

DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL TEXTO ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ¿VOLVER AL FUTURO?

Ezequiel Caride

Universidad Católica Argentina
ezequielcaride22@gmail.com

Recibido: 23/03/2023

Aceptado: 28/03/2023

Resumen

El trabajo revisa la determinación de la maternidad en el texto original del Código Civil. Sobre esa base, concluye que nuestro anterior sistema civil estableció la relación materno-filial basada, en algunos casos, en la voluntad de la mujer, que se asemeja a la legislación civil proyectada y sus dilemas.

Palabras clave: determinación de la maternidad, Vélez Sarsfield, movimiento de codificación, reconocimiento individual, filiación desconocida, Código Civil y Comercial.

Maternity Determination in the Original Text of the Argentine Civil Code. Back to the Future?

Abstract

This article reviews maternity determination in the original text of the Civil Code. On this basis, it finds that our past civil system established the mother-child relationship based, in some cases, on women's will, which resembles current bills for civil legislation and the related dilemmas.

Key words: maternity determination, Vélez Sarsfield, codification movement, individual recognition, unknown affiliation, Civil and Commercial Code.

1. Introducción

En los fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), se indicó que la nueva legislación propuesta en materia de filiación traía entre sus novedades el criterio de la “voluntad procreacional” para determinar la maternidad y la paternidad producida mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), con independencia del nexo genético y del parto de la gestante en la creación del vínculo filial (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012, pp. 587-589). Ello, sin perjuicio de que el “parto de la gestante” terminó siendo una de las reglas para determinar la filiación en las TRHA en la redacción final de nuestra legislación vigente.¹

A partir de ese dato, parece adecuado analizar el proceso y contenido de determinados aspectos de la codificación decimonónica, los cuales pueden tender puentes entre la originalidad alegada en la legislación proyectada y el derecho civil pretérito, y examinar la posible “restauración” de la eficacia de atribuciones voluntaristas de los adultos implicados en la relación filial que se daba en el texto original del Código Civil argentino.

En los hechos históricos, en general, se da un fenómeno que legítimamente se puede trasladar a la historia del derecho, donde se contemplan quiebres que son anunciados en forma estentórea y, paralelamente, continuidades que se disimulan y quedan en la invisibilidad comunicacional (Luna, 1992), por lo que, más allá de las fracturas en el orden jurídico que se proclaman con pregones, tambores y bandos,² se pueden encontrar respuestas del derecho que perviven y resisten el paso del tiempo, de modo constante, y que se pueden rastrear en todo momento.

Por todo ello, en este trabajo se tratará la siguiente cuestión: ¿se establecieron casos en el texto original del Código Civil argentino donde la voluntad de la mujer fuera el factor preponderante para determinar la maternidad por sobre otros componentes, como el hecho del parto?

Para responder a la cuestión, se extraerán datos del período de la codificación y las implicancias sustantivas del proceso y se delimitarán las directrices de emplazamiento materno-filial del texto legal pretérito, valorando a tal fin sus fuentes, los lineamientos de la jurisprudencia, el análisis de comentaristas y doctrinarios y la influencia de costumbres, prácticas sociales y nuevas tecnologías que fueron aconteciendo en su vigencia.

1 Cf. artículo 562 del CCC.

2 Hoy, por medios de comunicación audiovisual y redes sociales digitales.

Por último, se presentará una conclusión sobre la cuestión tratada como consecuencia de las consideraciones precedentes.

2. El movimiento de la codificación

Resulta conveniente analizar someramente las características, ideario y finalidad del movimiento codificador decimonónico para comprender con mayor profundidad el sentido y alcances de la normativa civil pretérita, objeto del presente trabajo.

La cultura de los códigos se dio dentro de un afán totalizador del Estado en orden al derecho, que les quitaba fuerza normativa tanto a las costumbres como a los principios generales del derecho sobre la base de la abdicación del derecho existente en la comunidad con una prolongada raíz histórica (Mosset Iturraspe, 1979).

Ideas que se replicaron en el proceso de recodificación en el país, donde prevaleció el derecho como obra de una voluntad momentánea o recién formulada, claudicando a un legislador iconoclasta que dejó de lado el derecho consolidado por generaciones y toda la vasta tarea cultural en torno suyo para responder a los problemas sociales nuevos, huérfanos de un derecho usual y con práctica forense (Negri, 2015).

Como se dijo en época cercana a la sanción del Código, aun cuando las leyes tienen influencia decisiva en la dirección social, ellas no forman las costumbres del país, no deben contrariarlas abiertamente para no chocar contra la muralla de las generaciones que pasaron, y, para ser eficaces, deben responder a necesidades verdaderas de la vida comunitaria (Machado, 1898).

En la defensa de la codificación se sostuvo la necesidad de normas estables, orgánicas y sistémicas para contribuir a la seguridad jurídica, y también se indicó que la estabilidad del Código le otorgaba funciones unificadoras, de garantía y mediación que trascienden a las leyes ordinarias y que lo posicionan como centro del sistema político jurídico, en consonancia con el origen etimológico del término latino *codex*, que en su primera acepción significa “tronco de árbol despojado de ramas” (Alterini, 2005). Como dijo uno de sus primeros comentaristas: “El Código se basta a sí mismo” (Segovia, 1881, p. 18).

Pero el movimiento codificador no intentaba sólo una renovación de la técnica legislativa, sino que también giraba en torno a una nueva concepción del derecho; buscaba transformar radicalmente el método y los principios del antiguo régimen jurídico –sus raíces se remontaban a la reforma religiosa del

siglo XVI y al racionalismo filosófico del siglo XVII- y sus caracteres eran la sistematización, racionalización, secularización y positivismo del Estado (Tau Anzoátegui, 1977).

En ese sentido, resulta sugerente la crítica del codificador a la tradición legislativa de Inglaterra como tierra de los precedentes sin codificación, donde señala la existencia de dos poderes legislativos: uno manifiesto, que crea la ley escrita *status law*, y otro oculto, que declara la ley tradicional *common law*, que ocasionaba dificultades en la formación de abogados y jueces, ignorancia de sus derechos en la vida cotidiana de los hombres legos en el oficio jurídico y el estancamiento de la ley civil, por lo que el arbitrio del juez resultaba, en definitiva, la ley suprema (Vélez Sarsfield, 1920).

La perfección del sistema codificador culminó a fines del siglo XIX con la construcción de un sistema dogmático de derecho civil, de positivismo científico, que aparecía con postulados de plenitud, organización metódica y totalmente independiente de la realidad social, política y económica que regulaba, destacándose como un derecho de juristas y para juristas que prescindía de la ley eterna y del derecho natural como fundamentos de la estructura jurídica. Asimismo, exaltaba a la ley como fuente principal, casi exclusiva, del derecho, reduciéndose de ese modo el campo de la interpretación jurídica (Tau Anzoátegui, 1977).

En este aspecto, en el proceso codificador decimonónico se dio una fricción institucional con las nuevas ideas del derecho público en relación con la “noción de ley” como voluntad del pueblo y como expresión de la esencial igualdad de los ciudadanos y el orden social democrático.

Por un lado, en la cultura de los códigos se argumentaba a favor de la “absolutización” legislativa, de la preferencia de la ley entre las fuentes del derecho por su vinculación con la voluntad popular y de la interpretación exegética de la ley, a fin de evitar la estructura de la cultura jurídica anterior, abierta a los comentarios de autores, al arbitrio judicial, a la equidad y a la experiencia y prudencia de los juristas.

Pero, por otra parte, se postulaba en relación con la fuerza normativa del Código Civil, que se sostenía en la autoridad de su autor, su criterio científico y su fuente en expertos y obras extranjeras de la época, “quienes fueron los que en realidad legislaron”, y no en su sanción parlamentaria, que fue a libro cerrado al considerarse que el Poder Legislativo no podía realizar una labor desapasionada y eminentemente técnica por carecer de ciencia y sosiego para redactar una buena ley (Polotto, 2020).

El Código Civil argentino se redactó y se sancionó en pleno movimiento codificador en el país, concepto que surgió con fuerza a partir de la finalización del régimen instaurado por Juan Manuel de Rosas, aun cuando se pueden encontrar algunos antecedentes previos, y tenía el propósito de reformar la legislación común para adecuarla a la organización política establecida en el derecho público patrio y derogar el sistema jurídico preexistente.

En los precedentes constitucionales argentinos no se hacía referencia a la codificación, ya que no se la menciona ni en el Reglamento Provisorio de 1817 ni en las constituciones de 1819 y 1826; pero en el texto de la Constitución sancionada en 1853, aparece por primera vez en nuestro país que la reforma de la legislación debía encararse mediante la formulación de “códigos” y que, además, debían ser “nacionales” (Díaz Couselo, 2000).

En el caso del código velezano, su texto recibió comentarios laudatorios y panegíricos (Segovia, 1881; Varela, 1873), pero, al mismo tiempo, se le formularon reparos y observaciones por su técnica legislativa (Cháneton, 1937). Además, sufrió juicios críticos de índole política, como, entre otros, su disparidad con la organización estatal como federación y el orden social democrático, su inspiración en fuentes extranjeras que carecían de la autoridad que otorga la experiencia en el lugar (Alberdi, 1920) y también por considerarlo uno de los instrumentos de vasallaje del país con relación a la política expansionista del Imperio brasileño en el Río de la Plata (Alberdi, 1899).

Pero más allá de los elogios, críticas y posibles deficiencias que se señalaron al Código Civil, resulta importante apreciar las leyes con criterio práctico en relación con los caracteres de la época en la que se originó la legislación (Varela, 1873).

En ese tiempo, se refería a las leyes civiles abarcando las dos instituciones sociales de la “familia” y de la “propiedad” y sus relaciones recíprocas (Rivarola, 1901) con un criterio “individualista”, en el que prevalecía la “autonomía de la voluntad” como corolario de los derechos absolutos proclamados en las revoluciones políticas del momento (Cháneton, 1937).

Preeminencia de la individualidad que ocasionó una visión de “sacrificio” ante toda restricción a la libertad en su integración al orden de la convivencia, con olvido de la repercusión social que tienen las relaciones de justicia que se establecen entre los individuos y la plenitud de la personalidad que conlleva la condición social del hombre para las exigencias de su ser (Casares, 1973).

En ese espíritu de época, se destacó al hogar no solamente como centro donde las acciones privadas de los hombres se encuentran reservadas a Dios y

exentas de la autoridad de los magistrados y como morada ligada a la noción de permanencia y al sentido trascendente de la vida familiar, sino también como residencia donde se realizan la “soberanía de los individuos” y sus actos (González, 1951).

Asimismo, merece traerse a colación un ejemplo del Code Napoléon, que fue una de las fuentes del código velezano, que estableció la prohibición de investigar la paternidad, manteniendo lo dispuesto por la ley francesa del 12 brumario del año II, en plena época revolucionaria, ya que se entendió que la relación de filiación comportaba derechos y obligaciones, por lo que ello solamente podía tener origen en una manifestación de voluntad del padre y de la madre, pero, en concesión a la tradición jurídica, se vedó la investigación de la paternidad, pero no de la maternidad (Méndez Costa, 1986a).

Aun cuando el codificador argentino se apartó, en el mencionado ejemplo, del sistema francés y realizó un pormenorizado análisis crítico sobre el tema en su nota al artículo 325, parece adecuado citarlo para mostrar que, en las ideas de la época, existía una valoración prevalente del elemento “voluntarista” en el vínculo filial en detrimento de otros factores, como el biológico.

En ese orden, es necesario destacar un antecedente patrio de 1858, cuando se debatió legislativamente un proyecto para impedir la investigación de la paternidad ilegítima con el fin declamado de evitar los escándalos que se sucedían en el foro, cuando en la práctica se transformaba en una prohibición que carecía de justificación en la actividad de los tribunales y retrotraía a los vástagos a una situación de desamparo en los pleitos sobre filiación (Cháneton, 1937).

Es más, esas exaltaciones de la voluntad en las relaciones jurídicas pueden rastrearse en los rasgos propios del movimiento codificador –al que adhirió la obra de Vélez Sarsfield– de secularización y autonomía de la razón humana, dejándose de lado la creencia en los designios divinos para descubrir un ordenamiento sistemático, perpetuo e invariable que plasmó la idea de un ser humano “constructor de su mundo y artífice de su destino” (Tau Anzoátegui, 1977, p. 23).

3. La filiación en el Código: encuadre histórico y cultural

El derecho de familia se estructuró, en el devenir histórico, sobre dos hechos fundamentales: el ayuntamiento de la pareja humana, dignificada en la alianza matrimonial, y la procreación, en cuyo vínculo entre padres e hijos se implicaron derechos y deberes recíprocos que perduran toda la vida e inclusive se

prolongan después de la muerte (Borda, 1977), revelándose así la vida de la sociedad primigenia de la familia en su intimidad y en su espontánea misión cotidiana.

Ahora bien, aun cuando se sostuvo que el matrimonio era el fundamento sólido en el que reposaba la familia, la cual era, a su vez, la base de la sociedad, por lo que, si llegara a desaparecer, poco tiempo de vida le quedaría al Estado, y que resultaba por demás interesante para el hombre conocer su estado de familia determinado sobre la base fundamental de la naturaleza (Guastavino, 1898), también se advirtió que en el mismo Código se encontraba una acepción de “familia” más amplia³ que la limitada al concepto legal de conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco (Rivarola, 1901).

Además, aun cuando el hecho biológico de la generación siempre es el mismo, cualquiera sea la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo, y sin perjuicio de la antigua máxima del derecho canónico –citada por Zannoni (1978) “*natura non facit differentiam inter coniunctos legitimos et inter illegitimos*” (p. 422)–, el codificador optó por variantes en el contenido del nexo jurídico de la filiación a partir de valoraciones históricas de gran influencia en los sistemas jurídicos de la época. Así, distinguió entre hijos concebidos de padres unidos en matrimonio o de progenitores no casados entre sí y admitió variantes en el último caso por la existencia de obstáculos jurídicos para la celebración del matrimonio, como el vínculo conyugal preexistente, el parentesco o el voto solemne en el orden religioso (Méndez Costa, 1986a).

Sumado a lo dicho, en el vínculo materno-filial, más allá del dato certero sobre el parto, cabe destacar que desde los albores de la cultura se señaló al afecto entre los padres y su prole como una de las clases de amor, que se denominó en griego *storgé*. Clase de amor que se caracteriza por un cálido bienestar y satisfacción de estar juntos, como la madre que cuida a su bebé, cubre sus necesidades y le da calor y protección de modo discreto y modesto. Además, resulta un cariño que permanece en el tiempo y no requiere de condiciones personales (Lewis, 2000). Arte de amar, que imprime don, gratitud, encanto y trascendencia a las relaciones humanas, o, como dijo Borges (1998): “He pensado alguna vez, que quizá una persona que esté enamorada vea a la otra tal como Dios la ve, es decir, la ve del mejor modo posible” (p. 119).

3 Artículo 2953, 2º párrafo del Código Civil: “La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos”.

En cuanto a esto, el poeta San Juan de la Cruz (2000) rubricó:

Grande es el poder y la porfía del amor, pues al mismo Dios prenda y liga. Dichosa el alma que ama, pues tiene a Dios por prisionero, rendido a todo lo que ella quisiere; porque tiene tal condición, que, si le llevan por amor y por bien, le harán hacer cuanto quisieren. (p. 300)

Se fundan, precisamente, en el orden que surge de los afectos más profundos implicados derechos fundamentales derivados de la filiación, como la persona humana y su identidad, la preservación de sus relaciones familiares, su derecho a ser cuidado por su familia y a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho correlativo de los padres a no ser despojados de sus hijos, a que lleven su nombre, poder educarlos y tenerlos con ellos.⁴

Pero más allá de lo dicho sobre la dilección en el vínculo materno-filial, con el término “filiación”, que proviene del latín *filius*, que significa “hijo” y denota la “procedencia de los hijos respecto de los padres” (Perrino, 2017, p. 1577), se intentó sintetizar en la historia del derecho el conjunto de relaciones jurídicas que vinculan a los progenitores con sus hijos y, en sentido estricto, al conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia, su modificación y extinción, sobre el presupuesto biológico de la “procreación”, aun cuando se podía constituir sin atender al hecho biológico (Zannoni, 1978).

En ese sentido, se conceptuó también a la filiación como “lazo de parentesco particular” que une a la madre y al padre con su hijo y como “atributo” de la persona humana que por ley deducida de la relación natural se la liga a un tercero (Méndez Costa, 1986a).

Pero recuérdese que el derecho filiatorio, como se indica para todo derecho, se expresa y materializa a través de su ejercicio como derecho en acción, de lo contrario, quedaría como algo difumado o potencial, pura abstracción, un espectro que no es realmente derecho (Alterini, 2014), ya que la realidad concreta de los derechos depende de la posibilidad de ejercerlos y de la existencia de garantías que aseguren su ejercicio.⁵

Por ello, resultan problemáticos los casos atípicos de maternidad donde no hay parto ni intencionalidad de ser madre, como el previsto en la antigua le-

4 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa C. 121.002, G., G. E. y otros c/ Sanatorio Azul S.A. s/daños y perjuicios, 08/11/2017, voto del Dr. Héctor Negri.

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, San Miguel, José S. s/recurso de amparo, 11/05/1950, voto en disidencia del Dr. Tomás D. Casares, Fallos: 216:606.

gislación sobre la apertura del cuerpo de la embarazada que muriera a fin de salvar, de ser posible, la vida del hijo,⁶ o, en la actualidad, la filiación materna *post mortem*, al mantener, por medios tecnológicos, el soporte vital de la grávida con muerte cerebral hasta el nacimiento de su hijo por cesárea (Pérez Gallardo, 2014). En definitiva, en los dos casos, un “hijo póstumo”, nacido del cadáver de su madre.

Por esa razón, la filiación materna descansaba sobre dos hechos fundamentales: el parto y la identidad del hijo, pero el rigor del Código con los hijos ilegítimos –y especialmente con los adulterinos, incestuosos o sacrílegos, que establecía que no tenían padre ni madre ni pariente alguno– hacía que poblaran las casas de expósitos y los hospicios, ya que no tenían hogar por ley y quedaban confiados a manos “mercenarias”, lejos del afecto de los que les dieron el ser (Prayones, 1917).

Ello, más allá de la consideración que se podía hacer sobre la maternidad como “contingencia social” que ofrecía características determinadas, que no permitían considerarla en sí misma como una enfermedad ni como un riesgo, en atención a su existencia natural, necesaria y deseable, pero que durante el tiempo del embarazo, parto y puerperio “que la identifican” podía estar acompañada por trastornos que requieren de asistencia médica y amparo jurídico por las eventualidades que pueden suceder (Etala, 1964). Máxime cuando la proclamada autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas en general, y el elemento voluntarista en la determinación de la maternidad en particular, se encontraban en el período de la codificación (y se mantiene hoy en día), bajo el peligro cierto de dominación por un tipo de despotismo particular que surgiría de los sistemas jurídicos públicos, consecuentes de las reformas políticas de la época.

Este riesgo de dominación social sobre bases voluntaristas del individuo fue señalado por un pensador decimonónico:

Veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma (...) Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno, se asemejaría al poder paterno, si como él tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia y quiere que los ciudadanos gocen, con

6 Citado en la nota al artículo 70 del Código Civil.

tal de que no piensen sino en gozar (...) De este modo, hace cada día menos útil y más raro el uso del libre albedrío, encierra la acción de la libertad en un espacio más estrecho, y quita poco a poco a cada ciudadano hasta el uso de sí mismo. (Tocqueville, 1996, pp. 633-634)

4. Inscripción del nacimiento y declaración del embarazo

A propósito de los pleitos que se podían suscitar con relación a la falsedad del embarazo de la mujer y sobre la filiación del no nacido, y apartándose de la tradición del derecho romano en la materia, el Código Civil estableció en los artículos 67 y 68 que tales cuestiones debían quedar reservadas para después del nacimiento por consideraciones sociales, teniendo en cuenta el honor de la mujer y para evitar actos vejatorios (Guastavino, 1898).

El codificador distinguió entre la representación del no nacido y las cuestiones de filiación con las cuales se relacionaba cuando ocurría el nacimiento, suprimiendo la posibilidad de reconocimiento paterno previo, porque se consideraba que no se debía violentar el pudor de la mujer “que se resistía” al reconocimiento y, sobre todo, porque la falta de declaración del embarazo no podía privar de derechos al concebido (Machado, 1898).

Ello así, se indicó doctrinariamente que el reconocimiento del embarazo de la madre, “por su sola declaración” o la de su marido, podía responder a la realidad biológica del caso o no, al permitir la posibilidad de existir la declaración y no el embarazo, para obtener de ese modo la compra o entrega de un niño y su inscripción registral desvinculada del presupuesto biológico (López del Carril, 1979).

Además, establecía en sus artículos 79 y 80 que el día del nacimiento, con las circunstancias de lugar y personales del nacido y la paternidad y “maternidad”, tanto legítima como natural (Llerena, 1899), se probaban por medio de certificados auténticos de los registros públicos que expedían los municipios, por las constancias de las parroquias o lo que determinaran las provincias en sus respectivas reglamentaciones.

Pero las partidas de nacimiento, a diferencia de otros instrumentos públicos –como la partida de matrimonio, donde el encargado del registro asevera un hecho ocurrido ante él–, no daban fe de que la paternidad ni “maternidad” denunciadas fueran exactas, en atención a que esas circunstancias no le constaban, por función propia, al funcionario interviniente, por lo que se podía desvirtuar por todo medio de prueba, inclusive testigos, que demostraran la imposibilidad del hecho (Llerena, 1899).

Es decir, se distinguía entre el hecho del nacimiento y la filiación, diferencia que se hacía más clara en los casos de “niños expósitos”, ya que cuando no había antecedentes para calcular la edad, su determinación se decidía por la fisonomía, a juicio de facultativos nombrados por el magistrado, a los efectos de aplicar el régimen de tutela, los derechos políticos y distintos tipos de obligaciones (Machado, 1898).

Esa circunstancia de los expósitos pasó habitualmente desapercibida en el Código Civil, pues contempló solamente la situación de los hijos con filiación acreditada, es decir, que no reguló las situaciones de relación biológica “desconocida” y, por lo tanto, con filiación jurídica inexistente, como el caso de los menores expósitos, que ignoraban los datos de identidad de su madre y carecían de certificado médico u otros instrumentos indiciarios del vínculo materno (Méndez Costa, 1986a).

Las formas legales y su soporte documental nos enfrentan a la dicotomía que se produce entre la certeza que otorga el cumplimiento registral de los actos humanos en la organización social y la finalidad sustantiva en la existencia y desarrollo de las personas humanas y en la trama de sus relaciones cotidianas, que dan un sentido a los vínculos jurídicos y los trascienden en dimensiones que generan historia y pertenencia. La eterna controversia entre el artesano y el funcionario.

Como dijo el dramaturgo Paul Claudel (1991):

Aprendiz: Maese Pierre de Craon me ha mandado a buscar arena. / Alcalde: ¡Qué! De esto se ocupa en este momento. / Aprendiz: Dice que el tiempo es corto. / Alcalde: Pero ¿en qué mejor emplearlo, que en hacer este camino, como nosotros? / Aprendiz: Dice que su oficio no es hacer caminos para el Rey, sino una casa para Dios. / Alcalde: ¿Para qué sirve Reims, si el Rey no puede ir? / Aprendiz: ¿Para qué el camino, si no hay una iglesia a su término? (acto III, escena 1ª, p. 102)

Para ejemplificar, parecen atinadas las palabras del codificador en el último párrafo de la nota al artículo 325, donde afirmó que “la posesión de estado vale más que el título”, en atención a que la escritura pública, asiento parroquial o confesión judicial constituyen documentos que vuelcan declaraciones de un momento, y en los actos de posesión se sostuvo y mantuvo al hijo mediante un comportamiento continuo, perseverante y variado, por lo que resulta una prueba viva que habla por sí misma del trato público como hijo suyo.

5. Determinación de la maternidad en la filiación legítima

En la indagación de la maternidad, se suele citar el adagio romano que sostenía que, en la naturaleza de las cosas, la madre siempre es cierta, pero Vélez Sarsfield, con profunda experiencia jurídica, señaló que, en los pleitos, la maternidad es tan incierta como la paternidad, en atención a que el juez, que no asistió al parto, tiene que decidir el caso por la solvencia y seguridad de las declaraciones de testigos, informes y otras pruebas comunes, como pueden darse en la paternidad.⁷

De igual manera, desde la posición del hijo reclamante, la maternidad resultaba incierta, al igual que pasaba con la paternidad, ya que era un hecho de imposible conocimiento propio, que debía confirmarse a partir de la confianza y certeza que se depositaba en deposiciones, certificaciones registrales y otros elementos de convicción, sobre el estado de embarazo y el parto de la pretensa madre y su identidad con el nacido en esa instancia.

Se sostenía que, en principio, la partida de nacimiento era la prueba fehaciente de la filiación legítima, el pasaporte que la sociedad acordaba a todos los que aparecían en el mundo. Pero, en sentido estricto, el certificado de nacimiento no demostraba la filiación, sino únicamente el hecho del alumbramiento, ya que se consideraba que no acreditaba la identidad del hijo (Prayones, 1917).

De igual manera, después se analizó que la atribución de la maternidad en la filiación matrimonial surgía de la coincidencia de los datos denunciados por el declarante en la inscripción, con la prueba biológica que se daba mediante el certificado médico o las pruebas supletorias a este (Zannoni, 1979).

En un caso judicial, con circunstancias especiales donde un matrimonio desapareció sin inscribir a su hijo y que fue expuesto después en el umbral de la casa de los abuelos maternos, se permitió la inscripción registral como hijo legítimo por la demostración sumaria de la celebración de las nupcias de los padres, el embarazo notorio de la pretensa madre, la declaración coincidente de los cuatro abuelos, la compatibilidad sanguínea de los estudios médicos y la coincidencia temporal del cálculo de posible alumbramiento de la presunta madre con la edad probable del recién nacido.⁸

Como veremos a continuación, en el contexto del código velezano se daban casos donde se priorizaban actos, expresos o tácitos, de la voluntad en el vín-

7 Nota al artículo 325 del Código Civil.

8 Juzgado 1ª Instancia, Civ. y Com., 13ª Nominación, Rosario, D., J. D. s/información sumaria, 21/12/1978, con comentarios favorables de Bidart Campos (1979) y Zannoni (1979).

culo materno-filial legítimo o se convalidaban inscripciones registrales avaladas por la posesión de estado, sin vinculación forzosa con su presupuesto biológico.

En el artículo 259 del Código Civil se preveía la acción de reclamación de filiación legítima, por ser los hijos “desconocidos” por los padres al no inscribirlos como tales o inscribirlos como hijo legítimo o extramatrimonial de distinto padre o madre. Era una pretensión con un litisconsorcio pasivo necesario de ambos padres.⁹ Por ende, se trataba de un reclamo que surgía de la carencia de título de estado que lo emplazara como hijo legítimo por el “simple desconocimiento” de sus padres y que primeramente requería, para prosperar, acreditar la filiación materna (Llambías, 1982).

El código velezano, en su artículo 261, en términos similares a su fuente¹⁰ estableció en relación con la filiación legítima que surgía de los asientos parroquiales que:

La filiación de que el hijo esté en posesión, aunque sea conforme a los asientos parroquiales, puede ser contestada en razón de parto supuesto, o por haber habido sustitución del verdadero hijo, o no ser la mujer, la madre propia del hijo que pasa por suyo.

Se trataba de una acción imprescriptible que no atacaba la legitimidad del hijo, sino que negaba la maternidad que se le atribuía a una persona y que permitía, al contrario de la jurisprudencia francesa de la época, impugnar la filiación aun cuando la posesión de estado confirmara el título, sin estar limitada por la prohibición de indagar la maternidad adulterina.

Pero resulta trascendente destacar que, desde los primeros tiempos de vigencia del Código, se consideró que la acción no era viable frente a la sumatoria del certificado, la posesión de estado y el matrimonio de los padres, que tornaba la situación “incomovible” respecto de “su identidad” (Llerena, 1899). Es decir, se definía la maternidad legítima por cuestiones sin relación necesaria con la gestación y el parto.

Tanto fue así que, en un caso donde se controvertía la vocación sucesoria de una hija del causante con inscripción de nacimiento tardía y reconocimiento como hija natural, legitimación por matrimonio posterior y demostración de

9 Artículo 260 del Código Civil.

10 “Art. 1482: A filiação, de que se tem posse, poderá ser contestada: Ou negando-se a maternidade, em razão de ter havido parto supposto. Ou negando-se a maternidade e a identidade do filho, por ter havido substituição do filho verdadeiro, e em geral, por não ser a mulher a própria mãe do filho que passa por seu” (Freitas, 1860, p. 622).

posesión de estado y de los requisitos que la configuran, se consideró que los impugnantes de la relación no podían ampararse en los derechos de contestar la filiación que la hija estaba en posesión sin previamente redargüir de falsedad los instrumentos públicos del caso (Garriga, 1949).

En la misma dirección de priorizar el acto voluntario del reconocimiento por sobre el vínculo biológico, criterios judiciales de los primeros años de vigencia del Código fijaron que la prueba testimonial, cualquiera sea su relevancia tendiente a justificar que el hijo legítimo no lo era por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo, carecía de fuerza legal en presencia del “reconocimiento expreso” de la filiación que constaba en documentos otorgados por el padre y la madre (Machado, 1903).

De ello se sigue que el legislador pretérito descansaba el estado de hijo legítimo, es decir, la concepción en el matrimonio de los padres en el hecho primigenio de la filiación materna asentada en declaraciones de documentos registrales, operando, a partir de ese presupuesto y no del nexo biológico con la madre, la presunción consiguiente de paternidad que surgía de las nupcias, en cuanto certificación legal de la relación paterno-filial.

Por ello, esa comprobación formal justificaba los diversos casos donde se podía atacar la maternidad legítima, que resultaba del título de estado, en la inscripción del nacimiento en los asientos parroquiales por el hecho biológico del parto, o sea que a partir de la demostración de los diferentes “fraudes”, por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasaba por suyo –como la suposición del parto o la sustitución del verdadero hijo–, se caían la maternidad, la legitimidad filial y la presunción de paternidad (Belluscio, 1979).

Adviértase que, en el texto original del artículo 263 del Código Civil, otorgaba una opción equiparable para probar la filiación legítima entre las partidas parroquiales o la “posesión de estado de hijo legítimo”, que era una forma de “reconocimiento” según la nota al artículo 325 (Belluscio, 1979), o inclusive se podía probar mediante “testigos” ante la falta de registración o cuando la inscripción registral se había llevado a cabo con nombres falsos o con padres desconocidos (Machado, 1903). Todas opciones se encontraban sin relación necesaria con el parto de la gestante.

También se dijo que se podía probar la filiación por la posesión de estado de hijo legítimo fundada en actos inequívocos y públicos de los padres, que expresaban un “reconocimiento tácito” por el cual una persona era considerada hija de otras que estaban casadas; para la maternidad, alcanzaba la posesión de estado para conceptuarlo como hijo de una mujer, pero, en el caso de la paternidad, se requería además la prueba del matrimonio (Prayones, 1917).

Reitero que, de esa manera, se probaba la maternidad legítima por medios que podían coincidir o no con la gestación de la mujer y se vinculaban, en mayor medida, a un criterio voluntarista de “reconocimiento”.

Asimismo, en opinión crítica de la regulación pretérita, se reconoció que si no había inscripción del acta de nacimiento, se admitía la demostración del vínculo de filiación legítima mediante testigos que, con su declaración, constituían o rehacían la familia legítima (Machado, 1898).

Demostrada la maternidad, sujeta a prueba directa por ser un hecho exterior susceptible de ser acreditado materialmente por todos los medios de prueba, inclusive por testigos, el hijo nacido de esa mujer tenía por padre al marido, por presunciones *jure et de jure* que se imponían en los artículos 244 y 245 del Código Civil, de conformidad con su fuente romana que decía *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (Prayones, 1917).

En los primeros años de vigencia del Código Civil, la doctrina judicial sostuvo también que la legitimidad de los hijos podía justificarse disyuntivamente por los registros públicos o por la posesión de estado; además, a la madre que negaba la filiación legítima se le imponía la carga de la prueba de acreditar que el reclamante solamente era adoptado y que la posesión de estado existente sólo respondía a un propósito caritativo (Llerena, 1899).

Además, se destacó que la “suposición de parto”, donde se invocaba la inexistencia de embarazo y, por ende, de parto, mediante simulación y fraude, resultaba un “caso muy frecuente”, donde los pretendidos padres, sin ningún tipo de vinculación biológica, inscribían falsamente al niño cuando en realidad se trataba de un hijo con “madre y padre desconocidos” por el ordenamiento jurídico, los cuales eran desplazados en su relación y sus consecuentes derechos y deberes por la irregular situación registral, o cuando de manera frecuente y mediante apariencia de estado filial “se encubría una adopción” bajo posesión de estado de hijo legítimo (Llambías, 1982).

Al permitirse que se pudiera establecer la maternidad de una mujer casada sin intervención ni notificación a ella en su inscripción registral, el contexto legal pretérito era propicio para la “voluntad creadora” de vínculos filiales y el “tráfico de niños” sin emplazamiento filiatorio por la falta de reconocimiento materno extramatrimonial (Fleitas Ortiz de Rozas, 1986).

Con el correr del tiempo, se reconoció que las inscripciones falsas de nacimiento de niños que fueron comprados o entregados eran numerosas y que la justicia criminal, pese a la tipificación de los delitos de supresión y suposición del estado civil (Terán Lomas, 1962), sostenía la inexistencia de delitos en esos

casos porque el niño, con la inscripción, mejoraba de estatus y, por ende, no había perjuicio. Además, la actitud del que pretendía dar un emplazamiento familiar beneficiando a un niño con derechos concreto no podía ser considerado delictivo (López del Carril, 1979).

Por todo ello, en el ordenamiento civil ideado por el codificador se daban situaciones donde se avalaba la discordancia jurídica con el vínculo biológico subyacente, como en la omisión de “declarar” o “reconocer” al hijo, en la imposibilidad que aparece en la prohibición legal de investigar la maternidad de un hijo extramatrimonial que se le atribuye a una mujer casada o en la “apariencia legal” que se podía dar en una declaración en los registros parroquiales o un reconocimiento registral sin sustento biológico real.

De esa manera, se frustra, se oculta o se distorsiona la relación biológica existente, en el orden natural de las cosas, mediante “actos voluntarios” de los adultos implicados (Llambías, 1982).

Tanto es así que se consideró que no les estaba permitido a las madres que habían realizado el fraude con la suposición de parto impugnar más tarde la maternidad, porque la alteración del estado civil constituía un delito y no se podía autorizar lo que supondría el alegato de su propia torpeza, manteniéndose así la relación filial declarada que estaba desvinculada del vínculo biológico (Méndez Costa, 1986b).

6. Determinación de la maternidad en la filiación natural o extramatrimonial

La determinación del emplazamiento materno-filial puede ser legal, “voluntaria o negocial” y judicial; resulta legal cuando la propia ley, con base en ciertos supuestos de hecho (embarazo y parto), la establece; es voluntaria o negocial cuando la determinación proviene de la eficacia que se le atribuye al reconocimiento expreso o tácito (posesión de estado) del hijo; y, por último, es judicial cuando la determina el juez a partir del reclamo de un interesado.¹¹

En los antecedentes remotos del derecho romano, se concebía la idea de la certeza de la maternidad y la consecuente certidumbre sobre la fraternidad de los hermanos por línea materna, aun cuando la mujer concibiera “del vulgo”; y en el derecho indiano anterior, como en pasajes de las Partidas y de las Leyes de Toro, se establecía el reconocimiento paterno como única exigencia para

11 En un caso judicial se resolvió que un tío abuelo de la menor de edad –con un único afán económico indirecto– no tenía legitimación para impugnar la maternidad por parto supuesto (Cámara Nacional en lo Civil, sala D, V, I. A. c/P, P. A., 15/06/1997).

determinar la filiación natural, porque “la maternidad se identificaba con el parto” (Rivero Hernández, 1997).

Semejante era la doctrina que se deduce de la situación del hijo con la madre según la antigua máxima del derecho germánico que indicaba “todo hijo es bastardo para la madre”, ya sea legítimo o ilegítimo, en razón de que todos los hijos tenían iguales derechos y deberes respecto a la madre (Prayones, 1917).

Por el contrario, en el contexto del texto original del Código Civil subyacía la idea de que no había atribución de maternidad si no mediaba “reconocimiento de la madre”, situación que en la maternidad ilegítima era expresa por la aplicación del artículo 334, por el que se disponía que todo reconocimiento de hijos naturales tenía que ser “individual”, es decir que solamente operaba respecto al reconociente y no podía tener virtualidad respecto al otro progenitor (Bossert y Zannoni, 1987).

Tanto es así que la contravención al carácter individual del reconocimiento se consideraba un acto ilícito civil, a la declaración se la reputaba ineficaz (Segovia, 1881) y al hijo natural que reclamaba el reconocimiento del padre no se lo podía obligar a mencionar quién era su madre (Machado, 1903). No obstante, se aducía que si la madre ratificaba la declaración del padre, aunque fuera tácitamente –como en los actos continuos y repetidos de posesión de estado–, importaría un reconocimiento materno válido (Llerena, 1899).

El punto de partida para ser considerado legalmente hijo natural,¹² en el texto original del Código Civil, no resultaba el vientre materno, sino que el origen se basaba en el sistema de “reconocimiento” de la madre (Busso, 1958). Esta regla remonta la filiación a un acto de voluntad unilateral, individual, irrevocable, formal y “sin conexión biológica necesaria”, por el que se reconoce al niño como hijo aun cuando ello podría ser materia de impugnación posterior cuando no se corresponde con el vínculo biológico presunto (Zannoni, 1978).

Al respecto, en un caso judicial se resolvió que no podía revocarse el acto de reconocimiento de un hijo natural aunque la mujer que formuló esa declaración adujera que lo hizo por complacer al padre del menor de edad, y también dispuso que el reconocimiento voluntario “por sí sólo” constituía el título de la filiación natural que producía efectos *erga omnes*, sin necesidad de otras formalidades o aprobaciones.¹³

12 Hijos que son fruto de la unión de dos personas que no estaban unidas en matrimonio legal y que no tenían impedimentos para contraer nupcias.

13 Cámara Civil 1ª de Capital Federal, R. C. J. c/R., C. C. (suc.), 15/11/1948.

En esa perspectiva, aunque hubo criterio judicial contrario,¹⁴ cabe resaltar la doctrina judicial que señaló que lo que requería la ley era que hubiera “reconocimiento tácito” de la filiación como sustitutivo del reconocimiento expreso ausente, por lo que se deducía que la “posesión de estado” era el requisito esencial exigido legalmente, por lo que bastaba acreditar ese hecho integralmente para que prospere la acción de filiación natural sin necesidad de probar el nexo biológico, que podía tener carácter complementario y útil, pero nunca una exigencia de la ley.¹⁵

Reitero, el ordenamiento velezano disponía que los efectos propios del reconocimiento eran que hacía prueba plena de la filiación natural, es decir que el hecho de la filiación debía tenerse por acreditada legalmente mediante el reconocimiento, que era atributivo del título de la filiación, en atención a que era irrevocable, no admitía condiciones ni requería –para que surtiera efecto– de la aceptación del hijo ni de notificación alguna (Busso, 1958).

Esa era, por otra parte, la tendencia legislativa del momento, donde la doctrina francesa identificaba con ideas de Napoleón Bonaparte que el establecimiento de la filiación natural debía quedar “a disposición” de los padres, postura que después fue adoptada en la legislación francesa y en el texto original del Código Civil (Mazzinghi, 1995).

A tal efecto, se razonó que el reconocimiento como tal no requería constitutivamente de la acreditación del vínculo biológico entre quien reconoce y quien es reconocido, por lo que en el acto voluntario de reconocer se podían encubrir relaciones que no se correspondían con el presupuesto biológico, ya que la ley no condicionaba su eficacia a la previa acreditación del nexo biológico, es decir, el reconocimiento se bastaba a sí mismo y era irrevocable desde que se producía (Zannoni, 1978).

Tanto era así que uno de los primeros comentaristas, en relación con el carácter individual del reconocimiento, expuso que podían tener la calidad de hijos naturales quienes, en realidad, no lo eran (Rivarola, 1901). Sobre el particular, se formulaba que el reconocimiento de la maternidad era un acto personalísimo que reposaba en la conciencia de la mujer (Guastavino, 1898).

El carácter “individual” del reconocimiento materno era corolario de su naturaleza “voluntaria”, por lo que, ante la ausencia de reconocimiento por parte de la madre, se debía recurrir a la vía judicial pertinente a fin de acreditar la filiación natural que se invocaba.¹⁶

14 Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Regueira de García c/Regueira*, 26/08/1929.

15 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa 3.787, *Aldas, Tomasa c/Astoviza, Matías (suc.) s/filiación natural*, 27/06/1961, en *Acuerdos y Sentencias* 1961-II-347.

16 Cámara Nacional en lo Civil, sala F, R. G. *s/sucesión*, 07/12/1983.

En efecto, en casos con elementos de derecho internacional privado, donde el hijo natural fue declarado así en el extranjero, podía ejercitar los derechos en el orden jurídico argentino que, como hijo extramatrimonial, le acordaba la ley en la sucesión de sus padres, sin permitirles a los tribunales examinar la justicia intrínseca del reconocimiento que fuera avalado en el sistema jurídico de otro país (Llerena, 1899).

En los antecedentes parlamentarios de la Ley 23264, el Dr. Atilio Álvarez testimonió en la intervención de los expertos, a raíz del sistema vigente de “reconocimiento materno”, sobre situaciones donde una madre que moría en un hospital público días después del parto por problemas de salud dejaba un hijo sin filiación ni parentesco materno, sin perjuicio de la sobrevivencia de la madre y la comprobación del estado de embarazo y el parto en los registros de la historia clínica (Bossert y Zannoni, 1987).

En el texto original del artículo 326 del Código Civil, que establecía para las acciones, defensas o excepciones opuestas en juicio una prohibición de indagar la maternidad para emplazar un vínculo filial natural a una mujer actualmente casada, aunque se la consideró de interpretación restrictiva y que no era aplicable a la mujer viuda (Busso, 1958), surgían casos donde aparecía la preponderancia de la voluntad de la madre por sobre otros elementos, como el nexo biológico.

Ciertamente, se indicaba que no podía permitirse una acción del hijo que dañara la reputación de su madre, protegiendo la ley el honor de las mujeres y la conservación de los hogares. Por lo tanto, se afirmaba que, entre el interés del hijo por lograr, a través de un reclamo judicial, el vínculo filial natural con su progenitora y el interés de su madre en mantener el secreto de su maternidad pasada, la legislación optaba por el interés materno (Prayones, 1917).

Se reconocía en la solución legal un sacrificio de los derechos del hijo natural en favor del honor de la madre y la tranquilidad del matrimonio actual de la mujer, arrojando al hijo a la sociedad sin vínculos de familia y sin más amparo que la beneficencia pública (Guastavino, 1898).

En ese sentido, en los primeros años de vigencia del Código Civil y con cita jurisprudencial, se destacaba que los límites impuestos por el artículo 326 no eran aplicables al caso en el que la mujer casada, con autorización del marido, reconocía “voluntariamente” al hijo tenido antes del matrimonio, ya que en ese caso no había indagación;¹⁷ o el caso donde “reconociéndose” madre natural, promovía demanda para obtener el reconocimiento del padre (Llerena, 1899).

17 Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Musacchio, Luisa Rodríguez Resua de c/Argerich, Luis Jorge*, 21/12/1937.

Es más, en un fallo próximo a la sanción del Código, se resolvió que la prohibición de indagar la paternidad natural de un hijo atribuido a una mujer casada no era aplicable cuando la madre “no negaba” su maternidad (Machado, 1903). En igual sentido, se extendió el mismo criterio cuando la madre le había conferido la posesión de estado al hijo extramatrimonial, al considerar que la condición de hijo, de la que ya gozaba en el trato cotidiano, aseguraba la falta de alteración en el hogar (Llambías, 1982).

Ello, en consonancia con su fuente, que no permitía la investigación de la maternidad de los hijos naturales de la mujer casada, salvo que hubieran sido “voluntariamente reconocidos” por su madre.¹⁸ Lo contrario de lo regulado en el derecho romano y en el derecho medieval, donde, a partir de la máxima *mater semper certa est*, no existían restricciones de ninguna índole en la investigación de la maternidad (Busso, 1958).

Adviértase el criterio de fallos que respaldaron, inclusive, que la mujer casada, que en ese entonces tenía una incapacidad jurídica para realizar determinados actos sin el aval de su esposo, al momento de redactar su testamento podía reconocer hijos naturales, como “acto de última voluntad”, sin necesidad de una autorización previa del marido (Prayones, 1917).

Asimismo, se sostenía que la prohibición legal de indagar la maternidad de la mujer casada se establecía únicamente a su favor, ergo, al padre no se le reconocía personería para invocar ese límite en su defensa, ya que solamente era de aplicación cuando la mujer casada era demandada en una acción de filiación iniciada por el hijo que había tenido antes del matrimonio (Llerena, 1899).

Para esa atribución de la mujer casada de reconocer “voluntariamente” a un hijo natural anterior al matrimonio, Machado (1898) planteó, en los primeros tiempos, el siguiente interrogante: “¿Por qué se concedería a la mujer una facultad que se le ha negado al hijo? ¿No habría el mismo motivo de escándalo y una especie de difamación para su marido?” (p. 602).

Es decir, bajo las apariencias de proteger el honor y evitar la explotación extorsiva, cernía la “voluntad” de la mujer casada para posibilitar el emplazamiento filial con el hijo natural que había tenido con anterioridad a su desposorio y, así, crear un nuevo pariente y coheredero.

Máxime, cuando un plenario de las antiguas Cámaras Civiles de la Capital Federal entendió que la prohibición establecida en el artículo 326 del Código Civil no se extendía al caso de demanda contra los herederos de la madre

18 Artículo 1597 del Esboço de Freitas.

fallecida (Belluscio, 1979), contrariando de ese modo la finalidad de la ley en atención a que, como dijo un autor, el honor se hace más sagrado después de la muerte (Prayones, 1917).

Obsérvese, además, que el intento de terceros de probar la filiación natural por distintas motivaciones (v.gr., para impugnar un acto contractual prohibido entre el padre y el hijo) reconocía un obstáculo en la prohibición del artículo 326 de indagar la maternidad para atribuirle un hijo a una mujer casada; no lo permitía por razones de orden público que hacían una excepción a los derechos comunes de los contratantes (Llerena, 1899).

Por otra parte, en las categorías específicas de filiación ilegítima, donde se daban los casos de paternidad o “maternidad” adulterina,¹⁹ incestuosa²⁰ o sacrilega,²¹ aun cuando por los artículos 341 y 342 del Código Civil se prohibió toda indagación filial y se determinó con dureza que esas categorías originadas en uniones ilícitas no tenían padre, madre ni parentesco consecuente, vuelve a surgir un caso donde prevalece el componente volitivo para determinar el emplazamiento materno-filial, al permitirse la posibilidad del “reconocimiento voluntario” de sus padres.

El código velezano, a través del artículo 343, no prohíbe el reconocimiento voluntario de hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos, sino que, por el contrario, lo permite expresamente otorgando “un derecho” al padre y a la “madre” de reconocerlos y, como consecuencia de ello, el derecho del hijo de reclamar alimentos a sus padres hasta los dieciocho años y en la medida en que estuvieran imposibilitados de satisfacer sus necesidades (Guastavino, 1898).

De esa manera, el Código Civil se apartó de la normativa indiana preexistente que establecía que los parientes paternos de los hijos que nacían de relaciones adúlteras, incestuosas o con otros impedimentos no estaban obligados a criarlos, a excepción de que lo hicieran por mesura, moviéndose a beneficiarlos como a otros extraños para que no queden en situación de abandono; pero la “madre” y los parientes maternos “estaban obligados” a criarlos, si sus riquezas lo permitían, porque la madre “siempre tenía certeza del hijo que nace de ella”, que era suyo.²²

19 Cuando procede de la unión de dos personas que, al momento de su concepción, no podían contraer matrimonio porque una de ellas –o ambas– estaban casadas.

20 Cuando los padres no podían contraer matrimonio por el vínculo de parentesco que los unía por consanguinidad o afinidad no dispensable por las leyes vigentes.

21 Cuando la madre, el padre o ambos estaban ligados a un voto solemne religioso por el cual no podían contraer matrimonio.

22 Partida 4ª, Título XIX, Ley V (norma citada en la nota al artículo 343 del Código Civil).

7. Maternidad y nuevas tecnologías de reproducción humana asistida

El codificador legisló en tiempos donde la vinculación entre la madre y su *filius* se manifestaba en el período de gestación y el trabajo de parto y no intervenían, todavía, los mandatarios de la industria reproductiva, que, como todos los otros industriales de las *cosas* que nos envuelven y arrullan en la vida cotidiana, al decir de Vuillard (2018), son sacerdotes de *Ptah*, deidad egipcia que creaba dioses y concentraba poder, marcando a los hombres como de su propiedad (Beltz, 1996).

Sin perjuicio de ello, en la época de la codificación, ya advertía Esquiú (1958), el “predicador franciscano”, que aun cuando el misterio de la vida desafiaba al orgullo humano, señalando al efecto el cántico nefando “engordó el amado y dio de coces, se ha visto grande y abandonó a Dios su criador y se apartó del Señor su salvador”, indicaba que, más allá de los avances técnicos decimonónicos que causaban admiración, acortaban distancias y conseguían precisión, ello no era la última palabra sobre el hombre y sus relaciones, el goce de libertad, su vida en sociedad y las leyes que la ordenan.

Los principios clásicos sobre la determinación de la maternidad y los lineamientos legales previstos en el texto original del Código Civil fueron afectados por las nuevas técnicas de reproducción humana asistida que fueron apareciendo, lo cual provocó posturas impulsoras de modificaciones en la aplicación y hermenéutica del derecho de familia en el eje presupuesto del vínculo biológico del emplazamiento legal filiatorio.

La mencionada evolución fue suplantando la genealogía, primera morada y fuente de alimentos en la procreación, con el ombligo como signo, por el cálculo tecnológico y el plan del laboratorio, perdiéndose la dimensión esencial del nacimiento como “sorpresa y gratitud”, en consonancia con el término “física”, que deriva del verbo griego *phyein* que significa “aparecer saliendo de una profundidad oculta”, es decir, la manifestación de lo dado como epifanía del ser (Hadjdadj, 2015).

En ese orden de ideas, una postura doctrinaria consideraba que la posibilidad de disociar a la mujer aportante de óvulos y a la gestante que daría a luz permitiría rechazar causales de impugnación de la maternidad por suposición de parto o por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo, en circunstancias que anteriormente se consideraban demostrativas *per se* del fraude materno, como los casos de mujer nulípara, incompatibilidad sanguínea (Díaz de Guijarro, 1948) o la imposibilidad de la unión sexual de los padres.²³

23 Cámara Nacional en lo Civil, sala C, D. P., J y otro c/D. P., A., 05/08/1954.

En consecuencia, se interpretó doctrinariamente que las mencionadas causales para impugnar la maternidad debían coordinarse con el período de la concepción para determinar la paternidad, por lo que el óvulo fecundado pasaba a ser el dato relevante; y su transferencia a otra mujer, una circunstancia accidental para conservar el desarrollo del embrión, que no determinaría la maternidad por el alumbramiento (Díaz de Guijarro, 1961).

Sin perjuicio de lo antes mencionado, la situación descrita recibió un análisis crítico en atención a las consecuencias que podía acarrear dicha hermenéutica legal, aflorando una realidad de mujeres que, por su condición económica favorable, desplazarían las cargas y penurias de la maternidad a nuevas “esclavas portadoras” a cambio de la superación de la indigencia, mediante un servicio asistido por comisionistas y profesionales a tales efectos (Llambías, 1979). Como dijo el filósofo Pascal (1998): “El hombre no es ni ángel ni bestia, y la desgracia quiere que quien pretenda hacer al ángel haga la bestia” (p. 264).

En resumen, aunque se alegrara el vínculo biológico de la mujer que aportó el óvulo en la fecundación, se sostenía, con razón, que la gestación en un vientre determinaba la maternidad, sin importar el origen ajeno del material genético, ya que el vínculo jurídico materno-filial se constituye a partir del ámbito donde se cumplió con la función esencial de gestar y dar a luz un hijo (Bossert y Zannoni, 1987).

8. Conclusión

En el espíritu de la época de la codificación decimonónica regía un criterio individualista, inclusive en cuestiones de orden público familiar como la determinación de la maternidad, cuestión que se plasmó en la primacía de la sujeción a actos, expresos o tácitos, de la voluntad para alcanzar el emplazamiento materno-filial legítimo o para convalidar inscripciones registrales avaladas por la posesión de estado, disociadas de su presupuesto biológico.

La determinación del emplazamiento materno-filial en el texto original del Código Civil, en el caso de la filiación natural, se condicionó a la “voluntad” de la mujer mediante la exigencia de un acto de reconocimiento individual y unilateral que permitía, en los hechos, un margen de separación o falta de coincidencia entre la progenitora jurídica y la maternidad biológica.

Igualmente, en el caso de la filiación con origen en un vínculo adulterino, incestuoso o sacrílego, se le reconocían algunos efectos alimentarios a la maternidad, únicamente en los casos de “reconocimiento voluntario” por parte de la madre.

Ello así, más allá de la realidad subyacente de herencia biológica y de comu-

nicación particular que se da en el embarazo y parto (López Moratalla, 2009) y del requisito de la inscripción registral del nacimiento con las declaraciones sobre la maternidad vinculadas al evento, que se formulaban por el deponente ante el titular del registro.

En la filiación matrimonial, si bien se probaba el vínculo por el criterio registral del acta de nacimiento, que se constituía en título de estado familiar, también es cierto que la inscripción podía ser tardía²⁴ y llevada a cabo por el padre, la madre u otros interesados, circunstancias que, junto a la situación de filiación desconocida de los hijos ilegítimos mientras no fueran reconocidos, hacían permeable el sistema a la disociación entre la filiación certificada y su presupuesto biológico y a la falta de fiabilidad de los mecanismos legales para establecer la posición jurídica familiar de una persona (Bedrossian, 1999).

Desde la perspectiva de los hijos y sus circunstancias, el régimen de determinación legal de la maternidad del código velezano produjo como consecuencias legales el imposibilitar, en algunos casos, conocer sus orígenes y los datos de su identidad familiar y vivencial en las primeras etapas de su desarrollo como persona, que se relacionaban íntimamente con su dignidad personal y con la pérdida de derechos patrimoniales y alimentarios.

La exigencia del reconocimiento materno aparece como un requisito impropio del legislador decimonónico, teniendo en cuenta que la omisión de la madre de reconocer a quien gestó y dio a luz le generó al hijo una falta de emplazamiento familiar acorde con su generación, a partir de una actitud reticente sobre hechos patentes de fácil comprensión y que transcurrían durante un largo período de tiempo (Mazzinghi, 1985), siendo posteriormente reconocido el derecho a ser indemnizado por el daño causado por la pérdida de atributos de la personalidad.²⁵

Ello, en cierto modo, explica la posibilidad cierta de los partos “secretos” por el deseo de la mujer de ocultar o negar la maternidad, los múltiples “hijos expósitos o de maternidad desconocida” pese a su nacimiento en nosocomios públicos y, por último, la facilidad para inscribir el nacimiento de un hijo como propio sin serlo, que daba oportunidad de registrar vínculos adoptivos como filiación legítima o extramatrimonial.

24 Ver un caso de inscripción del natalicio 44 años después del nacimiento en la casa de la madre, que luego lo abandonó, en: Juzgado 1ª Instancia Civ. y Com. de 42ª Nominación de Córdoba, O., J. L. *s/sumarias*, 09/12/2013.

25 Cámara Nacional en lo Civil, sala B, F., M. B. c/R., Z. M. E., 20/02/2007, con comentarios favorables de Mazzinghi (2007) y Sambrizzi (2007).

El vínculo de filiación, cuando surgió como consecuencia de una certeza biológica y vivencial –como la maternidad a partir del parto, que asumieron el derecho indiano y sus antecedentes romanos–, se convirtió en un emplazamiento “obligatorio”, “fuente de deberes” hacia el hijo; en cambio, cuando el origen y la justificación tuvo un componente “voluntarista”, como la maternidad sujeta al previo reconocimiento del texto original del Código Civil, los efectos jurídicos de la relación llegaron a ser “un derecho” sobre el hijo (Rivero Hernández, 1997).

El *racconto* de la determinación de la maternidad en el texto original del Código Civil nos vuelve, paradójicamente, al futuro del derecho, donde se quitan vinculaciones filiales que se consideran un obstáculo para nuestras elecciones en todos los aspectos de nuestra vida o se retiran los impedimentos para obtener la maternidad del hijo deseado que se demanda, sin detenerse ante explotaciones de terceros, manías, narcisismos o dilemas de la industria reproductiva (Salecl, 2021).

La vuelta del “reino del individuo” y su “voluntad” del período de la codificación, del que emerge un soberano que perdió todo límite y sus vínculos familiares dejaron de tener consistencia, conserva únicamente al individuo sin sustentos esenciales personalistas o comunitarios, valorando sólo su autonomía y autodeterminación como única fuente de legitimidad jurídica (Puppink, 2020), convirtiendo, de ese modo, a los poderes políticos y fácticos de la sociedad en un derecho humano (Haaland Matlary, 2008).

Como establece un ordenamiento jurídico vigente, con más de 1500 años de aplicación ininterrumpida, es pésima clase de hombre a los fines comunitarios aquel que “su ley es la satisfacción de sus gustos: llaman santo a lo que se les ocurre o eligen, y consideran ilícito lo que no les gusta” (San Benito, 1996, cap. I, pp. 29-30).

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1899). Efectos del sistema federal en la unidad tradicional de legislación civil de las repúblicas de Sud América. En *Obras póstumas* (Tomo VII, pp. 280-342). Imprenta Alberto Monkes.
- Alberdi, J. B. (1920). Proyecto de Código Civil para la República Argentina. En Cabral Texo, J. (Comp.), *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino* (pp. 157-229). Jesús Méndez editor.

- Alterini, J. H. (2005). Hacia la Recodificación Civil en la Argentina. En Alterini, J. H. I., Anaya, J., Bandieri, L. M., Barbieri, J., Bergoglio, J. M., Campos Fillol, A., Conte Grand, J., Cura Grassi, D. C., Estévez Brasa, T., Follari, R. S., Gandolfi, G., Iribarne, H. P., Limodio, G. F., Mazzinghi, J., Medrano, J. M., Montilla Zavalía, F. A., Pestalardo, S. P., Piaggio, A. N., Portela, J. G. (...) y Zecca, A., *La codificación: raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?* (Tomo III, pp. 191-202). El Derecho.
- Alterini, J. H. (2014). Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho. *La Ley 2014-C-1012*.
- Bedrossian, G. (1999). La verdad biológica en un caso de impugnación de maternidad. *La Ley Córdoba 1999-1471*.
- Beltz, W. (1996). *Los mitos egipcios*. Losada.
- Belluscio, A. (Dir.). (1979). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (Tomo 2). Astrea.
- Bidart Campos, G. J. (1979). Inscripción judicial de nacimiento de un hijo matrimonial por vía de información sumaria. *El Derecho 84-378*.
- Borda, G. A. (1977). *Tratado de Derecho Civil. Familia* (Tomo II, pp. 9-136). Abeledo Perrot.
- Borges, J. L. (1998). *En diálogo con Osvaldo Ferrari* (Tomo I). Sudamericana.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (1987). *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Ley 23.264. Astrea.
- Busso, E. (1958). *Código Civil Anotado* (Tomo II). Ediar.
- Cabral Texo, J. (1920). *Historia del Código Civil Argentino*. Librería y casa editora de Jesús Menéndez.
- Casares, T. D. (1973). *La Justicia y el Derecho*. Abeledo Perrot.
- Cháneton, A. (1937). *Historia de Vélez Sársfield* (Tomo II). Librería y Editorial La Facultad.
- Claudiel, P. (1991). *La Anunciación a María*. Encuentro.
- Díaz Couselo, J. (2000). Pensamiento jurídico y renovación legislativa. En Academia Nacional de la Historia, *Nueva historia de la nación argentina* (Tomo V, pp. 363-403). Planeta.
- Díaz de Guijarro, E. (1948). La posesión de estado y la falta de nexo biológico por ser nulipara la mujer o por mediar incompatibilidad de grupos sanguíneos. *Jurisprudencia Argentina, 1948-I-302*.
- Díaz de Guijarro, E. (1961). Las modernas técnicas biológicas y los principios clásicos sobre la determinación de la filiación. *Jurisprudencia Argentina, 1961-II-3*.
- Díaz de Guijarro, E. (1965). Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y la técnica moderna (La Filiación). *Jurisprudencia Argentina, 1965-VI-125*.
- Esquiú, M. (1958). *Cinco sermones celebres*. Ministerio de Educación y Justicia.
- Etala, J. (1964). La maternidad como contingencia social. *Jurisprudencia Argentina, 1964-VI-16*.
- Fleitas Ortiz de Rozas, A. (1986). La reforma del régimen de filiación. Determinación de la maternidad (segunda parte). *La Ley 1986-D-805*.
- Freitas, A. (1860). *Esboço*. Typographia Universal de Laemmert.
- Garriga, R. (1949). Impugnación de estado civiles sustentados en falsas inscripciones en el registro civil - medios de prueba. *Jurisprudencia Argentina, 1949-IV-386*.
- González, J. V. (1951). *Manual de la Constitución Argentina*. Estrada.
- Guastavino, J. (1898). *Notas al Código Civil argentino* (Tomos I y III). Félix Lajouane editor.
- Haaland Matlary, J. (2008). *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*. Cristiandad.

- Hadjadj, F. (2015) ¿Qué es una familia? Nuevo Inicio.
- Lewis, C. S. (2000). *Los cuatro amores*. Rialp.
- López del Carril, J. (1979). La filiación y la minoridad. *La Ley* 1979-A-688.
- López Moratalla, N. (2009). Comunicación materno-filial en el embarazo. *Cuadernos de Bioética*, XX(3), 303-315.
- Luna, F. (1992). *Fracturas y continuidades en la Historia Argentina*. Sudamericana.
- Llambías, J. J. (1978). La fecundación humana “in vitro”. *El Derecho*, 79-891.
- Llambías, J. J. (1982). *Código Civil. Anotado. Doctrina – Jurisprudencia* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Llerena, B. (1899). *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino* (Tomos I y II). Imprenta Jacobo Peuser.
- Machado, J. (1898). *Exposición y comentario del Código Civil argentino* (Tomo I). Félix Lajouane editor.
- Machado, J. (1903). *El Código Civil argentino. Interpretado por los tribunales de la República. Con notas originales* (Tomo I). Félix Lajouane & Cia. editores.
- Manili, P. L. (2022). *La etimología de los términos usados en la Constitución*. Rubinzal Culzoni, RC D 183/2022.
- Mazinghi, J. A. (1985). Filiación, normas, clave y trasfondo de un proyecto de ley. *La Ley*, 1985-D-1145.
- Mazinghi, J. A. (1995). Sobre la necesidad del reconocimiento materno. *La Ley*, 1995-B-304.
- Mazinghi, J. A. (2007). Exigencia de reconocimiento materno. *Doctrina Judicial*, 2007-II-674.
- Méndez Costa, M. J. (1986a). *La Filiación*. Rubinzal Culzoni.
- Méndez Costa, M. J. (1986b). Impugnación de la maternidad en caso de suposición de parto. *La Ley*, 1986-C-159.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2012). *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Infojus.
- Mosset Iturraspe, J. (1979). Derecho sin ley (La costumbre como fuente). *La Ley*, 1979-B, 321.
- Negri, H. (2015). La claudicación de la cultura. Reflexiones en torno a la derogación del Código Civil argentino. *El Derecho*, 263-866.
- Pascal, B. (1998). *Pensamientos*. Cátedra.
- Pérez Gallardo, L. (2014). La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación post mortem? *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 11(44), 18-32.
- Perrino, J. (2017). *Derecho de Familia* (Tomo II, 1577-1847). Abeledo Perrot.
- Polotto, M. R. (2015). *Un código para el desierto argentino*. En Polotto, M. R., Keiser, T. y Duve, T. (Eds.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX. Perspectivas globales sobre historia jurídica* (Tomo 2, pp. 245-273). Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo.
- Polotto, M. R. (2020). Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa. Reflexiones iushistoriográficas sobre el proceso de codificación civil en la Argentina (1852-1936). *Revista de Historia del Derecho*, (59), 37-77.
- Prayones, E. (1917). *Nociones de Derecho Civil, Derecho de Familia*. Otero & Cía. Impresores.
- Puppínck, G. (2020). *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Encuentro.
- Rivarola, R. (1901). *Instituciones del Derecho Civil argentino* (Tomo I). Imprenta Jacobo Peuser.
- Rivero Hernández, F. (1997). ¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español. *Anuario de Derecho Civil*, 50(1), 5-96. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1997-10000500096.

- Salecl, R. (2021). *La tiranía de la elección*. Godor.
- Sambrizzi, E. (2007). Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre. *La Ley*, 2007-C-570.
- San Benito. (1996). *La Regla de los monjes*. ECUAM.
- San Juan de la Cruz. (2000). *Cántico espiritual*. Planeta.
- Segovia, L. (1881). *Código Civil de la República Argentina* (Tomo I). Pablo E. Coni editor.
- Tau Anzoátegui, V. (1977). *La codificación en la Argentina (1810-1870)*. Imprenta de la Universidad.
- Terán Lomas, R. (1962). La acción del artículo 261 del Código Civil y los delitos de supresión y suposición del estado civil. *La Ley* 106-442.
- Tocqueville, A. (1996). *La Democracia en América*. Fondo de Cultura Económica.
- Varela, L. (1873). *Concordancias y fundamentos del Código Civil argentino* (Tomos I y V). H. y M. Varela editores.
- Vélez Sarsfield, D. (1865). *Proyecto de Código Civil para la República Argentina. Nota a S. E. el Sr. Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Dr. Don Eduardo Costa*. Imprenta de la Nación Argentina.
- Vélez Sarsfield, D. (1920). El folleto del doctor Alberdi. En Cabral Texo, J. (Comp.), *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino* (pp. 231-256). Jesús Menéndez editor.
- Vuillard, E. (2018). *El orden del día*. Tusquets.
- Zannoni, E. (1978). *Derecho de Familia* (Tomo 2). Astrea.
- Zannoni, E. (1979). La atribución de filiación respecto de padres ausentes o desaparecidos (comentario a fallo N° 2719 del Boletín ZEUS del 10-5-79). *Zeus*, 17, J35-J41.

Jurisprudencia citada

- Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Musacchio, Luisa Rodríguez Resua de c/Argerich, Luis Jorge*, 21/12/1937, *Jurisprudencia Argentina*, 60-843.
- Cámara Civil 1ª de Capital Federal, R., C. J. c/R., C. C. (suc.), 15/11/1948, *La Ley*, 52-719.
- Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Regueira de García c/Regueira*, 26/08/1929, *Jurisprudencia Argentina* 30-684.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala B, F., M. B. c/R., Z. M. E., 20/02/2007, *La Ley* 2007-C-569.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala C, D. P., J y otro c/D. P., A., 05/08/1954, *Jurisprudencia Argentina*, 1955-I-116.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala D, V., I. A. c/P., P. A., 15/06/1997, *La Ley*, 1998-C-748.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala F, R. G. s/sucesión, 07/12/1983, *La Ley*, 1984-B-280.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *San Miguel, José S. s/recurso de amparo*, 11/05/1950, voto en disidencia del Dr. Tomás D. Casares, Fallos: 216:606.
- Juzgado 1ª Instancia Civ. y Com. de 42ª Nominación de Córdoba, O., J. L. s/sumarias, 09/12/2013, *Revista Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (abril), 224.
- Juzgado 1ª Instancia, Civ. y Com., 13ª Nominación, Rosario, D., J. D. s/información sumaria, 21/12/1978, *El Derecho*, 84-378.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa 3.787, *Aldas, Tomasa c/Astovi-za, Matías (suc.) s/filiación natural*, 27/06/1961, en *Acuerdos y Sentencias* 1961-II-347.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa C. 121.002, G., G. E. y otros c/*Sanatorio Azul S.A. s/daños y perjuicios*, 08/11/2017, voto del Dr. Héctor Negri.