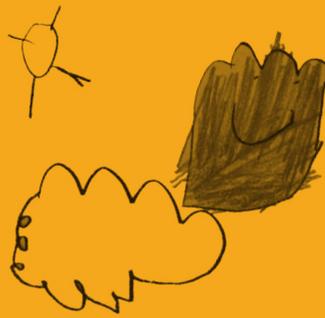


Dos miradas de la voluntad procreacional en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

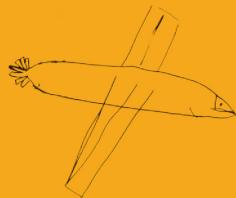
DRA. ADRIANA N. KRASNOW | Investigadora Adjunta CONICET. Doctora en Derecho.
Profesora Asociada Derecho Civil V, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (SF).



myf

206





1. Marco introductorio

El Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante, Cod. Civil y Com.–, introduce cambios y aportes necesarios en el Derecho de familia, los cuales guardan sintonía con el proceso de transformación que se precipita en la Argentina desde la reforma constitucional en el año 1994; momento a partir del cual se introduce una modificación en la estructura del sistema de fuentes interno que armoniza con la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos¹.

En este contexto, especial importancia tiene en el nuevo sistema el tratamiento que se hace del instituto de la filiación, captando todo aquello que se re-



flejaba desde hacía tiempo en la realidad social y que se encontraba ausente en la norma, como la filiación por técnicas de reproducción humana asistida –en adelante, filiación por TRHA–.

En relación al reconocimiento de la filiación por TRHA y la adaptación del régimen de filiación a la extensión del complejo personal del matrimonio, en los Fundamentos de los que en sus inicios fuera el Proyecto de Reforma se expresa: «... Se pretende zanjar los debates doctrinales y jurisprudenciales que se generaron con la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo, introduciendo modificaciones sustanciales a los fines de que el sistema filial esté en plena coincidencia con la nueva concep-



tualización del matrimonio. Por otra parte, y de conformidad con el desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, el Título sobre la filiación recepta su determinación cuando ésta se debe o es consecuencia de ella, asumiéndose que, de conformidad con las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación. En este sentido, la reforma recepta que el derecho filial se encuentra integrado por tres modos o formas de alcanzar la filiación: a) por naturaleza, b) por técnicas de reproducción humana asistida y c) por adopción...».

Atento la apertura descripta, nos proponemos en este trabajo emprender un análisis que permita mostrar la importancia que la voluntad procreacional tiene en la filiación por TRHA, tanto en lo que refiere a su actuación como elemento que define el vínculo filial y en relación al derecho del hijo del acceder a su verdad de origen en los supuestos de fecundación heteróloga.

2. La voluntad procreacional

como elemento que define el vínculo filial en la filiación por TRHA

2.1 Los principios pilares del sistema y su proyección en la filiación

Antes de introducirnos en el desarrollo de los principios propios de la filiación, consideramos oportuno mostrar como los principios que actúan como pilares del sistema también se despliegan en sus fuentes.

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 familia². 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 que se completa en este ámbito con la definición de los vínculos filiales que se originan en el seno de estos tipos de familia.

Este principio, también se visualiza en otras normas que completan lo dispuesto en el Cód. Civil y Com., como la ley 26.862 sobre cobertura de tratamientos de procreación humana asistida.

En este sentido, el artículo 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. Corresponde aclarar que si bien el procedimiento comprendido en el último supuesto enunciado –gestación por sustitución– fue suprimido en la versión que alcanza el estado de Código, no puede soslayarse que es un dato de la realidad y que muchas parejas han logrado tener hijos con el recurso a este procedimiento.

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

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 Cód. Civil y Com., 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...»³.

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 de lo que fuera en sus inicios el Anteproyecto de Reforma: «... 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 extra-matrimoniales; 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...»⁴.

2.2 La filiación y sus principios en el Código Civil y Comercial

En el Cód. Civil anterior según texto ley 23.264, el régimen de la filiación reconocía la concurrencia del principio de igualdad y el principio de respeto por la verdad biológica. Del encuadre de estos principios se desprende que en todos los casos, la determinación del vínculo debía responder 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 quedaban al margen de la norma civil, puesto que la definición del vínculo en esta fuente responde al elemento volitivo y no al biológico.

El Cód. Civil y Com. logra revertir la carencia descripta, conservando el principio de igualdad que se extiende a las tres fuentes de la filiación, pero diferenciando el principio de respeto por la verdad biológica que es propio de la filiación por naturaleza con el principio de voluntad procreacional que pertenece a la filiación por TRHA.

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, hizo necesario 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 procreacional⁵.

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 mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (art. 638, Cód. Civil y Com.).

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 natu-

raleza, 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 particu-

laridades 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; 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 procrea-

ción al ámbito íntimo para trascender al ámbito público.

El encuadre precedente deja en claro que las realidades comprendidas en cada fuente, motivaron un despliegue legislativo que culmina felizmente con la entrada en vigencia del Cód. Civil y Com., el cual permite unir la norma con la realidad.

2.2.1 Principio de igualdad

Respecto al principio de igualdad, el artículo 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 de este principio, 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 artículo 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».

Siguiendo el criterio consagrado en el artículo 252 del Cód. Civil derogado, 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, respecto a la cual un tercero pretende ocupar el lugar de progenitor que fuera otorgado al cónyuge de la madre por el juego de la presunción legal, sólo podrá acceder al reconocimiento de este derecho si previamente logra el desplazamiento de la persona que ocupa el lugar que pretende, tras demostrar el nexo biológico que lo une con quien termina siendo su hijo. Con este objeto, deberá 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 extramatrimonial y/o una manifestación de voluntad a través del reconocimiento.

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, aún cuando, en el proceso reproductivo sea necesario recurrir a una tercera persona o al empleo de material genético de tercero dador.

Refuerza esta regla, el artículo 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, de-*

bidamente 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.

2.2.2 Verdad biológica y voluntad procreacional

Siguiendo el desarrollo que precede, la captación en la norma de la filiación por naturaleza y la filiación por TRHA, hizo necesario una regulación diferenciada que guarde armonía con los principios que sostienen cada fuente.

Mientras que en la filiación por naturaleza este conjunto de deberes dere-

chos 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. Respecto a qué entendemos por voluntad procreacional, de forma simple podemos decir que es el deseo e intención de crear una vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no un hijo. Conforme este encuadre, resulta comprensible que la norma admita la revocación del consentimiento hasta el momento de efectivizarse el implante y que dicho consentimiento deba renovarse en cada procedimiento de procreación humana asistida (arts. 560 y 561, Cod. Civil y Com.).

Después de una ardua labor, se logra captar en la norma el establecimiento de un régimen de filiación que se corresponde con la visión constitucionalizada del Derecho de Familia en el presente, puesto que el mismo no sólo reconoce las tres fuentes de la filiación, sino también, brinda un tratamiento diferenciado y respetuoso de

las notas típicas de cada fuente; plasmándose así un régimen en total correspondencia con los componentes culturales y valorativos que rigen actualmente en la sociedad argentina.

2.3 Determinación de la filiación en los supuestos de filiación por TRHA

Considerando la diferenciación que corresponde hacer al definir un vínculo filial, según se enmarque en la filiación por naturaleza o la filiación por TRHA, es que el Cód. Civil y Com. al regular la determinación de la filiación matrimonial o la filiación extramatrimonial, establece que en cada ámbito la filiación por TRHA siempre se definirá por la voluntad procreacional que se materializa en el consentimiento previo, informado y libre. Si uno recorre los artículos que refieren a esta cuestión, confirma lo que expresamos.

Así, en el marco de la filiación matrimonial, el artículo 566 cuando regula la determinación del otro vínculo filial a través de la presunción legal, aclara en el segundo párrafo: «... *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...». Por tanto, la determinación de la filiación matrimonial por TRHA se define con la concurrencia de dos elementos: presunción legal + consentimiento previo, informado y libre.

Trasladando la atención a la filiación extramatrimonial, el artículo 575 del Cód. Civil y Com. dice: «*En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. 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 de la adopción plena*».

Conforme lo dispuesto, en los supuestos de hijos nacidos a través del empleo de material genético de tercero dador anónimo o conocido, el emplazamiento filial se establecerá entre el hijo y quienes a través de su consentimiento informado expresaron el querer ser progenitores; considerándose

al tercero dador como una persona totalmente ajena al vínculo filial.

Siendo así, la responsabilidad procreacional que nace con el acto procreacional y que en el marco jurídico se refleja en el conjunto de deberes y derechos que hacen al contenido de la responsabilidad parental, sólo alcanzará a quienes tengan voluntad procreacional debidamente documentada en el instrumento de consentimiento informado. Por tanto, ningún efecto derivado del vínculo podrá extenderse al dador de material genético.

Por último, cabe aclarar que no se observan diferencias en la determinación de la maternidad matrimonial y/o extramatrimonial en la filiación por naturaleza o por TRHA, puesto que en ambas fuentes es la ley la que define el vínculo filial materno, conservando para este vínculo el criterio seguido en el Cód. Civil derogado: prueba del nacimiento + identidad del nacido (art. 565, Cód. Civil y Com.)⁶.

3. Voluntad procreacional y derecho de acceso

a la verdad de origen

3.1 Derecho a la filiación y derecho a la identidad

En el tema que nos ocupa, resulta conveniente 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 identidad⁷.

La diferencia sustantiva a señalar es que mientras el derecho a la identidad⁸ 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)⁹. Esta distinción no fue tenida 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 derecho¹⁰. 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 trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales... Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo»¹¹.

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 su-

puestos 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)¹².

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 Cód. Civil y Com. y las normas que lo complementan.

3.2 Derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por TRHA

3.2.1 Generalidades

Como surge de lo descripto en el apartado anterior, corresponde diferenciar como respuestas autónomas el derecho de acceso al doble vínculo y el derecho de acceso a la verdad de origen. En este sentido, Kemelmajer de Car-

lucci al distinguir el derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación dijo que *«ambos derechos son diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico. En suma, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético»*¹³.

La distinción precedente, nos abre las puertas al desarrollo del problema que se observa en la filiación por TRHA en relación al derecho de acceso a la verdad de origen.

Podemos preguntarnos si la persona cuya existencia se alcanza con la cooperación de la ciencia médica, puede acceder al conocimiento de su verdad

de origen cuando es el resultado del empleo de material genético ajeno a quienes resultaron emplazados como progenitores. Desde otra perspectiva y en amparo de quienes aportaron su material genético sin voluntad procreacional, corresponde también preguntarnos si el reconocimiento de acceso a la verdad de origen no colisiona con el derecho a la privacidad – intimidad de los dadores. Nos anticipamos en sostener que tratándose de derechos de igual jerarquía y de alcance relativo, la ponderación entre ambos debe inclinarse en favorecer el derecho a la verdad sin que este impacte en el emplazamiento filial que se conservará estable por sustentarse en la voluntad procreacional y no en la verdad biológica.

En suma, llegar a la verdad de origen le permitirá a la persona una construcción completa de todos los elementos que conforman su personalidad. Como señala la Doctora en Biología Viviana Bernath: *«... El clásico 'lo lleva en la sangre' que históricamente solíamos escuchar de padres y abuelos dio paso a otra frase que escuchamos desde hace tiempo: 'lo lleva en el ADN'. Sin embar-*

go, lo que ahora estamos preguntándonos es cuánto de la identidad proviene de lo biológico, cuánto del ADN y cuánto de lo ambiental. Nosotros somos la conjunción de lo biológico más lo ambiental. Todo lo que nos pasó en la vida, desde si fuimos hijos deseados en adelante, son factores que interaccionan sobre nuestra identidad. Las experiencias cotidianas van haciendo que nosotros cambiemos y vayamos modificando lo que fuimos el día anterior...»¹⁴.

3.2.2 Su recepción en el Código Civil y Comercial

Por su importancia, resulta conveniente acompañar una reflexión sobre lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Cód. Civil y Com. Con un criterio que compartimos con cierto reparo, en estos enunciados 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 derecho de acceso a la verdad de origen, pero con un alcance limitado. En este sentido, el artículo 563 establece: «... 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»; mientras que el artículo 564 prevé los supuestos de acceso a la identidad: «Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local».

Con esta solución, la norma se ubica en una situación intermedia en relación a las posturas que se observan en el Derecho Comparado^{15 y 16}.

En relación al primer supuesto, la versión original de lo que fuera el Proyecto de Reforma, adhería con buen criterio a la tendencia seguida en el Derecho comparado cuando se reconoce el acceso a datos que coadyuven a superar el riesgo en la salud de la persona; mientras que la versión que recibe media sanción en la Cámara de Sena-

dores y que se traslada al Código aprobado, reemplaza *riesgo para la salud* por *relevante para la salud*. Este cambio a nuestro entender no se limita a un mero cambio de término sino que dice mucho más, puesto que la palabra *relevante* permite comprender una multiplicidad de supuestos que excede el riesgo, pasando a depender su alcance en cada situación de cómo lo interprete el centro de salud que intervenga.

Respecto al segundo supuesto, entendemos que la responsabilidad que se traslada al juez puede derivar en soluciones disvaliosas, por las consideraciones siguientes: a) delegar en éste la evaluación de razones debidamente fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante, dejará 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) se torna excesivo trasladar 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.

Nos inclinamos a pensar que si el Código se enmarca en un sistema anclado en la protección de la persona y de sus derechos, corresponde no establecer distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que refiere al acceso a la verdad de origen. Así como, la norma introduce en la adopción, la posibilidad de plantear una acción autónoma destinada a la efectividad del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (art. 596), corresponde hacer lo mismo en la filiación por naturaleza y por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad, en nada afectará el emplazamiento filial que en las TRHA siempre responderá al elemento volitivo.

Seguramente, quienes manifiesten su disconformidad con la reflexión precedente, dirán que mientras en la adopción se reconoce la existencia de una familia de origen en la cual por circunstancias diversas que afectan el mejor interés del niño / adolescente justifican el camino de la adopción y por ser parte de la historia del adoptado debe garantizarse su derecho a conocer; en la filiación por TRHA no se reconoce como antecedente la existencia de una familia de origen. Si bien esta diferencia es

cierta, no resta relevancia al derecho que tiene la persona nacida por una TRHA, de conocer cómo y a través de quienes se originó su existencia.

En suma, la decisión legislativa que se plasma en el Código en relación a definir siempre el vínculo filial en esta fuente en función del elemento volitivo, no limita el derecho del hijo de acceder a su verdad de origen. Sólo así, toda persona comprendida en esta situación, podrá alcanzar la efectividad plena tanto de su derecho a la filiación como de su derecho a la identidad, integrando respecto a este último todos los elementos que confluyen en la dimensión estática y en la dimensión dinámica.

4. Cierre

Retomando lo expresado en el inicio, en este trabajo se buscó analizar la voluntad procreacional en dos dimensiones: la voluntad procreacional como elemento que define el vínculo en la filiación por TRHA y la voluntad procreacional en vinculación con el derecho de acceso a la verdad de origen.

Tras el estudio realizado, se pudo comprobar que el Cód. Civil y Comercial regula los problemas propuestos, respetando los valores y principios constitucionales que iluminan el Derecho privado en el presente. Sólo advertimos sobre la conveniencia de interpretar a futuro los artículos 563 y 564, resguardando el derecho del hijo de acceder al conocimiento de su verdad de origen, sin afectar su emplazamiento filial que siempre se definirá en función de la voluntad procreacional cuando se enmarque en la filiación por TRHA. ■

CITAS

¹A partir de la reforma constitucional 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, mucho de los cuales tienen especial importancia en el Derecho de familia: 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 Cruces, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

²Con 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.

³DE LORENZI, MARIANA, «La voluntad paren-

tal ¿Cuánto vale el sí, quiero para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida», en *El Derecho de familia en Latinoamérica 1*, Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (directoras), Córdoba - Argentina, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, p. 699.

⁴La 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).

⁵DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, *La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*, en JA 1965-III-21.

⁶Como aporte valioso de la reforma, se introduce en el artículo 565 del Cód. Civil y Com. el supuesto de determinación de la maternidad cuando no se cuenta con el certificación del médico, obstétrica o agente de salud que atendió el parto de la mujer: «... la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas».

⁷Para profundizar el tema, ver: KRASNOW, ADRIANA N.; *El derecho a la identidad en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA* (Capítulo IX), en «Tratado Derecho de Familia», ADRIANA KRASNOW (directora) – ROSANA DI TULLIO BUDASSI Y ELENA RADYK (coordinadoras), T. III, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 373 y sigtes.

⁸El 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 N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

⁹KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, «El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso *Odievre c/France*», *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, en «Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia», N° 26, LEXIS NEXIS – ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 2004, p. 77 y sigtes.

¹⁰KRASNOW, ADRIANA N., «La filiación y sus fuentes en el Derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asisti-

da», *Actualidad Jurídica de Córdoba*, Año v, Vol. 57, Enero 2009, pp. 6205-6218; «El derecho a la identidad en la procreación humana asistida», LL 2007-F, 1224; «La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza», LL LITORAL 2007, 834 y «El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo», LL 2007-F, 1224; «La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la realidad de origen sin impactar en el vínculo filial», en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N°39, LEXIS NEXIS – ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 2008, p. 45 y sigtes.; *Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, LA LEY, Buenos Aires, 2006.

¹¹CSJN, 13/11/90, en LL 1991-B-473 y ED 141-263.

¹²FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Bs. As., 1992, p. 113.

¹³KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, «Origen biológico. Derecho a conocer», JA 2009-I-1035.

¹⁴*Cada vez más vamos a hablar de roles, al margen del vínculo biológico*, en *Diario La Nación*, Sección Enfoques, edición impresa del 18 de mayo 2014.

¹⁵Desde una visión general, se observa que se está frente a una situación heterogénea producto de los distintos criterios legislativos que se han adoptado para resolver esta cuestión. Así desde una primera impresión, encontramos: a) legislaciones que preservan el anonimato del tercero dador: Dinamarca; Grecia; Francia, Ley 94-654; Resolución 2013/13 del Consejo Federal de Medicina de Brasil y b) legislaciones que admiten el acceso a datos que refieran a la identidad del tercero dador: Suecia, Insemination Act 1140 de 1984, art. 4; 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; Nueva Zelanda y Reino Unido. En una situación intermedia, se ubica Bélgica cuya ley de 2007 abre la posibilidad de optar o no por el anonimato.

¹⁶Respecto al desarrollo del problema planteado en la jurisprudencia interna, recomendamos ver: C. Cont. Adm. Fed., Sala V, 29/04/2014 - C., E. M. y otros c. EN-M° SALUD s/ amparo ley 16.986 -, LL 26/06/2014, 5. Con nota de: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA Y LAMM, ELEONORA, «De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana

asistida heteróloga», LL 20/08/2014, p. 5; CNC, Sala E, 26/03/2012 – C., v. -, RDF 2012-V, 21. Con nota de: FORTUNA, MARIANA J., «Necesidad de una nueva mirada en el derecho filial argentino en el marco de una adopción integrativa, a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida», RDF 2012-V, 25; Juzg. Nac. de 1ª inst. en lo Civ. N° 86, 18/06/2013 - N. N. O D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento -, LL 2013-D, 195. Comentan este fallo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA - HERRERA, MARISA Y LAMM, ELEONORA, «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional», LL 2013-D, 195; HOLZMAN, DAIANA M., «Filiación y voluntad procreacional: cuando el deseo de ser padres y el interés superior del niño se imponen», RDF 2013-VI, 69; CASTELLÓN, ANA I., «La voluntad procreacional como nuevo criterio de atribución de la maternidad», JA 2013-III, Abeledo Perrot Online N°: AP/DOC/1689/2013.