

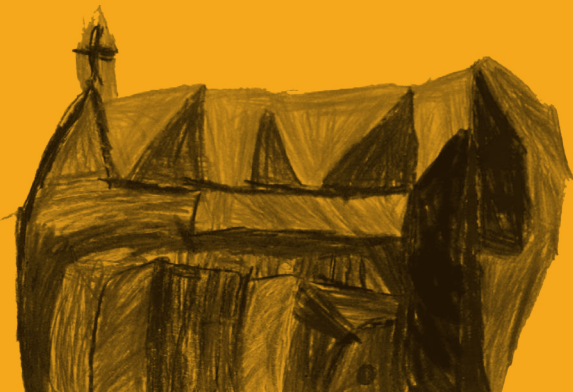


La filiación en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Principales problemáticas

DRA. LILIANA LOURDES MICHELASSI | Jueza de 1^{ra} Instancia del Tribunal Colegiado de Familia N° 2, Santa Fe.

myf

220





El Título de filiación sin dudas es el más innovador de toda la reforma, nos trae un movimiento relevante en los principios que hasta ahora regían el estado de familia.

Múltiples son los cambios que se introducen en este campo y que han logrado debates, confiero que el más significativo fue el de la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida, acompañando a la filiación por naturaleza y a la filiación adoptiva.

El régimen vigente de la filiación apunta a la existencia de una relación sexual entre personas, las prácticas de reproducción humana asistida en cambio no tienen ese presupuesto. Por

consiguiente, la normativa que regula las filiaciones existentes no se pueden aplicar, en principio, a la que surge con la intervención de la ciencia.

Analizando detenidamente lo anterior arribamos a dos problemáticas manifiestas y repetidas en legislaciones comparadas, por un lado el otorgamiento de fuerza legal a una práctica sin un adecuado marco regulador sobre las técnicas empleadas y principalmente sin control alguno y por otro lado la clara vulneración a los derechos del niño, derechos implícitos del art. 33 de nuestra Constitución originaria, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



Desarrollando la primera de las antes mencionadas nos encontramos ante un tema no menos relevante como lo es la escasez de los órganos de contralor, es dable entender lo que esto genera en la totalidad de los ámbitos pero mas aún en un tema tan delicado donde se vinculan derechos inalienables de nuestra constitución con la bioética, ante el irrefrenable avance científico y tecnológico que, en el devenir de los últimos años, han tenido los procedimientos y estudios sobre genética y reproducción humana artificial, debemos preguntarnos sobre el rol que le corresponde al Derecho y si este debe entrar a regular todo el campo de los nuevos hallazgos y experimentaciones que los médicos, biólogos y hombres de ciencia en general van día a día colocando ante nuestro ojos, o solo debe la normativa jurídica incursionar en algunas materias que sean las más relevantes. ¿Es necesario que exista un órgano que se preocupe por determinar con cierta precisión cuál es el ámbito de lo permitido y cuáles son los procedimientos que deben ser derechamente prohibidos, por tratarse de situaciones en que se están vulnerando claros principios éticos de general aceptación en nuestra sociedad? ¿Hay un momento en que el Derecho y la moral se confunden en este campo de materias tan conflictivas, producto de los increíbles descubrimientos a que nos ha conducido la moderna biotecnología? Como se expresa en la Revista de Derecho Valdivia, «Es de

toda urgencia definir y proyectar soluciones a las nuevas creaciones de la vida, manteniendo lo vigente para la concepción en el seno materno, en lo que hace a su protección, pero paralelamente reconocer las situaciones distintas del embrión extracorpóreo.»¹

Esto no es una idea propia conforme a pensamientos a futuro, se plantea como un problema que surge de cuestiones estadísticas, problemas vinculados directamente a cuestiones excesivamente delicadas como lo es el tráfico de células madres, destinada a la obtención de un modelo de niño, con tal o cuales características a cambio de una remuneración, generando una contractualización evidente.

De acuerdo a lo expuesto, podemos apreciar la magnitud del problema al que nos enfrentamos como personas de Derecho cuando se trata de entrar a la regulación normativa tanto de la admisibilidad de ciertas prácticas o experimentaciones, como para establecer las consecuencias jurídicas que de dichas situaciones se desprenden, especialmente si se trata nada menos que materias, como las que hemos examinado en esta publicación, vinculadas a la vida y sus comienzos y a los derechos y dignidad del ser humano.

Por ello, así lo afirma Corral Talciani acertadamente, «es cuestionable la eficacia que pudieran tener las normas jurídicas para encauzar este ti-

po de desarrollos científicos, cada vez más veloces y de vericuetos tan insospechados. Por sí solo el derecho no será eficaz si no se enmarca en el fortalecimiento de toda una cultura que tome clara posición en favor de la vida humana, como un bien valioso per se, y que impida que el hombre, ahora desde el laboratorio, se erija nuevamente como el peor enemigo de lo humano, no solo en su existencia actual sino también en su devenir a través de las nuevas generaciones.»²

Desarrollando ya la segunda problemática que nos trae aparejada la reforma, nos situamos en lo concerniente a la identidad como derecho fundamental, en términos generales, las legislaciones extranjeras que se ocupan de regular las TRHA pueden alinearse en dos corrientes. La primera está conformada por los ordenamientos que tienden a suprimir cualquier obstáculo jurídico para la aplicación de estas técnicas y, por ende, no le otorgan al nacido la posibilidad de conocer la identidad de quien facilitó el material genético, salvo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a la legislación penal. En cambio, el segundo grupo de legislaciones reconocen al hijo el derecho a conocer la identidad del donante anónimo.³ Tras lo manifestado podemos llegar a la conclusión que nuestro ordenamiento se encuentra entre estos dos sistemas, que si bien no suprime

el derecho del niño en forma absoluta pero restringe de manera relativa solicitando la alegación de causas que justifiquen dicho conocimiento de identidad, poniendo en jaque el libre acceso a esta por el solo hecho de incertidumbre propio de estos casos.

Las reflexiones esbozadas a lo largo de este trabajo permiten concluir que la falta de contralor genera un retroceso idéntico al avance alcanzado por la reforma, con vagas limitaciones y propensa a lagunas que generarían que el remedio sea más dañoso que la cura, sin mencionar y manifestando que la prohibición de entablar acciones de emplazamiento y desplazamiento frente a la filiación por TRHA recogida por la reforma, constituye una restricción legítima al derecho a obtener un estado de familia acorde con el dato genético o biológico, como uno de los componentes del derecho a la identidad, pues se alza como una medida idónea y proporcionada en aras a la protección de este derecho en su faz dinámica, edificado en el caso a partir de la voluntad procreacional.

Pero tal limitación es razonable siempre y cuando se reconozca de manera amplia la posibilidad de acceder a los orígenes, aspecto autónomo del derecho a la identidad, en su contenido conforme a dos aspectos diversos que, asociados, son valorados como bienes jurídicos dignos de protección por el ordenamiento jurídico. Una di-

mensión está relacionada con la identificación del sujeto: nombre, nacionalidad, imagen, su emplazamiento en un estado familiar, su identidad genética. En la otra dimensión, todo lo asociado al plan de vida del sujeto, su sistema de valores, sus creencias, su ideología, bagajes culturales entorno social, sus acciones sociales. En esta última, la identidad se refleja como una constante en todo el proceso evolutivo de la vida del sujeto, como algo que persiste no obstante de los diferentes «yoes» que adquiere el sujeto a lo largo de su biografía. Se han denominado a estas dos dimensiones como «faz estática» –primera dimensión– y la «faz dinámica» –segunda dimensión– del derecho a la identidad. Conforme a ello; la mayoría de la doctrina nacional sostiene una tesis amplia del derecho a la identidad personal.⁴

Cuya restricción no se justifica en orden a satisfacer otros derechos, como la intimidad del donante y el acceso a las TRHA por parte de los usuarios. Desde tal perspectiva, la solución intermedia adoptada en la norma proyectada no supera el test de proporcionalidad, por lo que a la luz del principio *pro homine* debe ser reformulada, eliminándose el requisito de evaluación judicial para acceder a los datos identificatorios, que deberán estar disponibles cuando así sea solicitado por el interesado mayor de edad. En razón de lo expuesto, sumado a la problemática avizorada en el derecho comparado –en el

que se encuentran reguladas las técnicas señaladas– puedo afirmar que nos dirigimos inexorablemente a un abismo legal. La falta de regulación atenta contra la seguridad jurídica y contra los derechos de las personas más vulnerables, conformes tratados internacionales suscriptos por la Argentina. ■

CITAS

¹http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200001&script=sci_arttext

²HERNÁN CORRAL TALCIANI, «Manipulación genética y Legislación internacional comparada», Revista Humanitas, ob. cit., pp. 57 y 58.

³<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>

⁴LORENZETTI, RICARDO L., «Constitucionalización de l derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema», LL 1993-D-673 y ss. , sec. Doctrina: Zannoni, Eduardo A., «Adopción plena ...», cit. , ps. 11 79 y ss.; D' Antonio. Dani el 1-1 ., «El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor», ED 165-1 297 y ss.