

Polverini, Verónica

La voluntad procreativa como causa fuente de filiación

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Polverini, V. (2012). La voluntad procreativa como causa fuente de filiación [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/voluntad-procreativa-causa-fuente-filiacion.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA VOLUNTAD PROCREATIVA COMO CAUSA FUENTE DE FILIACIÓN¹.

VERÓNICA POLVERINI

El nacimiento de Louise Brown en Oldham, el 25 de julio de 1978, abrió el camino a nuevas formas de concebir la vida y los nacimientos. La primera “bebé probeta” ya no pudo ser incluida en los estándares normativos de la época en materia de filiación y, tras más de tres décadas, la Argentina sigue sin dar marco legal a las variadas prácticas de laboratorio para engendrar niños.

Por ello resulta prudente que el legislador nacional se ocupe de normativizar lo que ya es una realidad social, pues muchos niños argentinos nacen diariamente fruto de las llamadas “técnicas de reproducción humana asistida” y merecen, sin distinción alguna, que sus derechos a la vida y a la identidad gocen de igual defensa que los de cualquier otro niño.

El proyectado Título V sobre “Filiación”, del Libro Segundo sobre “Relaciones de Familia”, que reproduce en parte el vigente Título II, Sección Segunda, Libro Primero, del Código Civil, pretende mantener algunas de las bases actuales, incorporar reglas específicas “relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” y amalgamar todo el título con la desaparición de los criterios clásicos de maternidad y paternidad².

La subsistencia de normas pensadas para determinar quién es madre y quién es padre de un niño, utilizadas para establecer dobles maternidades o paternidades, y yuxtapuestas con la preeminencia de la “voluntad procreacional” como fundamento de determinación de los vínculos filiatorios en algunos supuestos, parece no solo un entramado complejo sino de difícil interpretación armónica.

Reaparecen entonces categorías de hijos con derechos diferenciados, que nos recuerdan a aquellas del Derecho Romano que creíamos superadas hace tiempo. Ya no son los *liberijusti* (hijos legítimos o justos) y los *spurii* o *vulgo concepti* (concebidos del vulgo), sino los nacidos “por naturaleza” y “por técnicas de reproducción humana asistida”, quedando los segundos sujetos a las voluntades y consentimientos adultos para ser titulares de derechos.

“¿Quieres que esto se repita una e innumerables veces?”, pregunta Nietzsche en *La gaya ciencia*, y ante nosotros parece realizarse aquello que los filósofos han llamado el eterno retorno. Bajo nuevas formas volvemos a distinguir los derechos de nuestros hijos y desandamos el largo camino recorrido hacia la igualdad. Olvidamos la jerarquización en categorías tomadas de la tradición romano-hispánica (hijos legítimos, naturales, y adulterinos, incestuosos o sacrílegos), las tímidas morigeraciones en aspectos hereditarios y de alimentos que hizo el mismo Vélez, y los avances legislativos de 1954 y 1985.

1. Por Verónica Polverini, de su artículo publicado en EDFA del mes de mayo de 2012.

2. Esta cuestión ha sido tratada en el artículo de Jorge Nicolás Lafferrere, *Visión crítica del Proyecto de reforma del Código Civil sobre filiación*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, enero-febrero 2012, año IV, n° 1, págs. 43/47.

Pero más grave aún es el olvido de los pasos dados con la incorporación de normas constitucionales que impiden cualquier tipo de discriminación entre los hijos: el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el art. 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica (1969) y, con total claridad, el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Sentado lo dicho, y bajo estas premisas, intentaremos analizar los artículos proyectados, su impacto sobre el derecho vigente y su constitucionalidad. En artículo separado de este mismo número serán analizadas las acciones de filiación, por lo que centraremos el análisis en los primeros capítulos del título.

A) Capítulo 1: Disposiciones generales (actual Capítulo I de igual título)

Tres “fuentes” de la filiación

El art. 558 del proyecto, que encabeza el Capítulo 1 sobre “Disposiciones generales” en sustitución del actual art. 240, introduce un concepto novedoso, no para el derecho en general, pero sí para regular la filiación: el de “fuentes”.

La definición de fuente como “principio, fundamento u origen de algo” (octava acepción en el diccionario de la RAE), habitualmente usada en el derecho, difiere de la expresión “tener lugar por”, que es la del texto vigente y que se mantiene en el cuerpo del proyecto aunque con la singular adenda del título.

La locución verbal “tener lugar” se refiere a “ocurrir, suceder, efectuarse” (RAE) y no estrictamente a “fuente”. Pareciera que, pese a mantenerse la enunciación de igualdad en los efectos de todo tipo de filiación, la idea de “origen” pasara a cobrar un lugar determinante para la titularidad de algunos derechos, lo que así se corrobora en la lectura de las subsiguientes normas proyectadas.

Si bien la redacción del artículo es casi idéntica a su precedente en vigor, agrega, como ya señalamos, el título “fuentes de la filiación”, e intercala “mediante técnicas de reproducción asistida”.

Recordemos el texto del art. 240: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

Veamos ahora el proyecto: “Fuentes de la filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida pueden ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

Máximo de dos vínculos filiales

Quizás el añadido más destacable sea el párrafo final del art. 558, que establece que “Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Es decir que, según la normativa proyectada, un niño puede tener una madre y un padre, dos madres, o dos padres, pero no más. Quizás no se haya advertido que en los casos de adopción simple, figura que se mantiene en el proyecto, pueden existir hasta cuatro vínculos filiatorios.

Es interesante el análisis de esta norma en relación con el ejercicio de acciones de filiación, pues pareciera abrirse la posibilidad de que el desplazamiento de una madre permita el emplazamiento de un padre, y viceversa.

Certificado de nacimiento

Bajo el número 559 se establece la obligación del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de expedir únicamente “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”.

Se reproduce así, con acierto, el criterio sentado por art. 241 del cód. civil.

B) Capítulo 2: Reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (incorporado por el proyecto)*Voluntad procreacional*

Este capítulo, verdadera novedad intercalada en el orden del articulado vigente, regula la filiación que no es llamada “por naturaleza” ni por “adopción”, y que involucra el uso de prácticas científicas desarrolladas para asistir la reproducción humana.

En el sistema actual, las formas de determinación de la filiación que tiene lugar “por naturaleza”, sea matrimonial o extramatrimonial, y las presunciones vigentes, descansan sobre el sustrato biológico: un niño es hijo de la madre que lo pare y del padre que lo ha engendrado en matrimonio, de aquel que lo reconoce como tal fuera de él, o de aquel cuya paternidad es probada en juicio. En todos los casos, las personas establecidas como progenitores son realmente quienes han procreado –o al menos existe la posibilidad fáctica de que “por naturaleza” así haya sucedido–. Se limita la voluntad de los adultos a la participación en el acto reproductivo que desencadena el proceso de gestación del hijo y este siempre tiene acción para establecer su verdadera identidad, sea que la filiación no haya quedado establecida o que haya habido falsedad en su determinación.

Las proyectadas “reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” introducen un concepto sustancialmente distinto, que coexistiría –en alguna medida– con los estándares vigentes. Debe tenerse presente que la regulación propuesta se reconoce insuficiente, pues el texto en seis oportunidades remite a una “ley especial”, cuyo contenido ignoramos si ha sido previsto por la misma comisión que elaboró el proyecto.

La voluntad de los adultos, y no la identidad de los niños, pasa a ser el eje para determinar maternidades y paternidades bajo la forma de un consentimiento informado que debe ser protocolizado ante escribano público, y que además resulta revocable.

Así lo establece el art. 560 del proyecto: “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.

El artículo subsiguiente, titulado “voluntad procreacional”, establece que “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 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 los gametos”.

Una primera pregunta asoma cuando pensamos en casos donde, por mero error humano, por falta de notificación del acto revocatorio, y aun por ardides o engaños, la concepción intrauterina asistida o la transferencia o implantación del embrión cuando se lo ha creado fuera del útero, se producen luego de que el consentimiento informado del no gestante haya sido revocado tras su otorgamiento. ¿Tiene el hijo derecho a reclamar esa filiación? Y si no es esa, ¿puede exigir la de quien ha

aportado los gametos? ¿Y si quien aportó los gametos es la misma persona que *a posteriori* revocó su consentimiento?

Pareciera ser, a tenor de los capítulos del proyecto referidos a acciones de filiación, que la respuesta a los anteriores interrogantes es triplemente negativa. Si, en un caso extremo, la madre de ese niño muriera en el parto, a diferencia del nacido sin uso de esas técnicas, no habría otro progenitor a quien reclamar su estado de hijo. Tendríamos entonces un regreso a la discriminación de niños que por su origen estaban impedidos de reclamar su filiación.

Recuerda esto a la injusta situación de los durante siglos llamados hijos “adulterinos”, “incestuosos” o “sacrílegos”, que carecían del derecho a exigir su filiación por la ilicitud de las circunstancias de la concepción que habían protagonizado sus padres. Este retorno a que los hijos soporten con la merma de sus derechos la consecuencia de los actos de los padres no parece un avance en el devenir de la ley hacia un ideal de justicia.

Gestación por sustitución

Otra novedad es la incorporación de la “gestación por sustitución”, comúnmente llamada “maternidad subrogada”, en el art. 562. En estos supuestos cae el viejo aforismo romano “*mater... quia semper certa est*”³, pues madre y padre, o madres y padres, pasan a ser –según el proyecto– los “comitentes”, es decir los que dan a otro una “comisión mercantil” o “ceden sus funciones a otra persona, poniendo a su cargo y cuidado algún negocio”, a tenor de las acepciones actuales de la RAE.

En este caso, sería comisionado o encargado –entiendo que sin sentido comercial– nada menos que el proceso de gestación de un niño, a una mujer que da a luz sin ser madre. Incluso es posible que solo se establezca la filiación respecto de uno o dos padres, y no tendría posibilidad el hijo de accionar para obtener el emplazamiento filial materno. Aparece así, inauditamente, el caso de hijos sin madre.

Como en el supuesto anterior, se exige el “consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución” pero con el recaudo de homologación judicial previa a la transferencia embrionaria. Esta homologación solo será procedente si se observan los siguientes recaudos establecidos en el proyecto:

- 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 (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

La coexistencia de los requisitos impuestos en los puntos f) y g) pareciera tener por finalidad evitar el carácter comercial del contrato. Sabemos que controlar la existencia de pago, muchas veces encubierto, y aun la existencia de habitualidad en los actos, pues no se prevé registro público de la identidad de la gestante, es en la práctica casi imposible.

Sigue sin resolverse el interrogante ya planteado de “revocación del consentimiento”, que en este caso involucra no solo a los “comitentes” sino también a la gestante. Si es ella quien retrotrae su voluntad durante el embarazo, ¿puede imponérsele la entrega del niño tras el parto? El requisito del punto h) no alcanza para enervar esta posibilidad, ni la resuelve.

3. Paulo (D.2.4.5).

En cambio, se regula especialmente el supuesto de falta de autorización judicial previa, en el que el vínculo se determinaría “por las reglas de la filiación por naturaleza”: sería madre la parturienta más allá del aporte del óvulo por otra mujer, mientras queda un velo de duda sobre la paternidad, que no se regiría por el principio de la “voluntad procreacional”, establecido en general para las técnicas de reproducción asistida, sino por el aporte genético masculino. Pero ello choca con otras normas (arts. 575 y 577) que disponen la inadmisibilidad del ejercicio de acción de filiación justamente contra quien haya aportado los gametos. ¿Querrá esto decir que el niño pierde el derecho constitucional que le asiste a tenor del art. 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño?

Si esta norma de “inadmisibilidad de la demanda” se reputara válida, para lo cual debería pasar por un tamiz de constitucionalidad, una vez más la ley inhibiría a un niño, cuya maternidad quedaría probada por el parto, de buscar su identidad en cualquier otro reclamo filiatorio.

Filiación posmortem

En un orden no del todo claro, el art. 563 retoma la regulación general en materia de técnicas de reproducción humana asistidas en las que la mujer que pare es la madre, es decir, no hay “gestación por sustitución”. Este artículo dispone que “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”.

Solo se establecen dos excepciones en las cuales quedaría establecida la segunda filiación:

1. la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que sus gametos o embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.
2. la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Como consecuencia de esta norma, y de las posibilidades científicas de que un niño sea engendrado tiempo después de la muerte de su progenitor, se reitera la limitación para el hijo con filiación materna que no podría accionar reclamando la segunda filiación. Ello, en cambio, no sucede cuando la filiación es establecida “por naturaleza”, pues el hijo puede entablar la acción contra los herederos del progenitor fallecido en todo tiempo.

Por otra parte, advertimos que nada se dice sobre la muerte de uno o ambos “comitentes” en la gestación por sustitución. Paradójicamente, en un proceso en que intervienen dos, tres y aun cuatro voluntades adultas en el acto procreacional, el hijo no tendría por madre a quien lo pare, jamás conocería a los sindicados como padres por contrato, y tampoco podría accionar reclamando su filiación respecto de quien haya efectuado el aporte genético.

Derecho a la información

Finalmente, el art. 564 del capítulo 2 establece el “derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida”. Este derecho, que reconocemos importante en sí mismo, no puede sustituir, como paliativo, el derecho a la identidad y al reconocimiento del estado de hijo del que debe gozar todo niño.

Dice el proyecto: “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”.

Y a continuación establece que la revelación de la identidad del donante solo procede “por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local” y la información relativa a datos médicos del donante puede obtenerse del centro de salud interviniente “cuando hay riesgo para la salud”.

Difícil es saber si los criterios dominantes juzgarán razones debidamente fundadas, la búsqueda de hermanos, abuelos u otros parientes o, en definitiva, el conocimiento del propio origen, derecho que siempre está abierto para los hijos nacidos “por naturaleza” y aun en los casos de filiación establecida “por adopción”.

Nada se dice respecto del acceso a la información sobre la identidad de la mujer que lleva adelante el embarazo en el caso de maternidad subrogada, cuestión de evidente interés para el hijo.

C) Capítulo 3: Determinación de la maternidad

El principio de establecimiento de la maternidad por “la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”, incorporado por el art. 242 del cód. civil en la reforma de 1985, es mantenido en general en el proyecto pero con algunas modificaciones.

En primer lugar, a tenor del proyectado art. 565, esta forma de determinación solo regiría “en la filiación por naturaleza”.

El certificado para realizar la inscripción no es solamente “del médico u obstétrica que haya atendido el parto” sino que también puede ser del “agente de salud si correspondiere”.

Además se elimina la referencia a la vigencia del principio “aun sin reconocimiento expreso”, pues este ya no es previsto como posible forma de determinación de la maternidad.

En caso de parto ocurrido sin atención sanitaria, el proyecto directamente remite “a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas”. Esta técnica de remisión a normas locales de inferior jerarquía no parece adecuada para un Código Civil, pues debe ser este el que imponga las soluciones de fondo que cada provincia reglamentará en sus registros civiles, y no a la inversa. La opción legislativa de “ley en blanco” no es adecuada en materia tan sensible, íntimamente relacionada con el art. 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Finalmente, el requisito de notificación de la inscripción a la madre se exceptúa si ella es quien lo solicita o si quien denuncia el nacimiento es su cónyuge.

D) Determinación de la filiación matrimonial

Presunción de filiación matrimonial

El Código Civil vigente establece la unicidad en las formas de determinación de la maternidad, sea el hijo matrimonial o extramatrimonial. De este modo, probado el parto o efectuado el reconocimiento materno, solo resta determinar la paternidad, para lo cual sí rigen distinciones según exista o no matrimonio.

En el proyecto, a la par que varían las formas de establecer quién es madre, desaparece el binomio madre-padre y por lo tanto, establecida la maternidad, la otra filiación puede ser de varón o mujer.

Lo que llama la atención es que se mantengan presunciones fundadas en este binomio, es decir en la posibilidad de que “por naturaleza” la concepción se haya producido con la participación de los progenitores presuntos.

El art. 243 actual, que sienta la presunción de paternidad del marido respecto de los hijos nacidos “después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos”, es reemplazado en el proyecto por el

art. 566, referido no ya a la presunción de paternidad sino a la de “filiación”. Según el nuevo artículo, determinada la maternidad de un niño, se presume la paternidad del marido o, en caso de matrimonio de dos mujeres, una segunda maternidad de la esposa de la parturienta.

Es curioso, entonces, que en la ampliación de la presunción a los hijos “del o la cónyuge”, continúe rigiendo el plazo de trescientos días “posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento”. En efecto, este plazo se vincula a la duración máxima de un embarazo. Recordemos que la presunción de paternidad matrimonial –traída del Derecho Romano y basada en datos médicos de Hipócrates– siempre fue *iuris tantum*, de modo que desde aquellos tiempos se admitió prueba en contrario cuando por ausencia o enfermedad del marido hubiese sido imposible la cohabitación en la época de la concepción.

Ante la imposibilidad fáctica de dos mujeres de concebir, carece de real sentido que estos plazos rijan porque en nada influye la existencia o no de cohabitación. Pareciera que en todo caso lo que se presume es la “voluntad procreacional” del cónyuge dentro del matrimonio y no la filiación en sí misma. Máxime si tenemos en cuenta que esta norma se aplica a los supuestos de nacimientos “por naturaleza”, donde necesariamente interviene un varón. Por lo tanto, la vigencia de la presunción “excepto prueba en contrario”, que también se mantiene en el proyecto, no cuadra en el caso de matrimonio de dos mujeres donde siempre existe esa prueba por la identidad misma de las cónyuges.

Pensemos en eventuales acciones de “impugnación de la filiación presumida por ley” –el proyecto da legitimación al hijo y legitima a terceros que invoquen interés legítimo (art. 593)– que prosperarían siempre en caso de matrimonios de dos mujeres, pues nunca en la filiación “por naturaleza” puede existir nexo biológico respecto de ambas.

Como ya advertimos, el proyecto no permite esta acción –y tampoco otras– al hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, puesto que su estado de familia depende de voluntades y consentimientos adultos. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la presunción del art. 566 rige siempre que él o la cónyuge haya prestado el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título. En este supuesto, la presunción del artículo 566 “no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”.

También es curioso que la presunción deje de regir cuando no existió consentimiento informado del marido o la esposa para la práctica científica, aunque el nacimiento se produzca dentro del matrimonio, e incluso si el marido fue quien aportó los gametos. Y por lo contrario, que la misma presunción continúe vigente en caso de evidente adulterio, como sería un embarazo en el marco del matrimonio de dos mujeres cuando no existió consentimiento de la cónyuge para el acto sexual de su pareja con un tercero.

Separación de hecho

En el art. 567 proyectado se mantiene la previsión del art. 245 que dispone la inscripción del nacido como hijo de los cónyuges –aun en caso de separación– si concurre el consentimiento de ambos.

La norma se extiende a los supuestos de uso de técnicas de reproducción humana asistida, en cuyo caso, “y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre”.

Matrimonios sucesivos

Esta situación es normada por el art. 568, que sostiene iguales lineamientos que los del art. 244 vigente.

En caso de matrimonios sucesivos de la “mujer que da a luz (ya no dice madre) se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial (ya no dice padre) con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge (ya no dice marido)”.

Otra vez se mantienen plazos vinculados a las presuntas duraciones mínimas y máximas de un embarazo, y se reitera que “estas presunciones admiten prueba en contrario”. No queda claro a qué tipo de prueba puede referirse en caso de matrimonio de dos mujeres, donde en supuestos de filiación “por naturaleza” evidentemente no puede existir vínculo biológico entre el niño y la esposa de la madre.

Prueba de la filiación matrimonial

Se mantienen las dos formas de determinación legal de la filiación matrimonial previstas por el art. 246 (por inscripción del nacimiento con prueba del matrimonio y por sentencia firme en juicio), y se añade en el art. 569 del proyecto una tercera variante: “por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas” para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida.

E) Determinación de la filiación extramatrimonial

Principio general

En los casos de hijos extramatrimoniales, el art. 570 agrega a la determinación por reconocimiento o por sentencia en juicio de filiación (art. 147, cód. civil), la que nace del “consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida” que pueden otorgar hombre o mujer.

Vuelve a eliminarse la referencia a “paternidad” para su reemplazo por la expresión genérica de filiación extramatrimonial. Esta amplitud podría llevar a concluir la admisión del reconocimiento del hijo por otra mujer distinta de la parturienta. Si bien este criterio resulta congruente con la vigencia de presunciones de filiación en matrimonios de dos mujeres, parece negado en el artículo siguiente que retoma la figura paterna.

Formas del reconocimiento

Extrañamente, en materia de reconocimiento se pivota sobre la tradicional idea de “paternidad”, lo que parece contradictorio con los lineamientos generales del proyecto y lo sostenido en el artículo anterior que habla de “filiación” en sentido amplio. Sin embargo, por ser esta la norma específica que regula el reconocimiento de hijos, puede interpretarse que este no es admitido para la determinación de la maternidad en ningún caso.

El art. 571 reproduce sin modificaciones las tres posibilidades previstas por el art. 248 del cód. civil: a) declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; y c) disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

Lo que elimina el proyecto es la aplicación de esta norma a la madre “cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el art. 242” (actual art. 248 *in fine*).

Notificación del reconocimiento

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas “debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal”, que en general es la misma madre (art. 572 proyectado).

Caracteres del reconocimiento

Según el art. 573 el reconocimiento sigue siendo “irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo”. Además si se realiza respecto del hijo ya fallecido “no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo”. Esta última excepción es la única diferencia con el art. 249 vigente.

Reconocimiento del hijo por nacer

Se prevé expresamente en este capítulo la posibilidad de reconocimiento del hijo por nacer, “quedando sujeto al nacimiento con vida” (art. 574).

La norma es positiva, puesto que permite solucionar múltiples problemas, incluyendo los de orden asistencial durante el embarazo.

Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre (art. 575). Ese consentimiento debe ser prestado de conformidad con lo dispuesto en una “ley especial”, cuyo contenido, como ya señaláramos, no ha sido difundido.

El artículo proyectado vuelve a dejar en claro que “cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos”, pero establece una excepción “a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”. Aparece entonces un primer supuesto taxativamente regulado en el que existe “derecho a la información” por razón fundada.

Conclusión

Hasta aquí hemos realizado apenas un esbozo de la normativa proyectada en materia de filiación, en contraste con la ley vigente, y con algunas dudas a la luz de los tratados internacionales incorporados por la Constitución Argentina. La profundización del estudio de estas cuestiones y el verdadero debate deben darse en el Congreso Nacional con total amplitud.

Si, como se sostiene en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, este es un “Código para una sociedad multicultural” que pretende “dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar” y que “en ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación *in vitro*”, a la par debe garantizarse que la recepción normativa del hecho social no afecte derechos constitucionales de los niños, entre ellos el derecho a la vida y a la identidad.

La “voluntad procreacional” de los adultos no puede erigirse en una categoría pétrea con derecho a veto de los derechos de los hijos. Todo niño, nacido “por naturaleza” o “por técnicas de reproducción asistida”, dentro del matrimonio o fuera de él, debe gozar de idénticos derechos y garantías.

La penetración del contrato en las relaciones de familia lleva a retrocesos no deseados si no se establecen normas claras, precisas y exentas de efectos discriminatorios.

Con el tiempo nos dimos cuenta de que ni los derechos de los niños ni las responsabilidades de los adultos podían ser truncados o mermados, aun cuando los hijos no fueran “deseados” como

tales. Era el caso de los hijos de hombres casados y de religiosos, entre otros. La historia reconoció la injusta discriminación y equiparó derechos y deberes. No convirtió a los hijos no deseados en queridos, pero les permitió exigir la determinación de su filiación, la fijación de alimentos y su porción hereditaria.

Hoy vemos cómo otra vez asoma la posibilidad de que los derechos de los hijos varíen según los deseos adultos. Y a su vez advertimos, desde la perspectiva de los progenitores, una valoración diferenciada de la voluntad de ser madre o padre según conciban por la vía “natural” o mediante “técnicas de reproducción asistida”.

Sabemos que el equilibrio de los derechos en juego no es fácil, pero la balanza nunca, en ningún caso, puede inclinarse contra los niños, cuyo superior interés hemos jurado defender constitucionalmente.