

Triple vínculo filial

Comentario al fallo *N., N. O. s/Inscripción de Nacimiento*

Verónica A. Castro

El fallo [arriba] -

El fallo en análisis fue resuelto en primera instancia por el Juez a cargo del Juzgado Civil 83 de Buenos Aires, en fecha 25 de junio de 2015.-

Análisis [arriba] -

Se solicita la inscripción de nacimiento en ocasión de acaecer el mismo, mediante la interposición de una persona en calidad de madre subrogada, quien aceptó que le fuera implantado material genético (embrión), correspondiente a una pareja, con la finalidad de una vez producido el alumbramiento proceder a la entrega de la recién nacida a sus padres biológicos.

Para ello, los premencionados se valen de la documentación; acuerdo de voluntades debidamente rubricado por las partes, con la consiguiente certificación de firmas, entre gestante y padres biológicos de la menor. Amén de ello, presentan a modo de abundamiento de probanzas, el ADN correspondiente, donde se patentiza la coincidencia biológica entre los accionantes y la recién nacida.

Se meritúa en el fallo en tratamiento, el vacío legal existente en cuanto a la regulación de la figura de la subrogación de vientre, sí considerada en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial, recientemente entrado en vigencia, y en los antecedentes jurisprudenciales nacionales y de derecho comparado que nos ilustran, sobre “la voluntad procreacional”, debidamente exteriorizada mediante el previo, informado y libre consentimiento prestado por las partes intervinientes.

El Sr. Fiscal, en su dictamen, hace prevalecer el principio de veracidad material, por la existencia de coincidencia entre la filiación jurídica y la biológica de la menor y los recurrentes.

Por otro lado, la Defensora de menores, representante de la recién nacida, prioriza y conceptualiza, siguiendo las premisas convencionales, internalizadas en nuestra Carta Magna sobre “el interés superior del menor”, en este caso de la menor. Por lo que la inscripción debe ajustarse a la realidad biológica de la niña.

Es de público conocimiento que el artículo 242 del Código Civil, rezaba que la determinación de la maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; llevado al nuevo Código Civil y Comercial unificado (Ley N° 26.994), el art. 565 preceptúa idéntico contenido, e incorpora dicho digesto, una tercera fuente filial que la configuran las técnicas de reproducción humana asistidas (TRHA).

Técnicas que conllevan un cambio paradigmático de supina importancia al resultar altamente probable la existencia de triple vínculo filial de una persona gestada a través de ellas, como el caso de marras.

En el análisis que nos ocupa la “voluntad procreacional”, se ve patentizada en el convenio celebrado entre las partes abordando las manifestaciones de voluntades de maternidad subrogada, a la que los partícipes se prestaron, sin objeción ni agravios posteriores.

Prosiguiendo, y en una interpretación extensiva, considera el sentenciante que a la prueba del nacimiento e identidad del nacido le sea agregada, no sólo la identificación digital de la madre gestante junto a la dígito plantal de la recién nacida, sino además quede registrada la realidad biológica de la misma.

Por lo que en atención a lo requerido por los actores (padres biológicos), sobre la inscripción, por la madre gestante, y por el Ministerio Público, como así también por lo que se desprende de las probanzas de autos, referenciando “la dignidad de la persona humana” como uno de los principios rectores plasmados en la Constitución Nacional en 1994, entendiendo por tal “el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional e internacional aprobado, junto a las leyes protectorias de la minoridad, como resulta ser la Convención de los Derechos del niño, como así también la Ley nacional N° 26.061, referida a niñas, niños y adolescentes, y más específicamente el derecho del menor a “conocer a sus padres biológicos”, se resuelve, la inscripción de la niña a favor de los progenitores biológicos teniendo como premisa fundamental los derechos a la identidad, a la protección de las relaciones familiares y a la consolidación de la misma.

Creemos pertinente, antes de entrar de pleno en el tópico que nos ocupa, hacer propias ciertas ideas del Dr. Zannoni quien destaca que el estar frente a la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera concepciones científicas tradicionales, provoca replanteos éticos, y desde luego, crea situaciones jurídicas nuevas. Considera que se deben prefigurar los límites éticos de las aplicaciones que de la investigación biológica y genética hace el hombre; dependiendo de sus propias convicciones y su sentido de lo justo; destacando la subordinación del progreso científico y técnico a un orden superior en que las categorías axiológicas, valorativas, señalan límites (Zannoni, Eduardo A., “Inseminación artificial y fecundación extrauterina”. Ed. Astrea, Bs. As. 1978). Digno de mención es un pensamiento al respecto de Sciacca cuando reza: “La ciencia transforma la naturaleza y, a través de la técnica, hace de ella, que es un dato, una obra del hombre...; pero el hombre no se contenta con transformar la naturaleza para hacerla siempre más favorable a sus necesidades. Hay en él otra exigencia más profunda y más humana:

transfigurar las cosas, ver en ellas la verdad en relación con el espíritu...”(Sciacca, Michele Federico, “Qué es el espiritualismo contemporáneo, tr H.A. Difrieri, Bs. As., 1962).

El art. 560 del nuevo Código Civil y Comercial, atribuye al centro de salud interviniente en las prácticas de mención recabar el consentimiento informado y libre de las personas que se sometan a las técnicas descriptas. Alude a que dicho consentimiento debe contener requisitos previstos en “disposiciones especiales”. Resulta de vital importancia delimitar las mentadas disposiciones; debiéndose especificar la entidad encargada de prever los requisitos y demás, que luego han de ser protocolizados ante escribano público. Presenta una marcada vaguedad que exige su inmediata reglamentación.

Consentimiento informado [arriba] -

El consentimiento informado ha sido objeto de múltiples definiciones según la fuente que sea considerada. Algunas son de fuente legalista, otras tienen en consideración la relación médico-paciente, coincidiendo todas en que se hace alusión al proceso por medio del cual se le brinda información al paciente. Existen dos modelos de relación médico-paciente:

a.- Modelo paternalista, en la cual la relación es desigual. La persona que adolece de la enfermedad se encuentra en una situación de inferioridad, siendo incapaz de tomar decisiones.

b.- Modelo de autonomía: Realza la libertad individual y el derecho del paciente a tomar decisiones sobre su propio cuerpo de acuerdo a la información recibida.

En cuanto a qué informar hay dos posturas a ser consideradas de acuerdo al modelo adoptado. En el paternalista se suministra al paciente únicamente lo necesario para que acceda al tratamiento. En el autonomista se le brinda toda la información, a fin de que el paciente pueda optar libremente.

La ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado (Nº 26.529 y su modificatoria Nº 26.742), determinan los deberes de los profesionales de la salud y de las Instituciones Asistenciales. Expresa que “El paciente es soberano” para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan, para lo cual tiene derecho a contar con la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión; a entenderla claramente, e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar.

En ningún caso el profesional podrá invocar para negar su asistencia, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores, debiendo además, quedar establecida en la historia clínica la designación del nuevo profesional interviniente si mediara derivación, o la decisión del paciente de solicitar los servicios de otro profesional.

La protección del paciente establece la obligatoriedad de la realización de la historia clínica detallada sobre los exámenes a realizar así como las prácticas sugeridas y el consentimiento informado para la realización de estudios de alta y baja complejidad, con la aclaración de los peligros y las consecuencias que puedan surgir, firmado por el paciente o algún familiar a cargo.

El consentimiento informado, reza el artículo 561 del Código unificado, tendrá que darse por escrito y ser vinculante. Transcurrido un tiempo prudencial debería perder eficacia, quedando sin efecto si la pareja se separa o se produce la muerte de uno de ellos. Por lo tanto estamos en presencia de un acuerdo que presenta como característica la precariedad, en el sentido que podrá ser dejado sin efecto por cualquiera de los cónyuges o integrantes de la pareja hasta el momento en que se efectúen las prácticas.

Es dable analizar el artículo 562 del digesto ut supra referido cuando pondera la voluntad procreacional disponiendo: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

En primer término es importante aclarar que el apartado en análisis es una reproducción fidedigna del art. 18 de la ley Nacional de Fertilización Humana Asistida N° 26.862.

Díaz de Guijarro, (DÍAZ de GUIJARRO, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacional como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”. JA.III; 1965.pág.21), distinguió tres aspectos relacionados con el acto procreacional: 1) la voluntad de la unión sexual; 2) la voluntad procreacional y 3) la responsabilidad procreacional.

La voluntad de la unión sexual es la libertad de mantener relaciones sexuales. La voluntad procreacional es el deseo y la intención de crear una nueva vida, la cual recibe protección del ordenamiento jurídico, tutelando a la persona en su decisión de tener un hijo.

La responsabilidad procreacional, surge del hecho de la procreación ya sea natural o asistida y de las consecuencias que este hecho origina. Si la unión sexual produce la fecundación, engendra una responsabilidad directa de los progenitores en relación con la persona por nacer.

Cuando funcionan estos aspectos se perciben diferencias según se produzcan dentro de un proceso de procreación natural o de una procreación humana asistida.

En la filiación por naturaleza, los tres aspectos pueden estar presentes, (voluntad de la unión sexual, voluntad y responsabilidad procreacional).

También puede presentarse el supuesto donde la voluntad y responsabilidad procreacional esté sólo presente en uno de los progenitores, como sería el caso de un hijo extramatrimonial no reconocido. Pero en este supuesto, como la filiación y la responsabilidad parental son institutos creados en el interés del hijo, éste cuenta con recursos para obtener un emplazamiento completo ante la ausencia del reconocimiento, como la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

En cambio, en la procreación humana asistida la situación es diferente por diversos motivos: 1.- Disociación entre unión sexual y procreación y/o fecundación asistida, circunstancia que conlleva a una disociación entre voluntad de la unión sexual y voluntad procreacional; 2.- El vínculo no abarca solamente a la pareja de padres, sino que engloba al equipo médico que interviene en el proceso reproductivo; 3.- Disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional cuando se emplea material genético de una tercera persona; 4.- La ciencia permite que una mujer satisfaga el deseo de un hijo por medio de material genético de tercero dador, situación que genera la reunión en una misma persona de la voluntad y responsabilidad procreacional sin unión sexual; 5.- Probable disociación entre padre/madre genético, madre gestacional y padre/madre legal; 6.- Proceso vital discontinuo en el supuesto de embriones crioconservados.

A todo lo expuesto se suma que la manifestación de la voluntad y responsabilidad procreacional se exterioriza con el consentimiento informado, dejando de corresponder la procreación al ámbito íntimo para traspasar al ámbito público.

La voluntad procreacional, como analizáramos precedentemente, a la que alude el artículo en análisis queda patentizada al hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Por lo que el nuevo código unificado dispone la existencia de un consentimiento informado y libre de ambas partes.

La reproducción humana asistida en sus distintas formas, representa un acto jurídico, para el cual será necesario el acuerdo de voluntades de las partes sobre el objeto que pretenden, aceptando las consecuencias que se producirán por tal motivo.

La libre elección de toda persona de ser padre o madre, y acudir a los tratamientos médicos que le permitan procrear debe partir de una base afirmativa, pues el consentimiento de cada uno de ellos integra el ámbito de reserva y privacidad de las acciones personales de todo hombre o mujer receptado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

Por lo que se deberían citar y probar, en el caso concreto, y si corresponde, las cuestiones que justifiquen la lesión al libre derecho de procrear, principio, reiteramos, de raigambre constitucional, (artículos 17; 19 y preámbulo de la Constitución Nacional).

El fundamento del consentimiento informado y libre, derecho personalísimo del paciente, tiene por basamento el aceptar o rechazar los actos propuestos por el médico. Como se desprende de esto, el mencionado en primer término deberá estar convenientemente informado antes de tomar una decisión; involucrando además el "derecho a la verdad" sobre

el tratamiento al que se someterá, que forma parte de esa relación contractual que se establece desde el momento en el que se inicia.

La ley General de Salud N° 26.842 dispone en su art. 3: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.” Por lo que las partes deben estar suficiente y eficientemente informadas de todas las implicancias que acarrea el someterse a estas prácticas, y las consecuencias venideras.

No obstante, y de acuerdo a los argumentos ya vertidos, resulta de una importancia supina admitir y regular la procreación humana asistida, pero sin dejar de detenernos y observar el otro lado, lo que está más allá de esta voluntad procreacional de los que desean ser padres, el propio concebido, como sujeto de derecho que es.

Los niños tienen derecho a que se respete la identidad en todas sus formas: genética, biológica, familiar, social y jurídica, siendo en cierto modo contradictorio con la implementación de las técnicas de referencia.

No podemos dejar de resaltar que toda vida debe ser vivida dignamente, entendiéndose por dignidad “el derecho que tiene todo hombre de ser respetado como tal, es decir como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad y personalidad”

Los derechos fundamentales del nasciturus que estarían comprometidos al acudir al uso de técnicas de reproducción humana asistida, merecen prioridad, son dignos de ser mencionados: Derecho a la vida, considerado el presupuesto básico del que se desmembran los demás. Debe tenerse en cuenta la situación especial del embrión humano cuya creación y destino depende de la decisión de otros: progenitores y equipo médico. Su particular situación de debilidad exige una especial tutela. Derecho a la dignidad, exige tratar al embrión humano como un sujeto portador de derechos fundamentales, tal el caso de la igualdad de condiciones con el resto de los protagonistas implicados. Considerarlo como un fin en sí mismo y no como un instrumento sujeto a la decisión de otros; conduciéndonos al respeto del valor máximo: la humanidad. Derecho a la integridad física y psíquica: guarda relación con el valor inviolabilidad. Derecho a tener una familia: la persona por nacer tiene el derecho de nacer dentro de una estructura familiar donde se desarrolle plenamente un vínculo filial completo: materno y paterno; y por último, el Derecho a la identidad, consistente en un proceso que se inicia con la concepción y se extiende durante toda la vida de la persona. Por estas razones, en la procreación humana artificial corresponde dirigir la tutela hacia todo el abanico de derechos fundamentales del nasciturus dentro o fuera del seno materno.

A partir de la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional, al incorporarse los Tratados Internacionales, (art. 75 inc. 22), los que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (Art. 31) no derogan artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta Magna y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

- Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 1 prescribe el Derecho a la vida; arts. 7 y 8: Derecho a la identidad; art. 23: Derecho a la dignidad, priorizando siempre el interés superior del niño. Es dable citar también la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes en su art. 8: Derecho a la vida; art. 9; Dignidad e integridad personal; art. 11: Derecho a la identidad; art. 22 Derecho a la Dignidad.

Otro interrogante que se presenta, ante la posibilidad de hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida es el implante de embriones a una mujer. Debiéndose delimitar el status que se le otorga al embrión en nuestro ordenamiento jurídico. La afirmación de que ya es persona desde la concepción dentro o fuera del seno materno, significa considerar al embrión como un sujeto de derecho y, como tal, titular de derechos fundamentales.

Nuestro Código Civil, hoy derogado, en el art. 30 disponía "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones". A su vez el art. 51 de idéntico cuerpo legal prescribía: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible", criterio que, por lo demás, resulta acorde con nuestro régimen constitucional. A su vez el art. 70 declaraba: "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas;..."; y el art 63 establecía que "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Debemos contextualizar la doctrina del Código Civil en el momento histórico en que se plasma, dónde sólo era posible la procreación "natural". Actualmente, correspondería extender por analogía la aplicación de estas disposiciones al supuesto en que la concepción se logre por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida fuera del seno materno.

Corresponde citar en respaldo de esta interpretación amplia de las normas del Código Civil de Vélez, hoy derogado, el art. 264, que otorgaba a los padres la Patria Potestad de los hijos desde la concepción y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado; sin distinguir concepción natural y artificial. Y análoga conclusión cabe, en cuanto al derecho a la integridad personal, física y psíquica.

El código civil, así como el unificado en vigencia, armonizan con los tratados que nuestra constitución recepta, así cuando el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 2° formuló "reservas" y "declaraciones". Una reserva que cualquier Estado hace lo que produce es su no aplicación al Derecho interno. En cambio, una declaración consiste en que el Estado elabora una definición en algún tema que ese instrumento deja abierto a la consideración de cada Estado. El art. 1° de la mentada Convención, dice expresamente: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Nuestro país formuló una declaración a dicho artículo. En efecto, en el art. 2° de la mencionada ley preceptúa la definición de niño/a, delimitando el comienzo de su existencia, en tal sentido la Argentina declara que se entiende por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad...".

La Ley N° 26.061 de protección integral de los menores sostiene en su art. 1 el objeto de esta ley: la "protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes...para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte", mientras el art. 8 da comienzo al título sobre principios, derechos y garantías al establecer el derecho a la vida, a su disfrute, protección y obtención de una buena calidad de vida.

Actualmente, el derecho descansa en tres valores fundamentales: la dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de la persona, no permitiendo su análisis si no se parte del derecho a la vida, puesto que se trata, como ya manifestáramos, del derecho básico y rector que la persona posee, vinculándose con la autonomía, consistiendo esta última en la posibilidad de tomar decisiones propias en las distintas áreas de la vida. En caso de colisión irremediable, debe anteponerse siempre el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante. Más aun tratándose de niños -recuérdese: "todo ser humano desde el momento de su concepción..."- cuyo interés superior debe considerarse primordial en virtud de lo dispuesto por el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La importancia que tiene para toda persona el conocimiento de sus orígenes, implica admitir implícitamente en el ámbito civil el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica de la persona (filiatoria y genética), siendo tratado en el art. 563 del Código recientemente promulgado.

Corresponde tratar los supuestos susceptibles de afectar el derecho a la identidad y su incidencia en la determinación de la filiación conforme al sistema legal vigente y lo que el código unificado estaría regulando: Anonimato del dador: serían los casos en los cuales el equipo médico recurre a material genético perteneciente a un tercero dador cuyos datos de identificación se desconocen. Los casos comprendidos partiendo de la determinación del vínculo con nuestra legislación vigente serían:

Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer casada con semen de donante: la maternidad queda determinada por aplicación del art. 242 del código civil Veleziano, en concordancia con el art. 565 del código unificado. El problema se presenta para la determinación de la paternidad. Conforme al régimen por el juego de la presunción legal (art. 243, código civil, hoy derogado), el marido de la mujer quedaba emplazado como padre, siendo indiferente la inexistencia de nexo biológico, presentándose una clara contradicción con lo querido por el régimen de filiación, y el 566 del código unificado vigente sobre presunción filiatoria, no haciendo mención de paternidad.

En cuanto a la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial, cabe distinguir:

Inseminación o fecundación in vitro sin consentimiento del marido: en este caso el marido no manifestó su voluntad procreacional y se encuentra legitimado para impugnar la

paternidad ante la ausencia de nexo biológico (arts. 258 y 259, código civil, o arts. 589 y 590 del código unificado, haciendo referencia al cónyuge). En este caso son responsables solidariamente (art. 108, código civil) la madre, el equipo médico y el establecimiento donde se realizó la práctica (clínica, sanatorio, hospital), frente al padre y el hijo.

Inseminación o fecundación in vitro con consentimiento del marido: el consentimiento implica asumir su responsabilidad procreacional, razón por la cual no se encuentra legitimado para plantear la acción. Cabe aclarar que si a pesar de no estar el padre legitimado para impugnar la paternidad por aplicación de la teoría de los actos propios, igualmente lo intenta y el juez hace lugar a su pretensión, procede el planteo de una acción tendiente a indemnizar el daño causado.

Inseminación sin consentimiento de la madre: se daría en el caso que por error o intencionalmente se emplee semen de tercero. En este caso el marido si no manifestó su voluntad, podrá accionar. En cuanto a la mujer, en principio carece de legitimación activa. Sin embargo, entendemos que en un caso de estas características o en cualquier otro, la madre tendría que estar legitimada en virtud de instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que respaldan su derecho (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) La responsabilidad recae sobre el equipo médico y el establecimiento donde se realizó la práctica, frente a la madre, padre e hijo.

Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer soltera, viuda, separada de hecho, separada personalmente, divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, con semen de donante: estamos en presencia de una filiación extramatrimonial. La maternidad queda establecida conforme lo disponía el artículo 242 del Código Civil, concordante con el código unificado.. La paternidad quedaba determinada en el caso que el donante reconozca al hijo, situación poco probable ante la ausencia de voluntad procreacional o, mediante el ejercicio por el hijo de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial en el supuesto de contar con datos referidos a la persona del donante. Esta situación lesionaría el interés superior del niño/a traducido en su derecho de contar con un emplazamiento filial pleno, garantizador del respeto de su identidad. Creemos viable el planteo por el hijo de un reclamo reparador frente al equipo médico, establecimiento médico y la madre por haberlo privado intencionalmente del vínculo paterno.

El derecho a la identidad reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en los arts. 7 y 8, determina que toda norma jurídica debe respetar lo dispuesta por ella, constituyendo un error suponer que cuestiones consentidas por aquellas personas que desean ser progenitores utilizando algunas de estas técnicas pueden violar este derecho.

El régimen de filiación y patria potestad del código civil desde la promulgación de la Ley N° 23.264, significó un sinceramiento de las relaciones familiares al introducir como uno de sus principios rectores el respeto por la verdad biológica. Así la identidad de una persona es un proceso que se inicia con la concepción y se extiende durante toda la vida, distinguiéndose distintas dimensiones que la componen: identidad en referencia a la realidad biológica,

identidad en referencia a los caracteres físicos e identidad en referencia a la realidad existencial. En consecuencia, cuando se acude al empleo de las nuevas tecnologías reproductivas corresponde, en especial, tutelar la identidad del embrión creado dentro o fuera del seno materno. El derecho a la identidad es un derecho fundamental y, como tal, tiene jerarquía constitucional. Toda norma de rango inferior debe respetar el mismo en su total dimensión.

El nuevo código Civil y Comercial dispone, que la información relativa a la persona que ha nacido por aplicación de técnicas de reproducción humana asistida con material genético de un tercero, debe constar en el correspondiente legajo, al momento de la inscripción de su nacimiento.

A petición de la persona nacida a través de las premencionadas técnicas podrá serle revelada la identidad de los donantes, por razones debidamente fundadas (riesgo para su salud, entre otras); las cuales serán evaluadas por la autoridad judicial, mediante el procedimiento más breve previsto en la ley local.

El art. 564 del nuevo Código guarda estrecha relación con las disposiciones contenidas en los arts. 30 y 31 del Proyecto de Reforma de la Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida N° 26.862 al normar lo siguiente:

Art. 30: “La persona nacida mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida con el aporte de gametos de terceros, personalmente o a través de sus representantes legales si fuere menor de edad o declarado incapaz en juicio, cuando exista un riesgo para la salud o la vida, podrá solicitar al Centro Médico autorizado que hubiere realizado la Técnica, que se contacte con el o los aportantes de gametos, a los fines de obtener su consentimiento para tener acceso a los datos clínicos que consten en el legajo. En ningún caso podrá ser revelada la identidad del o los aportantes.

En caso de que el o los aportantes de gametos para terceros hubieren fallecido, el consentimiento a que refiere el párrafo anterior podrá ser solicitado a los ascendientes, descendientes o cónyuge supérstite. En ningún caso podrá ser revelada su identidad.

El o los aportantes de gametos o sus ascendientes, descendientes, o cónyuge supérstite, podrán rehusarse sin consecuencia jurídica alguna. Si acceden a colaborar, su consentimiento deberá ser otorgado por escrito ante el Centro Médico autorizado. Habiendo cumplido dicha formalidad, el Centro Médico podrá entregar a los solicitantes únicamente la información de carácter médico, excluyendo aquéllos datos que pudieren revelar la identidad del o los aportantes, de los ascendientes, descendientes o cónyuge supérstite.

Art. 31: A su vez la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida con el aporte de gametos de terceros, personalmente o a través de sus representantes legales si fuere menor de edad o declarado incapaz en juicio, podrá requerir judicialmente, por razones debidamente fundadas, que se revelen los datos y antecedentes clínicos del o de los aportantes de material genético, cuando la instancia de colaboración prevista en el Artículo

30 hubiere resultado infructuosa. El requerimiento deberá tramitar por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

La autoridad judicial deberá evaluar, asesorada por expertos, si la apertura del legajo del o de los aportantes de gametos, sin revelar su identidad, resulta necesario para salvaguardar la salud o la vida del nacido. Si lo considera conveniente, ordenará que el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos remita toda la información clínica que se hubiese incluido en el legajo del o de los aportantes.

En caso de que también se hubiese requerido que se revele la identidad del o de los aportantes de gametos, a los efectos de solicitar su colaboración por existir riesgo para la salud o la vida del nacido, la autoridad judicial, asesorada por expertos, deberá evaluar la conveniencia de convocar al o a los aportantes a una audiencia privada.

Si la autoridad judicial lo estima oportuno, ordenará que el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos le remita la información que conste en el legajo del o de los aportantes de gametos que resulte imprescindible para dar con el paradero y convocar a una audiencia privada. Esta información deberá mantenerse reservada en los estrados judiciales, y el requirente no podrá tener conocimiento de la misma.

En la audiencia privada, de la que no tendrá participación ni conocimiento el requirente, la autoridad judicial pondrá en conocimiento del o de los aportantes de gametos la situación clínica del nacido. El o los aportantes podrán rehusarse a colaborar, sin consecuencias jurídicas. Si acceden a colaborar, la autoridad judicial deberá comunicárselo de inmediato al requirente.

Determinación de la maternidad [arriba] -

Palabra más, palabra menos, el artículo 565 del digesto Civil y Comercial reproduce el art. 242 del Código Civil Veleziano (Ley N° 23.264). Por lo que podríamos sintetizar su tratamiento reiterando la relevancia que reviste el “hecho biológico”; aseverando que la maternidad queda determinada por el nacimiento de la criatura (el parto), y la identidad del nacido acreditado mediante el certificado a que alude el artículo de referencia. Suma, de corresponder, al agente de salud como uno de los posibles otorgantes del certificado de nacido. La inscripción que se lleva a cabo en el Registro Civil y Capacidad de las Personas será considerado de suficiente título de estado.

Es menester resaltar la necesidad de serle notificada a la presunta madre la inscripción del hijo a su nombre, con la excepción de que sea ella la que solicitó la inscripción, o que la correspondiente denuncia fue llevada a cabo por su cónyuge. Se tuvo en miras que la maternidad quedase determinada ab initio.

El nuevo Código unificado, al igual que el Código de Vélez (Ley N° 23.264) peca de dos falencias manifiestas: la primera es que no se ha fijado un plazo determinado para que el

registro proceda a notificar a la presunta madre sobre el hecho de la inscripción a su nombre de un hijo, como así tampoco prescribe un término temporal para que ésta se expida a favor o en contra de dicha atribución.

La discusión doctrinaria suscitada oportunamente al respecto fue el accionar que debería llevar a cabo la presunta madre que pretende desvirtuar dicha determinación. Parte de la doctrina consideran que debe promover una acción de impugnación de acuerdo a los cánones legales (entre ellos: Borda, Zannoni, Bossert); otros en cambio ven como suficiente el acto administrativo de rectificación del acto (Belluscio).

Determinación de la filiación matrimonial [arriba] -

Resulta, a nuestro modo de ver, pertinente detenernos en las disposiciones del artículo 566 del nuevo cuerpo legal, que si bien mantiene pautas del 243 del Código Civil (ley 23.264), presenta una variable sumamente atendible. La premencionada disposición del código Veleziano, padecía de contradicción manifiesta en su segundo párrafo, comparativamente con el primero, al preceptuar “...no se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio, separación personal o nulidad de matrimonio, salvo prueba en contrario”. Estabamos ante una presunción negativa. Mientras que la primera parte lo hacía a través de presunción positiva, cuando rezaba: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o separación personal (sentencia) o de hecho de los esposos (cuestión fáctica)...”. Como apreciamos, la segunda parte desvirtuaba a la primera, y reiteramos, la contradecía. Resultando una superposición de presunciones positiva y negativa, encerrando en ellas un sinnúmero de hipótesis planteables en la realidad.

Se dice que dicha antinomia nació en forma involuntaria durante el proceso de discusión de la ley que nos rige 23.264, hoy zanjada por la norma del código unificado en análisis cuando establece: Se presumen hijos del/a cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte, salvo prueba en contrario.... Rige además para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida siempre y cuando el o la cónyuge haya prestado el correspondiente “consentimiento previo, informado y libre”.

En primer término resulta pertinente aclarar que el artículo del Código unificado ya no habla de “presunción de paternidad matrimonial”, y sí lo hace “como “determinación de filiación matrimonial” teniendo presente lo dispuesto en la ley 26618 de matrimonio igualitario; dado que la madre que da a luz, puede que esté casada indistintamente con un hombre o una mujer; pesando sobre este/a último/a la presunción del acápite.

Es procedente mantener la presunción de que el cónyuge asume legalmente su posición de progenitor del hijo de su esposo/a, sin necesidad de reconocimiento previo, permitiendo de ese modo que el menor esté emplazado en hijo del matrimonio desde el inicio de su vida. No

obstante se mantiene la posibilidad de rebatir dicha presunción previa la demostración de la verosimilitud de los hechos que juegan en contra de la mentada disposición.

La mención del plazo de trescientos días posteriores al acaecimiento de alguna de las contingencias que menciona el artículo es siguiendo el precepto de duración máxima del embarazo o gestación prescripta legalmente. Ante la interposición de demanda de divorcio, nulidad, como también acaecida la muerte del cónyuge presuntivamente progenitor, o el hecho fáctico de la separación de hecho de la pareja, la presunción, lógicamente se desvanece.

Publicación: Revista de Derecho de Familia y Sucesiones

Número 5 - Septiembre 2015

Fecha: 07-09-2015 Cita: IJ-XCI-772