

Comisión número 06: "Identidad y Filiación".

Titulo: NO HAY DOS SIN TRES.

Resumen: *El avance y la masificación de técnicas de reproducción asistida, conjuntamente con la aparición de conformaciones familiares que rompen con los estereotipos llamados clásicos, han abierto camino a nuevas discusiones respecto del binomio filiación - identidad. Nos preguntamos si la nueva legislación civil no ha llegado a cubrir todas estas realidades o simplemente no ha querido. El aporte en la actualidad legislativa es un donante anónimo, que busca ser reconocido como parte de un proyecto familiar. La noción de socioafectividad, sumada al derecho a la identidad, es la que pareciera querer abrirle la puerta a ese reconocimiento.*

Autor: Amaya Sebastián Mauricio.¹

Previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, hemos podido observar en dos ocasiones, en el Registro de las Personas de la provincia de Buenos Aires y en el de la ciudad de Buenos Aires la inscripción de niños con tres vínculos filiales.

Tal es así, que en la ciudad de Mar del Plata el 23 de abril de 2015 se inscribió a Antonio quien lleva dos apellidos maternos y uno paterno. Y en la ciudad de Buenos Aires se inscribió a Furio Carril Dillon Ros el 13 de julio del mismo año.

A simple vista parecería que esto resultaba posible solamente en el marco de la legislación civil anterior que no establecía una prohibición expresa. Cosa que sí hace el actual artículo 558 del Código Civil y Comercial, vigente hace poco tiempo.

La nueva legislación ha realizado una amplia apertura en relación a las nuevas realidades familiares. De este modo, se puede entender que se previó un marco jurídico necesario acorde a éstas. Asimismo, se alcanzó una adecuación de la ley a los avances científicos que permiten que nazcan niños de modos impensados en la época de Vélez. Se ha logrado acortar la brecha entre los tratados internacionales incorporados a nuestra constitución en el año 1994 y el derecho privado. Todo esto sin dejar de considerar la importancia de leyes que se han sancionado con anterioridad a la aparición del nuevo Código Civil y Comercial. Por caso las leyes nacionales 26.061, ley 26.618, ley 26.743, ley 26.862, ley 26.529. En la Provincia de Buenos Aires las leyes 13.298 y 14.595.

¹ Ayudante docente simple de la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones. Universidad Nacional del Sur. Ponencia avalada por la Dra. María Victoria Pellegrini.

Sin perjuicio de la ampliación de derechos de la que se hace breve referencia, tal como se anticipó, el artículo 558 del Código Civil y Comercial sostiene que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Desde este rígido lugar la inscripción de un niño/a con más de dos vínculos filiales implicaría, sin dudas, la consecuente declaración de inconstitucionalidad del mencionado artículo. Cuestión que no podría hacerse desde la órbita administrativa, por carecer esta de tan trascendente facultad jurisdiccional.

En el plano de lo fáctico, desde la vigencia de la nueva normativa, las posibilidades de que se solicite la inscripción de más de dos vínculos filiales es remota, ya que la legislación no parece dejar margen para ello. Tal es así que cuando estamos ante Técnica de Reproducción Humana Asistida, la filiación se determina conforme los arts. 560 y siguientes de Código Civil y Comercial. Cuando estamos ante reproducción sexual, aunque sea con un miembro externo de la pareja en el caso de lesbianas, se aplican las reglas habituales de filiación por naturaleza. Cuando estamos ante una técnica de reproducción humana asistida que podría llamarse casera, las reglas habituales de filiación por naturaleza serían las que se deberían considerar. En este sentido el código ha dejado la cuestión resuelta en *numerus clausus*.

La llamada familia tipo, si alguna vez lo fue, dejó de ser hace muchos años y la legislación en tal sentido parece haber tomado nota de ello recién en la última década. No obstante, por momentos se tiene la sensación de que la realidad familiar va algo más rápido que la legislación que le sirve de cauce. En algún sentido es natural que así sea ya que el derecho difícilmente regula en el aire, sino que lo hace sobre conducta humana ya sucedida.

El nuevo código parece haberse quedado con la idea de que quien aporta gametos para una fecundación es simplemente un donante y no lo asimiló como una persona que puede o quiere formar parte de un proyecto familiar. También es posible que haya considerado solamente la doble filiación por estar esto incorporado dentro de la naturaleza del ser humano, puesto que éste es concebido por la unión de dos y solo dos gametos, uno proveniente de una mujer, y el otro de un varón, o sea, únicamente de dos personas.

Más allá del camino que se ha ido abriendo respecto de la triple filiación es necesario preguntarnos si esto podría tener acogida dentro de la nueva legislación nacional.

La idea central de socioafectividad que arrecia como elemento basal de la triple filiación ha tenido algunos tibios reconocimientos en la jurisprudencia nacional. Y tal vez un poco más de fuerza en la extranjera.

El primer fallo que merece recordarse es el dictado por el Juzgado de Familia de la 4ª Nominación de Córdoba, del 28/6/2010 donde se indicó que: "...La historia vital del niño desde su concepción hasta su nacimiento (...) reconoce como figura relevante a la actora (...) la actora ha tenido contacto en los primeros años de vida del niño de una manera muy

cercana, íntima y afectiva, todo lo cual fue acordado entre ambas partes de la relación en conflicto". En tal contexto fáctico, se resaltó que "La señora A. no puede considerarse ajena ni extraña al mundo emotivo del niño y por ello negarle la posibilidad de contactarse con V., no sólo perjudica al niño porque le obstaculiza la posibilidad de acercarse a afectos importantes en su vida, sino porque no tiene ningún justificativo, máxime cuando la madre biológica acordó y accedió a este tipo de concepción familiar en su inicio, de la cual forma parte inescindible la actora. (...) Por ello cuando V. nació, en el contexto histórico-afectivo-individual que sus padres biológicos eligieron para él, no era simplemente autorreferente la elección que hicieran, puesto que el niño se constituía en un sujeto de derecho con esa historia y no otra". En este sentido, se estimó la necesidad de "distinguir el parentesco de sangre o legal, de aquel que se establece por la fuerza de los hechos (o los afectos) y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aun cuando desde el punto de vista normológico carezca de recepción."²

Otro caso resonante en el ámbito extranjero fue el de Canadá, donde una pareja de hombres toman la decisión de concebir niños con una pareja de mujeres. La idea era tener dos bebés y que cada una de las parejas se quedara con uno de ellos. El niño que tenían los dos hombres gozaba de un régimen de contacto con su madre biológica. A la finalización de la pareja de los hombres, quienes eran sus progenitores biológicos se impedían a que la ex pareja del padre tuviera contacto con el menor. En primer instancia se rechazó el pedido, mientras que la alzada revocó el decisorio. Puso el acento en que el actor había sido parte fundamental en la planificación de la concepción (voluntad procreacional primera), había preparado el hogar para recibir al niño recién nacido, estuvo presente en el parto y luego del nacimiento había participado en el cuidado a lo largo de tres años. La Corte también entendió que había demasiada evidencia que indicaba que el peticionante había estado situado en el lugar parental; es decir, que había mantenido un vínculo con signos de permanencia con el padre biológico al tiempo del parto y a lo largo de la mayor parte de su vida, y que sus actos demostraban una clara intención de actuar como un padre.³

Por filiación socioafectiva, en una conceptualización sumamente breve, puede considerarse aquella que se da sin vínculo biológico donde el afecto y la voluntad son los únicos elementos con que se cuenta para filiarse.

Esta noción de socioafectividad ha tenido alguna acogida mínima en el Código Civil y Comercial, por caso en el artículo 589 del Código Civil y Comercial. Esta norma determina que el vínculo filial puede desvirtuarse "mediante la alegación de no poder ser el

² Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo II. Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2014.

³ Herrera, Marisa. La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo. En Revista de Derecho de Familia 66-75.

progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño.⁴

No hay dudas que la inscripción del nacimiento de un niño resulta un derecho de los más importantes, esto forma parte del conjunto de prerrogativas indiscutidas y da el puntapié a una innumerable cantidad de derechos básicos más. Ahora bien, este derecho elemental de cualquier persona: ¿debe ser el reflejo de una cuestión biológica? (dos gametos), o ¿debe responder a una realidad familiar que exceda lo biológico, y que tiene más que ver con nociones de afecto?.

¿Es suficiente la noción de socioafectividad para generar una triple inscripción filial? ¿Es necesario inscribir una triple filiación para otorgar mayor seguridad jurídica a un niño? ¿Quedó a mitad de camino nuestro flamante Código Civil y Comercial en este aspecto? ¿Por qué no pudo la nueva legislación escapar al número dos? ¿Es necesario darle a cada uno de los proyectos familiares un cauce jurídico? Según las ideas de base de donde se parta las respuestas a estos interrogantes van a ser afirmativas o negatorias.

A fin de arrojar algo de luz a los planteos realizados, podemos decir que forma parte de la realidad el hecho de que la filiación es una construcción cultural de las personas, mientras que no lo es la biología. Por ello, no tendría por qué haber una necesaria conexión entre ellos. En otras palabras, por qué tendría lo cultural coincidir estrictamente con lo biológico. La adopción es un claro ejemplo donde no hay vínculo biológico pero si filiatorio.⁵

Posiblemente si se admite la triple inscripción filial, basada en un proyecto familiar tripartito se va a dar cumplimiento acabado a los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a preservar su identidad y relaciones familiares. Sabemos a esta altura que la identidad filiatoria presenta dos aristas diferentes, una estática que se encuentra atada a los datos genéticos y biológicos, y otra dinámica más cerca de las afecciones, de los intereses morales, de la comunicación intelectual, etc.⁶ No es bueno atar

⁴ Fácil se puede observar que la reforma, además de ampliar la legitimación activa para impugnar la filiación matrimonial, exige para que el nexa jurídico se extinga la necesidad de que se cumpla una finalidad básica: el interés superior del niño, con total independencia de que además haya o no lazo biológico, situación que se puede probar por "cualquier medio". ¿Acaso la demostración de una posesión de estado de hijo/padre forjada durante diez o veinte años, como lo expone Mizrahi, no podría ser una razón de peso para que, en el interés del niño, no se haga lugar a la impugnación de la filiación. Herrera, Marisa. La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo. En Revista de Derecho de Familia 66-75.

⁵ Peralta María Luisa. Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad. En Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia Nro. 68. Directoras: Cecilia Grosman - Nora Lloveras - Aida Kemelmajer Carlucci - Marisa Herrera. Editorial Abeledo Perrot.

⁶ Schiro María Victoria. El derecho al reconocimiento de los orígenes biológicos y su ejercicio autónomo en las diferentes fuentes de filiación. En Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia Nro. 68. Directoras: Cecilia Grosman - Nora Lloveras - Aida Kemelmajer Carlucci - Marisa Herrera. Editorial Abeledo Perrot.

el concepto de identidad a una cuestión estrictamente biológica. Sino por el contrario este puede ser uno de los principales problemas que tengamos.

El reconocimiento de la triple filiación va a implicar el respeto a un derecho humano fundamental como es la identidad del menor, que va más allá de la fecha de nacimiento, nombre y apellido.

Dentro de las pocas certezas que se puede guardar sobre este tema, una es que los reconocimientos de tres vínculos filiales a los que asistimos recientemente van a traer aparejados algunos inconvenientes en el orden legislativo, ya que nuestro código en su totalidad está sustentado sobre la base del doble vínculo filial. Esto determinará, por un lado la necesaria declaración de inconstitucionalidad del joven artículo 558 del Código Civil y Comercial. Por otro lado aún más complejo, la reestructuración del resto de las normas que de una u otra manera se verán afectadas. Por ello, creo que cualquier modificación en este sentido va a implicar necesariamente una reforma integral de la ley.