

Comisión n°14, Estudiantes: “Identidad y filiación”

ESTÁTICA Y DINÁMICA: IDAS Y VUELTAS EN BUSCA DE UN ABORDAJE OMNICOMPRESIVO DE LA IDENTIDAD

Autoras: Daniela A. Lopez y Sabrina A. Silva*

Resumen:

La concepción multifacética e interdisciplinaria de la identidad repara en la importancia del tiempo y el afecto en desarrollo el intersubjetivo de la persona, a lo que el derecho no debe hacer oído sordo.

El paradigma Constitucional-Convencional nos impone considerar los contextos socioafectivos en los cuales se construye la identidad filiatoria. El nuevo articulado abre la puerta del mundo jurídico al amor, como valor autónomo y capaz de producir efectos jurídicos en el reconocimiento de las relaciones tal cual son.

Afirmamos la complejidad que detenta la identidad como derecho, posicionándose como la herramienta analítica por excelencia a la hora de dar lugar o no al desplazamiento filial matrimonial en cada caso.

1. Algunas aclaraciones previas

El objeto del presente trabajo –y aquí nos adelantamos- es exaltar la importancia de la faz dinámica del derecho a la identidad y el impacto de la apertura al afecto como valor jurídico, en la acción de impugnación de la filiación matrimonial

El Derecho Constitucional-Convencional de familia, como resultado del cruce entre Derecho Humanos¹ y derecho de familia, constituye el escenario obligado sobre el cual y abrir y cerrar el telón de cualquier análisis jurídico.

Establecer lo que se desprende de los enunciados Constitucionales-Convencionales, es un acto de tal magnitud que es impensable realizarlo sin una reflexión conjunta con otras disciplinas. Desplegar este discurso, sin considerar los contextos por fuera de la normas, vacía de argumentación sus dichos.²

La compleja combinación de elementos jurídicos y no jurídicos, permitirá comprender el derecho como un fenómeno público, social e histórico advirtiendo que la interpretación es una operación de naturaleza social que adquiere sentido y legitimación en el contexto de una cultura. La estructura abierta del lenguaje Constitucional-Convencional posibilita construir una subjetividad, a partir de la escucha del deseo de las personas, y nos conduce necesariamente a una sociedad plural y tolerante; donde el pensamiento monocromático -como una suerte de expulsión a los que portan una construcción biográfica distinta- no tiene cabida³.

Es así que la relevancia de los cambios operados dentro y fuera de la familia, a nivel estructural y relacional, es mayúscula. La explosión de cuestiones, dan vuelta el tablero

*Estudiantes de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ En adelante DD.HH.

² GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Bs As, Ediar, p. 17 y ss

³ *Ibidem*.

y se traducen en un ir hacia la reivindicación de la igualdad y en una incertidumbre constante sobre la identidad, donde no existen verdades absolutas.

El principio de igualdad, receptado por el art. 16 de la CN, ha evolucionado en su contenido axiológico tras la reforma constitucional del 1994, *invitando* a los instrumentos internacionales de DD.HH. a gozar de su misma jerarquía normativa.

En miras de que del dicho al hecho no haya un largo trecho, resulta imprescindible la incorporación de criterios para desentrañar las disparidades de poder existentes y, una vez reconocidas, consagrar herramientas que permitan morigerarlas.

¿Cuáles son los sectores sociales más vulnerables al interior de la familia? Los niños, niñas y adolescentes y las mujeres⁴, como consecuencia del sistema patriarcal que estructura la sociedad y se reproduce al interior de la familia.

En este orden de ideas, el plexo Convencional responde, principalmente, a dos microsistemas de DD.HH.: la CDN y la CEDAW.

La CDN implica⁵ cambios radicales dentro de los cuales se destacan: el niño como sujeto de derecho, su interés superior y el reconocimiento de su autonomía progresiva. Por su parte, la CEDAW⁶, cuyo objeto reside en la búsqueda de “la distribución justa de derechos, oportunidades, recursos, responsabilidades y tareas entre los géneros, respetando las diferencias entre hombres y mujeres”⁷.

Ahora bien, hemos señalado que el otro tópico en este repensar el derecho es la incertidumbre constante acerca de la identidad.

Empero, la identidad es un concepto versátil, que despierta la atracción y el consecuente análisis desde ópticas jurídicas y no jurídicas. Como advierte la antropología, el tema de la identidad se sitúa no solo en una encrucijada sino en varias y prácticamente afecta a todas las disciplinas.⁸

La perspectiva filosófica ha mutado su concepción de la identidad como un problema de la *mismidad individualidad* hacia la identidad psicosocial, como una relación dialéctica que une las fases del desarrollo psicológico – desde la infancia hasta la entrada en la vida adulta- con los procesos históricos⁹.

Desde la perspectiva sociológica, Bauman expresa que “el problema de la identidad necesita interesarse por sí misma en lo que es: una convención necesariamente social”¹⁰.

⁴ Nos hemos referido únicamente a ellos por cuestiones de espacio, en modo alguno desconocemos los cambios sociales operados por la perspectiva de género en sentido amplio, no solo ligado al sexo como categoría biológica.

⁵ Implicar no significa efectivizar la CDN no es capaz por si misma de cambiar o mejorar ni la vida ni el status jurídico de los niños.

⁶ Si bien consagra términos de igualdad formal ello no se traduce en su sustantividad. El patriarcado como modo de organización social sigue existiendo al interior y exterior de la familia. Es un largo camino por recorrer.

⁷ CHIRIAROTTI, Susana, “Una mirada a los Derechos Humanos desde la categoría analítica de género” en TABOARDA, Mirtha (comp.), *Derechos Humanos, una mirada desde la universidad*, Rosario, UNR Editora Universidad Nacional del Rosario, 2009.

⁸ LEVI STRAUSS, Claude, citado por HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Bs.As, Editorial Universidad, 2008, tomo I, p.53

⁹ Idem, p.50

¹⁰ Idem, p. 51

En el ámbito de la psicología, Giberti afirma que “la identidad no es fija, no está dada de una vez para siempre”. Añadiendo que “Así como el reconocimiento del otro constituye un punto clave en la recreación de identidades, la autorreferencia es otro nivel de análisis imprescindible”¹¹.

Especificado el objeto de estudio y el prisma del análisis, es dable advertir al lector sobre ciertas ausencias por la imposibilidad de abordar acabadamente todos los temas que involucra. El espacio es tirano pero consideramos axiológicamente relevante al menos enunciar ciertas cuestiones que, con tristeza, hemos dejado fuera: la perspectiva de género, la compulsividad de las pruebas genéticas y la legitimación activa.

2. La filiación desde la obligada mirada de los derechos humanos

Conforme el paradigma desarrollado, dos son los DD.HH que inciden en la filiación¹²: a) el principio de igualdad y no discriminación y b) el derecho a la identidad.

a) El principio de igualdad y no discriminación

Si analizamos este principio desde el marco de los DD.HH, su naturaleza tuitiva se impone. Según esta doctrina la igualdad no sólo es un derecho sino que es un principio que atraviesa y le da contenido a los restantes DD.HH. Es importante resaltar que se presenta como un principio normativo en términos de *deber ser*, no es un hecho sino un valor, establecido ante el reconocimiento de la diversidad¹³.

El concepto Constitucional-Convencional de igualdad y no discriminación no adscribe a un enunciado taxativo. Por el contrario se posiciona como una suerte de cláusula de derechos implícitos, dejando abierta la puerta a distintas categorizaciones¹⁴ que, en el ámbito filial, se representan como la igualdad cualquiera sea la fuente y cualquiera sea el origen de la filiación- matrimonial o extramatrimonial-.

b) El derecho a la identidad

La identidad como derecho es definida por Fernandez Sessarego: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en la sociedad”¹⁵ que “supone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, religiosa o política”¹⁶.

En este orden de ideas, la doctrina advierte una doble vertiente del derecho a la identidad: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En

¹¹ GIL DOMINGUEZ; Andres, FAMÁ, Maria V., HERRERA, Marisa *Derecho Constitucional de Familia*, 1era edición, Buenos Aires, Ediar, 2012, Tomo II p. 706

¹² En el presente trabajo se emplea el término filiación en referencia a su categoría biológica.

¹³ FACIO, Alda, “La igualdad substantiva. Un paradigma emergente en la ciencia jurídica” en *Derecho de Familia y la perspectiva de género*, VI Encuentro de Magistrados de Iberoamérica “Por una justicia de Género”, Gossestra, Santo Domingo, República Dominicana, 2005.

¹⁴ GIL DOMINGUEZ, Andres, *Escritos sobre el neoconstitucionalismo*, Bs As, Ediar, 2009, p. 293

¹⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Bs. As., Ed. Astrea, 1992, p.113.

¹⁶ GIL DOMINGUEZ; Andres, FAMÁ, Maria V., HERRERA, Marisa *Ley de Protección Integral de Niños Niñas y adolescentes – Ley 26.061*, Bs. As., Ediar, 2007, p. 228

cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural.¹⁷

La teorización de la distinción entre elementos estáticos y dinámicos es de vital importancia al evaluar la admisibilidad o no de la petición de impugnar la filiación matrimonial. El nudo problemático reside en su aplicación. Vislumbrar la singularidad - si es que la tienen- de cada una de las vertientes que integran la identidad dista de ser una tarea sencilla.

En relación a la faz dinámica, nos parece dable traer a colación algunas definiciones del parentesco elaboradas por Levi Strauss. El autor, tras analizar las más diversas formaciones sociales, concluye que las relaciones de parentesco “no se hacen necesarias por el estado de la sociedad. Son el estado de la sociedad mismo, al modificar las relaciones biológicas y los sentimientos naturales”¹⁸. Esas relaciones, entonces, no deben pensarse solamente sobre la base de las características de cada individuo sino como la determinación de un rol social.¹⁹

En suma, lo expuesto hasta aquí permite afirmar la complejidad del laberinto de cuestiones que encierra la identidad; adjetivación que, sumado a su abordaje interdisciplinario, resulta de vital importancia para un entendimiento de todas sus aristas, en una figura que se ve atravesada y definida por la identidad como lo es la filiación.

3. Derecho a la identidad en la acción de impugnación de la filiación matrimonial

a. Tensión entre ambas faces de la identidad

La filiación es una categoría estrechamente vinculada a la sexualidad, dado que identifica los autores genealógicos del niño y constituye su *causa iuris*. El vínculo biológico, entonces, se perfilaría como el elemento natural, primario e indispensable para hablar del concepto jurídico de esta categoría de filiación²⁰.

Empero, el dato genético responde a un hecho único: el causado por los genes; en cambio, “la filiación como hecho jurídico no es un simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento”²¹. Basta observar las políticas legislativas adoptadas a los fines de su determinación. Tanto la presunción de la filiación matrimonial como el reconocimiento extramatrimonial pueden ser biológicamente falsos y jurídicamente válidos.

¹⁷ HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Bs As, Abeledo Perrot, 2015, p. 403

¹⁸ LEVI STRAUSS, Claude, *Las estructuras sociales del parentesco*, Bs As, Ed. Paidós, 1969, p. 555-575. El autor, llega a esta conclusión partiendo de la premisa de considerar que el parentesco, mediante la regla de la exogamia y el tabú del incesto, sirven a una sociedad para expandirse, no solo por lazos de solidaridad sino de cohesión. La estructura social del parentesco se basa en un intercambio social y busca la expansión de dicho intercambio.

¹⁹ Idem, p. 559.

²⁰ FAMÁ, María V., *La Filiación: aspectos civiles, procesales, y constitucionales*, 1ed., Bs As, Abeledo Perrot, 2009, p. 2 y ss.

²¹ MOLINA DE JUAN, Mariel F., “Distinción entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a la filiación”, publicado en LA LEY 05/03/2014.

Como afirma Malaurie, en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva -verdadero padre es el que ama-; la biológica -los lazos sagrados-; la sociológica -posesión de estado-; la volitiva -para ser padre o madre es necesario quererlo- y la del tiempo - cada nuevo día refuerza el vínculo-.²²

En este orden de ideas, si bien esta categoría *clásica* de filiación observa una interacción entre la realidad biológica y el emplazamiento filial, entender que el respeto a la identidad se remite exclusivamente al elemento biológico, es caer en una postura extrema y peligrosa. Desde esta visión se deja de lado su faz dinámica y resulta errada.²³

De lo expuesto no debe inferirse que el origen biológico no sea un elemento imprescindible del derecho a la identidad, todo lo contrario “la verdad histórica, en su manifestación biológica, debe construir el pilar central del enclave normativo del vínculo filial”²⁴. Lo que sucede es que la verdad como axioma y principio rector²⁵ excede el emplazamiento filial.²⁶

¿Lo expuesto conlleva una contradicción? No, es un esfuerzo por ubicar cada elemento en su justo lugar. El vínculo biológico es el elemento central y primario de la filiación, pero la *realidad biológica* no es única, “la verdad miente cuando quiere hacer creer que es una verdad absoluta y no una interpretación”²⁷. El complejo entramado *identidad* ostenta una pluralidad de verdades que deben ser analizadas en el caso concreto.

b. Una necesaria distinción: el emplazamiento filial y el conocimiento de los orígenes

Las diversas proyecciones de la identidad disparan una constelación de derechos autónomos y emparentados entre sí, entre los que podemos destacar: el derecho a la identidad, el derecho al emplazamiento filial y el derecho a conocer los orígenes.

Kemelmajer de Carlucci observa que -en torno a la acción de impugnación de la filiación matrimonial- “no se niega el derecho a conocer la realidad biológica, pero se pone una restricción razonable al derecho a establecer vínculos biológicos cuando la solución jurídica no tiene justificación en la realidad social”²⁸.

En este sentido, si bien tanto el derecho a conocer los orígenes como el derecho al emplazamiento filial se derivan del derecho a la identidad, se distinguen al apreciar los

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, LA LEY 20/09/2010, 1, LL. 2010-E-977

²³ HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en adopción*, op.cit., tomo I, p.86.

²⁴ LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo, “La filiación presuntiva y la filiación verdadera: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas”, en Grossman, Cecilia, *Revista de Derecho de Familia N° 36*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2007, pág. 115

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Esta cuestión será abordada oportunamente en relación a la distinción entre derecho al emplazamiento filial y derecho a conocer los orígenes.

²⁷ ILUNDAIN, Mirta, “El interés superior del niño (lo importante es el interprete)” en HERRERA, Marisa (coord.), KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (dir.), *La Familia en el Nuevo Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, 1er edición, Tomo II, p. 204

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, fecha: 12/05/2005 L. F. C. por la menor A. M. G. v. A. C. A. G. P. A. C. S/ Impugnación de la paternidad matrimonial Art. 259. ABELEDO PERROT N°: 35001648

conflictos concretos que evidencian la necesidad de su autonomía. Como señala Famá: “La cuestión puede presentarse frente a diversas situaciones en las que la voluntad del requirente puede estar limitada a tomar conocimiento acerca de quiénes son sus progenitores biológicos, sin deseo alguno de establecer vínculos jurídicos con estos”. La misma autora agrega que, en la praxis, esta situación podría plantearse frente al supuesto de una persona cuyo emplazamiento ha quedado determinado por presunción legal, condiciéndose con su realidad afectiva, y no tiene intención de modificarla, pese a la inexistencia del vínculo biológico.²⁹

c. La postura niñocéntrica de los Derechos Humanos

El cruce entre DD.HH. e infancia amplía la perspectiva de análisis, correspondiéndole un marco normativo especial en cuya cúspide se encuentra la CDN que opera como mecanismo de rotación de la “situación irregular del menor” por el “sistema de protección integral”, elevando al niño, niña o adolescente a la categoría de sujeto de derecho.³⁰

Este marco legislativo pone en el centro de la escena jurídica al interés superior del niño³¹, como pauta señera en la toma de medidas que le conciernen, lo cual implica que su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos sean considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en los órdenes relativos a su vida.³²

El ISN no es una noción abstracta, sino que se determina frente a cada crónica singular³³: ¿Cómo debe interpretarse este principio en la acción que tiene por objeto el desplazamiento filial matrimonial? A simple vista la respuesta pareciera sencilla, el emplazamiento que se corresponde con su realidad biológica.

Empero, ello es por demás simplista y peligrosamente abstracto. Entenderlo de esa manera nos encamina hacia al origen biológico como valor absoluto, cuestión a la que ya hemos atendido y reparado en la importancia axiológica de la complejidad que ostenta la identidad.

Es menester ajustar el derecho a los hechos y no a la inversa. La técnica legislativa argentina de integrar a su ordenamiento al ISN como un concepto jurídico indeterminado tiene una justa razón: la necesidad de ser analizarlo en el caso concreto.

La arquitectura jurídica que exige el ISN nos impone un segundo interrogante: ¿Qué sucede si colisiona con su *verdad* biológica? ¿Cómo juega la posesión de estado prolongada en el tiempo, sobre la base del amor y del afecto, si la misma no coincide con el vínculo biológico entre el niño y el padre/madre legal?

²⁹ FAMA, María V., *La filiación.*, op.cit., p. 412.

³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, dir., *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, 1er edición, Tomo IV, p. 15

³¹ En adelante ISN.

³² CIOLLI, María L., “El respeto al derecho a la identidad en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial”, en LLNOA 2013 (mayo), 369.

³³ LEVY, Lea y WAGMAISTER, Adriana “El mejor interés del niño entre la familia biológica y la familia adoptiva”, en *Revista de Derecho de Familia, septiembre - Octubre 2007- III*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2007, p.35

En general, los llamados a interpretar el ISN se encuentran ante los que se denominan *casos difíciles* – cuando los hechos y las normas permiten, al menos a primera vista, más de una solución- como la situación hipotética planteada³⁴ ¿Cuáles serían las eventuales soluciones? Aquellas que plantea la *tensión* entre la vertiente estática y dinámica de la identidad. A grandes rasgos, la vertiente estática estaría dada por el apego al biologismo, y la dinámica por la noción de socioafectividad.

No es nuestra intención establecer una suerte de casuística en torno a la interpretación del ISN en la impugnación de la filiación matrimonial, pero si exaltar la relevancia del factor tiempo en el devenir de la identidad, donde el tránsito y el continuo movimiento de la vida le van imprimiendo una serie de nuevas características. A nuestro modo ver, contemplar la noción de socioafectividad es imprescindible y, en torno al segundo interrogante planteado, se posicionaría como la mejor respuesta que mejor satisface el ISN.

4. La impugnación de la filiación presumida por la ley en el CCyC

a. La luz al final del puente: La apertura al afecto como valor jurídico

A diferencia del dato genético, rara vez se menciona al afecto en los textos jurídicos. Coincidimos con Welter al expresar: “*El estado de hijo afectivo se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción. Mientras la familia biológica navega en la cavidad sanguínea, la familia afectiva trasciende los mares de la sangre*”³⁵.

Dos elementos inscriptos en la faz dinámica de la identidad ayudan a comprender los vínculos filiales tal y como se desarrollan en la realidad: la noción de socioafectividad y la posesión de estado. Respecto de este último, Fachin advierte: “la posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos”³⁶.

En torno a la socioafectividad, los doctrinarios brasileiros definieron la paternidad socioafectiva como hecho jurídico compuesto de elementos sociales y afectivos, no solo de características genéticas³⁷. Siguiendo a Herrera, vemos a la socioafectividad como lineamiento directriz de la interpretación de todas las relaciones interpersonales y su regulación jurídica no se agota en la paternidad, sino que se puede extenderse a otros vínculos y dar respuesta a problemáticas en el ámbito del derecho de familia más amplio³⁸. La misma autora señala que la socioafectividad es la conjunción de dos

³⁴ ILUNDAIN, Mirta, op.cit, p. 200.

³⁵ DIAS, María B., “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, en LLOVERAS Nora, HERRERA, Marisa directoras, *El derecho de Familia en Latinoamérica*, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico 2010, p. 548

³⁶ DIAS, María B., *Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*. Revista Jurídica, UCES, 2009, 13, 83-90.

³⁷ DIAS, María B., “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, en LLOVERAS Nora, HERRERA, Marisa directoras, *El derecho...*, op.cit., p. 546

³⁸ Como por ejemplo la disolución del vínculo matrimonial por la falta de un vínculo socioafectivo entre los cónyuges. HERRERA, Marisa, “Socioafectividad e infancia ¿de lo clásico a lo extravagante?” en Fernández, Silvia, *TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*, Bs. As., Editorial La Ley, 2015, tomo I p. 980

elementos que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí”³⁹.

De lo expuesto se desprenden algunos lineamientos a tener en cuenta a la hora de ponderar la prueba, como por ejemplo respecto del derecho del niño a ser oído, la necesidad de atender especialmente a los dictámenes periciales psicológicos⁴⁰ y socioambientales, que permitan percibir si la posesión de estado es lo suficientemente débil que amerite desestimarla por una verdad biológica o, por el contrario, es necesario sostener la identidad construida en el devenir temporal y reconocer el vínculo socioafectivo consolidado.

¿El CCyC contempla estos lineamientos? La respuesta es afirmativa a consecuencia de la incorporación del ISN como factor autónomo y determinante a la hora de dar lugar o no a la petición de desplazar la filiación.

¿Cómo funciona la articulación de la socioafectividad, la posesión de estado y el ISN? La legislación civil y comercial “exige para que el nexo jurídico se extinga la necesidad de que se cumpla una finalidad básica: El ISN, con total independencia de que haya o no lazo biológico(...) ¿Acaso la demostración de una posesión de estado de hijo/padre forjada durante diez o veinte años, (...) no podría ser una razón de peso para que, en el ISN, no se haga lugar a la impugnación de la filiación? (...) al apelarse al principio rector en materia de infancia como termómetro para decidir cuándo o no hacer lugar a una acción de impugnación de la filiación”⁴¹.

b. Homoparentalidad

Uno de los debates más acalorados gira en torno al cruce entre la ley 26.618 y el derecho filial, cuestionando su “heteronormatividad”.

La visualización de la homoparentalidad abre la puerta a una posible controversia en relación al ISN⁴². En este punto, la *American Psychological Association* ha calificado a los estudios para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico como un consistente fracaso⁴³.

Al respecto, la Corte IDH en *Atala Riffo vs. Chile* tiene dicho que el ISN no puede ser usado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre en razón de su orientación sexual. Su determinación, en casos de cuidado y custodia de niños, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos.⁴⁴

En suma, en el correcto crecimiento de un niño carece de relevancia el sexo de los padres y lo realmente trascendente es el cariño mutuo. Es la estigmatización fuera de la

³⁹ HERRERA, Marisa “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Bs. As., Albeledo Perrot, 201,p.3

⁴⁰ HERRERA, Marisa, “Socioafectividad e infancia...”, op.cit., p. 986

⁴¹ HERRERA Marisa “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’...”, op.cit.,p.10

⁴² Verplaetse, Daniel y Kowalenko, Andrea. Las familias homoparentales y el derecho constituir una familia: ¿cómo se satisface en un sistema jurídico? Abeledo Perrot, Revista Derecho de Familia, N° 67, noviembre 2014.

⁴³ MOLINA DE JUAN, Mariel “Familia, homoparentalidad y derechos del niño. De padres, madres e hijos en una sociedad plural”, sin datos de publicación.

⁴⁴ *ibidem*

familia la que puede crear dificultades para los niños en las nuevas formas de familia, y eso es, lo que debe revertirse.⁴⁵

Las interrelaciones afectivas homoparentales han adquirido notoriedad y las TRHA constituyen un puente de acceso a la maternidad/paternidad que, por cuestiones de espacio, no serán analizadas en el presente trabajo.

Empero, en este punto, debemos al menos discriminar dos cuestiones: 1) Las TRHA son solo una manera, quizás la más corriente. Pues nada obsta que, en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres, una de las cónyuges mantenga relaciones sexuales con un tercero y quede embarazada. 2) Las prácticas *caseras* como ser, por ejemplo, si una de las cónyuges se insemina de manera casera con el uso de una jeringa con material genético de un tercero.

El nuevo articulado responde contemplando esta intersección ¿Cómo lo hace? En primer lugar regulando las TRHA como categoría autónoma dentro del sistema filial y estableciendo una serie de formalidades que, de no ser cumplidas por sus usuarios, el vínculo filial se determinara por las reglas de la filiación biológica, operando de este modo la presunción de la maternidad a la cónyuge de quien da a luz.

A la par, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, compatibiliza el lenguaje refiriéndose a la presunción de la filiación matrimonial, sea esta hetero u homosexual, y reglamenta esta acción disponiendo su aplicabilidad en relación a el/la cónyuge de la madre, sin distinción.⁴⁶

c. Otros cambios sustanciales a modo enunciativo

Si bien no es nuestro objeto el análisis íntegro del significado de la reforma en torno a la regulación de esta acción, no por ello podemos dejar de enunciar las demás mejoras sustanciales que introduce a la par de las expuestas.

El CC derogado ha sido pasible de varias críticas y declaraciones de inconstitucionalidad en torno a su art. 259. En este contexto un tanto convulsionado a la luz del paradigma constitucional-convencional, el nuevo texto debía incorporar varias modificaciones, principalmente sobre dos ejes: 1) la legitimación activa, y 2) los plazos de caducidad y su cómputo.

En total consonancia con uno de los principios sobre los que se estructura la filiación, la igualdad y no discriminación, equipara todas las acciones de desplazamiento filial en estos dos aspectos fijando el plazo de un año desde la inscripción o desde que se tuvo conocimiento y ampliando la legitimación activa al hijo, la madre y su cónyuge y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo que, en el caso de la impugnación de la filiación matrimonial, da lugar al inicio de la acción por el padre biológico.

Estas son, a modo sucinto, las modificaciones introducidas por el CCyC que, en buena hora, viene a superar las tensiones constitucionales-convencionales que encerraba la figura.

3. Conclusiones:

Debemos aprehender la familia no como un reconocimiento jurídico de antecedentes biológicos. En una sociedad plural no hay verdades absolutas y lo natural no está dado

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, 1er edición, Tomo III, Santa Fe, p. 657

del origen. La identidad es un concepto multifacético e interdisciplinario que solo se comprende desde su complejidad.

Es necesario distinguir el derecho del emplazamiento filial del derecho a conocer los orígenes.

Resulta necesario articular la identidad, el interés superior del niño, la posesión de estado y la socioafectividad como un complejo funcional que deben evaluarse en el caso concreto. Lo único natural que se mantiene incommovible es el amor. Sin ley, el amor queda atrapado en los márgenes de lo clandestino.⁴⁷

⁴⁷ GIL DOMINGUEZ, Andres, *Estado constitucional...*, op.cit.