

El nuevo régimen de matrimonio civil en el derecho argentino. Su impacto en el instituto de la filiación

Adriana N. Krasnow^(*)

Sumario:

1. Introducción
2. La filiación. Su evolución en el derecho argentino
3. Verdad biológica y voluntad procreacional/parental
4. Determinación de la filiación matrimonial en la filiación por naturaleza
5. Filiación y matrimonio entre personas del mismo sexo
 - a- Matrimonio entre dos mujeres que recurre a material genético de tercero dador conocido o anónimo
 - b- Matrimonio entre dos hombres que recurre a la maternidad disociada. Determinación de la filiación
6. Cierre
7. Bibliografía

1. Introducción

En este trabajo nos proponemos analizar el impacto de la ley N° 26.618 en el instituto de la filiación, atendiendo al sistema de fuentes vigente en el Derecho argentino.

Siguiendo un criterio similar al adoptado por el legislador español cuando reconoce y legitima el matrimonio entre personas del mismo sexo¹, la norma que motiva el presente análisis, se limita a introducir modificaciones en mayor número terminológicas y en menor número estructurales. Sin embargo, su espíritu impacta en todos los institutos que comprenden el Derecho de familia, siendo el instituto de la filiación el que despierta especial interés.

Conforme lo dispuesto en su artículo 42, “...Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones...”. Del enunciado se desprende, que el legislador se ocupó de extender al matrimonio de igual o distinto sexo los mismos efectos, a pesar de encontrarnos con situaciones que escapan a lo dispuesto en la norma. Justamente, este problema claramente se percibe en el instituto de la filiación, donde se presenta un límite natural: el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede procrear naturalmente y sólo puede concretar el deseo de un hijo en común recurriendo a dos fuentes: la adopción o la procreación asistida. En este último supuesto, destacamos que al no contar nuestro país con un régimen legal, nos encontramos frente a una carencia normativa que de forma limitada puede superarse por medio de la aplicación analógica de las normas que regulan la filiación por naturaleza.

En este contexto, nos ocuparemos de los problemas que surgen y/o se profundizan en la filiación desde la entrada en vigencia del nuevo modelo de matrimonio civil.

1. La filiación. Su evolución en el Derecho argentino

Para empezar y desde una mirada que se ajusta a su alcance durante un tiempo prolongado, puede definirse a la filiación como el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también puede encontrar su

(*) Investigadora Adjunta, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas - Argentina (CONICET); Doctora en Derecho. Profesora Adjunta, Derecho Civil V (Derecho de Familia), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. adrikrasnow@arnet.com.ar

1- La Ley 13/2005, de 1 de julio, modifica el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio. Además del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, se dice ahora que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” (art. 44 CC).

fuelle en la ley misma (filiación por adopción)². Este encuadre que comprende a dos fuentes de la filiación, en el presente resulta incompleto con la inserción y consolidación en el plano de la realidad social de otra fuente: la procreación humana asistida.

La dimensión ampliada que actualmente presenta el instituto, responde al impacto permanente de los cambios sociales y el avance científico tecnológico. Esta particularidad es la que permite afirmar que el instituto que abordamos es el que mayores cambios ha tenido en vinculación con el resto de los institutos que conforman el Derecho de Familia. Una muestra de la incidencia de los avances científicos, se encuentra en la importancia que representa la prueba biológica en los procesos de filiación y los progresos continuos en el campo de las técnicas de reproducción asistida; mencionando entre los cambios sociales que recientemente fueron captados por el derecho, el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo como una muestra más del modelo actual de Derecho de Familia que respetuoso de la pluralidad y diversidad, destina su manto protector a la persona como integrante de cualquiera de los tipos de familias que hoy coexisten en la sociedad posmoderna³.

Si analizamos la evolución del instituto en el tiempo, se observa que el codificador originario diseñó un régimen que protegía a la descendencia concebida y nacida en el seno de un matrimonio. Así, los hijos se calificaban en legítimos e ilegítimos, contando sólo los primeros con un amparo integral desde el Derecho. En el tiempo se sucedieron reformas parciales que con menor rigor mantuvieron la diferencia de trato. Recién con el advenimiento de un nuevo contexto sociopolítico comienza a perfilarse el cambio.

En efecto, con la consolidación de la democracia se incorpora, a través de la Ley 23.054, la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuyo artículo 17 dispone: “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”. Cabe destacar, que con la reforma constitucional del año 1994, esta Convención adquiere mayor jerarquía, al ubicarse en el sistema de fuentes en la cúspide de la pirámide jurídica junto con la Constitucional nacional y el resto de los instrumentos internacionales de igual jerarquía (art. 75, inc. 22, CN).

Esta apertura propia de un Estado de Derecho, motivó e impulsó la reforma del Código Civil en el marco de las relaciones paterno filiales. Esta aspiración se alcanzó con la Ley 23.264, la cual al introducir una reforma integral en el régimen de filiación y patria potestad – léase responsabilidad parental - contenido en el Código Civil, captó en la norma el sentir social⁴. De esta forma, si bien se conserva la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, es al sólo efecto de la determinación del vínculo, puesto que todos los hijos – matrimoniales y extramatrimoniales – pasan a tener los mismos derechos.

Con este régimen que conserva su vigencia en el presente, el instituto dejó de ser pensado en función y en interés de la familia matrimonial, para trasladar su protección al hijo mediante un sistema abierto que deja atrás el sistema cerrado contenido en el Código Civil en su versión original. Esta idea se comprende cuando se observa el antes y el ahora: antes, la norma civil se apoyaba en presunciones *iure et de iure* que podían corresponderse o no con la realidad biológica, siendo el interés jurídicamente protegido la integridad de la familia matrimonial; mientras que el régimen vigente reposa en presunciones *iuris tantum* que se corresponden con el actual interés jurídicamente

2- Krasnow, Adriana N., 1996, *Pruebas biológicas y filiación*, Rosario, UNR Editora, pp. 49 y ss.

3- En la posmodernidad, se asigna importancia al respeto de la vida íntima de la familia y al desarrollo autónomo de sus miembros en un clima de libertad e igualdad. Este cambio social se traslada al Derecho, con normas de contenido humanista que responden al movimiento que nace con los instrumentos internacionales de derechos humanos (Doctrina Internacional de los Derechos Humanos). En este contexto, hoy el Derecho de familia destina su manto protector a favor de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares, quedando atrás como centro de protección jurídica la familia. Esta nueva visión es la que nos permite analizar de forma abierta datos de la realidad, asumiendo que estos cambios deben ser contemplados desde el derecho. Como ejemplo de esta apertura, destacamos el reconocimiento de las distintas formas de familia, las cuales no encuadran en los esquemas rígidos propios de la época del Código Civil y que inspiraron a nuestro codificador al ocuparse de las relaciones jurídicas familiares.

4- La ley 23.264 fue sancionada el 25 de septiembre de 1985, promulgada el 16 de octubre de 1985 y publicada en el Boletín Oficial el 23 de octubre de 1985.

protegido: el derecho del hijo de acceder a un emplazamiento completo conforme a su verdad⁵.

En su texto, el artículo 240 del Código Civil, comprende la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Con el objeto de establecer el sistema de determinación, precisa que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; aclarando que todos los hijos (matrimoniales, extramatrimoniales y adoptados bajo la forma plena) son iguales ante la ley y las distintas clases de filiación producen los mismos efectos⁶. Si nos ajustamos a lo expresado en este texto legal y en consonancia con lo expresado al iniciar este punto, sólo se contemplan dos fuentes de la filiación, según que su origen responda a un *vínculo natural* (filiación por naturaleza) o a un *vínculo de creación legal* (filiación por adopción).

Pero, como venimos señalando, esta descripción no se corresponde con el alcance actual del instituto. La introducción de la procreación asistida nos coloca frente a una pluralidad de supuestos, donde el vínculo entre padres e hijos se encuentra total o parcialmente disociado de la verdad biológica, como entre otros: empleo de material genético de tercero/a dador/a; mujer sola; fecundación post mortem; maternidad disociada; adopción prenatal, entre otros. Fácilmente advertimos que los mismos no encuentran respuesta en la normativa vigente.

Esta reseña permite mostrar que en el presente coexisten tres fuentes que permiten el nacimiento del vínculo entre padres e hijos, presentando cada una de ellas elementos propios que exigen un tratamiento desde el derecho diferenciado: procreación natural (vínculo natural), procreación humana asistida (vínculo natural asistido) y adopción (vínculo de creación legal).

A modo de cierre de este punto y disparador de lo que sigue, podemos vincular el alcance actual de la filiación con la autonomía de la voluntad, por tratarse éste último de un principio que de manera incipiente y siempre en armonía con el orden público, se introduce en el Derecho de Familia constitucionalizado.

Atendiendo a la autonomía de la persona, debe respetarse su libertad tanto para tener o no tener un hijo, como así también, para definir con quién, cómo, cuándo y cuántos tener. Pero desde el Derecho, esta libertad inicial encontrará límites según la fuente en la que se integra el vínculo filial.

En este sentido, se observa una mayor participación del orden público en las dos fuentes contempladas en la norma: filiación por naturaleza y filiación por adopción. En cambio, cuando derivamos la atención en la procreación humana asistida, como otra fuente presente en el plano de la realidad social pero ausente en la norma, nos encontramos frente a un protagonismo mayor de la autonomía de la voluntad.

La fuerza de la autonomía de la voluntad en esta fuente, le imprime características que marcan una distancia con la procreación natural, como: 1) disociación entre unión sexual y procreación en la inseminación y/o fecundación asistida, situación que deriva en una disociación entre voluntad de la unión sexual y voluntad procreacional; 2) el vínculo no se reduce a la pareja de padres -casados o convivientes-, sino que comprende al equipo médico que colabora desde su saber en el proceso reproductivo; 3) disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional cuando una pareja recurre a material genético de tercero dador; 4) la ciencia médica permite que una mujer concrete el deseo del hijo biológico a través del empleo de

-
- 5- Sobre Régimen de Filiación, s/texto Ley 23.264, ver entre otros: Famá, María Victoria, 2009, *La Filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot; Azpiri, Jorge, 1992, "Filiación", en Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, Universidad, T.II, pp. 387 y ss; 2001, *Juicios de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Hammurabi; "La reforma de la ley 23.264 en materia de filiación", en Revista La Ley, 1985-E-845; Biscaro, Beatriz y García de Ghiglini, Silvia S., 1990, *Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Buenos Aires, Astrea; Zannoni, Eduardo A. y Bossert, Gustavo A., 1985, *Régimen de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Astrea; Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, 1986, "La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264", en Revista La Ley, 1986-D-924; Grosman, Cecilia, 1995, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Filiación*, Dir.: A. Bueres y Coord.: E. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, T.1; Lloveras, Nora, 1986, *Patria Potestad y Filiación*, Buenos Aires, Depalma; López del Carril, Julio J., 1987 *La filiación y la ley 23.264*, Buenos Aires, Abeledo Perrot; Méndez Costa, María Josefa, 1986, *La filiación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Mizrahi, Mauricio L., 2002, "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica", en Revista La Ley, 2002-B-1198 y 2002, "Filiación por naturaleza: concepto y clasificaciones. La unidad de filiación y sus límites", en Revista Jurisprudencia Argentina, 2002-III-1373; Krasnow, Adriana N., 2006, *Filiación*, Buenos Aires, La Ley y 1996, *Pruebas biológicas y filiación*, Rosario, UNR Editora.
- 6- Artículo 240, CC s/texto ley 23.264: "La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

material genético de tercero dador, situación que conduce a la concentración en una sola persona de la voluntad y responsabilidad procreacional sin unión sexual; 5) probable disociación entre padre/madre genético, madre gestacional y madre/padre legal; 6) proceso vital discontinuo en el supuesto de embriones crioconservados. De todas formas, la autonomía de la voluntad encuentra límites pensados en interés del hijo: nos referimos a la responsabilidad procreacional que deriva del acto procreacional.

En suma, al decir que cada fuente presenta elementos que le son propios, se busca poner en claro que cada una responderá a criterios distintos para determinar los vínculos filiales. Limitando el análisis a la procreación natural y la procreación asistida, se observa que mientras en la primera el nexo biológico es la base fundante de un emplazamiento y/o desplazamiento filial; en la segunda la voluntad procreacional/parental debe primar por sobre la verdad biológica.

3- Verdad biológica y voluntad procreacional parental

Retomando lo expuesto como cierre del apartado precedente, resulta conveniente trasladar la distinción formulada por Díaz de Guijarro⁷, en vinculación con el acto procreacional, al distinguir la concurrencia de tres elementos: 1) la voluntad de la unión sexual; 2) la voluntad procreacional y 3) la responsabilidad procreacional.

La *voluntad de la unión sexual* refiere a la libertad de mantener relaciones sexuales con o sin deseo de procrear.

La *voluntad procreacional* apunta al deseo e intención de tener un hijo. Este término adquiere importancia con el desarrollo de la procreación asistida y como elemento que permite establecer distancia entre el vínculo filial y la verdad biológica.

La *responsabilidad procreacional*, se vincula con los efectos que derivan del acto procreacional. Cuando la procreación se concreta, se concentra en los padres el

conjunto de deberes y derechos propios del instituto de la responsabilidad parental, destinado en el presente a la formación y protección del hijo desde la concepción y hasta la mayoría de edad (art. 264, CC argentino, s/texto Ley 23.264).

Como señalamos, si bien toda persona es libre para decidir tener un hijo, deberá asumir las responsabilidades que derivarán de este querer interno. Y estas responsabilidades, deben ser diseñadas en función del mejor interés de los hijos. De ahí, que en este ámbito la autonomía de la voluntad esté condicionada por el orden público, siendo deber del Estado fijar los límites. En esta línea, De Lorenzi señala que *“la libertad procreacional tiene un límite, que parece vislumbrarse en lo que se ha dado en llamar la procreación responsable”*⁸.

Conforme la descripción precedente, los tres elementos enunciados, pueden funcionar de forma diferenciada según se integren en un proceso de procreación natural o en un proceso de procreación asistida.

A modo de ejemplo, en el marco de la filiación por naturaleza, los tres aspectos pueden estar presentes (voluntad de la unión sexual, voluntad y responsabilidad procreacional) cuando la pareja – casada o bajo convivencia de hecho - tiene el propósito de tener un hijo y están dispuestos a cumplir con los deberes y ejercer los derechos que le corresponde a cada uno en su carácter de titulares de la responsabilidad parental. También podemos estar frente al supuesto donde la voluntad y responsabilidad procreacional sólo esté presente en uno de los progenitores, como sería el caso de un hijo extramatrimonial no reconocido. Pero, en el ejemplo último, como la filiación y la responsabilidad parental son institutos diseñados en el interés de la persona del hijo, se cuenta con recursos para acceder a un emplazamiento completo ante la ausencia del acto jurídico de reconocimiento (acción de reclamación de filiación extramatrimonial).

En cambio y como venimos diciendo, en la procreación asistida nos encontramos con claras disociaciones entre verdad biológica y voluntad procreacional, como

7- Díaz de Guijarro, Enrique, 1965, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1965-III-21.

8- De Lorenzi, Mariana, 2010, “La voluntad parental ¿cuánto vale el sí quiero para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida”, en *El Derecho de Familia en Latinoamérica*, Nora Lloveras y Marisa Herrera (directoras), Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, p. 699.

entre otros: práctica con empleo de material genético de tercero dador o dadora; adopción prenatal; maternidad disociada; mujer sola que recurre a material genético de tercero dador y óvulo propio o material genético de dador/dadora. Estas variables conducen a preguntarse si resulta justo definir el vínculo en función de la verdad biológica o si cabe desprenderse de este esquema y priorizar la voluntad procreacional/parental. Por nuestra parte y con respaldo en la tendencia dominante en el Derecho comparado, a la hora de definir las reglas a seguir para la determinación de los vínculos filiales, corresponderá fijar como principio rector la voluntad procreacional/parental, sin considerar la concurrencia o no de nexo biológico.

Definida nuestra posición en este aspecto, seguidamente abordamos algunos supuestos de determinación de vínculos filiales en el marco del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como paso previo necesario y con el fin de facilitar la comprensión, trasladamos al lector una breve reseña de las reglas que rigen la determinación de la filiación matrimonial, en el esquema previsto en la ley 23.264.

4- Determinación de la filiación matrimonial en la filiación por naturaleza

El hijo queda emplazado en la filiación matrimonial por dos caminos: a) por su inscripción con el nombre de la madre y el matrimonio de ésta que permite el funcionamiento de la presunción de paternidad matrimonial; b) por sentencia que hace lugar a la acción de reclamación de filiación matrimonial⁹.

Conforme el sistema legal y siguiendo la tendencia del Derecho comparado¹⁰, se aplica el mismo criterio para determinar la maternidad sea matrimonial o

extramatrimonial, rescatándose su carácter legal puesto que no queda librada a la voluntad de la madre; cediendo el principio de libertad individual frente al interés social que busca la protección del niño de acceder a la acreditación de su vínculo filial materno.

En tal sentido, el artículo 242 del Código Civil según texto ley 24.540¹¹ establece que el vínculo materno queda definido por el parto y éste se prueba por el certificado del médico u obstétrica que atendió a la mujer y la ficha de identificación del recién nacido. Esto se completa con lo dispuesto por la ley 26.413¹², que se ocupa de regular el funcionamiento del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y deroga expresamente el decreto ley 8204/63, cuyos artículos 32 y 33 también refieren a la prueba de nacimiento y la identificación del nacido¹³.

A los fines de garantizar la verdad en la determinación del vínculo filial, se dispone que tratándose de una inscripción no efectuada por la madre o su marido, ésta debe ser notificada de dicho trámite a los fines de tomar conocimiento y poder impugnar la maternidad si se le quiere adjudicar un hijo que no es tal, correspondiendo aclarar que la falta de notificación no afecta el emplazamiento filial perfeccionado con la inscripción¹⁴.

Respecto a la paternidad matrimonial, rige la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 243 del Código Civil¹⁵: los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, interposición de la demanda de divorcio, nulidad o separación de hecho de los esposos, tienen como padre al marido de la madre.

Esta presunción encuentra sustento en el axioma “padre es el que demuestran las nupcias” más la presencia de un elemento objetivo no presente en la

9- Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel H., 2001, *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T.III, p. 38.

10- En igual sentido: Ley colombiana de 1968; C. Civil suizo, art. 252; C. Civil venezolano, art. 197; Ley belga de 1987; C. Civil portugués, art. 1803; C. Civil italiano, art. 269; C. de Familia de El Salvador, art. 136.

11- Artículo 242, CC s/texto leyes 23.264 y 24.540: “La maternidad quedará establecida aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

12- Sancionada el 10/09/2008 y publicada en el Boletín Oficial el 06/10/2008.

13- Famá, María Victoria, 2009, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 40.

14- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, 1985; *Régimen legal de filiación y patria potestad*, ob. cit., p. 33; Méndez Costa, María Josefa, 1986, *La Filiación*, ob. cit., p. 152; Lloveras, Nora, 1986, *Patria Potestad y Filiación*, ob. cit., p. 47; Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene; *La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264*, ob. cit., pp. 924.

15- Artículo 243, CC s/texto ley 23.515: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o a la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal, o nulidad de matrimonio, salvo prueba en contrario”.

filiación extramatrimonial, como el matrimonio de los padres al momento del nacimiento del hijo.

Son tres los requisitos que deben estar presentes para que funcione la presunción legal:

- 1- Que la maternidad de la esposa haya sido determinada conforme lo dispuesto en el artículo 242 del Código Civil.
- 2- El matrimonio de la madre.
- 3- Que el nacimiento se haya producido después de la celebración del matrimonio.

Respecto al ámbito de actuación de la presunción de paternidad matrimonial, corresponde distinguir:

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio: siguiendo la tendencia en el Derecho comparado¹⁶, la presunción entra a regir desde la celebración del matrimonio, independientemente de que el hijo haya sido concebido antes o con posterioridad a dicho acto. De esta forma, el fin del legislador se proyecta en la necesidad de garantizar la determinación completa del vínculo, a diferencia de la regulación anterior que exigía que el hijo haya sido concebido dentro de la unión matrimonial al disponer que la presunción entraba a regir después de los ciento ochenta días desde la celebración (artículos 240 y 245, CC en su redacción originaria).

Se presumen hijos del marido los nacidos hasta los trescientos días posteriores a la disolución o anulación del matrimonio, o a la separación personal o de hecho de los esposos: la norma delimita la extensión de vigencia de la presunción, fijando un plazo de trescientos días posteriores a la extinción del vínculo conyugal o, manteniéndose vigente el mismo, cuando se produce el cese de la convivencia. Debe vincularse lo dispuesto con lo previsto en el artículo 77 del Código Civil que fija el plazo mínimo y máximo de duración del embarazo, por ser este último el que se contempla en el artículo 243¹⁷.

No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de

los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad de matrimonio, salvo prueba en contrario: claramente se percibe una contradicción entre lo dispuesto en el primer y segundo párrafo del artículo 243. Conforme la primera parte, se presume hijo del marido al que naciere dentro de los trescientos días posteriores a la sentencia de divorcio vincular, separación personal o nulidad de matrimonio, mientras que en la segunda parte se dispone que esta presunción cesa después de transcurridos los trescientos días de la interposición de las demandas respectivas.

Siguiendo la interpretación de Zannoni y Bossert, el primer párrafo descarta la presunción de paternidad que recae sobre el marido de la madre, respecto de los hijos nacidos después de los trescientos días de la disolución, separación personal, divorcio vincular o anulación del matrimonio, motivo por el cual, si se quiere atribuir el hijo al marido, deberá intentarse la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. En cambio, el segundo párrafo no produce el cese definitivo de la presunción, pues admite la prueba en contrario. Por lo tanto, en este caso, no será necesario plantear la acción de reclamación de estado, siendo suficiente acreditar en el juicio donde se discute la filiación del hijo, la cohabitación de los esposos durante la época de la concepción o el nexo biológico entre el marido de la madre y el hijo¹⁸.

De los antecedentes de la reforma se comprueba que se trata de una redacción que responde a motivos involuntarios, situación que condujo a Grosman a plantear una redacción posible a tener en cuenta en una próxima reforma: *"Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a su disolución (fallecimiento), interposición de la demanda de divorcio, separación personal, nulidad de matrimonio o separación de hecho de los esposos"*¹⁹.

Por último, frente a la falta de presunción legal de paternidad matrimonial por la separación legal o de

16- B.G.B. alemán, art. 1591; C. Civil francés, art. 314; C. de Familia boliviano, art. 185; C. Civil peruano, art. 361; C. Civil italiano, art. 233; ley austríaca, art. 138; C. Civil suizo, art. 255; C. Civil español, art. 116; C. Civil venezolano, art. 201; C. de Familia cubano, art. 74; C. Civil ecuatoriano, art. 260.

17- Artículo 77, CC s/texto ley 23.264: "El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario".

18- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, 1986, *Dos cuestiones relativas al reconocimiento del hijo y la presunción de paternidad*, en Revista La Ley, Buenos Aires, 1986-D-1085.

19- Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene; La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264, ob. cit., pp. 924 y ss.

hecho, es procedente el emplazamiento del hijo como matrimonial cuando los padres manifiesten su voluntad en tal sentido²⁰. En este caso, el fin del legislador es respetar la voluntad de los padres que hace presumir la existencia de nexo biológico entre ellos y el hijo. Si esto no fuera así, queda abierto el camino para lograr el desplazamiento mediante la correspondiente acción de impugnación²¹.

5. Filiación y matrimonio entre personas del mismo sexo

A modo de introducción y para ubicar al lector, pasamos a enunciar los casos que pueden presentarse, seleccionando un sector para el análisis:

- 1- La determinación de la filiación en el matrimonio entre dos mujeres. Supuestos posibles: a) matrimonio entre mujeres que recurre a material genético de tercero dador conocido o anónimo; b) matrimonio entre mujeres que recurre a la adopción y/o dación de un embrión crioconservado.
- 2- La determinación de la filiación en el matrimonio entre dos hombres. Supuestos posibles: a) matrimonio entre hombres que recurre a la colaboración de una mujer conocida o no, para tener un hijo en común por medio del recurso a la maternidad disociada; b) matrimonio entre hombres que recurre a la adopción y/o dación de un embrión crioconservado para ser implantado en el útero de una mujer conocida o no que asumirá el lugar de madre gestacional.

Advertimos al lector, que en este trabajo sólo nos ocupamos del análisis de algunos de los supuestos en donde el matrimonio homosexual recurre a la procreación asistida para tener un hijo. Dejamos para otra oportunidad, el análisis de la adopción en este marco, donde ubicamos no sólo el supuesto de adopción de un/una niño/niña, sino también, el complejo tema de la adopción prenatal.

a- Matrimonio entre dos mujeres que recurre a material genético de tercero dador conocido o anónimo.

El primer interrogante que surge es si podemos hacer uso de la presunción legal de paternidad matrimonial contenida en el artículo 243 del Código Civil. Nuestra respuesta se inclina por una respuesta afirmativa, con respaldo en las normas siguientes: artículo 172, Código Civil según texto ley 26.618; artículo 42, ley 26.618 y artículo 36, inciso c, ley 26.413 según texto ley 26.618. Empecemos por transcribir estos enunciados legales, para después explicar las razones que sustentan nuestra posición.

Artículo 172, Código Civil s/texto ley 26.618:

“... El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo...”

Artículo 42, ley 26.618: *“... Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones...”*

Artículo 36, inc. c, ley 26.413 s/texto ley 26.618: *“c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de dos testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta”*.

Como puede observarse de los artículos 172 del Código Civil y 42 de la ley 26.618, surge que cabe extender al matrimonio homosexual los mismos efectos previstos para el matrimonio heterosexual. Siendo así, corresponde seguir la línea prevista en la norma para

20- Artículo 245, CC s/ley 23.264: “Aún faltando la presunción de la paternidad del marido en razón de la separación legal o de hecho de los esposos, el nacido será inscripto como hijo de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos”.

21- Méndez Costa, María Josefa, 1986, La filiación, ob. cit., p. 191; Azpiri, Jorge, 1992, Filiación, en “Enciclopedia de Derecho de Familia”, ob. cit., T. II, p. 387.

la determinación de la filiación matrimonial. Esto se fortalece con lo que nos dice el inciso c) del artículo 36 de la ley 26.413, cuando permite que dos mujeres casadas inscriban al hijo con el apellido de ambas.

Esta posibilidad de que sea inscripto el hijo con el apellido de la mujer que dio a luz y su cónyuge, nos permite pensar que en realidad lo que importa es que cuando se procede a la inscripción en el Registro la pareja esté casada. El estar casada y darle al hijo el apellido de ambas, también exterioriza la voluntad compartida de ser madre, es decir, la existencia de voluntad procreacional/parental²².

La vinculación de estas normas, aún cuando una de ellas, se ocupe particularmente de la organización de los registros civiles, son normas de alcance nacional y por ello puede exigirse su cumplimiento a todos²³.

Como surge del desarrollo precedente, el matrimonio para poder tener un hijo tiene necesariamente que recurrir al empleo de material genético de tercero dador que puede provenir de un extraño o de una persona conocida. Pero, como son las mujeres

casadas quienes tienen voluntad procreacional, el emplazamiento filial sólo comprenderá a ellas y al hijo²⁴. En esto coincide con cierta uniformidad la doctrina nacional y comparada en referencia a los casos de parejas heterosexuales que recurren a la inseminación o fecundación heteróloga mediante el empleo de material genético de tercero dador.

En relación al tercero dador, trátase de una persona conocida o anónima, al no tener voluntad procreacional, no podrá pretender asumir el lugar de padre e intentar la acción de filiación correspondiente con este fin.

En el caso que se trate de un dador conocido y que haya logrado un vínculo afectivo con el/la niño/a, entendemos que cabe reconocerle cierta protección desde el derecho. Y esta protección puede encuadrarse en el marco del derecho – deber de comunicación del/ la niño/a con las personas significativas en su vida.

En función de lo expuesto:

- 1- La maternidad de la mujer que dio a luz se rige por lo dispuesto en el artículo 242 del Código Civil. La maternidad de la mujer que aportó o no su

22- En contra de esta posibilidad que habilita la ley 26.618: Laferriere, Jorge N., 2011, "Debate sobre comaternidad. Jaque a la identidad", en Revista La Ley, Buenos Aires, 2011-B-907.

23- Este desarrollo se corresponde con lo dispuesto en el Derecho comparado. Limitando la referencia al Derecho español, cabe citar la ley 3/2007 y la reforma al Código Civil de Cataluña a través de la ley 25/2010. En España, la ley 14/2006 de procreación asistida, dispone en el artículo 6.1 que toda mujer mayor de edad puede ser receptora de una técnica de reproducción asistida, con independencia de su orientación sexual. Con la ley 3/2007 se buscó conciliar lo dispuesto en la ley 14/2006 con el régimen de matrimonio civil contenido en la Ley 13/2005. Así, se introduce un párrafo en el artículo 7 de la ley 14/2006 que expresa: "... 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Por su parte, el artículo 235-8 del Código Civil de Cataluña según texto ley 235-8, al referir a los hijos de parejas casadas, establece: "1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento". Sobre el particular, ver: Lamm, Eleonora, 2007, "Matrimonio homosexual y presunción de maternidad", en Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 37, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, pp. 55 y ss.

24- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, 2010, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en Revista La Ley, Buenos Aires, 2010-E-977.

25- En igual sentido: Gil Domínguez, Andrés – Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, 2010, *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar; Roveda, Eduardo G., 2011, "La reforma de la ley 26.618 en materia filiatoria", en Revista Derecho de Familia y de las Personas, Año 3 N° 3, Buenos Aires, La Ley, pp. 24 y ss. En sentido contrario: Di Lella, Pedro, 2011, "Filiación y autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26.618)", en Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 50, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 133 y ss.; Galli Fiant, María Magdalena, 2010, "Reformas legales y su impacto en la filiación", en *Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618*, AA.VV, Buenos Aires – Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 109 y ss.

26- Para completar lo expuesto, cabe citar un caso que tomó estado público por su difusión en los medios de comunicación: "... Andrea y Susana, son pareja desde hace 20 años y luego de un tratamiento de fertilización asistida, la primera dio a luz el 9 de enero de 2005 a su bebé. Apenas se legalizó el matrimonio gay, la pareja se casó el 10 de septiembre del 2010 y el 4 octubre nació el segundo hijo de la pareja, que sí fue anotado como hijo de ambas. Fue por eso que la pareja le reclamó al Registro Civil poder anotar de igual manera al primero de sus hijos, pero -ante la negativa- presentaron un recurso de amparo contra el Gobierno de la Ciudad en el que alegaron que se estaban vulnerando sus derechos constitucionales de igualdad de trato y de protección de la familia. En su planteo, las mujeres aseguraron que 'roza lo absurdo' que sean madres de dos hijos que poseen diferente estatus jurídico y aclararon que ambos fueron concebidos por el mismo método de fertilización asistida, pero que frente al Estado no gozan de los mismos derechos..." (*Ordenan al Registro Civil reinscribir a un nene de seis años que tiene dos mamás*, en Diario Clarín, Sociedad, 29/06/2011). Esta nota de actualidad refiere al caso "V.A.F. y otros vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s. Amparo", resuelto el 24 de junio de 2011 por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15

Continúa en la siguiente página

óvulo, se rige por la presunción legal de paternidad matrimonial (art. 243, CC)^{25,26}.

- 2- Pueden presentarse dos variables: a) que una de las mujeres asuma el lugar de madre gestacional y la otra mujer el lugar de madre genética; b) que una de las mujeres asuma las dos funciones – madre genética y madre gestacional -. En las dos situaciones, prevalece la voluntad procreacional como elemento decisivo para la determinación de la filiación
- 3- La vigencia de la presunción contenida en el artículo 243 del Código Civil, se computará en función de la fecha de celebración del matrimonio.
- 4- Ambas quedarán emplazadas como madres legales, con independencia de la existencia o inexistencia de nexo biológico.
- 5- El hijo en todo tiempo podrá plantear una acción autónoma en defensa de su derecho de identidad en referencia a la realidad biológica.

b- Matrimonio entre dos hombres que recurre a la maternidad disociada²⁷. Determinación de la filiación.

Si bien la norma no habilita la maternidad disociada, nos encontramos frente a parejas de hombres que han concretado el proyecto de tener hijos en común recurriendo a la maternidad disociada. Frente a este dato de la realidad, proponemos en los párrafos que siguen respuestas.

Planteemos como primer supuesto, aquel donde una mujer acepta ser inseminada con semen de un hombre casado que no es su esposo, para procrear un hijo con su propio óvulo, comprometiéndose a su entrega al padre biológico y su cónyuge hombre con posterioridad al nacimiento²⁸.

Esta realidad muestra una disociación en la función materna: la maternidad genética y gestacional se concentran en una misma mujer, surgiendo interrogantes, como: ¿emplazamiento sin maternidad legal?; ¿cómo se determina la paternidad del dador de gametas?; ¿la voluntad procreacional es el elemento determinante para el emplazamiento paterno del cónyuge no dador de gametos?; ¿el interés superior del hijo/a?²⁹.

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En los considerandos entre otros argumentos, la jueza Gabriela Seijas manifestó: “Corresponde hacer lugar a la acción de amparo intentada por una pareja de mujeres del mismo sexo, que tuvieron un hijo a través de la técnica de fertilización asistida, contra la disposición del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que denegó el pedido de inscripción del reconocimiento del niño por una de ellas, pretendiendo que ambas mujeres sean inscriptas en la partida de nacimiento como madres del menor, por cuanto, en el caso de reproducción asistida, cuando la técnica utilizada se fundamenta en la aportación de material genético de un tercero -inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga-, el simple juego de la presunción de paternidad del art. 243, Código Civil, hace que el marido sea tenido por padre sin necesidad de expresar consentimiento formal y tal circunstancia debe operar en matrimonios heterosexuales y homosexuales, atento a que la paternidad del marido de la madre que recurre a semen de un tercero donante es tan puramente formal como la de la esposa de la mujer que hace lo mismo... si el reconocimiento se entiende como una asunción de paternidad a los efectos legales y sociales, y no como expresión de la asunción de una relación paterno filial por naturaleza, en coherencia con la verdad biológica, no hay inconveniente en admitir como título de atribución de la filiación el consentimiento que una mujer presente al tiempo del sometimiento de su pareja a un tratamiento de reproducción asistida con semen de un donante asumiendo la maternidad del hijo que nazca... Al ser la reproducción asistida heteróloga un ámbito donde la filiación es un concepto más jurídico que natural y al admitirse que el varón integrante de la pareja no casada pueda asumir formalmente una paternidad que biológicamente no le corresponde, existen elementos que justifican una aplicación analógica a las parejas homosexuales. La aplicación de reglas propias de la paternidad a la doble maternidad, frente a la ausencia de normas que la regulen, se justifica pues en ambos casos se prescinde de la existencia de un vínculo biológico con el hijo...”.

- 27- Encontramos distintas formas de llamar a la maternidad disociada. Genéricamente se habla de maternidad subrogada, maternidad por cuenta de otro, maternidad de sustitución, madres termo. Entre los supuestos más frecuentes, encontramos: a) embrión de una pareja implantado en el útero de otra mujer, la que llevará adelante el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de la pareja; b) mujer fértil que acuerda ser inseminada o fecundada “in vitro” con su propio óvulo y el aporte de semen de hombre casado, asumiendo el compromiso de tener el hijo y entregarlo a la pareja – conformada por el dador del semen y otra mujer o conformada por el dador del semen y otro hombre-, renunciando a sus derechos maternos filiales. En las dos variables, se observa una disociación entre maternidad genética, maternidad gestacional, maternidad social y maternidad legal. Podemos encontrarnos frente a un caso donde se presente un quiebre en la unidad de la maternidad al concentrarse en diferentes personas la maternidad genética y la maternidad gestacional, con la posibilidad de que recaiga en una misma persona o no la maternidad genética con la maternidad social - legal o; en otro caso, donde en una misma persona se concentra la calidad de madre genética y gestacional, pero reposa en otra u otro la responsabilidad de asumir la maternidad/paternidad social y legal. Esta amplitud de criterio es la que nos motiva a encuadrar la cuestión como *maternidad disociada*. Entre los trabajos más recientes, recomendamos ver: Famá, María Victoria, 2001, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, en Revista La Ley, Buenos Aires, boletín del 21 de junio de 2011.
- 28- Sobre el tema, ver entre otros: Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, 1995, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, pp. 324 y ss.; Waigmaster, Adriana M., 1990, “Maternidad subrogada”, en Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N°3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 26; Lorenzo de Ferrando, María Rosa, 1990, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, en Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Prof. Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 325.

Empecemos por delimitar los problemas que se presentan si nos ajustamos a lo que dice la norma vigente en el marco del régimen de filiación contenido en el Código Civil según texto ley 23.264:

Para la determinación de la maternidad resulta de aplicación el artículo 242 del Código Civil, según el cual será emplazada como madre la mujer que llevó adelante el embarazo (en el caso la madre genética y gestacional). Mediante esta solución se tiene en consideración lo que quiso el autor de la norma: respeto de la verdad biológica unido al principio tradicional de que la maternidad sigue al vientre de la mujer.

Si la mujer gestante es de estado civil casada, por el juego de la presunción legal contenida en el artículo 243 será emplazado como padre legal su marido (independientemente de la inexistencia de nexo biológico). Ante esta situación, éste tiene a su alcance la acción de impugnación de la paternidad (artículos 258 y 259, CC) para acreditar mediante la prueba biológica la inexistencia de nexo biológico con el hijo de su mujer. En cambio, si éste acepta quedar emplazado como padre, el padre biológico no se encuentra legitimado por ley para impugnar la paternidad adjudicada al marido de la mujer que dio a luz, quedando sólo abierta a favor del hijo. Aclaremos que esta solución es la que se ajusta al estricto marco legal, sin perjuicio de lo que puede decirse respecto a la constitucionalidad del artículo 259 del Código Civil que no legitima al presunto padre biológico.

Siendo la mujer soltera o viuda, divorciada vincularmente, separada personalmente, separada de hecho o su matrimonio fue declarado nulo (en estas últimas situaciones, cuando haya transcurrido el plazo para que deje de funcionar la presunción de paternidad matrimonial), el hijo será emplazado como extramatrimonial de la madre. Para que el hombre que aportó su material genético quede emplazado como padre, pueden seguirse dos caminos: a) el reconocimiento: mediante su manifestación de voluntad de asumir la paternidad (voluntad procreacional); b) ante la ausencia de reconocimiento, queda abierta la

posibilidad de plantear la acción de reclamación de filiación extramatrimonial (artículos 254, 256 y 257, CC).

Ahora bien, hasta aquí la solución que surge aplicando las normas del régimen de filiación y patria potestad. Pero, cuando se acude a estos acuerdos se persigue que la madre genética y gestacional renuncie a sus derechos parentales sobre el hijo, por ser los miembros del matrimonio quienes pretenden asumir la función parental.

Analizando la cuestión desde la voluntad procreacional y la verdad biológica, comprobamos que aplicando las normas vigentes se respeta la verdad biológica y la voluntad procreacional del dador de gametos, pero se guarda silencio respecto a la situación de su cónyuge hombre. Ahora bien, volvemos a las preguntas iniciales: ¿la voluntad procreacional legítima a ambos como padres? En abstracto uno podría decir que sí, pero como en filiación el interés a tutelar es el del hijo, la respuesta debe orientarse en función de este interés. Esto va unido a otra pregunta; ¿puede conciliarse el mejor interés del hijo con la ausencia de maternidad? Si volvemos al mismo razonamiento en abstracto, uno se inclinaría por un no, pero la realidad del niño puede poner en evidencia que estos roles están cubiertos por estos dos hombres casados que en su función de padres actúan priorizando su formación y desarrollo integral.

Por último, destacamos que ajustándonos a las normas que nos rigen, el emplazamiento entre el/la niño/a con quien sólo tienen voluntad procreacional se formalizará por el camino de una adopción integrativa. Pero con el fin de permitir desde el derecho que el vínculo adoptivo también permita crear lazos de parentesco entre el hijo y la familia del padre adoptivo, proponemos que se otorgue la adopción integrativa con los alcances de la plena, dejando a salvo la vigencia de los vínculos de sangre con la familia de origen³⁰. Consideramos que con este encuadre se prioriza el mejor interés del hijo.

Insistimos en la necesidad de proteger el derecho del hijo a tener un emplazamiento completo que actúe como fuente de los deberes y derechos que asumen

29- En nuestro país se registra, entre otros posibles, el caso del periodista Rolando Hanglin y su ex mujer Marta Ibáñez.

30- En este sentido, Lloveras y Monjo (2008) al comentar un caso, sostuvieron: "... Entendemos que sólo se puede llegar a esta vinculación a través de la adopción plena 'flexible', con la subsistencia de los vínculos biológicos con la familia de origen. Se trata de sumar relaciones jurídicas, al igual que en la realidad se han adicionado vínculos afectivos...". En: "La adopción del hijo del cónyuge: ¿a veces plena?", en Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, 2008-III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 143 (nota fallo: CCC y Cont. Adm. de San Francisco, Sala 5°, 28/06/2007 – V.F.A. s/adopción plena).

los padres como titulares de la responsabilidad parental, con el fin de asegurar el desarrollo y protección integral del hijo. Es preferible que por el camino de la adopción, el hijo ingrese a una familia donde sus padres estén en condiciones de brindarle amor y seguridad, con el compromiso de revelar en el momento oportuno a su hijo su verdad. Aclaramos que cuando se analiza la situación desde de la persona del hijo, debe uno desprenderse de la legitimidad del acuerdo que permitió su nacimiento.

En el caso que el matrimonio hubiera recurrido a una mujer conocida – amiga -, como señalamos el caso del dador conocido en el matrimonio entre mujeres, cabría reconocerle el derecho – deber de comunicación.

Respecto al hijo, corresponde reconocerle en todo tiempo el derecho a plantear una acción autónoma que le permita acceder a su verdad de origen.

6. Cierre

Con la ley 26.618 se concreta la captación en la norma de una realidad existente en los hechos como fiel reflejo de una sociedad plural y tolerante. Ahora bien, cuando se analiza el contenido y espíritu de la ley 26.618, deben distinguirse dos niveles de análisis: a) si el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo responde a las exigencias sociales y b) si el texto responde a una buena técnica legislativa.

En un primer nivel de análisis, partimos de la afirmación de que este reconocimiento desde la norma responde a las exigencias sociales y lo convierte por ello en una solución respetuosa del valor justicia; desde una visión que entiende a este valor como el modo de brindar a la persona el mayor espacio de libertad para que se desarrolle como tal.

Nuestro pensamiento se vuelve crítico cuando bajamos al segundo nivel de análisis. Conforme los argumentos que se exponen durante el desarrollo de este trabajo, no compartimos el método seguido en la ley 26.618. Como en tantas otras reformas, ante la falta de consenso para una reforma integral que permita conservar la idea de sistema propia de un código, se avanza con modificaciones parciales que sólo originan discordancias entre las normas que fueron objeto de reforma con el resto. Frente a esta situación, el intérprete tendrá que apartarse en ciertas situaciones de la letra de la norma y buscar respuestas que deriven

del sistema de fuentes vigente en el Derecho interno. Especial interés despierta la procreación asistida como tercera fuente de la filiación, cuando recurre a la misma un matrimonio entre personas del mismo sexo. Estas situaciones nos enfrentan una vez más al desafío de definir un problema entre los tantos que se presentan, poniendo en evidencia una vez más la necesidad de trasladar a la norma esta tercera fuente, instalada desde hace tiempo en la realidad social.

Frente a situaciones como las descriptas durante el desarrollo, proponemos que a la hora de definir las reglas a seguir para la determinación de los vínculos filiales, se fije como principio rector la voluntad procreacional/parental, sin considerar la concurrencia o no de nexo biológico.

Sólo así, seguiremos avanzando en la construcción de un Derecho de familia más humano y tolerante de las diversas realidades familiares que hoy coexisten en la sociedad.

7. Bibliografía

Azpíri, Jorge, 1992, “Filiación”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, Universidad, T.II, pp. 387 y ss.

Azpíri, Jorge, 2001, *Juicios de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Hammurabi.

Azpíri, Jorge, 1985, “La reforma de la ley 23.264 en materia de filiación”, en Revista La Ley, Buenos Aires, 1985-E-845

Bíscaro, Beatriz y García de Ghiglini, Silvia S., 1990, *Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Buenos Aires, Astrea.

Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, 1986, *Dos cuestiones relativas al reconocimiento del hijo y la presunción de paternidad*, en Revista La Ley, Buenos Aires, 1986-D-1085.

De Lorenzi, Mariana, 2010, “La voluntad parental ¿cuánto vale el sí quiero para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida”, en *El Derecho de Familia en Latinoamérica*, Nora Lloveras y Marisa Herrera (directoras), Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, p. 699.

Díaz de Guijarro, Enrique, 1965, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1965-III-21.

Di Lella, Pedro, 2011, “Filiación y autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26.618)”, en *Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 50, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 133 y ss.

Famá, María Victoria, 2009, *La Filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Famá, María Victoria, 2001, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, boletín del 21 de junio de 2011.

Galli Fiant, María Magdalena, 2010, “Reformas legales y su impacto en la filiación”, en *Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618*, AA.VV, Buenos Aires – Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Gil Domínguez, Andrés – Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, 2010, *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar.

Grosman, Cecilia, 1995, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Filiación*, Dir.: A. Bueres y Coord.: E. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, T.1.

Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, 1986, “La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1986-D-924

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, 2010, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2010-E-977.

Krasnow, Adriana N., 2006, *Filiación*, Buenos Aires, La Ley y 1996.

Krasnow, Adriana N., 1996, *Pruebas biológicas y filiación*, Rosario, UNR Editora.

Laferriere, Jorge N., 2011, “Debate sobre comaternidad. Jaque a la identidad”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2011-B-907.

Lorenzo de Ferrando, María Rosa, 1990, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, en *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Prof. Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 315 y ss.

Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, 1995, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma.

LLoveras, Nora, 1986, *Patria Potestad y Filiación*, Buenos Aires, Depalma; López del Carril, Julio J., 1987 *La filiación y la ley 23.264*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

LLoveras, Nora y Monjo, Sebastián, 2008, “La adopción del hijo del cónyuge: ¿a veces plena?”, en *Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2008-III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 132 y ss.

Méndez Costa, María Josefa, 1986, *La filiación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel H., 2001, *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T.III.

Mizrahi, Mauricio L., 2002, “Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2002-B-1198.

Mizrahi, Mauricio L., 2002, “Filiación por naturaleza: concepto y clasificaciones. La unidad de filiación y sus límites”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-III-1373

Roveda, Eduardo G., 2011, “La reforma de la ley 26.618 en materia filiatoria”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 3 N° 3, Buenos Aires, La Ley, pp. 24 y ss.

Wagmaster, Adriana M., 1990, “Maternidad subrogada”, en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N°3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 19 y ss.

Zannoni, Eduardo A. y Bossert, Gustavo A., 1985, *Régimen de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Astrea.