

Voces: FILIACIÓN - PROYECTOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL - HOMOSEXUALIDAD DE LOS PADRES - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - FERTILIZACIÓN ASISTIDA - MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO - DEBER DE FIDELIDAD - PARTO - PRESUNCIONES - IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD - NEGACIÓN DE LA PATERNIDAD - LEGITIMACIÓN ACTIVA - CADUCIDAD - RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL - DERECHO A LA IDENTIDAD

Título: Filiación por naturaleza en matrimonios entre dos mujeres en el proyecto de Código Civil 2012

Autor: Lafferriere, Jorge N.

Fecha: 9-oct-2012

Cita: MJ-DOC-5996-AR | MJD5996

Producto: MJ

Sumario: *I. Introducción. II. Los posibles casos y sujetos involucrados. III. La determinación de la maternidad a la luz del proyecto de Código Civil y Comercial 2012. IV. La determinación de la filiación matrimonial a la luz del proyecto de Código Civil 2012. V. Acción de impugnación de la filiación ejercida por la propia cónyuge. VI. Acción de impugnación del varón que es padre biológico y reconocimiento posterior. VII. Acción de impugnación por la madre de la filiación de su cónyuge. VIII. Acción de impugnación y reclamación del hijo. IX. Conclusiones.*

Por Jorge N. Lafferriere (*)

I. INTRODUCCIÓN

La sanción de la Ley 26.618 tuvo un profundo impacto en la determinación jurídica de la filiación en nuestro país. Esa proyección fue ciertamente muy desprolija, pues el tema fue específicamente debatido en las sesiones del Congreso y solo se incluyó una norma de tipo registral (modificación del art. 36 de la Ley 26.413) y una norma genérica de cierre (art. 42) (1).

El Proyecto de Código Civil y Comercial elevado al Senado el 8 de junio de 2012 por el Poder Ejecutivo Nacional aborda el tema. Al respecto, la doctrina se ha focalizado prioritariamente en el análisis de los supuestos en que dos personas del mismo sexo pretenden tener descendencia por técnicas de fecundación artificial (2). En este comentario, nos detendremos en la determinación de la filiación por naturaleza matrimonial para el caso que denominaremos

simple, es decir, el de dos mujeres pretendidamente unidas por matrimonio (3).

Para proceder a considerar el tema, abordaremos primero las posibilidades de que se verifiquen casos así, y luego consideraremos cómo se resolverían según las normas del proyecto.

II. LOS POSIBLES CASOS Y SUJETOS INVOLUCRADOS

Dos mujeres no pueden tener hijos por naturaleza entre ellas. Eso es evidente, al menos por el momento y desde el inicio de la humanidad. Para la generación de un nuevo ser humano, es necesaria la unión de los gametos masculino y femenino. Si tal generación se realiza por aplicación de alguna técnica y luego una mujer queda embarazada, y al momento del parto alega que su denominada «cónyuge» mujer es la otra madre, estamos ante un caso de filiación por técnicas de fecundación artificial (el Proyecto de Código habla de reproducción humana asistida).

La posibilidad de que haya matrimonios de dos mujeres que pretendan anotar una filiación matrimonial por naturaleza, consecuentemente, se vincula con la unión de una de ellas con un varón, que resulta en un embarazo y un nacimiento.

En la redacción actual del Código Civil, esta posibilidad tendría como dificultad previa (de derecho, pero no de hecho) que tal relación con un varón podría configurar una infidelidad violatoria de los deberes matrimoniales. Sin embargo en el proyecto de código 2012, se elimina la exigibilidad jurídica del deber de fidelidad, que queda solo como deber moral (cfr. art. 431) y, por tanto, la posibilidad de un caso de un niño concebido por naturaleza y que nazca de una mujer unida en presunto matrimonio con otra mujer sería más frecuente.

Planteada la infidelidad como situación posible, nos referimos a infidelidades que conduzcan a una concepción de un niño por nacer y luego nacido. Al respecto, tenemos que considerar que intervienen tres personas:

- a) la mujer que concibe, gesta y da a luz;
- b) el varón que concibe;
- c) la cónyuge mujer de la mujer que concibió, gestó y dio a luz.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD A LA LUZ DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

La regla general está dada por el art. 558 sobre "Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos": «La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de 2 (dos) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación».

En el caso que analizamos, la maternidad quedaría determinada por el parto a tenor del proyectado art. 565:

«Art. 565. Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

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

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

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL A LA LUZ DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL 2012

Si la determinación de la maternidad en filiación por naturaleza fuese sencilla, el problema surge con la determinación de la filiación matrimonial. Más allá de discrepar con el método del proyecto que dedica un capítulo a determinación de la maternidad (cap. 3) y dos capítulos a determinación de la filiación matrimonial (cap. 4) y extramatrimonial (cap. 5) -ignorando la paternidad-, (4) nos referimos a la problemática de la «filiación» de la cónyuge «progenitora» (no hay terminología exacta en el proyecto ni se asume explícitamente la expresión «comaternidad») que estaría unida por matrimonio a la mujer que da a luz (la única madre). En este sentido, en principio parecería aplicable la presunción contenida en el art. 566:

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

Igualmente sería aplicable el art. 569, que dice:

«Art. 569. Formas de determinación. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:

»a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas...».

Sin embargo como el mismo art. 566 establece que estas presunciones rigen «excepto prueba en contrario», tenemos que analizar la procedencia de las acciones de impugnación de filiación y de reclamación de filiación.

Cabe recordar que estamos analizando el caso de filiación por naturaleza pues, en torno a la filiación por técnicas de fecundación artificial, diversos artículos vedan cualquier posibilidad de acciones de filiación. No analizamos aquí las objeciones ético-jurídicas de fondo del tema y nos concentramos en aspectos técnicos del proyecto (5).

V. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN EJERCIDA POR LA PROPIA CÓNYUGE

La presunción del 566 y la regla del 569 se aplican de pleno derecho al momento del nacimiento de un hijo nacido de una mujer que está legalmente casada con otra mujer. Sin embargo, existen en el Proyecto de Código normas que se orientarían a que si la mujer no dio su «consentimiento» a la infidelidad, o bien se arrepiente del «consentimiento» dado o bien cambia de parecer por cualquier motivo, podría impugnar la filiación.

En tal caso, se podría aplicar el art. 590:«La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por este o esta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre 1 (un) año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume».

Lógicamente, en el caso de dos mujeres, salvo que no convivan y por tanto la cónyuge no tenga conocimiento del nacimiento, el plazo para impugnar la filiación presumida por la ley caducaría al año.

Incluso por disposición del art. 592, la cónyuge podría realizar la llamada «impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley»: «Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida...».

Un caso especial podría darse si el nacimiento ocurre dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio. En este caso, sería de aplicación la figura de la negación de la filiación prevista por el art. 591:

«Art. 591. Acción de negación de filiación presumida por la ley. El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los 180 (ciento ochenta) días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre 1 (un) año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

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

VI. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DEL VARÓN QUE ES PADRE BIOLÓGICO Y RECONOCIMIENTO POSTERIOR

El padre biológico podría querer reconocer la filiación presumida por la ley. Para ello, por aplicación del art. 578, tendría que primero proceder a la impugnación de la filiación matrimonial, que dispone que «si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación».

Para la impugnación de la filiación matrimonial estaría legitimado por el art. 590:

«Art. 590. Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad. La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por este o esta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

»El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre 1 (un) año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume».

Ciertamente el padre sería un tercero que invoque un interés legítimo. Alguno podría plantear el caso de que supiera que la mujer que concebía fruto de la unión con él estaba unida en matrimonio y que, por tanto, estaría consintiendo en que sea considerada progenitora. Pero esta respuesta no tendría procedencia como tampoco procedería en el caso de matrimonio entre varón y mujer.

Habiéndose impugnado judicialmente la filiación establecida por presunción matrimonial, el padre tendría que hacer el reconocimiento del hijo en los términos de los arts. 570 y 571.

VII. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN POR LA MADRE DE LA FILIACIÓN DE SU CÓNYUGE

La misma madre que dio a luz podría impugnar la presunción de filiación matrimonial correspondiente a su cónyuge. Así surge del art. 590, que establece:

«Art. 590. Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad. La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por este o esta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre 1 (un) año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume...».

El plazo de caducidad siempre sería de un año desde la inscripción del nacimiento, pues lógicamente desde el primer momento se sabe que el niño no puede ser hijo de quien la ley presume, en este caso, su cónyuge.

Esta impugnación podría ocurrir incluso antes del nacimiento por aplicación del 592 ya transcripto.

VIII. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN Y RECLAMACIÓN DEL HIJO

Finalmente desde la perspectiva del hijo anotado como hijo de su madre y de su cónyuge, la procedencia de las acciones de impugnación de filiación y de reclamación de filiación es muy clara con fundamento en el derecho a la identidad.

En primer lugar, sería aplicable el art. 578, que dice: «Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación».

La acción de impugnación procedería contra la mujer que fue anotada como progenitora por presunción de filiación matrimonial en virtud del art. 590 ya transcripto y sabiendo que el hijo

«puede iniciar la acción en cualquier tiempo».

En el caso que estamos analizando, una vez que prosperó la impugnación, el hijo puede reclamar la filiación «extramatrimonial» contra el varón que es su padre biológico en los términos del art. 582: «El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores [...] Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo».

IX. CONCLUSIONES

En el análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 que hemos hecho en este trabajo, nos hemos concentrado en los aspectos técnicos de las normas propuestas. Así podemos extraer algunas conclusiones:

- La pretensión del proyecto de aplicar las presunciones de filiación matrimonial a los casos de un hijo nacido por naturaleza de una mujer que contrajo matrimonio legal con otra mujer se contradice abiertamente con el principio de la verdad biológica que impera en materia de filiación por naturaleza.- Surge la duda de cuál es la fuente real de filiación en estos casos, pues se habla de filiación por naturaleza, pero la verdad biológica es expresamente negada como fuente de la presunción.
- De alguna manera, la voluntad procreacional que rige en el proyecto para los casos de técnicas de fecundación artificial también está presente en la filiación por naturaleza, al menos en tanto se presume que la cónyuge-mujer consiente la filiación que se le adjudica por ley.
- Se legaliza una figura que se asemeja mucho al denominado reconocimiento complaciente.
- Se generan legalmente vínculos filiatorios deliberadamente contradictorios con la verdad biológica y por tanto sumamente débiles.
- Se priva al niño de uno de los elementos de su identidad biológica, el padre.
- Se impone al niño una filiación sumamente endeble desde lo jurídico, que incluso puede ser impugnada por cualquiera de los intervinientes en el caso.

Estas consideraciones se orientan a señalar las graves incoherencias que subyacen en la regulación propuesta por el proyecto en torno a la filiación, incoherencias que importan la violación de derechos fundamentales de los niños, cuyo interés superior debería ser el principio rector en la materia.

(1) Ver los debates del tema en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

(2) Nuestra primera aproximación al tema de la filiación en las técnicas de fecundación artificial en el proyecto puede verse en LAFFERRIERE, Jorge N., "Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012", publicado en EIDial.com, 4 de julio de 2012, DC18C8.

(3) Analizamos la situación sin perjuicio de las objeciones de fondo que tenemos en este tema sobre la afectación del interés superior del niño, su derecho a la identidad y a la vida familiar, a partir de los denominados «matrimonios de personas del mismo sexo».

(4) Consideramos que el proyecto tiene en este método poco rigor sistemático y demuestra las inconsistencias de imponer a losínculos filiatorios naturales de maternidad y paternidad una visión ideologizada centrada en los deseos de los adultos.

(5) Ver LAFFERRIERE, Jorge N., "Visión crítica del anteproyecto de reforma del Código Civil sobre filiación", Publicado en Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, 1 (2012).

(*) Abogado, UBA. Doctor en Ciencias Jurídicas, UCA. Profesor de Derecho Civil, UCA y UBA. Director de Investigación Jurídica Aplicada, UCA. Ex secretario académico, UCA. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.