
Artículos de Investigación

¿Tiene la filiación una referencia objetiva?



Trinidad Ariztía Barona
Universidad de Navarra, España
tariztiabar@alumni.unav.es

Prudentia Iuris

núm. 100, 2025
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-E: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
prudentia_iuris@uca.edu.ar

Recepción: 18 marzo 2025
Aprobación: 28 abril 2025

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.100.2025.8>

URL: <https://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7975482005/>

Resumen: Este trabajo argumenta que la filiación, como institución jurídico-positiva, ha perdido de hecho su referencia objetiva. El legislador contemporáneo, al regularla, no busca proteger los derechos y deberes que genera la filiación natural. Esta pérdida se revela de forma particular en la reacción del derecho de filiación ante los peligros que plantea la fecundación extracorpórea, que ha acabado dejando a la deriva los efectos jurídicos de la procreación humana. Se plantea que esta desprotección podría obedecer a la falta de consideración de este propósito, por desconocerse en la doctrina el concepto de filiación natural, que se ha visto eclipsado por el de filiación jurídico-positiva, convirtiéndose en otra cosa. La plausibilidad de esta hipótesis se demuestra en una cierta dificultad que surge en la comprensión de la relación entre ambos conceptos y en determinados errores argumentativos que aparecen en la literatura académica, que hacen presumible dicha incomprensión.

Palabras clave: Filiación, Filiación natural, TRHA, Reproducción asistida heteróloga, Determinación de la filiación.

¿TIENE LA FILIACIÓN UNA REFERENCIA OBJETIVA?

Trinidad Ariztía Barona^[1]

Universidad de Navarra, Pamplona, España

Contacto: tariztiabar@alumni.unav.es

Recibido: 18 de marzo de 2025

Aprobado: 28 de abril de 2025

Para citar este artículo:

Ariztía Barona, Trinidad. “¿Tiene la filiación una referencia objetiva?”. *Prudentia Iuris*, 100 (2025):

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.100.2025.8>

Resumen: Este trabajo argumenta que la filiación, como institución jurídico-positiva, ha perdido de hecho su referencia objetiva. El legislador contemporáneo, al regularla, no busca proteger los derechos y deberes que genera la filiación natural. Esta pérdida se revela de forma particular en la reacción del derecho de filiación ante los peligros que plantea la fecundación extracorpórea, que ha acabado dejando a la deriva los efectos jurídicos de la procreación humana. Se plantea que esta desprotección podría obedecer a la falta de consideración de este propósito, por desconocerse en la doctrina el concepto de filiación natural, que se ha visto eclipsado por el de filiación jurídico-positiva, convirtiéndose en otra cosa. La plausibilidad de esta hipótesis se demuestra en una cierta dificultad que surge en la comprensión de la relación entre ambos conceptos y en determinados errores argumentativos que aparecen en la literatura académica, que hacen presumible dicha incompreensión.

Palabras clave: Filiación; Filiación natural; TRHA; Reproducción asistida heteróloga; Determinación de la filiación.

Does filiation have an objective reference?

Abstract: This paper argues that filiation, as a positive legal institution, has in fact lost its objective reference. Contemporary legislators, when regulating it, do not seek to protect the rights and duties to which natural filiation gives rise. This loss is particularly evident in the reaction of filiation law to the dangers posed by extracorporeal fertilization, which has ultimately left the legal effects of human procreation adrift. It is suggested that this lack of protection could be due to the failure to consider this purpose, due to the lack of knowledge of the concept of natural filiation in legal doctrine, which has been eclipsed by that of positive legal filiation, becoming something else entirely. The plausibility of this hypothesis is demonstrated by a certain difficulty that arises in understanding the relationship between the two concepts, and by certain argumentative errors present in the academic literature, which make such confusion likely.

Keywords: *Filiation; Natural filiation; ART; Heterologous assisted reproduction; Determination of filiation.*

L'affiliazione ha un riferimento oggettivo?

Sommario: L'articolo sostiene che la filiazione, in quanto istituto giuridico positivo, ha di fatto perso il suo riferimento oggettivo. Il legislatore contemporaneo, nel disciplinarlo, non cerca di tutelare i diritti e i doveri che la filiazione naturale genera. Questa perdita è particolarmente evidente nella reazione del diritto alla filiazione ai pericoli della fecondazione extracorporea, che ha finito per lasciare alla deriva gli effetti giuridici della procreazione umana. Si ipotizza che questa mancanza di tutela possa essere dovuta alla scarsa considerazione di tale finalità, dovuta al fatto che il concetto di filiazione naturale è ignorato dalla dottrina, che è stata messa in ombra dal concetto di filiazione giuridica positiva, trasformandolo in qualcos'altro. La plausibilità di questa ipotesi è dimostrata da una certa difficoltà che si incontra nel comprendere la relazione tra i due concetti e da alcuni errori argomentativi presenti nella letteratura accademica, che rendono presumibile tale confusione.

Parole chiave: Filiazione; Filiazione naturale; PMA; Procreazione assistita eterologa; Determinazione della filiazione.

1. Introducción

Decía Ballesteros^[2] que un rasgo característico de la posmodernidad consiste en la ausencia de relación entre las palabras y la realidad objetiva. De acuerdo con esta idea, existe cierta pretensión de que los términos remitan a lo exacto, negando la analogía, lo que lleva a que aquellos que designaban realidades objetivas pierdan la conexión con ellas. La tesis que se plantea en este trabajo es que esto puede estar ocurriendo actualmente con la institución jurídica de la filiación. Si bien, en teoría, su punto de partida es la relación de filiación natural, parece ser que no se ha atendido a ella cuando las técnicas de reproducción asistida han planteado dudas sobre la determinación de la filiación.

Se exponen tres ideas principales. Primero, que la filiación jurídico-positiva es una realidad análoga a la filiación natural, y, como tal, debe contemplar, dentro de sus objetivos, el de proteger los efectos jurídicos de esta última. Segundo, que actualmente se ha tendido a desconocer este propósito, lo que puede verse, por ejemplo, en la manera en que ha reaccionado el derecho de filiación ante algunos peligros que plantea la fertilización extracorpórea. Tercero, que lo anterior podría obedecer, al menos en parte, a un desconocimiento del concepto de filiación natural en la doctrina. Esto habría acabado por eliminar, de hecho, su referencia objetiva.

2. Filiación natural y filiación jurídico-positiva

2.1. Concepto de filiación natural

“Procedencia de los hijos respecto de los padres”, reza el *Diccionario panhispánico del español jurídico* si se consulta por la voz “filiación”^[3]. En este primer sentido –al que aquí se llamará “filiación natural”–, la filiación es consecuencia de la procreación. Es indudable que para existir como ser humano hace falta tener una relación de procreación con dos seres humanos y este es el primer sentido en que se dice que una persona es hija de otra. Así lo ha explicado con claridad Martínez de Aguirre:

“El punto de partida del derecho de filiación es la relación biológica existente entre generantes (padre y madre) y generados (hijos): sin la existencia de esa peculiar relación biológica no cabría hablar de filiación. [...] En este sentido, que es el más nuclear, filiación es la procedencia biológica de una persona con respecto a sus progenitores. Éste es un hecho natural, que se da en todos los seres humanos: no es fruto de la cultura, de la historia ni del derecho positivo (como si los hombres hubiéramos decidido cuál es nuestro sistema de procreación), sino de la naturaleza humana”^[4].

Atendido esto puede decirse que entre dos personas existe una relación de filiación natural cuando una ha sido biológicamente engendrada por la otra. En consecuencia, para descubrir si una persona es naturalmente hija de otra debe atenderse a la biología: analizar si el origen de la primera, en cuanto organismo de la especie humana, está en el proceso de reproducción biológica de la segunda.

Es sabido también que cada relación de procreación tiene, en sí misma, una dimensión de justicia^[5]. En efecto, el hecho de que dos seres humanos engendren uno nuevo produce efectos jurídicos entre ellos y con el resto de la sociedad^[6], cuya fuente es el mismo hecho de la procreación^[7]. Es por esto que no hablamos de “filiación” para referirnos a la reproducción de otros seres vivos, donde no se generan relaciones de justicia. La filiación natural es esencialmente un vínculo jurídico y biológico.

Lo anterior quiere decir que los efectos jurídicos de la procreación humana no son producto del derecho positivo, sino de la naturaleza. Su concreción en la ley positiva responde a la necesidad de precisarlos para ser cumplidos de forma más efectiva, pues en la naturaleza aparecen indeterminados^[8]. Así, al legislador corresponde su reconocimiento y protección, no, en cambio, su creación.

En lo anterior puede encontrarse la relevancia de definir de quién es hija naturalmente cada persona. La principal importancia de esta definición se encuentra en el hecho de que supone determinar el estado de familia, como atributo de la personalidad^[9]. El primer momento^[10] en que surge la necesidad de esta determinación es aquel en que una persona llega al mundo, y requiere que “alguien” le preste la asistencia moral y material indispensable para sobrevivir y desarrollarse: porque no se trata de “alguien” cualquiera sino de personas concretas: su padre y su madre^[11].

Como los primeros obligados a asistir al recién nacido, por la procreación, son los padres^[12], el legislador establece una serie de reglas que permiten presumir quiénes son ellos, a partir del hecho conocido del nacimiento. Así, por ejemplo, desde antiguo ha regido el principio *mater semper certa est*^[13], presumiéndose de derecho que la mujer que da a luz al niño es quien lo ha engendrado, porque siempre había sido ella la que gestaba. Una vez identificada a la madre, se buscaba identificar al padre considerando qué varones podrían haber tenido una relación sexual con ella, atendido que siempre había sido esa la única manera en que un espermatozoide podía fecundar un óvulo. Así, tanto el matrimonio de la madre como el concubinato notorio permitían deducir el hecho desconocido de la paternidad.

Como se sabe, a diferencia de la presunción de maternidad, las presunciones de paternidad nunca han sido infalibles. El matrimonio o el concubinato notorio podían presumir la relación sexual, pero no daban certeza de ella, ni tampoco aseguraban que la mujer no hubiese tenido relaciones con otro varón en ese tiempo. De ahí el aforismo *pater semper incertus est*. Pero la incertidumbre respecto a la identidad del padre biológico no ha supuesto un impedimento al legislador para atribuir la condición legal de padre. Como para proteger al menor es necesario que exista certeza jurídica respecto a quién es el principal obligado a prestarle asistencia es que el legislador presume, de todas formas, que hay filiación entre quien ha sido identificado como padre y el niño, admitiendo, por lo general, la posibilidad de impugnarlo.

Lo anterior es lo que en el derecho de filiación se conoce como “determinación” de la filiación. La filiación siempre busca, primero, averiguarse. En ese sentido, se pretende, en primer lugar, que la condición de “padre”, “madre” e “hijo” sea reconocida y no “otorgada” por el derecho positivo, asumiendo el riesgo de inexactitud.

2.2. El vínculo jurídico-positivo de filiación

El que toda persona humana nace necesitada de atención en todo orden de cosas y que siempre existen dos primeros obligados a asistirle son hechos: hasta ahora no tenemos noticia de nadie que haya llegado al mundo pudiéndose valer por sí mismo, ni sin la fecundación de un óvulo y un espermatozoide. Pero es también un hecho que estas personas, los padres biológicos, no siempre están en condiciones de prestar esta asistencia, ya sea porque sea imposible identificarlos o por otros motivos^[14]. Esto es lo que explica que la finalidad del derecho de filiación no sea identificar, a toda costa, a quienes han participado en la procreación. En este aspecto^[15], el derecho de filiación se rige por el principio *favor filii*, o de interés superior del menor^[16]. Lo buscado como último fin al otorgar o reconocer la condición legal de padre es que la persona sea asistida lo mejor posible, no identificar a los padres biológicos, sin que esto último deje de tener relevancia en orden a esa finalidad.

En efecto, cuando nace un ser humano el legislador busca, además de determinar su estado de familia, asegurar que reciba la asistencia que necesita. Por esto es que una vez que una persona nace se busca “determinar” su filiación, reconociendo el vínculo jurídico que naturalmente tiene con su padre y su madre. Pero como desde los orígenes del derecho de filiación no ha existido absoluta certeza sobre la identidad del padre, en circunstancias de que el niño siempre necesita que alguien asuma su rol, los efectos de la determinación de la filiación van más allá del reconocimiento. Es decir, la “determinación” de la filiación no solo reconoce y protege los efectos de un vínculo natural –si lo hay–, sino que además genera entre la persona identificada como padre y el niño un vínculo jurídico de derecho positivo. En consecuencia, si bien no puede tenerse certeza de que el “padre legal” sea también padre natural, siempre hay seguridad de que entre ellos existe un vínculo de derecho positivo, mientras no se declare otra cosa. Este existe, precisamente, porque aunque no hay necesidad de resguardar un vínculo natural si no lo hay, siempre permanece la necesidad de proteger al menor. En ese sentido puede decirse que la filiación jurídico-positiva es “algo más” que el reconocimiento legal de la filiación natural^[17].

Es por lo anterior que, con independencia de si fuese realmente padre natural o no, quien hubiese sido identificado como padre por aplicación de las reglas de determinación de la filiación siempre pasa a tener una serie de derechos y deberes respecto del niño, similares a los que genera la filiación natural, que permanecerán mientras no se declare algo distinto. Es aquí donde puede encontrarse el motivo por el que, si bien el derecho de filiación encuentra su punto de partida en la filiación natural, el vínculo “jurídico-positivo” de filiación ocupa un primer plano en esta institución^[18]. A diferencia del vínculo de filiación natural, el jurídico-positivo siempre existe entre quienes son legalmente padre, madre e hijo.

Como acaba de decirse, el legislador a veces crea vínculos jurídicos similares a los que origina el hecho de la procreación entre personas que no son naturalmente padre e hijo. Lo hace cuando identifica como padre a quien no lo es, caso en que incluso podría ser ignorado que no hay vínculo natural. Pero también se dan casos en que se crea un vínculo jurídico-positivo de filiación habiendo seguridad de que una persona no es hija de otra^[19]. En estos casos, cuyo paradigma es la adopción^[20], ya no hablamos de “determinación” de la filiación. Cuando se declara la adopción de un menor, por sentencia judicial, unos adultos quedan obligados a prestarle asistencia en todo orden de cosas, tal como si fuesen sus padres biológicos^[21], porque se considera que esto es lo mejor para él^[22].

Una de las formas en que aparece de manifiesto que es el principio *favor filii* y no la verdad biológica el que rige el derecho de filiación es en el hecho de que a veces se determina la filiación dando valor probatorio a medios de prueba que no son los más efectivos para probar la procreación, como la posesión de estado^[23]. Como advierte González, “[e]l ordenamiento pretende, sobre la base del principio de verdad biológica, la coincidencia entre la filiación jurídica y biológica, pero en la medida de lo posible”^[24]. En este contexto, qué es posible y qué no, no corresponde a lo que es materialmente posible, sino a lo que conviene en orden a cumplir con el principio de interés superior del menor^[25]. Se entiende que muchas veces no conviene que coincidan la filiación jurídico-positiva con la natural para resguardar, por ejemplo, la seguridad jurídica o la estabilidad familiar, considerando que esto beneficiaría al menor^[26]. De esta manera, la finalidad de proteger al menor acaba, en los hechos, desplazando a la finalidad de definir el estado de familia derivado de la procreación.

2.3. Diferencia entre filiación natural y filiación jurídico-positiva

Con filiación jurídico-positiva se ha hecho referencia aquí a lo que en el derecho civil suele llamarse “filiación”, a secas, para distinguirla de la filiación natural. Tanto una como la otra son esencialmente un vínculo jurídico, pero en el caso de la filiación natural, esta es también, esencialmente, un vínculo biológico. Por otro lado, si bien ambos son vínculos jurídicos, el origen de los respectivos derechos y deberes no es el mismo. La relación de filiación jurídico-positiva es creada por el derecho positivo, mientras que la de filiación natural es producto de la naturaleza.

De lo anterior se sigue que no puede decirse que la filiación natural sea una especie dentro del género de la filiación jurídico-positiva, pues esta última no consiste en un vínculo natural. Esto es complejo, porque como se dijo antes, en el derecho de filiación, la filiación jurídico-positiva ocupa un primer plano, con lo que se hace fácil tender a encasillar cualquier vínculo jurídico de filiación dentro de este concepto. Como se verá más adelante, este error parece cometerse con relativa frecuencia. Sin embargo, considerar a la filiación natural un tipo de filiación jurídico-positiva implica desconocer su esencia natural. Lo que sí existe es un tipo de filiación jurídico-positiva creado en virtud de la aplicación de las reglas de determinación de la filiación que encuentran su lógica en la filiación natural. Pero ese vínculo, en sí mismo, no es de filiación natural.

Es posible afirmar entonces que la filiación jurídico-positiva y la filiación natural son dos realidades diferentes. Lo que entre ellas existe no es una relación de género y especie sino de analogía. La segunda es el punto de partida de la primera: la filiación jurídico-positiva imita a la filiación natural, de ahí el aforismo *adoptio imitatur naturam*^[27]. La filiación jurídico-positiva encuentra su modelo o paradigma en la filiación natural, resguardando sus efectos jurídicos, o bien creando derechos y deberes similares a los que ella genera; buscando, siempre, proteger a los menores.

3. Reacción del derecho de filiación ante la posibilidad técnica de la fecundación extracorpórea

Es sabido que la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ha causado un gran desconcierto en el derecho de filiación. Por un lado, la inseminación artificial ha permitido que la procreación no sea consecuencia de una relación sexual, lo que ha hecho desaparecer el fundamento básico sobre el que descansaban las presunciones de paternidad. Pero más complicada aún ha sido la práctica de las fecundaciones extracorpóreas^[28], que, además, han hecho posible que los seres humanos no sean gestados por la mujer que los ha engendrado en la concepción. Así, por primera vez en la historia, el hecho conocido del nacimiento no da certeza absoluta sobre la identidad de la madre biológica: solo ahora puede plantearse la duda de si efectivamente quien ha dado a luz ha aportado el óvulo.

El derecho de filiación ha debido plantearse si modificar, entonces, las reglas que tenía para determinar la filiación, tanto paterna como materna, que descansaban en el hecho de que la procreación había estado precedida de una relación sexual y que esta había tenido lugar dentro del vientre de la madre. Como se verá ahora, la manera en que ha reaccionado a estos problemas muestra que no se ha tomado en cuenta la necesidad de proteger los derechos y deberes que origina el hecho de la procreación. Para mostrar esta idea se analizará un caso concreto: se revisará lo que ha ocurrido con la regulación de la determinación de la filiación materna ante uno de los peligros que la fecundación extracorpórea plantea. En particular, desde que cabe la posibilidad fáctica de que una mujer acuda a un centro de reproducción humana asistida buscando el embarazo y solicite que, con ese objetivo, se fecunde el óvulo de otra mujer^[29].

3.1. El problema de mantener el principio *mater semper certa* est frente a la posibilidad de que se practiquen fecundaciones extracorpóreas con óvulos de donante

Desde que la fertilización extracorpórea se ha hecho técnicamente posible, una de las cuestiones que ha debido plantearse el legislador es si mantener o no la regla de la determinación de la filiación materna por el parto, a pesar de que ya no haya certeza de que la mujer que da a luz sea la madre biológica. Para tomar esta decisión –considerando que el derecho positivo debe proteger los efectos jurídicos de la filiación natural–, tenía que tomarse en cuenta la necesidad de evitar algunas situaciones que ahora eran técnicamente posibles: como la de que se encargue a una mujer la gestación de un embrión concebido de un óvulo ajeno a ella con la intención de criar al niño cuando nazca^[30]; y la de que se encargue la fecundación de óvulos ajenos, con el objetivo de gestar, parir y luego criar al niño^[31]. Como es lógico, mantener el principio *mater semper certa est* es una solución que permite desincentivar la primera de ellas, pues así la maternidad legal sigue recayendo en la gestante, incluso aunque no fuese la madre biológica. Sin embargo, esta solución no es efectiva a la hora de gestionar el riesgo de que se dé la segunda situación: al contrario, la vigencia del principio *mater semper certa est* supone un incentivo a este tipo de prácticas.

En efecto, si se pretende resguardar que los deberes que genera el hecho natural de la fecundación entre la madre y el hijo sean cumplidos por ella, parece ser que lo mejor sería que la fecundación se produjera en unas circunstancias en que estos deberes puedan ser cumplidos cuando el niño nazca. Pero el niño concebido de un óvulo de donante, por encargo de la mujer que lo ha gestado, se ve, en la práctica, privado de esta posibilidad. Una vez que nace, no parece razonable pretender que su madre biológica –la que ha aportado el óvulo– le preste la asistencia que necesita, considerando que se ha desentendido *a priori* de él y se hace difícil identificarle, porque no lo ha gestado y parido^[32]. Por lo tanto, para resguardar que los deberes que genera cada procreación sean cumplidos por cada madre biológica, es importante evitar que la fecundación se produzca a instancias de otras personas. Y la manera más efectiva para evitar esto, como es lógico, es procurando que las mujeres no se desprendan de sus óvulos.

Esta consideración es relevante a la hora de plantearse si mantener o no el principio *mater semper certa est* ante la posibilidad fáctica de que se practiquen fecundaciones extracorpóreas con óvulos de donante. Y lo es porque, como ya se ha dicho, conservar esta regla supone un incentivo a esta práctica. Lo que busca la mujer que encarga la fecundación de un óvulo de otra para después gestar el embrión resultante es adquirir la maternidad legal del niño cuando nazca, para poder criarlo sin injerencia de terceros. Por otro lado, lo pretendido por la mujer que cede un óvulo –aparte de buscar una compensación u otra finalidad– es que no se le exija criar a su hijo: de otra forma no lo entregaría. Como es lógico, seguir determinando la filiación materna por el parto, conservando una presunción *iuris et de iure* sin fundamento, incentiva esta práctica: asegura a ambas mujeres conseguir lo pretendido.

3.2. La desprotección de la filiación natural

Si bien es muy claro que la mejor protección de los efectos jurídicos de la filiación natural implica, como mínimo, no incentivar la fertilización extracorpórea heteróloga, todo demuestra que el problema de la determinación de la maternidad de los niños concebidos de óvulo de donante se ha resuelto sin miras a este objetivo. El principio *mater semper certa est* se ha mantenido sin modificar en muchas legislaciones^[33]. Y se ha mantenido así no porque se considere que, a pesar de que no sea deseable que se realicen estas prácticas, esta sería la mejor manera de regular qué ocurre cuando se llegue a estas situaciones “indeseadas”^[34]. En ese caso se hubiesen implementado otras medidas para disuadir de ceder óvulos a centros de reproducción asistida y de encargar su fecundación. En cambio, por lo general, se ha hecho lo contrario, lo que parece indicar que en la práctica se desconoce el derecho de toda persona a ser criada y educada precisamente por sus padres.

En casos como el de Argentina^[35], Chile^[36], o España^[37], los únicos cambios que se han introducido en materia de determinación de la filiación materna tienden a blindar la filiación determinada de este modo. Esto es novedoso, porque la paternidad, la única que era incierta, nunca había pretendido blindarse. Como se sabe, por lo general, siempre ha existido la posibilidad del padre biológico –con más o menos restricciones– de impugnar la paternidad determinada y reclamar la suya. Aún con más libertad ha tenido esta posibilidad el hijo. Sin embargo, hoy en día pareciera intentar dejarse grabada en piedra la filiación determinada a favor de quienes solicitan estos servicios. Queda bastante patente, entonces, que la reacción del derecho de filiación ante la posibilidad técnica de la fecundación extracorpórea no ha considerado importante proteger los efectos jurídicos de la filiación natural y se ha vuelto en su contra.

4. El eclipse de la filiación natural

Llegados a este punto, conviene hacer una breve recapitulación. Se dijo antes que la filiación natural da origen a derechos y deberes que es necesario que sean protegidos por el derecho positivo, tarea que corresponde, principalmente, al derecho de filiación. Se señaló también que hoy en día ese propósito parece no contemplarse, lo que se manifiesta en el hecho de que los cambios que se han introducido –o dejado de introducir– en el último tiempo llevan a promover que las personas sean concebidas en circunstancias en que es ilusorio pretender que estos deberes sean cumplidos por los obligados a ello, como ocurre cuando la fecundación se ha realizado a instancias de una mujer diferente a la que aporta el óvulo.

Como se dijo antes, conservar el principio *mater semper certa est* como una presunción de derecho, cuando ha perdido su fundamento, incentiva las fecundaciones extracorpóreas con ovodonación, lo que es un despropósito si se busca proteger los efectos jurídicos de la filiación natural. La pregunta que surge entonces es por qué no se ha cambiado esta regla, permitiendo, por ejemplo, que el hijo impugne la maternidad con una prueba genética, lo que al menos desincentivaría esta práctica. La hipótesis que aquí se plantea es que ni siquiera se ha puesto en la balanza la necesidad de proteger estos derechos y deberes. Lo que se sugiere es que no existe un acuerdo sobre si este objetivo tendría que contemplarse o no, y de qué manera. Es imposible que exista este acuerdo, porque para estar en acuerdo o desacuerdo sobre algo es necesario que todas las partes tengan en mente la misma proposición^[38]. Lo que ocurre es que no parecen darse las condiciones para dialogar sobre esta necesidad, porque para eso hay que poder tener en mente el concepto de filiación natural. Si se observa la manera en que muchas veces se argumenta sobre la filiación cuando se pretende atender a su paradigma, salta a la vista un desconocimiento de este concepto: se tiende a confundir la filiación natural con otra cosa, lo que impide discutir sobre ella. Para demostrar la plausibilidad de esta hipótesis, lo que se hará ver de aquí en adelante es cómo en el debate jurídico el concepto de filiación natural se ve eclipsado por el de filiación jurídico-positiva.

Es ahora cuando resulta indispensable recordar la distinción entre filiación jurídico-positiva y filiación natural que se hizo en el punto 2.3. Como se señaló, dado que en el debate jurídico sobre la filiación el concepto de filiación jurídico-positiva ocupa un primer plano, puede tenderse a pensar que la filiación natural es un tipo de filiación jurídico-positiva: que entre ellas hay una relación de género y especie, y no de analogía. Al intentar entender la filiación natural encasillándola dentro del concepto de filiación jurídico-positiva lo que acaba teniéndose en mente no es la filiación natural sino otra cosa. La filiación jurídico-positiva desplaza a la filiación natural del debate y pone en su lugar un concepto sin pies ni cabeza: un modelo que a la vez forma parte de aquello de lo que es modelo. Esto es problemático, porque, como es lógico, si la filiación natural es la referencia objetiva de la filiación jurídico-positiva, resulta imprescindible no confundirlas para entender tanto una como la otra.

En efecto, los debates que versan sobre la relación jurídica entre padres e hijos se centran en el concepto de filiación jurídico-positiva, llegando incluso a pretender resolver los casos de conflicto buscando su paradigma o modelo en ella misma. Como se ha dicho, esto se observa al analizar algunos errores que se cometen en la literatura académica^[39] cuando se pretende acudir a este. Se considera así que este paradigma contempla en su esencia ciertos conceptos que son propios del derecho civil y de la filiación jurídico-positiva en particular: medios de prueba, la idea de responsabilidad civil, el principio *favor filii* y la institución jurídica de la adopción. De esta manera, la filiación jurídico-positiva pierde toda referencia objetiva. Poniendo en peligro, por supuesto, la protección de los menores.

4.1. El análisis de la filiación natural desde los hechos que permiten probarla

Un primer problema que revela que la filiación jurídico-positiva ha desplazado a la filiación natural es el de analizar esta última a partir de los hechos que permiten probarla. Como es lógico, la filiación natural no se encuentra definida en el derecho positivo, porque es anterior a él. Desde antiguo esta había sido considerada para disponer las reglas que permitirían probar con mayor certeza quiénes son los primeros obligados a prestar asistencia a cada recién nacido. En consecuencia, las únicas normas del derecho positivo que se refieren a ella son las que disponen la manera de probarla: las presunciones de paternidad y maternidad tradicionales, que asumen que la procreación ha sido precedida de una relación sexual y que el ser humano una vez engendrado ha sido gestado por su madre.

El problema es que se ha pretendido estudiar la filiación natural a partir de estas reglas sin considerar su contexto histórico ni el hecho de que la filiación natural no se encuentra definida en el derecho positivo. De alguna manera se han confundido los medios de prueba con el hecho que se ha de probar, y se ha llegado a la conclusión de que la voluntad (comprendida en el acto sexual) y/o la gestación son esenciales a la filiación natural, cuando en realidad no son parte de la fecundación^[40]. Se ha dicho, así, que las TRHA permiten “disociar” la generación del ser humano, haciendo posible que participen en ella más personas que las que aportan los gametos^[41]. No se verían implicados solo los padres biológicos, sino también la mujer que gestase y quienes hubiesen encargado la fecundación, si fuesen otros.

De acuerdo con la idea anterior, muchas veces se dice que en la generación de un ser humano podrían participar hasta tres mujeres: la que provee el óvulo, la que encarga la fecundación y la gestante^[42]. Esto ha llevado a concluir que existiría un “problema” para determinar la filiación materna^[43], porque en estos casos no se daría una relación de filiación natural con ninguna mujer en particular. Habría que analizar entonces si dar prioridad al factor “genético” (quien aporta el óvulo), “gestacional” (quien gesta) o el “volitivo” (quien encarga la fecundación) y sobre qué fundamentos.

El primer error que se comete entonces, al analizar la filiación natural desde el derecho positivo, es asumir que cuando no coinciden estos tres factores en una misma mujer se produce una disociación en la generación. Esto es lo que lleva al error de intentar averiguar cuál de las mujeres que supuestamente participarían en la generación sería, por así decirlo, “más madre”, en un sentido paradigmático o verdadero^[44]. Esto también se hace atendiendo al derecho positivo, lo que lleva a otros errores.

Una primera aproximación para averiguar quién sería “más madre”, desde el derecho positivo, comienza por entender que la generación del ser humano se produce en la gestación, acabando con el nacimiento. Esto puede concluirse si se atiende a la lógica de la filiación jurídico-positiva: al hecho de que esta siempre busca determinarse tras el nacimiento, porque es ese el momento en que debe resolverse quién asistirá al nuevo ser humano^[45]. Si se considera que el primer criterio al que el derecho positivo atiende es al de la identidad de la mujer que da a luz –sin considerar el contexto histórico y la verdadera lógica de esta regla–, se llega a la conclusión de que la mujer que gesta un embrión concebido de un óvulo de otra es madre “biológica”^[46]. Desde este punto de vista, esta mujer sería quien habría “generado” a ese ser humano. El hecho conocido del nacimiento no probaría el hecho desconocido de la procreación, sino que el primero sería el hecho a probar.

Otra vía para averiguar quién sería “más madre” y con la que puede llegarse a una conclusión diferente, también errada, implica considerar la relación sexual parte de la procreación. Si se entiende que el acto sexual es esencial a la procreación puede llegar a afirmarse que, como este es, en principio, voluntario, entonces la voluntad de engendrar sería lo más relevante^[47]. Lo esencial no sería el acto sexual en sí, sino la voluntad. En consecuencia, la voluntad de ser padre o madre es lo que convertiría a alguien en padre o madre, en sentido paradigmático o verdadero. Pero la voluntad de engendrar no es esencial a la procreación: es evidente que esta puede producirse aunque los padres no lo quieran, e incluso aunque no se representen esa posibilidad. En consecuencia, que los padres hayan querido o no procrear no los hace más o menos padres.

Cabe considerar que en el análisis sobre qué mujer sería “más madre” –inapropiado, se insiste–, podría llegarse a la conclusión de que es “más madre” la mujer que aporta el óvulo: la única que realmente participa en la procreación. Sin embargo, por lo general, no se llega a esa conclusión. El motivo puede encontrarse, nuevamente, en estudiar la filiación natural a partir de los hechos que permiten probarla. Si se considera que el único medio de prueba que señala como padres a los donantes de gametos es la prueba genética, puede acabar afirmándose que no son padres biológicos sino solo “genéticos”^[48]. Es decir, que su participación se reduce al aporte genético y la única relación que tienen con el niño es la coincidencia genética^[49]. Pero las personas que participan en la procreación, por ser ellos de quienes provienen los gametos, son siempre padres biológicos^[50].

4.2. El análisis de la filiación desde la lógica de la responsabilidad civil

Se señaló antes que considerar que el acto sexual es esencial a la procreación –a partir del estudio de la filiación natural desde las presunciones de paternidad– puede llevar a entender que el paradigma de la filiación considera que la procreación se haya producido voluntariamente. La conclusión de que este paradigma se da respecto de aquellos que tienen la voluntad de concebir es muy relevante en la actualidad. No solo porque lleva a entender la filiación como una relación de dominio^[51], sino también porque en ella se fundamenta la permisividad de donación de esperma –más aceptada incluso que la ovodonación– y la maternidad subrogada. Esta conclusión no solo puede basarse en una errada interpretación de los medios que permiten probar la filiación natural, sino que también puede parecer plausible si se considera que el ejercicio de averiguar quiénes son los padres de un niño busca hacerlos responsables de una serie de deberes civiles.

En efecto, al estudiar la filiación desde el concepto de filiación jurídico-positiva, puede pensarse que la filiación, como paradigma, tiene relación con la voluntad humana y la responsabilidad civil. Desde este punto de vista, en definitiva, la filiación tendría una naturaleza parecida a la de un cuasicontrato o de un cuasidelito. Se entiende que quienes deben encargarse de cumplir con los deberes parentales son los responsables “directos” de que haya otra boca que alimentar. Como ahora los padres biológicos pueden no ser los únicos “causantes” de este hecho, puede considerarse que lo que en la ley se denomina filiación “por naturaleza” deja de tener necesaria relación con la procreación. Si antes de las TRHA los “culpables” de la llegada de un nuevo ser humano al mundo podían ser solamente aquellos de quienes provenían los gametos, entonces era claro que las obligaciones parentales debían recaer en ellos. Sin embargo, como ahora las TRHA han permitido que las condiciones para que el proceso de reproducción humana culmine las pongan otros, se considera que la tecnología ha abierto nuevas posibilidades de ser “verdaderamente” “padre” o “madre”^[52].

4.3. *El análisis de la filiación desde la lógica del favor filii*

Como se señaló más arriba^[53], la filiación, como institución jurídico-positiva, tiene por objeto primordial el resguardar la protección de los menores. En consecuencia, cuando no conviene que los padres biológicos sean padres legales –básicamente, que asuman la titularidad de la patria potestad/responsabilidad parental– y debe decidirse quién debe ocupar su lugar, lo que corresponde a los juristas es debatir cuál de las opciones disponibles beneficiaría al menor. Sin embargo, con cierta frecuencia, la argumentación traspasa estos límites y se intenta defender que la persona a quien convendría “entregar” el niño es padre o madre en un sentido paradigmático o “verdadero”. Se usa, erradamente, el criterio del beneficio del menor, propio de la filiación jurídico-positiva, para definir el paradigma de la filiación. La pregunta “¿quién podría cuidar mejor a este niño?” sirve precisamente para responder eso: a quién convendría hacer responsable de su asistencia en todo orden de cosas, otorgándole la condición legal de “padre”. No sirve, en cambio, para identificar a los padres biológicos: para eso solo puede atenderse a la procreación.

Este es otro de los motivos por el que muchas veces se afirma que la mujer que da a luz es siempre “más madre”, o “verdadera” madre^[54]. Se considera que el haber gestado y parido la hace la más idónea para criar al recién nacido, por la vinculación que se produce en ese proceso, y porque el hecho del parto permite identificarla inequívocamente^[55]. A veces esta es la razón que se esgrime para justificar que el principio *mater semper certa est* se mantenga, como puede observarse en este fragmento:

“Si no perdemos de vista que el mayor de los bienes jurídicos en juego es siempre el interés superior del menor, resulta muy difícil justificar que la filiación legal pueda atribuirse al margen del principio biológico y antropológico sobre el que se apoya la maternidad, que es la vinculación entre el neonato y la que ha parido, producto de la unión intrauterina entre el feto y la gestante. Para el derecho, el fundamento de que la filiación legal esté determinada por el parto se basa en la presunción de que quien ha parido es la persona que mejor puede garantizar el interés superior del bebé después del parto. De ahí la consagración del principio jurídico que ha determinado durante siglos la maternidad legal: *mater semper certa est*; madre es aquella que da a luz. Y de ahí también su necesaria vigencia hoy. Pretender obviar este criterio jurídico y su fundamento antropológico constituye, a nuestro juicio, un profundo error filosófico y jurídico, además de propiciar un grave riesgo de desprotección del ser humano nacido al que siempre el derecho ha rodeado de todo tipo de garantías”^[56].

Como puede verse, se llega a afirmar que el principio *favor filii* define la maternidad en su sentido primario, que definiría incluso su fundamento “antropológico”, y que siempre ha sido así. Que el principio *mater semper certa est* no se fundamenta en el hecho de que, hasta que se hiciera posible la fecundación extracorpórea, la madre biológica –la que participa en la fecundación– siempre había gestado. Y se afirma, al mismo tiempo, que esta sería la razón por la que tendría que otorgársele siempre la maternidad legal a la mujer que pare, aunque no provenga de ella el óvulo. Se produce una confusión, porque el principio *favor filii* sirve, en efecto, como criterio para elegir al titular de la maternidad legal, a quien deberá cuidar al niño atendidas las circunstancias en que nace, pero no para definir la maternidad y la filiación en su significado paradigmático. Una cosa es afirmar que otra mujer sea más idónea que la madre biológica para criar al recién nacido, otra cosa es afirmar que ella es su madre en su último sentido.

Es destacable este error de argumentación, porque se presenta también en otros contextos, como cuando se discute si la paternidad legal de un niño debe recaer en el padre biológico o el socioafectivo, en caso de que tenga ambos^[57]. La idea que predomina es la de que este último, a pesar de no ser el padre natural, debería asumir la paternidad legal, porque eso beneficiaría al menor, atendido el vínculo afectivo desarrollado en el tiempo en que ha cumplido de hecho la función de padre^[58]. El error se comete cuando esta idea se defiende empleando un discurso que apunta a afirmar que el padre social es el “verdadero” padre. Emerge así una argumentación que gira circularmente: se afirma que el padre social es el “verdadero” padre porque se ha vinculado afectivamente con el niño –y, por tanto, sería idóneo para criarlo^[59]–, pero la razón por la que debiese concedérsele la paternidad legal no sería su idoneidad sino el hecho de ser el “verdadero” padre^[60]. Aunque no se explicita, la idea que está detrás es que, en definitiva, la filiación jurídico-positiva, regida por el *favor filii*, es el paradigma de la filiación. En consecuencia, “verdadero” padre es el más adecuado para la crianza: aquél a quien conviene otorgar la paternidad legal.

Considerando ese criterio, es fácil negar que los padres “meramente genéticos” sean “verdaderos” padres. Esta idea está frecuentemente asociada a la idea del abandono, y tal vez cuesta pensar que es padre o madre alguien a quien se considere “mal padre” o “mala madre”. Como se vio al comienzo, atendido el *favor filii*, muchas veces se prefiere la posesión de estado por sobre la prueba genética, aunque esta última sea más precisa^[61]. Acaba considerándose, así, que quien tiene posesión de estado es “más padre” o “más madre” que quien es un “mero aportante de material genético”^[62].

Cabe destacar, por último, que considerándose que quien ya se ha vinculado afectivamente con el niño es el idóneo para continuar con su crianza se llega al error de afirmar que la paternidad, en su sentido último, está en el afecto, y que este corresponde a “la piedra angular de cualquier relación familiar”^[63]. A través de este discurso llega a afirmarse incluso que la afectividad debe ser reconocida como una realidad digna de tutela, estableciéndose nuevos paradigmas para identificar los vínculos de filiación^[64]. Es decir, sigue considerándose que hay algo fuera del derecho positivo que este debe reconocer y proteger, pero ya no es la filiación natural, sino los sentimientos. En definitiva, con este modo de argumentar la filiación jurídico-positiva pierde completamente de vista su punto de partida, dando pie a considerar muchas relaciones interpersonales como “filiación”. Ante este panorama, no es de extrañar que en el último tiempo se hayan declarado judicialmente casos de multiparentalidad^[65].

4.4. El análisis de la filiación considerando a la adopción como paradigma

Otra manera en que se ha tendido a estudiar la filiación es asumiendo que la adopción constituye su paradigma y no una excepción. Esta es, quizá, la manifestación más evidente de que la filiación jurídico-positiva ha eclipsado a la filiación natural. En estos casos se olvida que la adopción es una institución jurídico-positiva y se afirma que su existencia demostraría que el paradigma de la filiación no se encuentra en una relación natural^[66]. En definitiva, se analiza la filiación natural considerando que entre adoptante y adoptado hay una relación de este tipo, con lo que se llega al absurdo de excluir la biología de su esencia. Así, se hace imposible justificar y aplicar el principio *adoptio imitatur naturam*: se pierde de vista lo que se debe imitar y, con ello, cualquier posibilidad no solo de imitarla^[67], sino también de entender por qué esto es relevante. Por supuesto, esto da pie a concluir que no importa que la crianza y educación de las personas no sea asumida por los padres biológicos, mientras otros ocupen su lugar, y que, por lo tanto, no hay ningún problema con promover la reproducción asistida heteróloga.

Este error también aporta elementos para persistir en la equivocación de considerar que la voluntad es lo esencial en las relaciones de filiación. En ocasiones se cree que la fuente de las obligaciones parentales jurídico-positivas, en la adopción, es solo la libre voluntad de asumirlas, olvidándose que su fuente es la ley y que la voluntad de nada vale sin la idoneidad^[68]. Así, una incorrecta comprensión del papel de la voluntad en los procesos de adopción^[69], sumada al error de considerar la adopción paradigma de filiación, permite afirmar que la voluntad de asumir las obligaciones parentales crea el modelo de filiación^[70]. Termina dándosele un valor absoluto a la voluntad, entendiendo que esta sería superior a cualquier aspecto de orden biológico: por lo general, sería “más madre” o “más padre” quien hubiera decidido voluntariamente asumir las obligaciones parentales. Desde este punto de vista, la adopción –mal entendida– correspondería a un avance^[71].

5. Conclusiones

Si toda procreación humana da origen, por sí misma, a ciertos derechos y deberes, cuya protección efectiva reclama una intervención del derecho positivo, entonces la institución jurídica de la filiación debe contemplar ese propósito. Sin embargo, como ha podido verse aquí, esa finalidad no solo se ve desplazada hoy en día, sino que el mismo derecho de filiación la pone en peligro. Esto se ve de forma muy clara en la conservación del principio *mater semper certa est*, en circunstancias de que ha perdido su fundamento como presunción de derecho. Esta decisión, en particular, en jurisdicciones donde se permite e incluso facilitan las fecundaciones extracorpóreas heterólogas, supone una seria desprotección de los derechos y deberes que los padres tienen para con sus hijos biológicos, por el solo hecho de la fecundación. Las personas concebidas de esta manera llegan al mundo en unas circunstancias en que es ilusorio pretender que estos deberes sean cumplidos por los principales obligados, lo que significa un daño para ellas.

Hay razones para pensar que esta desprotección no obedece a un debate serio sobre si, considerando la necesidad de proteger los efectos jurídicos de la filiación natural –y, en particular, el derecho de las personas a ser criadas y educadas, precisamente, por sus padres–, conviene de todas formas mantener este principio. La razón por la que estos han quedado a la deriva parece ser, en cambio, que no se ha considerado siquiera ese propósito. Porque para ponerlo en la balanza es imprescindible entender correctamente en qué consiste la filiación natural, qué derechos y deberes genera, y por qué es importante protegerlos. No parece, sin embargo, que existan las condiciones para ello. No solo porque no aparece tan fácil a primera vista distinguir la filiación natural de la filiación jurídico-positiva, y darse cuenta de la relación de analogía que existe entre ellas, sino también porque en diversos textos de literatura académica aparecen errores propios de una confusión conceptual. En ello aparece de manifiesto la plausibilidad de esta hipótesis.

No cabe duda de que para poder atender a la relevancia del objetivo de proteger las relaciones jurídicas de filiación natural y el mejor modo de cumplirlo es imprescindible entender qué es la filiación natural en cuanto realidad objetiva anterior al derecho positivo. De otro modo es imposible comprender por qué esta genera derechos y deberes, cuáles son estos y por qué deben protegerse. Pero esta tarea hoy en día se ve gravemente entorpecida. La filiación natural, en la práctica, se ha visto ocultada por la filiación jurídico-positiva, que navega sin rumbo. Las pocas veces que se intenta atender a la filiación natural buscando definir qué es lo que haría a una persona “verdaderamente” padre o madre, se confunde con lo que el derecho positivo dice sobre ella. Se atiende a criterios que no sirven para identificar esta relación y solo se entienden en el contexto de la filiación jurídico-positiva, llegando a conclusiones que acaban por socavar el propósito de proteger la filiación natural.

Es importante que la filiación jurídico-positiva conserve su referencia objetiva, pues de otro modo corre el peligro de convertirse en otra cosa, desprotegiendo los efectos jurídicos de la filiación natural y con ello, precisamente, a los menores. Atendida la manera en que vienen interpretándose en el último tiempo las normas que la regulan, no puede decirse que esta institución busque siempre protegerlos. Si los conceptos a los que remiten los términos “padre”, “madre” e “hijo” en las cartas fundamentales y tratados internacionales no tienen un contenido objetivo, entonces los derechos y deberes personalísimos que supuestamente toda persona tiene respecto de sus “padres” o sus “hijos” son letra muerta. Tocará al legislador o incluso al juez de turno decidir entre quiénes existen relaciones de filiación. Los casos de multiparentalidad reconocidos judicialmente en el último tiempo podrían ser un aviso de la necesidad imperiosa de buscar, en serio, esta referencia objetiva.

Bibliografía

- Albert Márquez, Marta. “Distorsión de la maternidad y la paternidad”. En *Mayo del 68: una época de cambios, un cambio de época Congreso Internacional 8-10 de noviembre de 2018 Universidad Francisco de Vitoria (Madrid)*. Eds. María Lacalle Noriega y Elena Postigo Solana. Madrid: UFV, 2019.
- Arechederra, Luis. “La paternidad del donante”. *La Ley* 3 (2005): 1800-1802.
- Arechederra, Luis. *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Ballesteros, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Baptista Villela, João. “Desbiologização da paternidade”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 21 (1979): 400-418.
- Barber Cárcamo, Roncesvalles. “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR* 8(2010): 25-37.
- Dias, María Berenice. “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”. *Revista Jurídica UCES* 9 (2009): 83-90.
- Dworkin, Ronald. *Justicia para erizos*. Tr. Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica USA, 2014.
- Fernández Arrojo, María y María Sara Rodríguez Pinto. “La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida”. *Revista Chilena de Derecho* 49 (2022): 27-53.
- Finnis, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Tr. Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Franceschi, Héctor y Joan Carreras. *Antropología jurídica de la sexualidad. Fundamentos para un Derecho de Familia*. Caracas: Centro de Estudios para la Familia, 2000.
- Franceschi, Héctor. “La antropología jurídica del matrimonio y de la familia”. *Temas actuales de Derecho Canónico*. Ed. Juan Pablo Alcocer Mendoza. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Gandulfo, Eduardo. “Nueva reforma a la filiación: ¿el hijo tiene derecho a una madre o padre cualquiera?”. *La semana jurídica* 248 (2005): 14-15.
- González Pérez de Castro, Maricela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Hervada, Javier. *Una caro: escritos sobre el matrimonio*. Pamplona: EUNSA, 2015.
- Lamm, Eleonora. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho* 35 (2015): 68-82.
- Lledó Yagüe, Francisco. *Fecundación artificial y derecho*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Martínez de Aguirre, Carlos. “La filiación, entre biología y derecho”. *Prudentia Iuris* 76 (2013): 79-106.
- Martínez de Aguirre, Carlos. “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”. En *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*. Eds. Mertens de Wilmars, Frédéric. “Evolución jurídica del vínculo biológico en la maternidad: hacia la ruptura”. *Revista Opinião Jurídica* 27 (2020): 259-270.
- Méndez Costa, María Josefá. *La filiación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1986.

Polaino Lorente, Aquilino; Ángel Sobrino Morrás y Alfredo Rodríguez Sedano. *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*. Barcelona: Ariel, 2001.

Rivero Hernández, Francisco. “¿Mater semper certa est?”. *Anuario de Derecho Civil* (1997), 5-96.

Serrano Alonso, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. Madrid: Edisofer, 2007.

Suárez Fernández, Lisandra y Luis Pérez Orozco. “Debates en torno a los efectos de la fertilización in vitro heteróloga en la filiación”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 10 (2018): 57-92.

Talavera Fernández, Pedro. “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 46 (2017): 197-231.

Varsi Rospigliosi, Enrique y Marianna Chaves. “Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”. *Actualidad Jurídica* 200 (2010): 57-64.

Varsi Rospigliosi, Enrique y Marianna Chaves. “La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 48 (2018): 133-157.

Convención sobre los Derechos del Niño.

España: Ley N° 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

España: Ley N° 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Código Civil español (CCE).

Código Civil francés (CCF).

Código Civil chileno (CCCh).

Chile: Ley N° 19.620 sobre adopción de menores.

Código Civil peruano (CCP).

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCA).

Código Civil de Brasil (CCB).

Comité de Bioética de España. “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 16 de mayo de 2017, 23, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/Other/InformeComit%C3%A9Bio%C3%A9ticaEspa%C3%B1aaspectos.pdf>.

Noticias del Poder Judicial (Chile). “Juzgado de Familia de Osorno decreta pluriparentalidad tras oír voluntad manifiesta de niño”, <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/114844>.

Registro Nacional de Actividad 2022. Registro Sociedad Española de Fertilidad (SEF), disponible en: https://www.registrosef.com/public/docs/sef2022_IAFIV.pdf.

RAE, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, disponible en <https://dpej.rae.es/>.

NOTAS

[1] Grupo Mente-cerebro, Instituto Cultura y Sociedad (ICS), Universidad de Navarra

[2] Cf. Jesús Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia* (Madrid: Tecnos, 1997), 17-29.

- [3] RAE, Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ), disponible en <https://dpej.rae.es/>. Fecha de consulta: 06/03/2025, s.v. “filiación”
- [4] Carlos Martínez de Aguirre, “La filiación, entre biología y derecho”, *Prudentia Iuris* 76 (2013): 83; Luis Arechederra, *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación* (Madrid: Dykinson, 2017), 68.
- [5] Como explica Martínez de Aguirre, esto quiere decir que “el vínculo natural de filiación es, por su propia naturaleza, y simultáneamente, un vínculo de contenido jurídico: no se puede ser padre e hijo sin que entre ambos no surja, en justicia, ese entramado de relaciones” (Ibid., 86.)
- [6] El primer deber de la sociedad es, precisamente, respetar el ejercicio de estos derechos y deberes.
- [7] En palabras de Hervada: “No es el amor el que constituye a alguien en padre o madre naturales de su hijo, sino el hecho de la generación. Tampoco es el amor el que da origen al deber de criar y educar a los hijos, ni al deber de respeto y obediencia de los hijos a sus padres, sino es la generación”. Javier Hervada, *Una caro: escritos sobre el matrimonio* (Pamplona: EUNSA, 2015), 532.
- [8] Cf. Ronald Dworkin, *Justicia para erizos*. Tr. Horacio Pons (México: Fondo de Cultura Económica USA, 2014), 381-386.
- [9] “La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado”. María Josefa Méndez Costa, *La filiación* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1986), 13.
- [10] Por supuesto, esta definición es relevante también en otros momentos, por ejemplo, cuando es necesario averiguar si una persona es heredera de la otra, o si hay un impedimento para contraer matrimonio.
- [11] El derecho a ser cuidado, precisamente, por los padres se encuentra reconocido en el artículo 7º inc. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cf. Eduardo Gandulfo, “Nueva reforma a la filiación: ¿el hijo tiene derecho a una madre o padre cualquiera?”, *La semana jurídica* 248 (2005): 14-15.
- [12] “La obligación de los padres de atender a sus hijos, que es de suyo una obligación jurídica, no procede en último extremo del derecho positivo, sino de la propia naturaleza humana y de la existencia de una relación biológica de filiación”. Carlos Martínez de Aguirre, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, eds. Aquilino Polaino Lorente, Ángel Sobrino Morrás y Alfredo Rodríguez Sedano (Barcelona: Ariel, 2001), 178. Cf. Martínez de Aguirre, “La filiación, entre biología y derecho”, 83.
- [13] Rivero Hernández señala, al respecto, lo siguiente: “La certeza a que alude la frase de Paulo significa realmente la certidumbre del hecho directo e indubitado de la gestación y del parto, frente a la incertidumbre de la paternidad, que sólo se puede deducir de otros hechos –maternidad de cierta mujer (con más seguridad si es casada) y nacimiento dentro de determinados plazos–. Se trata de oponer hecho cierto (de fácil prueba) frente a presunción (a falta de prueba directa): certeza frente a incertidumbre, pues, que ya estaba presente en el célebre pasaje de Paulo. Pero no más, aunque eso es mucho”. Francisco Rivero Hernández, “¿Mater semper certa est?”, *Anuario de Derecho Civil* (1997), 13.
- [14] Por ejemplo, por motivos graves de alcoholismo o la muerte.
- [15] Es importante recordar que la filiación constituye un estado civil que tiene relevancia también en otros ámbitos jurídicos no regidos por el principio favor filii, como el derecho matrimonial o el derecho sucesorio.
- [16] El principio se encuentra consagrado en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- [17] Cabe distinguir esta afirmación de la que realiza Serrano Alonso: para él, el vínculo jurídico-positivo de filiación sería “algo más” que la filiación natural porque solo al ser reconocida por el derecho positivo produciría efectos jurídicos. Se entiende así que la filiación natural es solo un vínculo

biológico y no jurídico. Cf. Eduardo Serrano Alonso, Manual de derecho de familia (Madrid: Edisofer, 2007), 297.

- [18] Así lo hace ver Martínez de Aguirre: “La dimensión biológica es la más radical pero, sobre todo en el caso de la paternidad, no es en sí misma evidente; ello pone en primer plano la dimensión jurídica, y permite afirmar que la filiación es, al menos en esa aproximación inicial, el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo”. Martínez de Aguirre, “La filiación, entre biología y derecho”, 82.
- [19] Los supuestos en que se señala erróneamente a una persona como padre no son deseables pero son tolerados por el derecho ante la imposibilidad de evitarlos. En cambio, los supuestos de adopción son queridos así por el derecho, con plena consciencia de que quien es jurídico-positivamente padre no lo es naturalmente. Cf. *Ibid.*, 85. En similar sentido, Barber: “Obviamente, en la filiación adoptiva se asume la falta de relación biológica entre los padres e hijos legales, para dotar a los menores del mejor recurso posible en orden a su protección”. Roncesvalles Barber Cárcamo, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, REDUR 8(2010), 27.
- [20] Arechederra parece sugerir que el llamar filiación también a las relaciones entre personas en que se tiene certeza de que no son naturalmente padre e hijo ha contruido a separar el derecho de filiación de su referencia objetiva. Señala que con la equiparación de la adopción a la filiación de sangre en el derecho español tras la Ley N° 21/1987, de 11 de noviembre, el término filiación “hace tránsito de lo natural a lo artificial”, lo que ha abierto la puerta a ilusiones, fantasías y despropósitos. Luis Arechederra, *Realidad, ilusión...* 67.
- [21] Como señala Martínez de Aguirre: “La adopción es una figura jurídica que consiste, fundamentalmente, en instaurar entre dos personas una relación jurídica de filiación, es decir, vínculos jurídicos similares a los que hay entre una persona y sus descendientes biológicos”. Martínez de Aguirre, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, 177. Por su parte, Méndez Costa aclara que la adopción, si bien atribuye efectos típicos de la filiación al margen del nexo biológico, no es auténtica filiación. María Josefa Méndez Costa, *La filiación*, 13.
- [22] Siempre y cuando se entienda que la adopción constituye filiación, y, por lo tanto, confiere la titularidad de la patria potestad/responsabilidad parental, como ocurre, por ejemplo, en España (art. 108 CCE), Chile (art. 179 CCCh y art. 1° Ley N° 19.620 sobre adopción de menores), Argentina (art. 558 CCCA), Perú (art. 377 CCP) y Brasil (art. 1.596 CCB).
- [23] Muchas veces puede determinarse la filiación “por naturaleza” solo constatando hechos que permitan acreditar la posesión de estado y sin exigir una prueba genética. Esto ocurre en el derecho español, donde la posesión de estado es, entre otras cosas, un medio de prueba de la filiación por naturaleza [art. 767 n° 3 Ley N° 1 (07/01/2000), de Enjuiciamiento Civil]. Algo similar ocurre en el derecho chileno, donde la posesión notoria de la calidad de hijo, cumpliendo ciertos requisitos, puede ser suficiente para probar la filiación en juicio (art. 200 CCCh). No ocurre lo mismo en el derecho francés, donde la posesión de estado constituye otro título de filiación (art. 310-1 CCF).
- [24] Maricela Gonzáles Pérez de Castro, *La verdad biológica en la determinación de la filiación* (Madrid: Dykinson, 2013), 28.
- [25] El artículo 125 del Código Civil español es otra clara muestra de que al legislador no le interesa determinar la filiación a favor de los padres biológicos “a toda costa”, sino siempre y cuando esto sea bueno para el menor, lo que sería dudoso en el caso de que el niño fuese fruto de una relación incestuosa.

- [26] Esto es lo que ha llevado a entender que la “verdad social” constituye un límite a la “verdad biológica” en la determinación legal de la filiación “por naturaleza”. Cf. Maricela Gonzáles Pérez de Castro, *La verdad...* 57-79.
- [27] Según este principio: “La filiación natural determina las condiciones de posibilidad de la filiación adoptiva. La filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos ‘artificiales’ de filiación adoptiva: para crear una situación semejante a la jurídico-natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural. En consecuencia, sólo cabe establecer un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber un vínculo biológico de filiación [...]”. Martínez de Aguirre, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, 179.
- [28] Con estos términos se hace referencia, en general, a las técnicas que suponen extracción de óvulos, esto es, tanto la fecundación in vitro (FIV) como la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI, por sus siglas en inglés). No se incluye, en cambio, la inseminación artificial (IA), pues cuando se aplica esta técnica la fecundación tiene lugar en el vientre de la madre y no requiere extracción de óvulos. En consecuencia, en estos últimos casos todavía puede haber seguridad de que quien gesta ha engendrado.
- [29] Se ha escogido este caso porque, como se verá, en él termina siendo precisamente el derecho de filiación –por la vía de mantener el principio *mater semper certa est* sin variaciones– el que acaba desprotegiendo los efectos jurídicos de la filiación natural. Pero es importante aclarar que estos quedan vulnerables también en otras posibilidades que en algunas legislaciones se permiten, como, por ejemplo, la inseminación de mujeres solas y la inseminación post mortem. En el caso de Chile se permiten por falta de prohibición, aunque no hay ninguna disposición que impida reclamar la filiación respecto del donante de semen, mientras que en España se permiten expresamente en la LTRHA. Como señala Barber, en particular, la LTRHA “ha desatendido sistemáticamente los derechos del hijo nacido a través de estas técnicas”. Barber Cárcamo, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, 34.
- [30] En lo que se refiere a la práctica de la maternidad subrogada, la posibilidad que abre la fertilización extracorpórea es la de que se encargue la gestación de un embrión concebido de un óvulo no aportado por la gestante (maternidad subrogada gestacional). Esto es, cuando el óvulo lo aporta quien encarga la gestación (comitente) o una tercera mujer (donante). La posibilidad fáctica de encargar a la gestante la concepción y gestación de su propio hijo (maternidad subrogada tradicional) –esto es, concebido de su propio óvulo– existía desde antes de que apareciera la FIV: para eso bastaba con una inseminación artificial, o incluso con una relación sexual.
- [31] Cabe aclarar que hay otras situaciones que tendrían que considerarse. En general, tendría que tenerse en cuenta la necesidad de evitar que los hijos sean gestados por una mujer distinta de su madre. Por supuesto, si se pretende resguardar los derechos y deberes que genera la procreación humana es importante buscar que todo hijo sea gestado por su madre, pues es evidente que uno de estos deberes es el de gestar.
- [32] Si bien este análisis se enfoca en la ovodonación, es importante precisar que si la fecundación extracorpórea se practica en el contexto de una pretendida maternidad subrogada, donde la comitente aporta el óvulo y, por lo tanto, hay manera de identificar a la madre biológica (aunque no de forma tan clara como a la gestante), también parece dudosa la razonabilidad de disponer que ella críe al niño. Cf. Comité de Bioética de España, “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 16 de mayo de 2017, 23, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/Other/>

InformeComit%C3%A9Bio%C3%A9ticaEspa%C3%B1aaspectos.pdf. Fecha de consulta: 06/03/2025.

- [33] Por ejemplo, en países como Chile (cf. art. 183 CCCh), Argentina (cf. art. 565 CCCA), España (cf. art. 115 CCE y art. 7.1 LTRHA), Perú (cf. arts. 371, 375 y 409 CCP) y Brasil (cf. art. 1608 CCB).
- [34] Esto es lo que parece insinuar el CBE, al señalar que para cambiar el criterio actualmente vigente habría que demostrar que cambiarlo protegería tanto el interés superior del menor como el vigente. Comité de Bioética de España, “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 23.
- [35] En Argentina se regula expresamente la filiación por técnicas de reproducción humana asistida como un tipo especial de filiación, disponiendo que los hijos nacidos con la aplicación de estas técnicas son hijos de quien los haya dado a luz (arts. 558 y 562 CCCA).
- [36] En Chile existe la norma del artículo 182 del CCCh: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.
- [37] En España, el artículo 8.2. de la LTRHA dispone: “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”. Es destacable el caso del legislador español, porque ha llegado todavía más lejos. En vez de dificultar la entrega de óvulos, ha asegurado el anonimato a quienes realicen esta práctica, permitiendo que reciba una compensación económica. Así, no solo se crean incentivos para que se encargue la fecundación de un óvulo ajeno sino que también se dan facilidades para que las mujeres entreguen sus óvulos a los centros de reproducción asistida. La LTRHA, si bien prohíbe la maternidad subrogada, es considerada la más permisiva en el mundo en materia de donación de óvulos, lo que ha llevado a considerar a España el “granero europeo de óvulos”. En este país, solo en el año 2022 han nacido más de 21.000 hijos de donante. Cf. Registro Nacional de Actividad 2022. Registro SEF, disponible en: https://www.registrosef.com/public/docs/sef2022_IAFIV.pdf.
- [38] Cf. John Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*. Tr. Cristóbal Orrego (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 168. Podría decirse también que no se reconoce que la filiación natural tenga efectos jurídicos, más que no reconocer la necesidad de protegerlos. Pero justamente es imposible afirmar o negar eso sin entender qué es la filiación natural.
- [39] La literatura académica revisada corresponde a distintas jurisdicciones, en particular: Argentina, Brasil, Chile, España y Perú. Como se ha precisado antes (vid: nota 32), en todas estas la filiación natural se ve desprotegida por el hecho de mantener el principio *mater semper certa est* sin modificaciones. Cabe precisar también que estos textos se refieren a la filiación en general, y no siempre en el contexto de la reproducción humana asistida.
- [40] En la actualidad es posible que la fecundación se produzca prescindiendo del acto sexual, con lo que se hace evidente que el acto sexual no es parte de este proceso. La fecundación se produce solo cuando los gametos entran en contacto (aunque, por supuesto, no consiste en el mero contacto). Por otro lado, la gestación corresponde al correlato de un proceso posterior a la fecundación: el desarrollo embrionario intrauterino. Antes de la implantación en el útero ya hay un nuevo ser vivo de la especie humana, otra cosa es que aún no haya completado su desarrollo. De esta manera, al ser generado en la fecundación, participan en este proceso siempre dos personas: el varón que aporta el espermatozoide y la mujer que aporta el óvulo.

- [41] Martínez de Aguirre, por ejemplo, sostiene que en la generación humana pueden participar hasta 5 personas. Cf. Martínez de Aguirre, “La filiación, entre biología y derecho”, 97.
- [42] Cf. María Fernández Arrojo y María Sara Rodríguez Pinto, “La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida”, *Revista Chilena de Derecho* 49 (2022), 28; Pedro Talavera Fernández, “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 46 (2017): 216-217; Eleonora Lamm, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho* 35 (2015): 78.
- [43] Si se atiende a la biología, puede verse que en la procreación de cualquier ser humano siempre participa una sola mujer y un solo varón. El hecho de que ocurra con la asistencia de la técnica –e incluso a instancias de personas diferentes a las que proveen los gametos– no quita que sean estos últimos quienes estén “reproduciéndose” en ese proceso. Si se atiende bien al concepto de filiación natural queda muy claro que el otro término de la relación de filiación natural es siempre la mujer que aporta el óvulo. Sin embargo, parece olvidarse que la fecundación corresponde a un proceso biológico, realizado por células germinales, y se dice que existe un “problema” para determinar la filiación materna. Se concluye erradamente que no es posible identificar a una sola mujer como madre natural, entonces hay que “decidir” a qué factor darle prioridad.
- El problema real que la fecundación extracorpórea con óvulos de donante plantea no es el de que no exista una única madre biológica –siempre hay solo una–, sino que no resulta razonable en la práctica pretender que ella –la donante– asuma sus responsabilidades. Lo que hace falta decidir, en estos casos, es en qué mujer convendría delegarlas. Y para esto, como se explica en este trabajo, es necesario poner en la balanza la necesidad de evitar que se llegue a estas situaciones.
- [44] En realidad, la identidad de padre o madre, en su sentido paradigmático, no admite grado: solo se puede ser o no ser “padre” o “madre”, no ser “más” o “menos” padre o madre. Otra cosa es que un padre o madre pueda ser “mejor” o “peor” padre o madre. Pero un “mal” padre no es “menos” padre: sigue siendo igual de padre que si fuese buen padre. Cf. Héctor Franceschi, “La antropología jurídica del matrimonio y de la familia”, en *Temas actuales de Derecho Canónico*, ed. Juan Pablo Alcocer Mendoza (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 87-136.
- [45] Este es el razonamiento que parece seguir Talavera cuando considera que no se puede ser madre biológica de un nasciturus, solo por el hecho de que en el derecho positivo la filiación siempre se ha determinado después del parto. Cf. Talavera, “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”, 223.
- [46] Cf. *Ibid.*, 217. En similar sentido: Fernández y Rodríguez, “La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida”, 29.
- [47] Lledó Yagüe, por ejemplo, sostiene que la presunción de la paternidad del marido muestra que el concepto de “filiación por naturaleza” recogido en la ley estaba ligado directamente al acto sexual. Esto le permite concluir que el hecho de que el “acto desencadenante de la fecundación” deje de ser la copulación y pase a ser un acto externo en el que intervienen diversos agentes –usuarios, especialistas, y el donante, como uno más– obligaría a repensar el concepto de filiación. Cf. Francisco Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y derecho* (Madrid: Tecnos, 1988), 120-121.
- [48] Por ejemplo, Lamm afirma que el vínculo entre un donante y el niño sería solo genético y no biológico. Cf. Lamm, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, 80. En el mismo sentido, Talavera afirma que la

donante de óvulo sería solo madre “genética”, y niega incluso que sea posible ser padre biológico.

Cf. Talavera, “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”, 217.

- [49] Algo así ha afirmado Arechederra para el caso del donante de esperma: “La permanencia de unos datos genéticos, a través de algo de lo que uno se desprendió, y su perpetuación en otra persona, no equivale a paternidad. [...] Pero la continuidad biológica no implica paternidad. El ser resultante de mi deposición de semen en un ente dedicado a la reproducción asistida no es mi hijo. Ni yo soy su padre. Ese nacido, hijo de su madre, no tiene padre. La expresión ‘padre biológico’ es absurda”. Luis Arechederra Aranzadi, “La paternidad del donante”, *La Ley* 3 (2005), 1801.
- [50] La procreación es un proceso biológico realizado por células, en el que dos organismos transmiten la vida a uno nuevo. Los “donantes” aportan gametos, células vivas en proceso de cumplir una función biológica, su respectiva reproducción, en la fecundación: no solo “material genético”. A pesar de todo, algunos no reconocen que en la fecundación asistida actúen los padres biológicos, en el sentido de que en ella existe un “acto del hombre” (cf. *Ibid.*, 1802). Otros afirman que estas personas son “fabricadas”, como si la fecundación fuese un proceso técnico. Frédéric Mertens de Wilmars, “Evolución jurídica del vínculo biológico en la maternidad: hacia la ruptura”, *Revista Opinião Jurídica* 27 (2020), 267.
- [51] Porque sin esa intencionalidad el niño no existiría. Así lo expresan Suárez y Pérez: “En la adopción el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo, mientras que en la FIV el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad”. Lisandra Suárez Fernández y Luis Pérez Orozco, “Debates en torno a los efectos de la fertilización in vitro heteróloga en la filiación”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 10 (2018), 73. Como señala Marta Albert, esta actitud de dominio vulneraría la libertad humana, que exige un comienzo contingente. Marta Albert Márquez, “Distorsión de la maternidad y la paternidad”, en *Mayo del 68: una época de cambios, un cambio de época Congreso Internacional 8-10 de noviembre de 2018 Universidad Francisco de Vitoria (Madrid)*, ed. María Lacalle Noriega y Elena Postigo Solana (Madrid: UFV, 2019), 92.
- [52] Cf. Lamm, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, 70.
- [53] Véase punto 2.2.
- [54] Talavera, “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”, 205-206.
- [55] Cf. *Ibid.*, 217. En similar sentido, Fernández y Rodríguez, “La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida”, 46.
- [56] Talavera, “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”, 226-227.
- [57] Por supuesto, estas discusiones solo aparecen cuando los avances científicos permiten comprobar que quien tiene la posesión de estado –que hasta entonces servía para probar la filiación por naturaleza– no es el padre biológico.
- [58] De hecho, muchas veces la ley ampara esta última posición, en beneficio del favor filii, principalmente a partir del concepto jurídico de posesión de estado. Por lo general, se entiende que en estas situaciones es mejor que el padre biológico no pueda reclamar la paternidad legal. De todas formas, al menos en el derecho español, y fuera del contexto de las TRHA, esta circunstancia jamás impide que el hijo pueda reclamarla (art. 131, art. 132 y art. 133 n° 1 Código Civil español).
- [59] Como afirman Varsi y Chaves: “Para un perfecto y saludable desarrollo de la personalidad, los niños necesitan mucho más de afecto y cuidado que de similitudes genéticas”. Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves, “La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 48 (2018), 143.

- [60] Esto puede verse, por ejemplo, en: Maria Berenice Dias, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, *Revista Jurídica UCES* 9 (2009); Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves, “Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, *Actualidad Jurídica* 200 (2010).
- [61] Véase nota 22.
- [62] Cf. *Ibid.*, 62.
- [63] Cf. *Ibid.*
- [64] Cf. Dias, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, 83.
- [65] Tal vez el caso más reciente es el de Chile, donde la primera sentencia que declara una multiparentalidad es del 26 de agosto de 2024 (sentencia RIT C-421-2021, dictada por doña Verónica Vymazal Bascopé, Jueza de Familia de Osorno). Cf. <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/114844>. Pero en otros países se remontan más atrás, como en Canadá y Estados Unidos (año 2007), o Brasil y Argentina (año 2015). Cf. Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves, “La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico”, *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.o 48 (2018), 133-57.
- [66] “Para demostrar que la paternidad no es un mero hecho de la naturaleza nada mejor que ejemplificar el instituto milenar de la adopción”. Varsi y Chaves, “Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, 58. En el mismo sentido Franceschi y Carreras afirman que la existencia de la adopción probaría que es posible constituir “verdaderos” vínculos de filiación al margen de la biología. Cf. Héctor Franceschi y Joan Carreras, *Antropología jurídica de la sexualidad. Fundamentos para un Derecho de Familia* (Caracas: Centro de Estudios para la Familia, 2000), 277.
- [67] Esta es otra razón por la que no llama la atención que se declaren casos de multiparentalidad.
- [68] Como afirma Talavera: “Ni siquiera en la filiación adoptiva, concebida a imagen de la filiación natural, la voluntad de ser padres ha sido nunca determinante, con toda la trascendencia que reviste en este proceso, ya que el fin último de esa institución es garantizar el interés superior del menor frente a cualquier otro y eso debe basarse en criterios objetivos (proceso de idoneidad) y no en criterios subjetivos o psicológicos, como la voluntad de querer ser padre o madre (así se deduce de los arts. 175-180 del Código civil español)”. Talavera, “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”, 218-219.
- [69] Cf. Albert, “Distorsión de la maternidad y la paternidad”, 86.
- [70] Cf. Dias, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, 86.
- [71] Cf. João Baptista Villela, “Desbiologização da paternidade”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 21 (1979), 416. Algunos llegan a decir que la paternidad surge del deseo: “Ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico: es querer ser padre o querer ser madre; y eso es precisamente lo que permite la filiación derivada de TRA al prever un sistema basado en la voluntad”. Lamm, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, 81.

AmeliCA

Disponible en:

<https://portal.amelica.org/ameli/ameli/journal/797/7975482005/7975482005.pdf>

Cómo citar el artículo

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista en portal.amelica.org

AmeliCA
Ciencia Abierta para el Bien Común

Trinidad Ariztía Barona

¿Tiene la filiación una referencia objetiva?

Prudentia Iuris

núm. 100, 2025

Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los
Buenos Aires, Argentina

prudentia_iuris@uca.edu.ar

ISSN: 0326-2774

ISSN-E: 2524-9525

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.100.2025.8>