

La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina

Adriana Noemí Krasnow

Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

*Abstract**

Este artículo busca describir los cambios y aportes en el instituto de la filiación que contiene el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina, contextualizando el análisis en el marco de la visión constitucionalizada del Derecho Privado que se desarrolla a partir de la reforma de la Constitución nacional en el año 1994. Con este objeto, se parte del análisis de la filiación y sus fuentes en el Derecho vigente, reflejando las carencias normativas y axiológicas que el régimen presenta. Para definir si la norma proyectada logra superar las lagunas, se definió el alcance de los principios estructurales del Proyecto en el instituto de la filiación. Seguidamente, se acompaña una reseña de las disposiciones generales para luego ingresar en los aspectos particulares que comprende tanto a la filiación por naturaleza como a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida: determinación de la maternidad, determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, supuestos especiales que se trasladan a la norma, como la gestación por sustitución y la filiación post mortem.

This article seeks to describe the changes and contributions to the institute of filiation which contains the project of the reform Civil and Commercial Code 2012 in Argentina, contextualizing the analysis under the vision of Private Law constitutionalized that develops the reform about the Constitution in 1994. For this purpose that begins from the analysis of the filiation and its sources in the current law, in order to show the normative and axiological shortcomings that the regimen presents. To determine whether the proposed rule achieves to receptor gaps, it is defined the scope of the structural principles of the Project at the Institute of sonship. Then accompanied a review of the general provisions and then enter to the particular aspects comprising both the Natural filiation as to assisted human reproduction techniques: determination of maternity, determination of the matrimonial and extramatrimonial filiation, special assumptions moving to the norm, as substitution gestation and postmortem filiation.

Title: The filiation and their sources in the Project of the Reform Civil and Commercial Code 2012 in Argentina

Palabras clave: Filiación, Fuentes, Proyecto de Reforma

Keywords: Filiation, Sources, Project of the Reform

* Investigadora Adjunta, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina); Doctora en Derecho; Miembro del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario; Prof. Adjunta Derecho Civil V (Derecho de Familia), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, correo electrónico: adrikrasnow@arnet.com.ar

Sumario

1. Introducción
2. La filiación y sus fuentes en el Derecho vigente. Norma y realidad
 - 2.1. Los cambios necesarios que fueron captados en la Ley 23.264 y sus carencias en el presente
 - 2.2. Los principios normativos en el régimen vigente y sus limitaciones en el presente
 - 2.3. Verdad biológica y voluntad procreacional
3. La filiación y sus fuentes en el Proyecto. La norma se acerca a la realidad
 - 3.1. Los principios estructurales del Proyecto y su impacto en el instituto de la filiación
 - 3.2. Disposiciones generales
 - 3.3. Reglas generales relativas a la filiación por TRHA
 - 3.4. Derecho a la filiación y derecho a la identidad
 - 3.5. Determinación de la maternidad
 - 3.6. Determinación de la filiación matrimonial
 - 3.7. Determinación de la filiación extramatrimonial
 - 3.8. Supuestos especiales de filiación por TRHA
 - a) Gestación por sustitución
 - b) Filiación post mortem
4. Conclusiones
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Introducción

El Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial 2012 en Argentina (en adelante, Proyecto) introduce importantes y esperados cambios en el Derecho de familia, destacándose los que refieren al instituto de la filiación en sus tres fuentes¹. El resultado que se visualiza en la norma proyectada representa la coronación de un proceso de cambio que de forma gradual y sin pausa se inicia con la reforma constitucional en el año 1994.

Cabe destacar que con la mencionada reforma, se introduce una modificación sustantiva en el sistema de fuentes interno en correspondencia con la doctrina internacional de los Derechos Humanos, puesto que cambia la dimensión y estructura de la pirámide jurídica al pasar a compartir la Constitución nacional su supremacía con los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual alcance, surgiendo así lo que se denomina el bloque de constitucionalidad². En el art. 75, inciso 2 de la Constitución nacional (en adelante, CN), se enumeran los Tratados, Convenciones y Pactos, a los que expresamente se les otorga jerarquía constitucional, mucho de los cuales tienen especial relevancia en el Derecho de familia³.

En este contexto, el Proyecto se enmarca en una visión constitucionalizada del Derecho privado, como surge de los fundamentos: "(...) tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (...)".

¹ En Argentina, por decreto del Poder Ejecutivo nacional núm. 191/2011, de 23 de febrero (BO, 28.2.2011), se crea la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. El art. 3 dispone: "La mencionada Comisión se integrará con los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuará como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci (...)".

² Se lo define como "(...) un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios, o valores materialmente constitucionales, que no forman parte del texto de la constitución, sino que permanecen fuera de él compartiendo con aquél su misma supremacía y erigiéndose en parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales (...)". BIDART CAMPOS (1999, p. 415).

³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y Convención sobre los Derechos del Niño.

En sintonía con el cambio de modelo del Derecho privado en su conjunto, el Derecho de familia, pasa a regular sus institutos en función de la protección de la persona y sus derechos en el marco de la dinámica familiar y social. Este nuevo enfoque que asocia el Derecho de familia con el Derecho constitucional, deriva en un cambio terminológico que responde a su dimensión actual: el Derecho Constitucional de Familia.

Asimismo, la protección puesta en la persona es el cauce que permite avanzar en el diseño de un Derecho de familia más humano y como tal respetuoso de la tolerancia, la diversidad, la igualdad y la participación. Desde esta dimensión, el contenido y ámbito de actuación se amplía, al comprender y proteger a la persona como miembro de un tipo de familia que se integra a la multiplicidad de formas que actualmente coexisten en la sociedad. Esta idea de pluralidad de formas de vivir en familia, conduce a referir a un Derecho de las familias en reemplazo del término tradicional Derecho de familia.

Trasladando la reseña que antecede al instituto de la filiación, el Proyecto logra introducir los cambios normativos que armonizan con el origen y desarrollo de los vínculos filiales en el presente. En esta dirección, logra adecuar el instituto a los principios y valores constitucionales que actúan como pilares del régimen que se proyecta.

En los puntos que siguen, se busca trasladar una reseña de los aspectos centrales de la filiación en el mañana, desde un abordaje que partirá de la evolución del instituto por la importancia que representa en el cambio de modelo. Seguidamente, se analizará el régimen que se propone instaurar, advirtiendo que en esta oportunidad no estará comprendido el estudio de la adopción por tratarse de una fuente que por la multiplicidad de aspectos que comprende exige un tratamiento particularizado.

Resulta interesante asumir este desafío en la etapa de transición en que se encuentra el Derecho Privado argentino, donde se observa como desde un enfoque microjurídico los medios específicos que se emplean para la resolución de un problema de filiación se sirven como fuente de argumentación de los lineamientos contenidos en el Proyecto y, avanzando más aún, como desde lo macrojurídico se adoptaron estrategias de políticas legislativas y judiciales que también responden al espíritu de la norma proyectada⁴. Para demostrar esto que estamos diciendo, incluiremos durante el desarrollo la descripción de leyes especiales y sentencias judiciales posteriores al proceso de elaboración del Proyecto que son un claro ejemplo del empleo de tácticas –argumentos elaborados con base en la norma proyectada– destinadas al cumplimiento de las estrategias que sustentan el sistema que se pretende instalar.

⁴ CIURO CALDANI (2011)

2. La filiación y sus fuentes en el Derecho vigente. Norma y realidad

2.1. Los cambios necesarios que fueron captados en la Ley 23.264 y sus carencias en el presente

Con el regreso en la Argentina de las instituciones de la democracia, se logra lo querido por la sociedad desde hacía mucho tiempo: la reforma del régimen de filiación y patria potestad contenido en el Código Civil, por medio de la Ley 23.264/1985, de 25 de septiembre (BO, 11.10.1985)⁵.

Mientras que el régimen plasmado por el codificador originario se sustentaba en presunciones *iuris et de iure* que podían corresponderse o no con la realidad biológica, siendo el interés jurídicamente protegido la integridad de la familia matrimonial; la norma vigente consagra presunciones *iuris tantum*, con el objeto de que el hijo pueda acceder a un emplazamiento completo que se ajuste a la verdad biológica. De esta forma, el nuevo régimen que perdura hasta el presente, busca que el hijo acceda en todos los casos a un emplazamiento completo y que el mismo se corresponda con la realidad de su origen.

En armonía con su espíritu, el art. 240 CC al comprender a la filiación por naturaleza y la filiación por adopción como fuentes del vínculo filial, precisa que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; aclarando que todos los hijos (matrimoniales, extramatrimoniales y adoptados bajo la forma plena) son iguales ante la ley y las distintas clases de filiación producen los mismos efectos.

El limitado marco que ofrece la norma al captar sólo dos fuentes, deja fuera de su ámbito de aplicación los múltiples supuestos que derivan del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), como entre otros: empleo de material genético de tercero/a dador/a, mujer sola, fecundación *post mortem*, gestación por sustitución, adopción o dación prenatal; entre otros. Esto se profundiza, con la modificación que se introduce con la Ley 26.618/2010, de 15 de julio, de Matrimonio Civil (BO, 22.7.2010), al extender la facultad de casarse a las parejas de igual sexo y extendiendo respecto a ellas los mismos efectos previstos para el matrimonio heterosexual, pero sin introducir los cambios necesarios en el instituto de la filiación⁶. La misma situación se presentó en España con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁷.

⁵ Sobre Régimen de Filiación, Ley 23.264, veáse entre otros: FAMÁ (2009), AZPIRI (2001), BÍSCARO *et al.* (1990), ZANNONI *et al.* (1985), GROSMAN (2007), LLOVERAS (1986), MÉNDEZ COSTA (1986) y KRASNOW (2006).

⁶ Sobre régimen de matrimonio civil conforme al texto de la Ley 26.618/2010, veáse entre otros: GIL DOMÍNGUEZ *et al.* (2010), LLOVERAS *et al.* (2010) y KRASNOW *et al.* (2011).

⁷ Entre los autores que han calificado a la reforma como precipitada, pueden mencionarse: LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS (2005) y TOMÁS MARTÍNEZ (2010).

La descripción precedente muestra que en el plano de la realidad social, coexisten tres fuentes de la filiación que exigen un tratamiento desde el derecho diferenciado por presentar cada una de ellas elementos que le son propios: procreación natural (vínculo natural), TRHA (vínculo natural asistido) y adopción (vínculo de creación legal). Como se anticipó en la introducción, en este trabajo el análisis se focaliza en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA desde un estudio que busca vincular y diferenciar el derecho vigente y el derecho proyectado.

2.2. Los principios normativos en el régimen vigente y sus limitaciones en el presente

El régimen contenido en la Ley 23.264 se apoya en dos principios normativos que se vinculan entre sí: el principio de igualdad y el de respeto por la verdad biológica.

El principio de igualdad comprende dos dimensiones: a) los hijos, trátase de matrimoniales o extramatrimoniales, tienen la titularidad y el disfrute de los mismos derechos; b) los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales tienen la prerrogativa de acceder a la verdad biológica y a un emplazamiento completo en todo tiempo. De esto surge que la distinción entre ambas categorías de hijos se establece al sólo efecto de la determinación del vínculo.

El principio de respeto por la verdad biológica responde al fin querido por el autor de la norma: alcanzar en todos los casos la concordancia entre el vínculo jurídico de la filiación por naturaleza con el vínculo biológico resultante de la procreación natural, mediante un marco normativo que reposa en presunciones iuris tantum. Fortalece este principio el valor asignado a la prueba biológica en el art. 253 CC⁸.

Del encuadre de estos principios se desprende que en todos los casos, la determinación del vínculo responderá a la concordancia entre lo biológico y lo jurídico, sin considerar la presencia o ausencia del elemento volitivo. En este limitado marco, los vínculos filiales nacidos del empleo de cualquiera de las TRHA quedan al margen de la norma civil, puesto que la definición del vínculo en esta fuente responderá siempre al elemento volitivo y no al biológico.

⁸ Art. 264 CC según la Ley 23.264: "En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte".

2.3. Verdad biológica y voluntad procreacional

Siendo el principio de respeto por la verdad biológica uno de los pilares sobre el que se apoya el régimen de filiación vigente, surge que el legislador al guardar silencio respecto a la voluntad procreacional, quiso que ambos elementos siempre interactúen juntos. Pero esta alianza no resulta posible en aquellos supuestos de TRHA donde el elemento biológico –presente total/parcialmente y/o ausente– pierde el lugar que representa en la filiación por naturaleza, para ser reemplazado por el elemento volitivo que actúa en esta fuente como elemento que define el vínculo filial.

Con esta aclaración previa que resulta necesario formular para comprender el desarrollo que sigue, se desprende que la captación en la norma de la filiación por naturaleza y la filiación por TRHA exige una regulación diferenciada que guarde armonía con los principios que sostienen cada fuente.

Completa y facilita la comprensión de la aproximación inicial, la distinción de los tres aspectos que se vinculan con el acto procreacional: 1) la voluntad de la unión sexual, 2) la voluntad procreacional y 3) la responsabilidad procreacional [DÍAZ DE GUIJARRO (1965, p. 21)].

La voluntad de la unión sexual es la libertad de mantener relaciones sexuales que puede estar unida o no al deseo de procrear.

La voluntad procreacional es el deseo e intención de crear una nueva vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no un hijo.

La responsabilidad procreacional, deriva del hecho de la procreación (natural y/o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce. Si la unión sexual produce la fecundación, nace una responsabilidad directa sobre los progenitores respecto de la persona por nacer que se exterioriza en el ámbito normativo en el instituto de la responsabilidad parental, cuyo contenido abarca un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto a la persona y bienes de sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad (art. 264 CC argentino). Ahora bien, mientras que en la filiación por naturaleza este conjunto de deberes derechos recae en quienes serán emplazados como padres por la correspondencia genética con su descendencia; en la filiación por TRHA los mismos recaerán en quien/quienes hubieran exteriorizado su voluntad procreacional a través del consentimiento informado.

Es por ello que cuando se observa el funcionamiento de estos aspectos se detectan diferencias según se integren en un proceso de procreación natural o de procreación asistida.

Así, en el marco de la filiación por naturaleza, los tres aspectos pueden estar presentes (voluntad de la unión sexual, voluntad y responsabilidad procreacional) cuando la pareja –casada o conviviente– decide en el ámbito íntimo tener un hijo –unión sexual y voluntad procreacional–, asumiendo los deberes y derechos que le corresponde a cada uno en su carácter de titulares de la responsabilidad parental. Pero, también puede presentarse el caso donde la voluntad y responsabilidad procreacional se concentre sólo en uno de los progenitores, como el hijo extramatrimonial no reconocido. En este último caso, como la filiación y la responsabilidad parental son institutos diseñados en el interés de la persona del hijo y este interés se efectiviza en el marco de esta fuente con un emplazamiento completo que guarde concordancia con la verdad biológica, la norma civil prevé recursos que permiten sortear la ausencia de reconocimiento, como la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

En cambio, en la filiación por TRHA la concurrencia de los tres elementos se analiza sin considerar el elemento biológico. Asimismo se observan particularidades que denotan una distancia sustantiva con la filiación por naturaleza, como: 1) disociación entre unión sexual y procreación en la inseminación y/o fecundación asistida, situación que deriva en una disociación entre voluntad de la unión sexual y voluntad procreacional; 2) el vínculo no se reduce a la pareja (casada o conviviente), sino que comprende al equipo médico que colabora desde su saber en el proceso reproductivo; 3) disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional cuando una pareja recurre a material genético de tercero dador/a, primando para la determinación del vínculo la voluntad por sobre lo biológico; 4) concentración en una sola persona de la voluntad y responsabilidad procreacional sin unión sexual, cuando una mujer sola decide someterse a un proceso de inseminación o fecundación asistida; 5) probable disociación entre padre/madre genético, madre gestacional y padre/madre legal y 6) proceso vital discontinuo en el supuesto de embriones crioconservados. A esto se suma que la manifestación de la voluntad y responsabilidad procreacional se exterioriza en el consentimiento informado, dejando de pertenecer la procreación al ámbito íntimo para trascender al ámbito público.

El encuadre precedente deja en claro que las realidades comprendidas en cada fuente exige en el legislador el compromiso de diseñar un marco regulador que sea un fiel reflejo de la realidad social. Para ello, resulta necesario considerar los cambios que se precipitaron en el Derecho en su conjunto en relación con el tema que nos convoca. Sólo así puede lograrse desde un enfoque macrojurídico una estrategia de política legislativa encaminada a la ordenación de medios con el objeto de alcanzar un régimen de filiación que se corresponda con la visión constitucionalizada del Derecho de Familia en el presente. Siguiendo con este razonamiento, entendemos que la Comisión Reformadora alcanzó el resultado deseado en el Proyecto, puesto que reconoció las tres fuentes de la filiación por medio de un tratamiento diferenciado y respetuoso de las notas típicas de cada fuente, en total correspondencia con los componentes culturales y valorativos que rigen actualmente en la sociedad argentina.

3. La filiación y sus fuentes en el Proyecto. La norma se acerca a la realidad

3.1. Los principios estructurales del Proyecto y su impacto en el instituto de la filiación

La visión constitucionalizada del Derecho Privado en la que se inserta el Proyecto queda materializada en los principios que actúan como sostén de todo el sistema. Si bien en los puntos que siguen se define la importancia que tienen estos principios en cada aspecto a desarrollar, acompañamos en este apartado un encuadre que se relaciona con el objeto de estudio.

Principio de pluralidad: desde una visión tolerante y respetuosa de la diversidad, se regulan los institutos en función de la multiplicidad de manifestaciones familiares, con el objeto de garantizar el derecho de toda persona a vivir en familia⁹. En relación a la filiación, su impacto se observa tanto en el reconocimiento de la filiación por TRHA como tercera fuente, como así también, en la institucionalización de la pareja casada o conviviente de distinto y/o igual sexo.

Si bien se trata de una norma proyectada que espera ocupar su espacio en el Derecho interno, como anticipamos al introducirnos en el tema, se observan avances legislativos que siguen la misma dirección, siendo la reciente Ley 26.862/2013, de 5 de junio, de cobertura de TRHA (BO, 26.6.2013) un claro ejemplo del principio en análisis.

En este sentido, el art. 7 de la mencionada ley define con un criterio amplio los beneficiarios: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado (...)”. De este enunciado genérico surge que puede tratarse de una pareja –de distinto o igual sexo– casada o conviviente que se someta a una inseminación y/o fecundación homóloga y/o heteróloga, mujer sola que recurre a material genético de tercero dador conocido o anónimo, mujer sola y/o pareja –de distinto o igual sexo– casada o conviviente que decide tener un hijo a través del implante de un embrión crioconservado proveniente de otra pareja, como así también, entendemos que cabe comprender el supuesto de una pareja casada o conviviente –de distinto o igual sexo– que se sirve de la gestación por sustitución como único camino que les posibilita tener un hijo.

Lo valioso a destacar, es que a pesar de la incertidumbre que en este momento se tiene respecto a la aprobación del Proyecto, la labor legislativa se ajusta al modelo que consagra, lográndose así el avance en la regulación de problemas que exigían una repuesta desde el Derecho. Esta estrategia de política legislativa, posibilita mantener vigente en la conciencia social y jurídica la importancia de

⁹ Con esta dimensión se recoge en el sistema que se proyecta el derecho a la vida familiar, consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

introducir cambios que dejen atrás las carencias históricas y/o dogmáticas que el Derecho vigente contiene.

Principio de autonomía: se corresponde con la voluntad procreacional como elemento que define el vínculo en la filiación por TRHA.

Sin embargo, cabe aclarar que vincular autonomía con voluntad procreacional no implica un desplazamiento total del orden público en esta fuente de la filiación. Por el contrario, surge de la interpretación del conjunto de enunciados del Proyecto destinados a la regulación de esta tercera fuente, el establecimiento de un régimen que en resguardo del estado de familia como atributo de la persona, reposa en un juego armónico entre autonomía de la voluntad y orden público.

Además, al tratarse de una práctica médica que se origina en la relación médico paciente, debe analizarse este principio en correspondencia con el principio bioético de autonomía, el cual exige en el médico el deber de informar para que el paciente esté en condiciones de prestar un consentimiento pleno y libre. Es por ello que su abordaje debe hacerse atendiendo a la alianza necesaria en este aspecto entre Bioética y Derecho.

Principio de solidaridad: actúa como protector del emplazamiento filial, además de servir de fundamento al conjunto de deberes derechos propios de la responsabilidad parental que nace como derivación del vínculo jurídico filial. En esta línea, se dijo: “(...) la libertad procreacional tiene un límite, que parece vislumbrarse en lo que se ha dado en llamar la procreación responsable (...)” [DE LORENZI (2010, p. 699)].

En relación con lo expuesto al referir al principio de autonomía, el principio de solidaridad es el que abre las puertas al orden público en aspectos que trascienden el interés de quienes resultan involucrados en las TRHA.

A estos principios rectores del régimen, se suman los principios y valores constitucionales que fortalecen el principio de solidaridad familiar, los cuales son motivo de especial mención en los fundamentos cuando refiere al instituto de la filiación: “(...) El Anteproyecto sigue de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio de interés superior del niño (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la

identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación; 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella (...)”¹⁰.

Con estas apreciaciones previas, se está en condiciones de analizar en los puntos que siguen, los aspectos salientes de la reforma en este tema. Los mismos se ubican en el Título V “Filiación” del Libro Segundo “Relaciones de Familia”, siguiendo en su estructura los lineamientos trazados por la Ley 23.264, pero advirtiendo que en el texto del Proyecto se reconoce y protege las TRHA como tercera fuente, siguiendo para su regulación el empleo de un lenguaje simple que tiene como finalidad facilitar su comprensión por todo aquel que acceda a su lectura.

3.2. Disposiciones generales

Las disposiciones generales se encuentran contenidas en el Capítulo 1 del Título V “Filiación”, siguiendo el mismo orden que estableciera la Ley 23.264, pero incorporando la tercera fuente ausente en el actual art. 240 CC.

Así, en el art. 558 “Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos”, establece que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. Seguidamente y en resguardo del principio de igualdad, declara que la filiación por naturaleza o por TRHA matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos.

En igual sentido, el art. 559 dispone: “El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada”. Cabe destacar como valioso en este enunciado, la superación de los defectos de redacción que tiene el texto vigente y la referencia a la adopción sin especificación de clases, como si lo hace la norma actual al referir sólo a la plena.

Siguiendo el criterio consagrado en el vigente art. 252 del Código Civil, se declara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

En el marco de la filiación por naturaleza, la limitación al doble vínculo indica que tratándose de una filiación matrimonial, resulta necesario para alcanzar la concordancia de lo biológico con lo jurídico, plantear una acción de impugnación –de la maternidad o de la filiación matrimonial– dirigida al desplazamiento del vínculo por ausencia de nexo biológico y, luego, proceder a la reclamación de la filiación matrimonial/extramatrimonial y/o una manifestación de voluntad a través del

¹⁰ La versión Proyecto no introduce cambios en los fundamentos que son parte de la versión inicial y por ello el texto refiere al término “Anteproyecto”. Corresponde informar entre las normas que se enuncian, la Ley nacional 26.061/2005, de 28 de septiembre, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (BO, 26.10.2005).

reconocimiento, según que el segundo emplazamiento se enmarque dentro o fuera de un matrimonio. En cambio, cuando el supuesto refiera a una filiación extramatrimonial, conforme la cual el hijo fuera emplazado en el vínculo materno por vía legal y el otro vínculo se haya definido por medio del reconocimiento, cuando este último no se correspondiera con la verdad biológica, quedaría abierta la posibilidad de plantear la acción de impugnación del reconocimiento por parte de quienes tuvieran legitimación activa, para luego alcanzar un doble vínculo que se corresponda con la verdad biológica.

En cambio, en el ámbito de la filiación por TRHA, la referencia al doble vínculo fortalece el elemento volitivo como determinante del vínculo filial, aun cuando, en el proceso reproductivo sea necesario recurrir a una tercera persona o al empleo de material genético de tercero dador¹¹. Entre las variables comprendidas conforme los términos y límites dispuestos en la norma proyectada, pueden mencionarse: gestación por sustitución donde además de intervenir la pareja casada y/o conviviente (de distinto o igual sexo) o persona sola –en cualquiera de los casos con voluntad procreacional–, participa otra mujer que sin voluntad procreacional limita su intervención a prestar su vientre (madre gestante, pero no genética), pareja casada y/o conviviente (de distinto o igual sexo) con voluntad procreacional que debe recurrir a material genético de tercero dador o dadora conocido o anónimo –sin voluntad procreacional–, mujer sola con voluntad procreacional que logra un embarazo con el empleo de su material genético y semen de tercero dador conocido o no (sin voluntad procreacional) o con el empleo tanto de material genético femenino y masculino provenientes de dadores conocidos o no (sin voluntad procreacional).

Refuerza esta regla, el art. 561 al establecer: “Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado el material genético”. Del texto surge que deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado, al momento de emplazar en el doble vínculo a un/a niño/a como hijo/a matrimonial o extramatrimonial de una pareja casada o conviviente –de distinto o igual sexo –o emplazar con un solo vínculo cuando se tratara de una mujer sola que recurrió a material genético de tercero/s dador/res. En este último caso, el emplazamiento sólo materno origina el nacimiento de una familia monoparental.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.* (2012, p. 22).

3.3. Reglas generales relativas a la filiación por TRHA

La introducción de las TRHA como tercera fuente derivó en la necesidad de considerar sus reglas propias, las cuales se encuentran plasmadas en el Capítulo 2 del Título V “Filiación”.

Como punto de partida y en sintonía con el principio de pluralidad, se define el alcance de las TRHA en relación a sus destinatarios, surgiendo de sus enunciados la adhesión a un criterio amplio. En efecto, podrán acceder a estas prácticas médicas las parejas de igual o distinto sexo casadas o convivientes, como así también, hombres y/o mujeres que no conforman pareja.

La apertura también abarca los procedimientos que recepta. En este sentido, los usuarios según la situación que atraviesen podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga. Como se remarcó a lo largo del desarrollo, en todos los casos se prescinde del dato biológico puesto que la definición del vínculo dependerá del querer ser progenitor¹², siguiéndose en esto la tendencia que se impuso en los países que tienen regulada esta tercera fuente¹³.

La amplitud de criterio pone en evidencia la admisión implícita de las prácticas de baja y alta complejidad, de cuyo encuadre se ocupa el Decreto 956/2013, de 19 de julio, reglamentario de la Ley 26.862 (BO, 23.7.2013): “(...) Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (...)” (art. 2°).

Si como se dijo, el vínculo filial depende del querer asumir el lugar de progenitor, especial importancia reviste en este ámbito el consentimiento informado por tratarse del medio a través del cual se expresa este sentir. En virtud de esto, se dispone que el centro de salud que intervenga en la práctica médica debe reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se

¹² El art. 561 del Proyecto contempla que: “Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado, libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado sus gametos”. También se hace referencia a la voluntad procreacional expresada en el consentimiento informado como determinante de la filiación, en los arts. 569 y 575 que se ocupan de la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, respectivamente.

¹³ Véase, entre otros: Portugal, art. 20 Ley 32/2006; Suiza, art. 256 CC; Francia, art. 311-20 modificado por la Ordenanza 2005-759, de 4.7.2005; Italia, Ley 40/2004 y Brasil, Art. 1597 CC.

sometan a una TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. Entre estas normas especiales, adquiere relevancia la Ley nacional 26.529/2009, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud (en adelante, Ley 26.742/2012)¹⁴, de 21 de octubre (BO, 20.11.2009), en cuyo artículo 5 lo define: “Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada (...)”¹⁵.

El encuadre contenido en la citada norma, recepta lo que en Bioética se denomina el derecho/deber de información como elemento que se integra al principio bioético de autonomía, en el sentido que todo paciente antes de expresar su conformidad para someterse a una práctica médica, tiene el derecho a recibir una clara y completa explicación sobre sus aspectos positivos y negativos. Este extremo se expresa en el Proyecto bajo la frase: “consentimiento previo, informado y libre”.

Se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público (art. 560) para dotar al acto de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados [FAMÁ (2012, p. 422)].

Una cuestión que el Proyecto resuelve con buen criterio, puede formularse con la pregunta siguiente: ¿la voluntad procreacional/parental se conserva estable y no puede cambiar en el devenir? La respuesta de este interrogante comprende dos aspectos: a) definir si el consentimiento informado es revocable y b) si la conformidad inicial debe renovarse en prácticas médicas posteriores a la inicial.

¹⁴ Ley 26.742: sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 24 de mayo de 2012 y promulgada en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012.

¹⁵ A continuación, especifica los aspectos a informar: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificado; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

Respecto al primer aspecto, tratándose el consentimiento informado de un acto derivado del principio de autonomía, el Proyecto establece que puede ser revocado mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella (art. 560), siguiendo en esto la tendencia que se observa en las legislaciones de otros países¹⁶. En igual sentido se expidió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el caso *Evans v. The U.K.*, de fecha 7.3.2006; de cuyos hechos surge que tras la ruptura de la pareja, el hombre decide revocar el consentimiento que había prestado en el inicio para el posterior implante de seis embriones criopreservados que fueron logrados con el empleo de su semen y óvulos de la recurrente, quien pretendía el implante. El TEDH, ajustándose a la ley inglesa que admite la revocación, confirmó la decisión de las instancias judiciales británicas que no hicieron lugar al pedido de la recurrente¹⁷.

En cuanto al período dentro del cual se puede revocar, guarda directa relación con lo dispuesto respecto al comienzo de la existencia de la persona humana: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado” (art. 19).

Si bien el artículo 19 del Proyecto despertó reacciones de oposición en un sector importante de la doctrina, recibió un respaldo significativo con el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*”¹⁸. Con motivo de este caso que excede las fronteras nacionales, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”, partiendo de establecer la diferenciación entre dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

¹⁶ Veáse, entre otras leyes: España, art. 3-5 y art. 11.4 y 5 Ley 14/2006; Portugal, art. 14.4, Ley 32/2006; Suiza, art. 7 de Ley de procreación asistida de 18.12.1998, Grecia, art. 1456, Ley 3089/2002 y Reino Unido, Sección 3 de la HFEA.

¹⁷ FARNÓS AMORÓS (2007, pp. 1-16).

¹⁸ CIDH, 28.11.2012, “*Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*”.

En relación a la vigencia del consentimiento informado, si bien se registra en Argentina un antecedente en la jurisprudencia nacional que dispuso tanto la vigencia como la validez del consentimiento prestado inicialmente para las prácticas posteriores¹⁹, el Proyecto establece que debe renovarse en cada oportunidad en que se proceda al empleo de gametos o embriones. Compartimos esta solución, puesto que la voluntad inicial puede no reflejar la voluntad actual y guiarse por la primera puede conducir a la toma de decisiones que no responden al elemento volitivo que como señalamos es el que debe guiar la determinación del vínculo cuando se recurre a esta fuente de la filiación²⁰.

A modo de cierre de este punto, cabe retomar otra cuestión importante contenida entre las reglas especiales de las TRHA y es la que refiere al derecho de información. Este derecho es una derivación del principio bioético de autonomía, el cual se materializa en el consentimiento informado que está precedido o acompañado del derecho/deber de información que no es más que establecer un proceso de conocimiento y discusión entre el profesional y el paciente, con el objeto de promover en el último un papel activo que se expresa en su derecho de autodeterminación. La particularidad que se presenta en la filiación por TRHA, es que al concretarse el resultado deseado por los usuarios, se inserta al vínculo médico-paciente una tercera persona que llega a esta vida por decisión de quienes integran la relación jurídica y que, una vez nacida, será emplazada con doble o simple vínculo con quien/quienes exteriorizaron en el consentimiento informado su voluntad procreacional.

3.4. Derecho a la filiación y derecho a la identidad

Antes de avanzar en la determinación de la filiación, resulta útil detenerse en la distinción que corresponde hacer entre dos derechos humanos personalísimos de fuerte impacto en la filiación en sus tres fuentes: el derecho a la filiación y el derecho a la identidad.

¹⁹ Cámara Nacional en lo Civil, Sala J, 13.9.2011 “P., A. c. S., A. C.”. Se acompaña una breve reseña de los hechos: La pareja contrae matrimonio el 14 de noviembre de 2003. Ante la imposibilidad de la pareja de procrear naturalmente, consultan en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER). Después de tres intentos de fecundación *in vitro*, finalmente nace Tomás el 17 de agosto 2006. Quedaron 5 embriones en estado de criopreservación. En el documento de consentimiento informado, consta que toda medida que se adopte respecto a los embriones sobrantes será definida de forma conjunta por la pareja. En octubre del año 2006 el matrimonio se separa de hecho. Posteriormente, la mujer pide en el IFER que se proceda al implante de los embriones sobrantes. Como este pedido no cuenta con la conformidad del otro integrante de la pareja, el Instituto se opone. Frente a esta negativa y mientras tramitaba el proceso de divorcio, la mujer en el carácter de representante legal de los 5 embriones, promueve una medida cautelar de protección de persona. La justicia ordena el implante.

²⁰ KRASNOW (2011, p. 219).

Estos derechos suelen asociarse por ser confrontados en la norma civil vigente dentro de un régimen de filiación incompleto cuyo espíritu denota un fuerte apego a la verdad biológica. La diferencia sustantiva a señalar es que mientras el derecho a la identidad²¹ en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen; el derecho a la filiación refiere al derecho de toda persona a contar con un emplazamiento con doble vínculo filial, el cual puede fundarse en el elemento biológico (procreación natural) o en el elemento volitivo (TRHA) [KEMELMAJER DE CARLUCCI (2003, p. 77)]. Esta distinción no fue tomada en consideración por el legislador de la Ley 23.264, puesto que al regularse la determinación del doble vínculo en función de la verdad biológica, asimiló el derecho a la identidad en su aspecto estático con el derecho a la filiación.

Como sabemos, la identidad acompaña a la persona durante toda su existencia. Por ello, puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo la verdad biológica el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho²². En referencia a la importancia que representa el dato biológico como cimiento necesario en la construcción de la identidad, cabe recordar el voto en disidencia de Petracchi en el caso "Muller", el cual por su trascendencia en la jurisprudencia argentina fue seguido como modelo en otros pronunciamientos: "(...) conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende (...) El normal desarrollo psicofísico exige que no se traben la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales (...) Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo"²³.

De este pensamiento se infiere la importancia que tiene para el sujeto conocer sus orígenes para el desarrollo de su personalidad en el tiempo. Sin embargo, el acceso a la historia de origen no resulta vulnerado en los supuestos donde el vínculo filial reposa en el elemento volitivo, puesto que este aspecto se armonizará con el despliegue de la dimensión dinámica de la identidad, la cual comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona en su vida privada y social - proyección social- [FERNÁNDEZ SESSAREGO (1992, p. 113)].

En este esquema, corresponde analizar el derecho a la identidad y el derecho a la filiación a la luz tanto de los cambios que introducen las TRHA, como así también, en relación a las situaciones que se presentan con las puertas que abre el actual régimen de matrimonio civil. En esta dirección se enmarca el Proyecto que analizamos.

²¹ El derecho a la identidad se consagra en el Derecho interno en la Constitución nacional (artículos 33 y 75, inc. 22, CN; arts. 7 y 8, CDN). En el ámbito civil, está reconocido en el art. 11 de la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

²² KRASNOW (2007, 2008 y 2009).

²³ CSJN, 13.11.90.

Por su importancia, resulta conveniente acompañar una reflexión sobre lo dispuesto en el art. 564 del Proyecto. Con un criterio que compartimos con cierto reparo, en este enunciado se garantiza en los supuestos de prácticas heterólogas el derecho de la persona nacida por medio del empleo de una TRHA a ser informado en lo que respecta al origen de su vida, pero con un alcance limitado. En este sentido, dispone: "(...) La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b. Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud".

Con esta solución, la norma que se proyecta en Argentina se ubica en una situación intermedia en relación a las posturas extremas²⁴. En efecto, pueden distinguirse en el Derecho comparado: a) legislaciones que preservan el anonimato del tercero dador: Dinamarca, Grecia, Francia, Ley 94-654 y la Resolución del Consejo Federal de Medicina de Brasil 1957 del 15.12.2010 y b) legislaciones que admiten el acceso a datos que refieran a la identidad del tercero dador: Suecia, *Insemination Act 1140* de 1984; Holanda, Ley de información del donante de 2002; Finlandia, Ley 1237/2006, de Fertilización Asistida; Noruega, Ley 100 de 2003 sobre la "Aplicación de biotecnología en la medicina humana"; Suiza, Ley Federal.

Decimos que aceptamos el criterio seguido en el art. 564 con reparo, pues si bien rescatamos como positivo el supuesto b, el cual se suma a la tendencia seguida en el Derecho comparado cuando se prevé el acceso a datos que coadyuven a superar el riesgo en la salud de la persona, no compartimos el supuesto comprendido en primer término. Entendemos que la responsabilidad que se traslada al juez resulta peligrosa, por las consideraciones siguientes: a) delegar en éste la evaluación de razones debidamente fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante, resulta sumamente riesgoso al quedar librada la mayoría de las veces esta posibilidad a sus convicciones internas y valoraciones; b) la discrecionalidad de la autoridad judicial puede conducir a situaciones de desigualdad; c) resulta excesivo delegar en su persona una responsabilidad de tal magnitud, como lo es el acceso a elementos que contribuyen con la realización de este derecho humano personalísimo que se busca proteger.

²⁴ También admiten el acceso a la identidad en casos específicos: CC de Quebec (art. 542) y la Ley 14/2006 de España (art. 5.5).

3.5. Determinación de la maternidad

Para empezar, cabe recordar que determinar es señalar jurídicamente quién es el progenitor, advirtiendo como particularidad del nuevo régimen que al captar en la norma el matrimonio y la convivencia de pareja entre personas de igual sexo, toda referencia al doble vínculo filial debe hacerse sin referencia al género.

Respecto a la determinación de la maternidad, se sigue el mismo criterio del régimen vigente. Se trata de una determinación legal que depende de la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. En el caso que no se cuente con el certificado del médico, obstetra o agente de salud, "(...) la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas" (art. 565).

Si bien se sigue el mismo criterio general para la determinación del vínculo materno, se observan en el texto que se proyecta dos diferencias en relación al texto vigente.

En primer término, se deroga el agregado incorporado por la Ley 24.540/1995, de 9 de agosto, de Régimen de identificación de los recién nacidos (BO, 22.9.1995) en el vigente art. 242 CC²⁵. Esta exigencia que se suprime, en gran medida obedeció a la limitada aplicación de esta norma por no haber sido reglamentada. Además, hay que tener en cuenta que sigue rigiendo lo dispuesto por la Ley 26.413/2008, de 10 de septiembre, que regula el funcionamiento del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (BO, 6.10.2008), en cuyo art. 33 establece los requisitos que debe reunir el certificado médico²⁶.

En segundo término, se prevé el supuesto de un nacimiento ocurrido fuera de un establecimiento médico, remitiendo a las "disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro de estado civil y capacidad de las personas" (art. 565), garantizándose así una rápida inscripción. Respecto a este caso, la Ley 26.413 dispone que estos nacimientos se acreditarán con el certificado médico emitido por un establecimiento público con determinación de edad presunta y sexo, un certificado médico del estado puerperal de la madre, y la declaración de dos testigos que prueben el lugar de nacimiento, el estado de gravidez y el haber visto con vida al recién nacido (art. 32, inc. c). Corresponde destacar que mientras la Ley 26.413 hace alusión a la inscripción de nacimiento; el

²⁵ La Ley 24.540 incorpora al texto del art. 242 CC la exigencia de la "ficha de identificación del recién nacido".

²⁶ Art. 33 Ley 26.413: "A los efectos de completar la identificación descripta en el artículo anterior las direcciones generales deben implementar un formulario, prenumerado, denominado 'Certificado médico de nacimiento' en el que constará: a) de la madre: nombre, apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impresión dígito pulgar derecha; b) del recién nacido: nombre con el que se lo inscribirá, sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantar derecha si el nacimiento ha sido con vida; c) tipo de parto: simple, doble o múltiple; d) nombre, apellido, documento y domicilio del declarante; e) marginalmente se consignará el número de documento nacional de identidad del inscripto".

Proyecto refiere a la inscripción de la maternidad. La integración de ambas normas se logrará con la prueba de la relación biológica en el marco de un proceso judicial, puesto que el art. 571 que trata las formas de reconocimiento, no comprende lo dispuesto en el último párrafo del art. 248 CC vigente, según el cual se extiende a la madre la posibilidad de reconocer un hijo cuando no se hubiera inscripto el nacimiento con el certificado médico [FAMA (2012, p. 424)].

Lo expuesto resulta de aplicación para la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA, con la única salvedad de la gestación por sustitución que dependerá exclusivamente de la voluntad procreacional.

3.6. Determinación de la filiación matrimonial

El Capítulo 4 del Título V “Filiación”, se titula “Determinación de la filiación matrimonial”, desplazando la terminología contenida en el CC vigente que alude sólo a la “determinación de la paternidad matrimonial”. El esquema anterior se corresponde con la tendencia de una época ya pasada que puede relacionarse con el planteo vertido en la doctrina comparada: ¿Quién es el hombre con mayores probabilidades de ser el padre biológico? Aquél que tuvo relaciones sexuales con la madre. ¿Y quién es el que mayores probabilidades tiene de haberlas tenido? El marido de la madre [SHULTZ (1990, p. 317)]. En cambio, en el presente, con la adecuación de las normas que forman parte del régimen de la filiación con la dimensión que actualmente tiene el complejo personal del matrimonio en el Derecho argentino al comprender el matrimonio entre personas de igual y distinto sexo, se debilitan estas afirmaciones que tanta fuerza tuvieron.

En este marco, el artículo 566 establece: “Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la 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 del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre (...)”.

En este enunciado corresponde destacar dos aportes:

a) Definir con mayor claridad la extensión de la presunción en relación con el enunciado del art. 243 CC vigente, quedando comprendidas todas las variables en una fórmula única: la presunción de filiación matrimonial se extiende desde la celebración del matrimonio hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, separación de hecho, muerte.

De esta forma, se toma en consideración la recomendación que tiempo atrás se formulara en relación a una redacción posible a considerar en una futura reforma: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a su disolución (fallecimiento), interposición de la demanda de divorcio, separación personal, nulidad de matrimonio o separación de hecho de los esposos” [GROSMAN y MARTINEZ ALCORTA (1996, p. 924)].

b) Extender el funcionamiento de la presunción de filiación matrimonial a toda clase de matrimonio: matrimonio entre personas de distinto sexo y/o matrimonio entre personas de igual sexo.

Con igual criterio se resolvió un caso que se trasladó a la justicia después que entrara en vigencia la Ley 26.618. De los hechos surgía que se trataba de una pareja de mujeres con una convivencia de muchos años y un hijo en común nacido en el año 2005 por medio de una TRHA. Al poco tiempo de aprobarse la LMC 26.618, la pareja se casa el 10 de septiembre de 2010 y el 4 octubre nace el segundo hijo, que se anota con el nombre de ambas, cumpliendo lo dispuesto en el art. 36, inc. c., Ley 26.413 según texto dado por Ley 26.618: “c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad (...)”. Solicitan en el Registro Civil que el primer hijo también cuente con un título de estado que exteriorice el doble vínculo en armonía con el emplazamiento dado al segundo hijo. Frente a la negativa en sede administrativa, promueven un recurso de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con fundamento en la afectación de garantías constitucionales como igualdad de trato y protección de la familia. En su planteo, las mujeres aseguraron que ‘roza lo absurdo’ que sean madres de dos hijos que poseen diferente estatus jurídico y aclararon que ambos fueron concebidos por el mismo método de fertilización asistida, pero que frente al Estado no gozan de los mismos derechos.

La jueza que entiende en la causa, hace lugar a la pretensión: “Corresponde hacer lugar a la acción de amparo intentada por una pareja de mujeres del mismo sexo, que tuvieron un hijo a través de la técnica de fertilización asistida, contra la disposición del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que denegó el pedido de inscripción del reconocimiento del niño por una de ella (...) por cuanto, en el caso de reproducción asistida cuando la técnica utilizada se fundamenta en la aportación de material genético de un tercero –nseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga– el simple juego de la presunción de paternidad del art. 243 Código Civil, hace que el marido sea tenido por padre sin necesidad de expresar consentimiento formal y tal circunstancia debe operar en matrimonios heterosexuales y homosexuales, atento a que la paternidad del marido de la madre que recurre a semen de un tercero donante es tan puramente formal como la de la esposa de la mujer que hace lo mismo (...) si el reconocimiento se entiende como una asunción de paternidad a los efectos legales y sociales, y no como expresión de la asunción de una relación paterno filial por naturaleza, en coherencia con la verdad biológica, no hay inconveniente en admitir como título de atribución de la filiación el consentimiento que una mujer presente al tiempo del sometimiento de su pareja a un tratamiento de reproducción asistida con semen de un donante

asumiendo la maternidad del hijo que nazca (...) La aplicación de reglas propias de la paternidad a la doble maternidad, frente a la ausencia de normas que la regulen, se justifica pues en ambos casos se prescinde de la existencia de un vínculo biológico con el hijo (...)” (Juzgado en lo contencioso-administrativo y tributario, núm. 15, Ciudad Autónoma Buenos Aires, 24.6.2011 [RC J 9159/11]).

Con posterioridad a este pronunciamiento, se dicta el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1006/2012, de 2 de julio, de Inscripción de los hijos de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618 (BO, 3.7.2012), en cuyo art. 1 dice: “Establécese por el término de un año, contado a partir de la publicación del presente decreto y con carácter excepcional, prorrogable por un año más, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de dieciocho años de edad de matrimonios conformados por dos mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley núm. 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el artículo 36, inciso c) de la Ley núm. 26.413, sustituido por el artículo 36 de la citada Ley”.

Por último y en correspondencia con la distinción que corresponde seguir cuando se define un vínculo filial, según nos encontremos en el marco de una filiación por naturaleza o por TRHA, se aclara en la oración última del art. 566 que cuando se trate de la última fuente mencionada, sólo regirá la presunción de filiación matrimonial si él o la cónyuge hubieran prestado su consentimiento informado y aquél se encuentre debidamente inscripto. Lo expuesto permite deducir que la determinación en los supuestos de vínculos filiales que encuentran su origen en las TRHA se compone de dos elementos: presunción legal y voluntad procreacional.

La apertura narrada merece ser vinculada con el criterio seguido en España. En primer término, corresponde señalar que tanto el CC español como el CC catalán, sólo reconocen como fuentes la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. La entrada en vigencia de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, 27.5.2006), no precipitó un cambio legislativo.

Asimismo, la Ley 14/2006 no contiene una norma que con precisión disponga como se determina la maternidad en la filiación por TRHA, si por el consentimiento o por el parto²⁷, aunque sí resulta clara cuando dispone que en los supuestos que se ignore la prohibición legal de la gestación por sustitución, la filiación materna quedará determinada por el parto (art. 10.2). A esto se suma la ausencia de normas en el CC español y/o en el CC catalán destinadas a definir la determinación de vínculos filiales en esta tercera fuente. Sólo, se observa en el CC catalán conforme el texto dado por la

²⁷ Los arts. 3.1, 3.4, 3.5 y 6.1 hacen referencia a la exigencia de que la mujer preste su consentimiento escrito al uso de las TRHA, de manera libre, consciente y expresa, tras haber sido debidamente informada acerca de las condiciones, riesgos y pronósticos de la aplicación. Pero, este consentimiento no define el emplazamiento, sino que se requiere como conformidad a someterse al tratamiento.

Ley 25/2010, de 29 de julio, modificatoria del Libro Segundo del Código Civil relativo a familia y persona (BOE núm. 203, 21.8.2010), una referencia en el art. 235-8 sobre fecundación asistida de la mujer casada: "(...) 1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento (...)". De todas formas esta referencia a las TRHA se inserta en el marco de la filiación por naturaleza que reposa en la verdad biológica.

Además, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, núm. 157, 2.7.2005), no introduce cambios en las normas de la filiación por naturaleza. La extensión de efectos a los matrimonios del mismo sexo (art. 44.2 CC) se limita en la filiación a la consagración de un lenguaje neutro: 1) reemplazo de "padre-madre" por "progenitores" y/o "padres", 2) eliminación de los términos disyuntivos "padre o madre" y/o "paterna o materna" y 3) conservación del término "padres" [ZURITA MARTÍN (2007, p. 32)].

De todas formas, como ocurrió en Argentina con la Ley 26.618, se conservó la redacción de ciertos artículos que contienen diferencias basadas en el sexo. Así mantuvieron su vigencia, entre otros, el art. 108 CC, según el cual la filiación por naturaleza será matrimonial "cuando el padre y la madre están casados entre sí" y el art. 116 que alude a la presunción de paternidad del marido de la madre que alumbró un hijo después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los esposos. En igual sentido, el CC Catalán en su art. 235-5 establece: "1. Se tienen por hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la separación, judicial o de hecho, de los cónyuges o a la declaración de nulidad o a la disolución del matrimonio".

Por su parte, en la Ley 14/2006 también se guarda silencio respecto a los hijos nacidos con el recurso a las TRHA provenientes de un matrimonio de igual sexo. Frente a esto, si bien se aplicaría la regla general de igualdad de efectos, tanto para los matrimonios entre mujeres como entre hombres, se desprenden de la norma otras limitaciones como la prohibición de la maternidad subrogada y considerar sólo a la mujer como usuaria de las TRHA²⁸.

En este contexto, trasciende al ámbito público un caso que precipita la decisión legislativa de superar esta laguna. Se trataba de Antonia M. M. y María Ángeles Z. E., quienes deciden contraer matrimonio al poco tiempo de entrar en vigencia la Ley 13/2005. Con el recurso a las TRHA, la más joven de las dos, María Ángeles, de 30 años, logró quedar embarazada después de varios intentos. A los pocos días del nacimiento de una niña, Antonia, de 40 años, acudió al Registro Civil de Algeciras a inscribirla. Le informan que sólo a través de la adopción podrá asumir la maternidad. Con esta respuesta, decide trasladar su planteo ante el juzgado de Primera Instancia número 4 de Algeciras,

²⁸ Art. 6.1 Ley TRHA.

que comparte las funciones de Registro Civil, presentando un escrito en el que solicitaba ser también emplazada como madre. La conformidad de la juez se tradujo en la inscripción de Antonia como progenitora-B²⁹.

Con este antecedente, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE núm. 65, 16.3.2007), se ocupa de esta cuestión mediante la incorporación de un apartado en el art. 7 de la Ley 14/2006: "(...) 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido".

Esta solución legal fue objeto de críticas, como: a) ubicación de la norma: en lugar de incluirse en el Código Civil o en la legislación registral, se la introduce dentro de una ley que regula una cuestión ajena a la filiación; b) perder la oportunidad de regular en una misma norma el consentimiento de la cónyuge mujer y/o del cónyuge hombre y c) la falta de armonía en la regulación del consentimiento de la cónyuge mujer y/o del cónyuge hombre.

Respecto a la última crítica que se enuncia, se observa una discordancia entre el consentimiento que se le exige al marido, el cual debe prestarse antes para que su cónyuge pueda someterse al tratamiento prescripto, frente a su no exigencia cuando la usuaria está casada con otra mujer, respecto a la cual la ley sólo prevé un permiso que tiene en miras la futura determinación de la filiación del hijo.

Respecto a la distinción precedente, se dijo que en el supuesto del marido de la madre, nos encontramos frente a un "consentimiento complementario" que actúa como condición para que su mujer pueda someterse a un tratamiento de procreación asistida (art. 6.3 LTRHA), teniendo en miras el resguardo de la paz familiar [NANCLARES VALLE (2008, p. 578)].

Con esta solución resulta comprometido tanto el principio de igualdad materializado en la equiparación de los matrimonios entre personas de igual o distinto sexo que proclama la Ley 13/2005, como así también, el interés del hijo. En efecto, con esta solución la filiación matrimonial no podrá ser impugnada en caso de que el cónyuge de su madre sea un hombre, pero podrá incluso no tener otra filiación más que la materna si la cónyuge de su madre decide no ejercitar la opción legal. En este último supuesto, se compromete el derecho del hijo de acceder a un emplazamiento que se corresponda con el doble vínculo [DE LORENZI (2011. p. 424)].

²⁹ NANCLARES VALLE (2008).

El tratamiento diferente que se describe impacta en la determinación del vínculo filial. Mientras que el consentimiento que la cónyuge de la madre puede prestar ante el Encargado del Registro Civil, tendrá como efecto la determinación de la filiación de la persona nacida por la TRHA; el emplazamiento del marido de la madre surge de la inscripción del nacimiento que deriva del juego de la presunción de paternidad matrimonial, actuando el consentimiento prestado en la clínica como expresión de la voluntad procreacional que restringe la vía impugnatoria con posterioridad al nacimiento.

Trasladando la atención a Cataluña, corresponde señalar que la Ley 25/2010 introduce el consentimiento informado como elemento que define el vínculo filial en los supuestos de TRHA. En esta línea, el art. 235-3 que refiere a la determinación de la filiación, precisa: La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre. Igual criterio se sigue cuando se ocupa de la fecundación asistida de la mujer (arts. 235-8 y 235-13).

3.7. Determinación de la filiación extramatrimonial

Al igual que en el régimen vigente, resultan de aplicación las mismas reglas para la determinación de la maternidad matrimonial y/o extramatrimonial.

Respecto al otro vínculo, el principio general se enuncia en el art. 570: “La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”. En armonía con todos los cambios y agregados que derivan de la incorporación de las TRHA como fuente de la filiación, se suma como medio de determinación el consentimiento previo, informado y libre.

Respecto a la filiación por naturaleza, el reconocimiento como acto jurídico unilateral sigue siendo el medio que la norma prioriza para la determinación del vínculo filial extramatrimonial. Asimismo, el art. 571 prevé las mismas formas de reconocer dispuestas en el art. 248 CC vigente: a) declaración ante el oficial público del Registro Civil, b) instrumento público o privado debidamente reconocido; y c) testamento.

Como muestra del predominio del elemento volitivo por sobre el elemento biológico, en el art. 571 se refuerza esta idea: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”. Este enunciado encuentra sustento en la ausencia en el

dador de voluntad procreacional, situación que impide que se trasladen respecto a su persona los deberes y derechos propios de la responsabilidad parental.

Sin embargo, cabe destacar que en los casos que se trate de un dador conocido que logra consolidar con la persona nacida por TRHA un vínculo afectivo significativo, tendrá a su alcance la posibilidad de reclamar el establecimiento de un régimen de comunicación si el mismo coadyuva con el mejor interés del nacido. Salirse del estrecho marco del parentesco, permite trasladar al plano jurídico el reconocimiento de vínculos fundados en la socio afectividad que no son más que el reflejo de las distintas formas de vivir en familia.

La efectividad de este derecho que en nada afecta la estabilidad del vínculo filial fundado en el elemento volitivo, se encuentra reconocido en el art. 556 del Proyecto al extender a quienes no se encuentran vinculadas por lazos de parentesco, lo dispuesto en el art. 555 que refiere al derecho de comunicación que tienen los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales respecto a las personas menores, con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas: “Las disposiciones del artículo anterior se aplican a favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo”. Esta apertura guarda armonía con la línea dispuesta en el art. 5³⁰ de la Convención de los Derechos del Niño y en el art. 12³¹ del Decreto 415/2006, de 17 de abril (BO, 18.4.2006), reglamentario de la Ley 26.061.

También corresponde destacar que en materia de reconocimiento se introducen aportes que desde hace tiempo se vienen trabajando en la doctrina, como: a) exigencia de notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal, con el objeto de garantizar que el emplazamiento guarde concordancia con la realidad biológica; b) admisión expresa del reconocimiento del hijo por nacer, el cual quedará sujeto al nacimiento con vida³²; c) pérdida de derechos hereditarios cuando se reconociera al hijo fallecido para quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto

³⁰ Art. 5 Convención Derechos del Niño: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

³¹ Art. 7 Decreto 415/2006: “(...) Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”.

³² Se logra captar la posición esbozada desde hace tiempo por un sector de la doctrina. Véase, entre otros: FAMÁ (2009), GROSMAN (2007, p. 356) y KRASNOW (2007). Entre los países que receptan en sus normas el reconocimiento de la persona por nacer, véase entre otras: Italia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Bolivia, El Salvador y Venezuela.

que haya habido posesión de estado de hijo (art. 573)³³; y d) facultad de reclamar la reparación del daño por ausencia de reconocimiento, trasladando así a la norma el criterio jurisprudencial consolidado desde hace años³⁴.

3.8. Supuestos especiales de filiación por TRHA

Con un criterio que se corresponde con datos de la realidad social, el Proyecto capta dos supuestos especiales de TRHA, pero ajustándolos a una regulación de corte restringido.

a) Gestación por sustitución

Respecto a este supuesto, limitaremos el abordaje a una reseña de los avances legales y judiciales que se han logrado en Argentina en este último tiempo, remitiendo al desarrollo profundo y serio que sobre el tema contiene el trabajo publicado en esta revista, cuya autoría pertenece a Eleonora Lamm³⁵.

Los logros que describiremos en los párrafos que siguen, responden en gran medida, a la presencia de la gestación por sustitución en nuestra realidad social y en la captación de esta realidad en el Proyecto³⁶.

En este contexto, merecen mencionarse dos casos recientes resueltos por la justicia argentina.

³³ Postura sostenida por la doctrina con anterioridad. Véase, entre otros: ZANNONI (1987), MÉNDEZ COSTA *et al.* (2001, p.97) y GROSMAN (2007, p. 360).

³⁴ Primer antecedente que hizo lugar a la reparación del daño moral por ausencia de reconocimiento en la justicia argentina: Cámara Civil y Comercial San Isidro, Sala I, 13.10.1988.

³⁵ LAMM (2012, pp. 1-49).

³⁶ Art. 562 Proyecto: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

El primero en el tiempo reconoce como antecedente una gestación por sustitución en la India. Se trataba de una pareja -la mujer argentina y el hombre español- que contraen matrimonio en la ciudad argentina que recibe el nombre de San Lorenzo, pero fijan su domicilio conyugal en España. Ante la imposibilidad de tener hijos por el camino natural, deciden recurrir a la gestación por sustitución en la India.

Producido el nacimiento de una niña en la India, concurren a la Sección Consular de la Embajada Argentina con sede en Nueva Delhi para inscribirla. Se les informa que no podrán inscribirla en el registro que lleva el Consulado Argentino, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en el país.

Frente a esta situación, la mujer promueve ante la justicia del lugar de celebración del matrimonio una medida urgente tendiente a que se disponga la inscripción. El Juzgado de Familia de San Lorenzo, hizo lugar a la medida y ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto u organismo que corresponda a que en el plazo de tres días hábiles de comunicada la resolución se inscriba a la menor como argentina nativa. Entre los argumentos, merecen ser reseñados los siguientes: “La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...) La actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi (...) ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño. En lo que respecta a la posibilidad de obtener la nacionalidad argentina ‘por opción’, debemos hacer una concreta referencia a los dispuesto por la Ley n° 346 de Ciudadanía y Naturalización y sus normas reglamentarias y complementarias, en el Título I- De los argentinos, establece que son argentinos, inciso 2°: ‘Los hijos de argentinos nativos, que habiendo nacido en país extranjero optaren por la ciudadanía de origen’. El dec. 3213/84, reglamentario de la Ley n° 346 en su art. 2° establece: ‘Cuando se tratase de hijos menores de 18 años de padre o madre argentinos nativos, contemplados en el artículo 1° inciso 2) de la Ley n° 346 y sus modificatorias, que se hallaren en país extranjero, la opción por nacionalidad argentina deberá ser formulada por quien o por quienes ejerzan la patria potestad ante el Cónsul argentino que corresponda, quién procederá a la inscripción del menor (...)’” (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia, San Lorenzo, 2.7.2012 [AR/JUR/62130/2012]).

Pasando al segundo caso, el 18 de junio 2013 se registra en Argentina la primera sentencia judicial que ordena la inscripción de una niña cuyo nacimiento se logra por medio de una gestación por sustitución nacional.

Se trataba de una pareja que había contraído matrimonio en noviembre de 2006. La esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término. En el segundo de ellos que transcurre durante el año 2010, pierde el bebé en época cercana a la fecha probable de parto. Por este episodio, la mujer fue sometida a una intervención de complejidad que comprendió la extirpación del útero. Con este resultado, la pareja decidió inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y, paralelamente, se informaron sobre la gestación por sustitución internacional. Respecto a este último recurso, en principio, lo desecharon por razones económicas.

Una amiga que vivió muy de cerca la situación de este matrimonio, se ofrece voluntariamente y sin retribución a cambio, a llevar un embarazo que sea el resultado de la unión de células germinales de la pareja. Esta mujer estaba separada de hecho desde el año 2001 y tenía dos hijos de 18 y 21 años, quienes al tomar conocimiento de la decisión de la madre deciden apoyarla.

Mientras la mujer gestante se somete a un tratamiento terapéutico, el matrimonio por medio de una fecundación *in vitro* logra un embrión que seguidamente se implanta en el útero de la amiga común. El implante resulta exitoso y así nace una niña el 19 de abril 2012.

En el certificado de nacimiento se deja espacios sin completar, pero en el mismo se deja constancia de los datos que identifican a la gestante.

En este contexto, el matrimonio decide solicitar la inscripción de la niña como hija matrimonial en la justicia.

La juez que entiende en la causa, sustenta su decisión en los argumentos siguientes: a) en la gestación por sustitución el elemento que define el vínculo es la voluntad procreacional, b) la voluntad procreacional puede definirse como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad por su educación y crianza; c) Estas nuevas formas de concebir la familia requieren el reconocimiento de sus derechos filiatorios, d) la existencia de fallos recientes que aun sin contar con una ley que admita el instituto, han dispuesto la inscripción en Argentina de nacimientos acontecidos en el exterior a través del recurso de la gestación por sustitución, ponen de manifiesto que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada merece una respuesta; y e) importancia de que la niña tenga acceso en algún momento de su vida al conocimiento de su realidad gestacional (Sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, núm. 86, 18.6.2013 [La Ley 2013-D-195]).

En relación a los argumentos con base legal, la juez hace mención de la reciente Ley 26.862 en relación a la amplitud de criterio que consagra al reconocer tanto las prácticas homólogas y/o heterólogas de baja y alta complejidad, como así también, hace referencia al Proyecto de Reforma que recepta la gestación por sustitución dentro de un marco que se corresponde con el caso que llega a su conocimiento.

De conformidad a los argumentos expuestos, la juez dispone que se proceda a la inscripción de la niña como hija del matrimonio y en adhesión a lo solicitado por la Fiscal, impone a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional.

Tras la reseña de los dos casos seleccionados, puede observarse como a través del dictado de una norma individual como lo es la sentencia judicial, se traslada al Derecho una práctica existente en los hechos. Pero, este resultado tiene un alcance limitado, puesto que la norma sólo comprende a las partes del proceso judicial.

Quizá estos logros parciales que se suman al avance legislativo que representa la Ley 26.862 y la inserción en un sector importante de la comunidad jurídica de los términos del Proyecto, contribuyan para que en un futuro cercano la gestación por sustitución cuente con un reconocimiento de alcance general, para así brindar protección a quienes ya recurrieron a este procedimiento y los que en el futuro opten por seguir igual camino.

En este contexto, cuando finalmente se cuente con un nuevo Código Civil y Comercial, surgirá el compromiso de impulsar el dictado de una ley especial de TRHA que en armonía con lo dispuesto en la norma civil de fondo, comprenda en sus enunciados y con los límites que resulten necesarios la maternidad y/o gestación por sustitución.

b) Filiación *post mortem*

En cuanto a la fecundación *post mortem*, el proyecto establece como regla la inexistencia de vínculo filial, al decir: “En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento (...)” (art. 563). Esta regla admite dos excepciones que deben presentarse conjuntamente: a) la persona manifieste su conformidad en el documento de consentimiento informado o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; y b) La concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Con la norma que se proyecta quedaría resuelto el debate doctrinario que parte de dos preguntas: el consentimiento prestado en vida para un tratamiento de fecundación asistida, ¿tiene vigencia para realizar la práctica con posterioridad a la muerte? ¿es necesario que el consentimiento refiera concretamente a la autorización del causante expresada en vida de que su material genético sea utilizado después de su muerte?

Desde una posición que rescata el elemento volitivo, se resaltó la importancia del consentimiento informado expresado en vida por el causante. Por tanto, en el supuesto de que no se pudiera contar con su conformidad para la realización de la práctica médica después de su muerte, la filiación del hijo podrá ser acreditada con el documento de consentimiento informado que autoriza la crioconservación de su material genético a lo que debiera sumarse la prueba biológica para confirmar la existencia de nexo biológico [LOYARTE *et al.* (1995, p. 300)].

En la misma dirección, se sostuvo que el consentimiento expresado por el causante en vida para que su material genético sea utilizado después de su muerte, es imprescindible. Este autor entiende que si la fecundación *post mortem* se concreta sin contar con consentimiento *ad hoc* del marido fallecido, corresponde calificar esa fecundación atendiendo a que fue realizada por exclusiva decisión de la viuda, por su cuenta y riesgo. En consecuencia, el hijo no podría ser emplazado como hijo matrimonial del marido y quedaría sólo vinculado a la madre al ser ella sola quien decidiera que el hijo naciera [RIVERO HERNÁNDEZ (1987, p. 896)].

Desde una postura más amplia, se dijo que en la inseminación *post mortem* la manifestación del consentimiento del marido será *ex ante actu*, es decir, anticipándose a la inseminación artificial. En consecuencia, entiende que puede prescindirse de la actualidad del consentimiento en el momento que la práctica médica se ejecute [HIDALGO (1993, p. 152)].

El criterio seguido en la norma proyectada guarda armonía con lo que se establece en las disposiciones generales: el consentimiento debe renovarse en cada oportunidad en que se proceda al empleo de gametos o embriones. En estos supuestos, como con la muerte de la persona resulta imposible renovar el consentimiento, sólo nacerá el vínculo filial si el causante en vida manifestara su voluntad de que los embriones fecundados con sus gametos sean transferidos a su pareja después de su muerte. Respecto al tiempo límite para el implante guarda armonía con los plazos de vigencia de la presunción de filiación matrimonial y el plazo máximo de duración del embarazo. Además, esta solución se relaciona con lo dispuesto en el art. 19 del Proyecto cuando refiere al comienzo de la existencia de la persona en las TRHA: hasta que no se concrete el implante no hay persona.

4. Conclusiones

Como se planteó al inicio de este trabajo, se buscó trasladar al texto una descripción de los cambios y aportes que contiene el Proyecto en el instituto de la filiación.

Después de una breve introducción donde se busca contextualizar el Proyecto en el marco de una visión constitucionalizada del Derecho Privado en el presente, se destina un espacio para el análisis de la filiación y sus fuentes en el Derecho vigente, con el objeto de reflejar las carencias normativas y axiológicas frente a las transformaciones sociales que se fueron sucediendo y que precipitaron una marcada distancia entre norma y realidad.

Así, pudo destinarse la atención al estudio del régimen de filiación que se propone instalar, donde se percibe un claro acercamiento entre norma y realidad. Para definir si la norma proyectada logra vencer las carencias que el régimen presenta, se partió de la definición del alcance e impacto de los principios estructurales del Proyecto en el instituto de la filiación, pudiendo confirmar que los valores y principios constitucionales que actúan como basamento de todo el régimen, también se encuentran insertos en el Título V del Libro Segundo “Filiación”. Tener en claro el espíritu de las normas propuestas, contribuyó para emprender un análisis de los cambios y aportes que introduce. Siguiendo un orden lógico, se inició el análisis con las disposiciones generales para luego ingresar en los aspectos particulares que comprende tanto a la filiación por naturaleza como a la filiación por TRHA: determinación de la maternidad, determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, supuestos especiales que se trasladan a la norma, como la gestación por sustitución y la filiación *post mortem*.

Tras el estudio realizado, se está en condiciones de afirmar que el Proyecto logra captar y superar las lagunas del instituto en el presente, a través de enunciados que al comprender en su espíritu los valores y principios constitucionales, logran preservar el fin que persigue el instituto: la protección de la persona del hijo y sus derechos, desde una visión que exige establecer la diferencia y al mismo tiempo la vinculación entre el derecho a la identidad y el derecho a la filiación.

En suma, desde una mirada comprensiva de todo el Proyecto se concluye que las puertas están abiertas para que la Argentina pueda contar en un futuro muy cercano con un nuevo ordenamiento civil y comercial destinado a la protección de la persona en su unicidad y en su relación con los demás.

5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Cámara Nacional de Apelaciones</i>		
<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Civil, Sala J, 13.9.2011	La Ley 2011-E-435	Martha del R. Mattered y Beatriz A. Verón

<i>Juzgado Nacional de Primera Instancia</i>		
<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Núm. 86, 18.6.2013	La Ley 2013-D-195	María Bacigalupo de Girard

<i>Juzgado de Primera Instancia Distrito Familia, San Lorenzo</i>		
<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
2.7.2012	AR/JUR/62130/2012	Marcelo Escola

<i>Juzgado en lo Contencioso-Administrativo y Tributario</i>		
<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Núm. 15 CABA, 24.6.2011	RC J 9159/11	Gabriela Seijas

6. Bibliografía

Jorge O. AZPIRI (2001), *Juicios de filiación y patria potestad*, Hammurabi, Buenos Aires.

---(2012), "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, núm. 7, pp. 212-215.

Beatriz BÍSCARO y Silvia GARCÍA DE GHIGLINO (1990), *Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Astrea, Buenos Aires.

Silvana M. CHIAPERO (2012), *Maternidad subrogada*, Astrea, Buenos Aires.

Miguel Ángel CIURO CALDANI (2011), *Estrategia jurídica*, UNR Editora, Rosario-Argentina.

Mariana DE LORENZI (2010), "La voluntad parental ¿Cuánto vale el sí, quiero para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida", en Nora LLOVERAS y Marisa HERRERA (Dirs.), *El Derecho de familia en Latinoamérica 1*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba-Argentina, pp. 697-761.

María Victoria FAMÁ (2009), *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires.

---(2011), “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *La Ley* 2011-C-1204, pp. 60 y ss.

---(2012), “Filiación”, en Julio César RIVERA (Dir.) y Graciela MEDINA (Coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 419-440.

---(2012a), “La filiación por naturaleza en el Anteproyecto de Código Civil”, *Jurisprudencia Argentina. Número especial: El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, 2012-II, pp. 57-68.

Esther FARNÓS AMORÓS (2007), “De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, *InDret* 1/2007 (www.indret.es).

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO (1992), *Derecho de la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires.

Andrés GIL DOMÍNGUEZ, María Victoria FAMÁ y Marisa HERRERA (2010), *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires.

Cecilia P. GROSMAN (2007), “De la filiación”, en Alberto J. BUERES (Dir.) y Elena I. HIGHTON (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 3ª ed., T. 1-B, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, pp. 1161 y ss.

Soraya N. R. HIDALGO (1992), *Los derechos sucesorios del hijo póstumo*, *El Derecho* 152-836.

Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA y Eleonora LAMM (2012), “Regulación de la gestación por sustitución”, *La Ley* 2012-E-960.

---(2012), “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho Privado, Infojus*, núm. 1, pp. 3-45.

Adriana N. KRASNOW (2006), *La filiación*, La Ley, Buenos Aires.

---(2007), “El derecho a la identidad en la procreación humana asistida”, *La Ley* 2007-F-1224.

---(2007a), “La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza”, *La Ley Litoral* 2007-834.

---(2007b), "El reconocimiento del hijo por nacer. Un silencio normativo que habilita su admisión", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 36, pp. 85-94.

---(2008), "Una solución que responde al mejor interés del niño", *La Ley* 2008-B-638.

---(2008a), "La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la realidad de origen sin impactar en el vínculo filial", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 39, pp. 45-58.

---(2009), "La filiación y sus fuentes en el Derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asistida", *Actualidad Jurídica de Córdoba*, Vol. 57, pp. 6205-6218.

---(2011), "Cuando la respuesta judicial no se corresponde con la voluntad parental", *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, núm. 11, pp. 219-229.

---(2012), "La filiación en el hoy y en el mañana", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 56, pp. 155-170.

Adriana N. KRASNOW, Mariana IGLESIAS y Mariana DE LORENZI (2011), *Matrimonio entre personas de igual sexo. Un análisis desde el Derecho de familia y sucesorio*, Editorial La Ley, Buenos Aires.

Eleonora LAMM (2012), "Gestación por sustitución. Realidad y derecho", *InDret* 3/2012, pp. 1-49 (www.indret.es).

---(2012a), "Gestación por sustitución. Una realidad y una necesidad jurídica", en Nora LLOVERAS y Marisa HERRERA (Dir.), *El Derecho de familia en Latinoamérica 2. La familia y los desafíos sociales*, Vol. 2, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, pp. 1167-1184.

---(2012b), "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil", *Jurisprudencia Argentina. Número especial: El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, 2012-II, pp. 68-83.

Nora LLOVERAS (1986), *Patria Potestad y Filiación*, Depalma, Buenos Aires.

Nora LLOVERAS, Fabián FARAONI y Olga ORLANDI (2010), *El matrimonio civil argentino. Análisis de la ley 26.618/2010*, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba.

José Francisco LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS (2005), "La Reforma Matrimonial (I): El matrimonio de personas del mismo sexo (Comentario a la Ley 13/2005, de 1 de julio)", *Repertorio de Jurisprudencia* (www.westlaw.es).

Dolores LOYARTE y Adriana ROTONDA (1995), *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Depalma, Buenos Aires.

Graciela MEDINA Y ERADES (1990), "Maternidad por otro. Alquiler de úteros", *Jurisprudencia Argentina* 1990-II-714.

María Josefa MÉNDEZ COSTA (1986), *La filiación*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

María Josefa MÉNDEZ COSTA, Daniel H. D'ANTONIO y Francisco A. M. FERRER (2008), *Derecho de Familia*, T. III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

Graciela N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ (1998), *Bioderecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Mauricio L. MIZRAHI (2012), "Observaciones al Proyecto en materia de filiación", *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, núm. 6, pp. 124-128.

Javier NANCLARES VALLE (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Aranzadi Civil*, núm. 7 (www.aranzadi.es).

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (1987), "La fecundación artificial post mortem", *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 86, núm. 4, pp. 871-904.

Fausta SEIA (2010), *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Jovene Editore, Italia.

Marjorie M. SHULTZ (1990), "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", *Wisconsin Law Review*, núm. 2, pp. 297-398.

Gema TOMÁS MARTÍNEZ (2010), "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", *Actualidad Civil*, núm. 7 (www.aranzadi.es).

Jaime VIDAL MARTÍNEZ (1998), *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas, Madrid.

Adriana M. WAGMAISTER (1990), "Maternidad subrogada", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 3, pp. 19-28.

Eduardo A. ZANNONI (1997), "El reconocimiento del hijo como condición de existencia y eficacia de la vocación hereditaria de los padres (arts. 249 y 3296 bis del Código Civil, ley 23.264", *La Ley* 1987-B-865.

Eduardo A. ZANNONI y Gustavo A. BOSSERT (1985), *Régimen de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires.

Isabel ZURITA MARTÍN (2007), "Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno - filiales", en Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ (Coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, pp. 262-335.