

## Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia. La desprotección legal de los niños y niñas en la determinación de la paternidad matrimonial

POR NÉLIDA BEROCH (\*)

**Sumario:** I. Introducción. — II. Justificación del problema. — III. Some-  
ro comentario sobre la ley 23.264. — IV. Breve concepto y diferencias  
entre ficción jurídica y presunción - Riesgos de las ficciones jurídi-  
cas. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía. — VII. Concisa referencia  
a las reformas introducidas por el Anteproyecto de Código Civil y Co-  
mercial de la Nación.

### Resumen

*Objetivo:* describir, analizar y recapacitar sobre el contenido y alcance del artículo 243 del Código Civil, buscar soluciones luego de la sanción de la ley 26.618. *Metodología:* análisis de la ley 26.618, de la Convención sobre los derechos del Niño, recolección de material bibliográfico. Se observó que no hubo proyectos legislativos nacionales antes de la reforma. Analicé si se siguió un orden metodológico al redactar los nuevos artículos de la ley. Comencé el trabajo desde lo general hasta llegar al tema, respetando las opiniones de los especialistas. Señalo que la ley 26.618 puede ser reformada para modificar las incongruencias. *Resultados:* La ponencia fue seleccionada, expuesta y aprobada por mayoría en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán, año 2011. *Conclusiones relevantes:* La presunción legal del art. 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618). Es necesaria su reforma, evitar la ineficacia de la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales.

**Palabras clave:** Niño - Niña - Discriminación - Identidad - Ficción - Ineficacia

### Resumo

*Objetivo:* descrever, analisar e recapacitar sobre o conteúdo e alcance do artigo 243 do Código Civil, buscar soluções após a sanção da Lei 26.618. *Metodologia:* análise da Lei 26.618, da Convenção sobre os Direitos da Criança, recolhimento de material bibliográfico. Observou-se que não houve projetos legislativos nacionais antes da reforma. Analisei se foi seguida uma ordem metodológica ao relatar os novos artigos da Lei. Comecei o trabalho a partir do geral até chegar ao tema principal, respeitando as opiniões dos especialistas. Sinalizo que a Lei 26.618 pode ser reformada para modificar as incongruências. *Resultados:* A proposta foi selecionada, exposta e aprovada pela maioria nas XXIII Jornadas Nacionais de Direito Civil de Tucumán, ano 2011.- *Conclusões relevantes:* A presunção legal do art. 243 do Código Civil foi transformado em uma ficção legal em desmedro dos Direitos da Criança, após a incorporação do matrimônio entre pessoas de mesmo sexo (Lei 26.618 ). É necessária sua reforma, evitar a ineficácia da Convenção sobre os Direitos da Criança e outros Tratados Internacionais.

**Palavras chave:** Criança - Menina - Discriminação - Identidade - Ficção - Ineficácia

---

(\*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Civil V, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

## I. Introducción

En esta oportunidad abordaré solamente uno de los temas considerado conflictivo por los doctri-  
narios en la materia después de entrada en vigencia la ley 26.618 que modificó el régimen del matri-  
monio en el Código Civil Argentino.

Tal como lo prescribe el nuevo artículo 172, a partir de su reforma, se otorgan los mismos efectos al  
matrimonio heterosexual y al habido entre personas del mismo sexo.

El artículo 172 del Código Civil dispone: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el  
pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad  
competente para celebrarlo.

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

“El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes  
hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Es mi objetivo a través de este trabajo describir, analizar y recapacitar sobre el contenido y alcance  
de la norma que se encuentra prevista en el artículo 243 del referido cuerpo legal en el Libro I - Sec-  
ción II - Título II - Capítulo III, la que a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.618, debería ser  
modificada.

En efecto, el tema que motivó este análisis es el relativo a la presunción de la determinación de la  
paternidad matrimonial estatuido en nuestro código de fondo, dejando constancia que el presente  
es coincidente con el contenido de la ponencia que oportunamente presenté en las XXIII Jornadas  
Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Universidad Nacional de Tucumán, los días 29, 30 de  
Setiembre y 1 de Octubre de 2011, que, al igual que otras del mismo tenor, fueron aprobadas por ma-  
yoría de los ponentes de la Comisión Nº 6: Efectos de la Ley 26.618 en el Derecho de Familia.

Mi preocupación radicó en la incongruencia jurídica en la que se encuentran sometidos los niños  
cuando pretendemos interpretar el contenido del artículo 243 del Código Civil a la luz del matrimonio  
entre personas del mismo sexo.

La interpretación de la presunción no puede realizarse, se puede deducir que el niño/a se encuen-  
tra impedido de conocer su identidad biológica paterna, derecho éste amparado por la Constitución  
Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Considero que, luego de la reforma introducida por la ley que regula el matrimonio entre personas  
del mismo sexo, algunos artículos del Libro I - Sección II resultan parcialmente ineficaces y, en algu-  
nos casos, llegan a menoscabar los derechos estatuidos a favor de nuestros niños/as en la Convención  
sobre los Derechos del Niño.

El derecho a conocer la identidad biológica es un derecho fundamental que tiene todo ser humano  
y con respecto a los niños se encuentra legislado en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los De-  
rechos de Niño, que a continuación transcribo:

“Artículo 7: 1.El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho  
desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a  
sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación  
nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales perti-  
nentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

“Artículo 8: 1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su  
identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley  
sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”

Estimo que es importante para todos los integrantes de esta sociedad que no existan lagunas en nuestro ordenamiento jurídico y que los operadores jurídicos que tienen a su cargo el estudio de la reforma de nuestro Código Civil puedan arribar a un acuerdo y solucionar los problemas interpretativos que se presentan sobre este tema y otros que también se debatieron en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Se hace necesario que arbitremos los medios en búsqueda de soluciones legislativas para la adecuación de las normas sobre filiación y otras instituciones.

A tal fin, al interpretar los dichos de Sajón expuestos en la página 95 de su libro editado en el año 1995, se puede considerar que la acción estatal, comunitaria y familiar, debe armonizarse y conciliarse de tal manera que al niño, al joven, pueda dársele la relevante posibilidad de abrir su espíritu al profundo sentido trascendente de la vida; y, la elección que él pueda efectuar después para ser libre, debe estar basada en los medios de información y participación que se le brinden los que, de manera alguna pueden negársele para su perfección espiritual y su bienestar material.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, confiere jerarquía constitucional a las disposiciones de los tratados internacionales que unen a nuestro país con otros países; entre ellos tiene jerarquía constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño.

Expresa D’Antonio (2001: 10): “La adopción por nuestro país, mediante la ley 23.849, y la posterior consagración del carácter constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyen dos hitos esenciales en el progreso del reconocimiento de la condición del menor como sujeto de derecho.”

Al realizar un estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado, con posterioridad a la reforma de la ley 26.618, Graciela Medina (2010), “advierte que la norma tiene muchas lagunas que el intérprete deberá completar y cree que el conocimiento del derecho comparado podrá ayudar a aplicar la confusa y contradictoria ley, y en su caso, a reformarla.”

Al no contener la ley 26.618 “una reforma institucional profunda”, como dice la jurista mencionada, fueron muchos los interrogantes que personalmente me he planteado.

Por este motivo y también a modo de introito deseo transmitir algunas de las preguntas que me surgieron cuando comencé a analizar la temática propuesta, las que seguidamente transcribo:

- ¿Actualmente la presunción de paternidad matrimonial (artículo 243 del Código Civil) es eficaz?
- ¿Reapareció la discriminación entre hijos matrimoniales de personas de distinto e igual sexo, (realizando una comparación con los contextos discriminatorios que habían desaparecido con la ley 23.264)?
- ¿Los niños se pueden amparar en las disposiciones de la Convención sobre sus derechos y en el Pacto de San José de Costa Rica para conocer su identidad y/o promover acciones luego de la modificación de nuestro Código Civil por la ley 26.618?

Al intentar dar respuesta a estos cuestionamientos, inevitablemente pensé en la necesidad de una seria reforma del Código Civil a fin de evitar que las lagunas ya existentes provoquen interpretaciones diferentes que perjudiquen los reales derechos de los justiciables.

Los motivos expresados en los párrafos precedentes me hicieron reflexionar y plantear las siguientes ponencias en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil:

a) La presunción legal estatuida por el artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618).

b) Es imprescindible que los operadores del derecho, legisladores, comunidad en general y el Estado nos aboquemos al estudio de las incongruencias y defectos contenidos en la ley 26.618 con relación a la filiación y con una mirada que proteja a los niños/as como sujetos de derecho, a fin que no resulten ineficaces algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional.

## II. Justificación del problema

A fin de explicar el objetivo de este trabajo, destaco la opinión de Graciela Medina en el estudio que realizó sobre este tema en el cual expuso que la modificación legislativa que permitió celebrar matrimonio entre dos personas de igual sexo es una modificación radical, un cambio abrupto del sistema, que tiene muchas lagunas.

A nivel nacional no existen antecedentes, en las normas de nuestro Código Civil nunca se legisló sobre el matrimonio de personas del mismo sexo.

En el orden provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó la ley N° 1.004, que fuera sancionada el 12 de diciembre de 2002 y reglamentada el 27 de enero de 2003.

La ley mencionada estipulaba en el Artículo 1°: Unión Civil. A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual.

Así también la provincia de Río Negro aprobó la ley de convivencia homosexual N° 3376, el 17 de diciembre de 2002.

En su Artículo 1° estatúa: Las parejas del mismo sexo podrán efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia ante la autoridad competente.

Sin embargo, es dable aclarar que, la ley 26.618 fue sancionada sin escucharse el pedido de doctri-narios y senadores que solicitaron su revisión y corrección para dar inmediata solución a las incongruencias del nuevo matrimonio con otras instituciones que no fueron modificadas por esta ley.

En síntesis se hace necesaria la revisión y posterior reforma de los artículos que presentan mayores problemas interpretativos, entre ellos: el relativo a la filiación.

Es imperioso reconocer que los efectos jurídicos que tiene el actual matrimonio en el estado civil de los contrayentes y en la filiación contravienen la efectividad de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir su operatividad en correlación con normas del derecho interno.

Compete a los órganos legislativos tomar las medidas necesarias para adecuar la legislación interna a lo dispuesto por la norma internacional.

Tal obligación surge indudablemente de los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Artículo 3- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

“Artículo 4 – Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

Sobre el tema, Calvento Solari en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, en Panamá en el año 1996, mencionado por D’Antonio (2001:53), ha señalado que la consideración de la persona del niño en el derecho internacional es objeto de atención por parte de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, destacando la labor de esta última en el plano de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, cuya labor se inició en 1984.

Afirma Zarini, (1998:136) que no basta con consagrar el principio de supremacía constitucional; es necesario, además, organizar el procedimiento que lo haga efectivo.

### III. Somero comentario sobre la ley 23.264

En nuestro carácter de operadores jurídicos debemos recordar brevemente la importancia que revistió para los niños y niñas la reforma introducida por la ley 23.264 tanto en filiación como en patria potestad.

Dice el artículo 240 de nuestro Código Civil (texto según 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”.

Nuestros legisladores introdujeron en la legislación interna lo postulado en la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica.

Específicamente, y en cuanto al tema de filiación, la equiparación entre las filiaciones se refiere al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que se originan por la procreación humana.

Al respecto, dicen Bossert y Zannoni (1987:19):

“El ciclo que inaugura ahora la ley 23.264, importa la culminación del proceso de evolución hacia la absoluta igualdad de filiaciones...”

Asimismo ambos juristas manifiestan que: “La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad queda, jurídicamente, determinada.”

Determinación es, entonces – como la definen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (1982:604) la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

Esta presunción de la paternidad matrimonial, más allá de las diferentes teorías que se formularon para justificarla y cuyo análisis excede el motivo de esta presentación, tiene su fundamento en el Derecho Romano; Paulo afirmaba que: “pater is est quem iustae nuptiae demonstrant”, sostenido por Bossert y Zannoni en su obra (1987: 39).

En cuanto a la determinación de la maternidad siempre es por el parto; sin embargo es diferente el tratamiento legal de la determinación de la paternidad.

En el supuesto de la paternidad matrimonial, motivo de este trabajo, se determina por la presunción legal, siendo susceptible de ser impugnada.

A modo de síntesis, la presunción de paternidad matrimonial requiere: A) que la filiación materna se encuentre determinada y acreditada, B) matrimonio entre la madre biológica y su marido (ma-

trimonio heterosexual), C) nacimiento del hijo después de celebrado el matrimonio y dentro de los plazos permitidos por el Código Civil.

Seguidamente transcribiré los artículos contenidos en el Código Civil que regulan la determinación de la maternidad y paternidad matrimonial.

“Artículo 242 Código Civil: Determinación de la maternidad: 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 que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.”

“Artículo 243 Código Civil: Determinación de la paternidad matrimonial: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o 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 del matrimonio, salvo prueba en contrario.”

Al explicar este tema afirma Perrino (2011:1729) que: el fundamento de la presunción que se encuentra prevista en el artículo 243 del Código Civil, se sustenta en dos elementos: a) el parto de la madre y b) el matrimonio, y de allí se deriva que ese hijo tiene por padre el marido de la madre.

Seguidamente el citado autor expresa que: “La presunción, a su vez, encuentra sustento en otra premisa consistente en que se presume que la mujer sólo ha mantenido relaciones sexuales con su marido al tiempo de la concepción, pues parte del principio de exclusividad que rige el cumplimiento del débito conyugal.”

Es decir que esta presunción hace operativos los deberes de fidelidad y cohabitación (arts. 198 y 199, CCiv.).

“Artículo 198 Código Civil: (Texto según ley 23.515): Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.”

“Artículo 199 Código Civil: (Texto según ley 23.515): Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.”

La presunción sobre la paternidad del marido es *iuris tantum*, admite prueba en contrario que podrá acreditarse por ejemplo en las siguientes situaciones: 1) en la inexistencia de relaciones sexuales entre los cónyuges al tiempo de la concepción, 2) que no ha mediado inseminación extracorpórea con semen del marido en la misma época, 3) que el hijo fue engendrado por un tercero, fehacientemente acreditado, como dice Grosman (1995: 243)

#### **IV. Breve concepto y diferencias entre ficción jurídica y presunción. Riesgos de las ficciones jurídicas**

En este apartado, es pertinente justificar el planteo que realicé al decir, al comienzo del trabajo, que la presunción legal estatuida del artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618). Por estos

motivos realizo un breve análisis de los conceptos ficción y presunción jurídicas, como así también sus diferencias.

a) Concepto de ficción jurídica:

En principio entiendo que es menester circunscribir el concepto de “ficción jurídica”, como un instrumento de la Técnica Jurídica que es.

En Enciclopedia Jurídica Omeba se la ha definido como “un supuesto jurídico que se basa en algo que en realidad no existe.”

Ello implica que el Derecho suponga siempre, tratándose de ficciones, situaciones que no concuerdan con la realidad y por tal motivo se las ha denominado doctrinariamente como “mentiras técnicas”, o “mentiras convencionales”, de allí también que se hable de una verdad jurídica que se contrapone a la verdad real.

Coincide con el concepto Fernández de León (1955:177) quien define la ficción en estos términos: “Mentira, fingimiento, simulación o encubrimiento de la verdad. Tratar de hacer creer lo que no es cierto.

Suposición que hace la ley atribuyendo a una persona o cosa cualidades que no tiene, para establecer algún derecho como si las tuviera”.

En Escriche (1912:689) también se encuentra definida la ficción como

“Una suposición que hace la ley dando a una persona o cosa una calidad que no le es natural, para establecer en su consecuencia cierta disposición que de otro modo parecería repugnante.

La ficción obra los mismos efectos que la verdad, y por tanto debe imitarla sin presentar cosa alguna que sea contraria a la verosimilitud, y sin que se extienda a lo que por la naturaleza de las cosas es imposible.

Más como las ficciones se han introducido para hacer admitir un derecho particular contra las reglas ordinarias, deben limitarse precisamente al caso que se halla expreso en la ley, sin extenderse de uno a otro, por mucha que sea la identidad de las razones (...)

Ficción es también la simulación con que se pretende encubrir la verdad, o hacer creer lo que no es cierto.”

b) Concepto de presunción:

Previo a definir su alcance, es menester aclarar que la presunción también es utilizada como procedimiento de la Técnica Jurídica.

Conforme al Diccionario de la lengua española (1970: 261), presunción es “Acción y efecto de presumir”, en tanto presumir es: “Sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello”.

Jurídicamente se la ha definido como “un conjunto de medios y formas, más o menos artificiosas, destinadas a hacer eficaz una norma en el medio social que debe regir”.

Asimismo, también se la considera como la inferencia o deducción que partiendo del hecho indicador se extrae por medio de un juicio silogístico.

Fernández de León (1955: 264) la define como:

“conjetura o indicio que se deduce, ya del modo como los hombres se conducen, generalmente, ya de las leyes de la Naturaleza.

También es una presunción, derivada por la ley o por el magistrado, de un hecho conocido, para averiguar otro hecho desconocido o incierto.

La primera especie de presunción se califica como del hombre o “de hecho”, y la segunda, constituye la presunción legal o “de derecho”.

Esta última admite a su vez distinguir entre la presunción legal absoluta o “juris et de jure”, que no admite prueba en contrario, y la simple o “juris tantum” en la que el hecho presunto se tiene por verdadero mientras no se pruebe que no lo es.

En la prueba de presunciones, para ser admitidas deben ser graves, precisas y concordantes, y fundadas en hechos reales y probados”.

En Escriche (1912: 1379) se puede leer el concepto de presunción, donde el autor dice:

“La conjetura o indicio que sacamos, y del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien: la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto. “

“Hay pues dos especies de presunción: a saber, una determinada por la ley, que se llama presunción legal o de derecho, y otra que forma el juez por las circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, y se llama presunción de hombre.”

“La primera es de dos clases: pues o tiene tal grado de fuerza que contra ella no se admite prueba, y entonces se llama presunción juris et de jure, de derecho y por derecho; o sólo se considera cierta mientras no se pruebe lo contrario, y en tal caso se llama presunción juris, de sólo derecho.”

“La presunción juris et de jure, estando bien determinada por la ley, es bastante para probar plenamente; y la presunción juris del mismo modo, no probándose lo contrario. Las presunciones de hombre, que son las que están establecidas por la ley, sólo hacen semiplena probanza mas o menos fuerte según el grado de probabilidad, y quedan abandonadas a las luces y a la prudencia el magistrado, que no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes; graves, porque es preciso que el hecho conocido en que se apoya la presunción haga sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca; precisas, porque la presunción no debe ser vaga ni capaz de aplicarse a muchas circunstancias; concordantes, pues las presunciones no deben destruirse las unas a las otras.”

#### c) Diferencias entre ficción y presunción:

De acuerdo a lo referido precedentemente, se podría determinar alguna de las diferencias entre ficción y presunción: la primera, es la afirmación de un hecho que puede ser contrario a la verdad real, la segunda es un medio lógico de alcanzar la verdad o la certeza de un hecho determinado; la ficción sustituye la realidad por una “fantasía”, en cambio la presunción partiendo de una realidad (hecho comprobado), logra la verdad o certeza del hecho a comprobar; la ficción no admite prueba en contrario, sí la admite la presunción. Juris tantum, no así la presunción juris et de jure.-

#### d) Riesgos de las ficciones jurídicas:

Ciertamente que la ficción empleada por la ciencia del Derecho para mantener el sistema legal en un “Statu quo”, conduce al “conservadorismo jurídico”, impidiendo de esta manera el progreso del Derecho que los cambios sociales inevitablemente demandan.

Ese conservadorismo funciona como bloqueo a la imaginación de nuevas propuestas.

No menos peligrosa es la consecuencia de pretender a las ficciones jurídicas como reflejos de la realidad, puesto que aquellas son creaciones del intelecto, construcciones jurídicas tendenciosas, según el fin que se propongan; incluso en la derivación de tomar una ficción como real se corre el riesgo de que si la aplicamos caeríamos irremediabilmente en conclusiones absurdas e injustas.

Otro peligro está representado por la utilización de las ficciones jurídicas para el encubrimiento de medidas injustas; esto trae aparejado el abuso de dicho recurso técnico.

## V. Conclusiones

A modo de colofón, deseo expresar mi preocupación sobre la necesidad de que todos los operadores del derecho arbitremos los medios en búsqueda de soluciones legislativas para la adecuación de las normas sobre filiación luego de la reforma introducida por la ley que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo y que, en algunos casos, puede llegar a menoscabar los derechos estatuidos a favor de nuestros niños/as en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, confiere jerarquía constitucional a las disposiciones de los tratados internacionales; entre ellos tiene jerarquía constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño.

Expresa D'Antonio (2001:10): "La adopción por nuestro país, mediante la ley 23.849, y la posterior consagración del carácter constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyen dos hitos esenciales en el progreso del reconocimiento de la condición del menor como sujeto de derecho."

La ley 26.061 que fuera sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre de 2005 y publicada el 26 de octubre de 2005 en el Título I- Disposiciones Generales, artículos primero, segundo y tercero, regula sobre su objeto, la aplicación obligatoria de la misma y define el concepto que le asigna al interés superior del niño en los siguientes términos:

"Artículo 1º.- Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces."

"Artículo 2º.- Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, individuales e intransferibles.

"Artículo 3º.- Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Al concluir la lectura de estos tres artículos, no se puede desconocer que los efectos jurídicos que surgen de la normativa que regula el matrimonio entre personas de distinto e igual sexo con respecto a lo dispuesto por la ley 23.264 en materia de filiación, contravienen la efectividad de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir su operatividad en correlación con normas del derecho interno.

En síntesis se hace necesaria la revisión y posterior reforma de la normativa que, efectivamente, presenta mayores problemas interpretativos: la relativa a la filiación.

Compete a los órganos legislativos tomar las medidas necesarias para adecuar la legislación interna a lo dispuesto por la norma internacional.

Es dable preguntarnos:

- ¿Actualmente la presunción de paternidad matrimonial (artículo 243 del Código Civil) es eficaz?
- ¿Reapareció la discriminación entre hijos matrimoniales de personas de distinto e igual sexo, (realizando una comparación con los contextos discriminatorios que habían desaparecido con la ley 23.264)?

- ¿Los niños se pueden amparar en las disposiciones de la Convención sobre sus derechos y en el Pacto de San José de Costa Rica para conocer su identidad y/o promover acciones luego de la modificación de nuestro Código Civil por la ley 26.618?

Reitero, los motivos expresados en los párrafos precedentes me hicieron reflexionar y plantear las siguientes ponencias en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

a) La presunción legal estatuida por el artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618).

b) Es imprescindible que los operadores del derecho, legisladores, comunidad en general y el Estado nos aboquemos al estudio de las incongruencias y defectos contenidos en la ley 26.618 con relación a la filiación y con una mirada que proteja a los niños/as como sujetos de derecho, a fin que no resulten ineficaces algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional.

Dicen Bossert y Zannoni (1987: 57) “para que las presunciones que en esta materia consagra la ley no caigan peligrosamente en el terreno de las ficciones, es menester tener bien claro el hecho que las nutre.”

Se trata de presupuestos biológicos que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Además, la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal lo tácticamente verosímil. En caso contrario, la presunción entra en el ámbito de lo absurdo.

## VI. Bibliografía

ARGENTINA. Código Civil. Comentado y anotado. Buenos Aires: La Ley, 2011, t. 1.

BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Depalma, 1987.

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Régimen legal de filiación y patria potestad – Ley 23.264. Buenos Aires: Astrea, 1987.

CALVENTO SOLARI, Ubaldino. Derecho internacional interamericano sobre niñez. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, "Derecho Familiar, Unidad y Acción para el Siglo XXI". Panamá: Centro de Convenciones Atlapa, 1996.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. Convención sobre los Derechos del Niño: Análisis de su contenido normativo. Aplicación jurisprudencial. Buenos Aires: Astrea, 2001.

Diccionario Enciclopédico Salvat. Buenos Aires: Salvat, 1989, t. 5.

Enciclopedia jurídica Omeba. Buenos Aires: Omeba, 1987, t. 12 y 16.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Novísima edición. París: Librería de la Vda. de C. Bouret, 1912.

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. Diccionario jurídico. Buenos Aires: Zavalía, 1955.

GROSMAN, Cecilia. Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, t. 1.

LACRUZ BERDEJO, José L. y SANTO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho de familia. Barcelona: Bosch, 1982.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. Tratado de derecho de familia. Buenos Aires: La Ley, 2006

MEDINA, Graciela. "Matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado. Filiación, objeción de conciencia, matrimonio entre extranjeros y constitucionalidad", EN: Revista derecho de familia y de las personas, Buenos Aires, Noviembre 2010, 13.

PERRINO, Jorge O. Derecho de familia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, t. 2

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa Calpe, 1970.

SAJÓN, Rafael. Derecho de menores. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995

ZARINI, Helio J. Constitución argentina. Comentada y concordada. Buenos Aires: Astrea. 1998.

## **VII. Concisa referencia a las reformas introducidas por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

En primer término hago público mi reconocimiento y agradecimiento a las autoridades y personal de la Hemeroteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Social de la U.N.L.P. que con posterioridad a la celebración de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, gentilmente me proporcionaron el texto completo del contenido del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación – Articulado y Legislación Complementaria – 2012.

Esta circunstancia tan significativa en el tema filiación, motivo de la ponencia que defendí en las Jornadas Nacionales, da la oportunidad de una retroalimentación para ser concisamente comentada a fin de comprender la nueva normativa propuesta.

A tales fines, y comparando el anteproyecto con los interrogantes expuestos en el decurso del presente trabajo intentaré contestar los mismos, con la mirada puesta en el nuevo cuerpo legal.

Actualmente deberíamos preguntarnos:

- ¿En el Anteproyecto de reforma al Código Civil se modificó la presunción de paternidad matrimonial para que la misma resulte eficaz?

Con un enfoque gramatical se puede considerar que en el Título V – Filiación – CAPITULO 1 – Disposiciones generales, el legislador parte de un nuevo concepto que textualmente dice:

“Artículo 558: Fuentes de la filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida pueden ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

- ¿Se mantiene en el Anteproyecto alguna discriminación entre hijos matrimoniales de personas de distinto e igual sexo?

La respuesta a esta pregunta y completando el último párrafo del artículo 558 puede también considerarse que se encuentra legislada en el artículo 559, en los siguientes términos:

“Artículo 559: Certificado de nacimiento: El Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Efectivamente, la presunción legal estatuida por el actual artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal. Esta situación legal perjudica los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, por los motivos expuestos en la ponencia.

Consecuentemente se puede comprobar que el anteproyecto a fin de evitar lagunas legales, reforma el Código Civil y en los Capítulos 3 y 4 modifica el contenido y alcances sobre la determinación de la maternidad, formas de determinación, suprimiendo la determinación legal de paternidad matrimonial en los artículos que a continuación se transcribirán:

“CAPITULO 3 – Determinación de la maternidad – ARTICULO 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 correspondiere, 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.”

“CAPITULO 4 – Determinación de la filiación matrimonial – ARTICULO 569.- Formas de determinación.- La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:

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

b) Por sentencia firme en juicio de filiación;

c) En los supuestos de técnica de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro Civil de Estado y Capacidad de las Personas.”

En la ponencia quedó plasmada la necesidad que los operadores del derecho, legisladores, comunidad en general y el Estado nos aboquemos al estudio de las incongruencias y defectos que contiene el actual Código Civil al regular sobre filiación.

Se hace necesaria una mirada que proteja a los niños/as como sujetos de derecho, con la finalidad que no se transforme en ineficaz lo prescripto por la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional.

Al respecto es interesante destacar el contenido de la norma sobre el derecho a la información incorporada por el Anteproyecto cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida.

“ARTICULO 564: Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas puede:

a) Revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevía la ley local.

b) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.”

Como epílogo se podría considerar que, mediante el contenido de estas normas no se encuentran vulnerados los derechos de los niños/as previstos por la Convención sobre los derechos del niño y prescriptos en el Pacto de San José de Costa Rica para conocer su identidad y/o promover otras acciones luego de la modificación de nuestro Código Civil por la ley 26.618.