial fue encuadrar las uniones de personas del mismo sexo como aparentes matrimonios, luego emergió una doctrina parental que no requería del vínculo conyugal para el emplazamiento filial.

Tradicionalmente, el hijo de una mujer casada fue considerado matrimonial y el esposo de la madre presunto padre biológico, sin perjuicio de la posibilidad de que entre el esposo de la madre y el hijo no existiera nexo genético¹⁸⁷. En este contexto, la maternidad representaba la relación primaria parento-filial y la paternidad era conceptualizada como una derivación de la relación matrimonial de la madre. Sin embargo, la aparición en escena de la maternidad subrogada frustró este escenario obstaculizando la aplicación de la presunción matrimonial.

Aún en el marco de las TRHA heterólogas el matrimonio tuvo un rol importante en la determinación filial pues como el esposo recibía el estatus legal de padre presunto por el hecho de su matrimonio con la madre del niño, aún cuando la paternidad presumida pudiera ser impugnada, el esposo no debía demostrar su fertilidad ni las relaciones sexuales con su esposa para acreditar la posibilidad de conexión biológica con el niño, bastando la prueba del matrimonio.¹⁸⁸

La corte de apelaciones de California¹⁸⁹ determinó en el caso "Buzzanca" (1998) que un esposo divorciado y su esposa eran los padres de un niño nacido por TRHA al que ninguno de los dos estaba vinculado biológica ni genéticamente. La pareja había usado donantes anónimos de gametos y una gestante subrogada, ninguno de los cuales había reclamado filiación, y se habían divorciado luego de la concepción del niño pero antes de su nacimiento. El esposo, John Buzzanca, había rechazado su responsabilidad parental fundado en que no era el padre del niño. En este caso el matrimonio sirvió para entender y

¹⁸⁷ Las investigaciones muestran que para los hombres con niveles elevados de confianza en su paternidad – que en los estudios relevados incluyen exclusiva o principalmente casados- las tasas de inexistencia de vínculo genético con el hijo van del 1.7% al 3.3%. Cfr. ANDERSON, Kermyt G., "How Well Does Paternity Confidence Match Actual Paternity? Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates", *Current Anthropology*, 2006, Vol. 47, pp. 513-516.

¹⁸⁸ Cfr. PALMER, Tiffany L., "The Winding Road to the Two-Dad Family: Issues Arising in Interstate Surrogacy for Gay Couples", *Rutgers J. L. & Publ. Pol./Y*, 2011, Vol. 8, pp. 895-916.

¹⁸⁹ "Marriage of Buzzanca" (72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App., 1998).

reconocer legalmente la voluntad procreacional dado que se estableció que si como esposo hubiera sido el padre legal del niño con el que no estaba vinculado biológicamente cuando su esposa lo hubiera dado a luz luego de una inseminación artificial, por iguales razones, los esposos debían ser los padres legales del niño al que no estaban ligados biológicamente y que había sido dado a luz por una madre subrogada.

Por su parte, la suprema corte de California¹⁹⁰ en el caso “Nicholas H.” (2002) validó la parentalidad presunta de Thomas afirmando que el conocimiento de que no era el padre biológico no implicaba automáticamente refutar la presunción de filiación, dado que mediaba una fuerte relación entre Nicholas y su padre formal en tanto que no había reclamo alguno por parte del padre biológico.

Del otro lado, la presunción de paternidad matrimonial fue criticada atribuyéndole un efecto disvalioso para el padre biológico cuyos derechos constitucionales resultaban *ab initio* vulnerados por el emplazamiento filial derivado del matrimonio.¹⁹¹

La aplicación de la presunción finalmente se extendió para determinar la comaternidad de la esposa de la madre pero no porque se asumiera que estaba biológicamente ligada al niño, lo que en la mayoría de los casos no ocurría¹⁹², sino por su intención de ser madre y asumir el rol materno. De tal modo, la presunción se erigió en base a un supuesto acuerdo parental deducido del matrimonio que cobraba sentido sólo como indicador de la voluntad procreacional ya que no había margen de error para la inexistencia de vínculo biológico¹⁹³.

Entonces, se cuestionó el fundamento mismo de la presunción de filiación matrimonial sustentada en un probable nexo biológico proponiendo, en cambio, la doctrina de la posesión de estado filial con la finalidad de separar el vínculo matrimonial del emplazamiento filiatorio y trasladar así el centro de la discusión de la relación entre los adultos hacia la relación padre-hijo.¹⁹⁴ En este sentido, se sostuvo que la aplicación de la

¹⁹⁰ Petition for Review of Decision of the Court of Appeal First Appellate District at 17, “Nicholas H.”, 46 P.3d 937-938 (No. S100490).

¹⁹¹ KOLINSKY, Heather, “The Ties that Bind: Reevaluating the Role of Legal Presumptions of Paternity”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2014 (Fall), Vol. 48, pp. 223-276.

¹⁹² Sin perjuicio de señalar la posibilidad de que la pareja de mujeres separara la gestación del vínculo genético de modo que una llevara adelante el embarazo del niño concebido con el óvulo aportado por la otra; o eligiera un donante relacionado genéticamente con la madre no vinculada biológicamente con el niño.

¹⁹³ Cfr. APPLETON, Susan Frelich, “Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era”, *B.U. L. Rev.*, 2006, Vol. 86, p. 227. La autora explica que cuando la presunción se extiende a las parejas del mismo sexo difiere del establecimiento filial fundado en el nexo genético produciéndose lo que podría considerarse una construcción ficticia o social.

¹⁹⁴ GROSSMAN, Joanna L., “The New Illegitimacy: Tying Parentage to Marital Status for Lesbian Co-Parents”, *20 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L.*, 2012, pp. 671-701.

presunción de filiación matrimonial a los niños nacidos en el seno de un matrimonio entre personas del mismo sexo los beneficiaba con el establecimiento del doble vínculo filial.¹⁹⁵

La corte de apelaciones de California da cuenta de la adopción de la doctrina de la posesión de estado filial y la consecuente parentalidad presunta. En el caso “Karen C.” (2002) sostuvo que la decisión del caso “Nicholas H.” resultaba aplicable con la misma fuerza para considerar a una mujer como madre presunta¹⁹⁶. Se trataba de una niña que había sido entregada por sus padres recién nacida a una mujer que la había criado y pretendía que se la reconociera como madre.¹⁹⁷ Un año más tarde, en el caso “Salvador M.” (2003) reafirmó que la presunción de filiación podía extenderse a la madre no biológica.¹⁹⁸ Se trataba de una mujer que había criado a su medio hermano menor como hijo después del fallecimiento de la madre.

La operatividad de la presunción de paternidad matrimonial cuando se había recurrido a las TRHA heterólogas facilitó su extensión a los matrimonios conformados por personas del mismo sexo, pues se entendió que el fundamento de la presunción ya no era el nexo biológico inexistente en ambos casos sino la voluntad procreacional y la consecuente posesión de estado filial. Sin embargo, también se destacó que las situaciones no eran idénticas ya que en un matrimonio heterosexual el certificado de nacimiento reflejaba al cónyuge varón como padre del niño sin evidenciarse la realidad biológica, situación que en cambio ocurría en las parejas de personas del mismo sexo.

Por ello, basados en que la presunción contemplaba la filiación biológica o podía ser rebatida por evidencia genética en ciertas circunstancias, algunos estados la consideraron inaplicable al cónyuge del mismo sexo quien claramente carecía de vínculo biológico con el niño, incluso en los casos en que no había contraparte que impugnara la filiación presumida¹⁹⁹. Así, se afirmó que como las parejas del mismo sexo no podían concebir sus propios hijos biológicos sin la contribución de una tercera parte que aportara la célula reproductiva faltante, la equiparación con las parejas heterosexuales era imposible.²⁰⁰ La imposibilidad intrínseca de relación genética de al menos uno de los

¹⁹⁵ POLIKOFF, Nancy D., “A Mother Should Not Have To Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century”, *Stan. J. C. R. & C. L.*, 2009, Vol. 5, pp. 201-247.

¹⁹⁶ “Karen C.”, 124 Cal. Rptr. 2d 677 (Ct. App., 2002).

¹⁹⁷ CAL. FAM. CODE § 7611(d) (West 2014): “*The presumed parent receives the child into his or her home and openly holds out the child as his or her natural child.*”

¹⁹⁸ “Salvador M.”, (4 Cal. Rptr. 3d 705 (Ct. App., 2003).

¹⁹⁹ Maryland y New York. “Q.M. v. B.C.”, 995 N.Y.S.2d 470, 474 (Fam. Ct., 2014). Se sostuvo que si bien la igualdad de efectos de los matrimonios suponía que los conformados por personas del mismo sexo recibieran igual trato que los de personas de diverso sexo, ello no impedía la diferenciación basada esencialmente en la biología; “Jann P. v. Jamie P.”, N.Y.L.J. 1202664390754, at *3–4 (Fam. Ct., June 30, 2014) Como no había discusión alguna sobre la circunstancia de que el peticionante no era el progenitor biológico del niño, se resolvió que la presunción no tenía aplicación.

²⁰⁰ PARNES Jeffrey A. & TOWNSEND Zachary, “Procreative Sex and Same Sex Parents”, *Geo. J. Gender & L.*, 2012, Vol. 13, pp. 591-592.

miembros de la pareja contravenía el propósito de la presunción matrimonial tornando su aplicación en estos supuestos en una falacia biológica.

En algunos casos, el elemento biológico también fue considerado prominente en el contexto de matrimonios heterosexuales cuando el esposo buscaba desplazar la paternidad aún cuando había mediado posesión de estado filial por un período de tiempo sustancial, permitiéndose la introducción de evidencia genética para extinguir las obligaciones parentales. No obstante, el desplazamiento de la paternidad basado en la ausencia de vínculo genético fue considerado problemático desde la perspectiva de un modelo filial que valoraba la posesión de estado filial y el superior interés del niño²⁰¹.

Desde que la Suprema Corte resolvió en *Obergefell*²⁰² la cuestión sobre el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio se generalizó la apertura de nuevos interrogantes acerca de su impacto en el derecho de familia y pronto proliferaron los juicios sobre presunción matrimonial, muchos de los cuales se referían a los datos consignados en los certificados de nacimiento, constitutivos de prueba filial.²⁰³

En Arkansas las parejas del mismo sexo lograron cambiar la posición negatoria a aplicar la presunción de filiación a la cónyuge de la madre así como la inclusión de ambos cónyuges en el certificado de nacimiento del niño concebido a través de las TRHA heterólogas.²⁰⁴

En Florida, en cambio, si bien cuando la madre está casada al momento del parto, el nombre de su esposo se incluirá en el certificado de nacimiento como padre del niño concebido por TRHA heterólogas, se denegó su extensión a los matrimonios de mujeres.²⁰⁵

²⁰¹ BARTHOLET, Elizabeth, "Guiding Principles for Picking Parents", *Harv. Women's L. J.*, 2004, Vol. 27, p. 323. Propugna que una vez que la relación padre-hijo fue creada no debiera permitirse que fuera destruida simplemente por incompatibilidad genética.

²⁰² "Obergefell v. Hodges", 135 S. Ct. 2584 (2015).

²⁰³ Muchos estados incluyen la presunción matrimonial en los estatutos filiatorios, los reportes vitales y la regulación de la inscripción de los nacimientos, mientras que otros sólo en los estatutos que regulan la parentalidad. En este sentido se pueden comparar GA. CODE ANN. § 19-7-20 (2015) (filiación), y GA. CODE ANN. § 31-10-9 (2012) (registración de nacimientos), con IND. CODE § 31-14-7-1(1)(a) (1998) (filiación).

²⁰⁴ Complaint for Declaratory & Injunctive Relief at 9, "Pavan v. Smith", No. 60CV-15-3153 (Ark. Cir. Ct., July 13, 2015). Las parejas reclamaban que la negativa del estado a aplicar la presunción matrimonial solamente basada en su estatus de matrimonio entre personas del mismo sexo era en clara violación del derecho a una igual protección bajo la ley federal y la constitución estatal. La corte del circuito ordenó al estado que en los certificados de nacimiento se identificaran a ambos cónyuges como padres.

²⁰⁵ Complaint & Jury Demand for Declaratory & Injunctive Relief, "Chin v. Armstrong", No. 4:15-cv-00399 (N.D. Fla., Aug. 13, 2015); Verified Petition for Dissolution of Marriage with Minor Children, In re "Marriage of Karen Lynskey-Lake & Deborah Lynskey-Lake", No. FMCE1100065 (Fla. Cir. Ct., Sept. 4, 2015).

En Iowa, los oficiales de los registros se valieron de la presunción matrimonial como fundamento para rechazar la inscripción de la madre no biológica - cónyuge de la madre biológica- en el certificado de nacimiento del niño concebido por TRHA heteróloga.²⁰⁶ La regulación del certificado de nacimiento incluía la presunción de filiación matrimonial con referencia al esposo de la madre. El estado defendió su tratamiento diferencial respecto de los matrimonios de personas del mismo sexo argumentando que el sistema de registración de nacimientos reconocía los roles biológicos y de género de la madre y el padre, fundado en el hecho biológico que el niño tiene una madre y un padre biológicos.²⁰⁷ De tal modo, aún cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo había sido reconocido, biología y dualidad sexual continuaron estructurando la visión estatal de la filiación.

La evolución jurisprudencial registrada en torno a los alcances de la presunción de filiación matrimonial puede resumirse en las palabras del juez Posner quien afirmara que la función propia de la familia es criar niños y no sólo engendrarlos²⁰⁸, denotando la frase una tendencia favorable al predominio de la identidad dinámica sobre la biológica a efectos de la determinación filial.

EPÍLOGO

La receptividad normativa y jurisprudencial de un nuevo paradigma filial que postula la deconstrucción de la heterobiología no deja de sorprender cuando viene acompañada en su fundamentación de la enunciación de derechos humanos fundamentales de raigambre constitucional y convencional. Ocurre que, en general, son difíciles de compatibilizar con la mayoría de las soluciones que, en esta línea, son propugnadas legal y judicialmente.

Un claro ejemplo de ello es la norma del art. 566 del Código y Civil Comercial que recurre a una ficción legal para determinar la comaternidad matrimonial en la filiación por naturaleza. Aunque pueda resultar una obviedad, es necesario destacar que la posesión de estado filial, en el caso, surgirá con posterioridad al emplazamiento filial. Por tal razón, en el momento del nacimiento el camino se bifurca: por un lado, la voluntad procreacional de la cónyuge de la madre y, por el otro, el derecho a la identidad del niño. La ficción de comaternidad matrimonial prioriza, contradictoriamente, la voluntad procreativa en un subsistema filial regido por la verdad biológica.

²⁰⁶ “Gartner v. Iowa Department of Public Health”, 830 N.W.2d 335 (Iowa, 2013). El caso surgió después que la Suprema Corte requirió al estado que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo.

²⁰⁷ “Gartner”, 830 N.W.2d at 342 (second omission in original) (quoting Appellant’s Final Brief & Request for Oral Argument at 35, Gartner, 830 N.W.2d 335 (June 25, 2012) (No. 12-0243)).

²⁰⁸ “Baskin v. Bogan”, 766 F.3d 648, 663 (7th Cir., 2014).

Se trata de una ficción que conlleva un resultado injusto y dañoso. Se contrapone abiertamente a la regulación de la determinación de la filiación por naturaleza extramatrimonial (cfr. art. 583) vulnerando el principio de igualdad de los hijos, e impide el reconocimiento paterno en violación a los derechos a la identidad y a la verdad biológica.

Fácticamente, podrían darse situaciones cuasi idénticas sólo diferenciadas por la circunstancia de que la madre se haya casado con otra mujer antes del nacimiento.

Sin matrimonio, la filiación por naturaleza será extramatrimonial y el Estado se abocará a lograr el reconocimiento paterno, incluso en contra de la voluntad de la madre. El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable (art. 587). El padre tiene el deber de reconocer y si no lo hace voluntariamente deberá afrontar determinadas consecuencias jurídicas (cfr. arts. 641, inc. e; 2281, inc. f). Se prioriza el interés del menor, coincida o no con la voluntad de los adultos. El estado filial es indisponible.

Con matrimonio, la ficción legal desplaza la filiación extramatrimonial obstruyendo la función estatal en miras a procurar un emplazamiento filial completo fundado en la verdad biológica. La previsión de la norma del art. 587 no excluye la posibilidad de reclamar otros daños causados al hijo. El reconocimiento paterno deberá primero sortear el obstáculo de la comaternidad matrimonial. Se prioriza la voluntad de los adultos, vulnerando el derecho a la identidad y a la verdad biológica del menor. El estado filial es disponible.

La norma del art. 566 en cuanto instaure una ficción legal de comaternidad matrimonial resulta inconstitucional (de *lege lata*) pues vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad y a la verdad biológica sometiendo el interés del menor al de los adultos. Se propugna su pronta derogación (de *lege ferenda*), preservando la presunción de paternidad matrimonial.