

Basset, Úrsula C.

Filiación : consideraciones generales

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:

Basset, Ú. C. (2012). Filiación : consideraciones generales [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/filiacion-consideraciones-generales-basset.pdf> [Fecha de consulta:.....]

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

FILIACIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

ÚRSULA C. BASSET

El Título de filiación es probablemente el más novedoso de toda la regulación. Implica un giro copernicano en los principios que hasta ahora regían el estado de familia. Se pasa de un eje paidocéntrico (centrado en los derechos del niño), a la predominancia del deseo adulto respecto de tener un hijo. Del derecho a la identidad, al derecho a la filiación. Paradójicamente, ese giro copernicano se reviste de un giro lexicográfico antitético: el capítulo ya no se determina más la maternidad o la paternidad, sino que se determina la filiación. Vale decir que mientras que el cambio lexicográfico pareciera indicar un giro paidocéntrico, se trata solo de palabras. La merma sufrida por los niños en sus derechos es palpable: en gran cantidad de casos pierden legitimación activa y derechos para establecer su estado de familia. La posesión de estado no significa nada, y la estabilidad de los vínculos adoptivos y biológicos se debilita.

a) Nuevas fuentes de la filiación¹

El Art. 558 que reemplaza el antiguo 240 del Código Civil establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Se establece que cualquier de las filiaciones tiene los mismos efectos, en otro ensayo de igualación formal y abstracta, que luego el texto contradice (“conforme a las disposiciones de este Código”). El número de vínculos filiatorios se limita a dos.

b) Los efectos colaterales de la incorporación de la fecundación in vitro sin regular la técnica en sí misma previamente²

Consideramos que la regulación de la fecundación asistida por vía del Código Civil es harto peligrosa, porque se legitima una práctica sin un adecuado marco regulador de las biotecnologías empleadas y sin organismos de control. Se regulan aspectos civiles legitimando la práctica sin tener en cuenta que se precisa una legislación integral que evite abusos biotecnológicos. Si se franquea una regulación de esta índole, sin asegurar una legislación coherente con los derechos humanos fundamentales, como en cambio sí ha sucedido en el derecho comparado; se corre el riesgo de habilitar prácticas sin organismos de control y que ocasionen perjuicios a largo plazo.

1. Autoría: Úrsula C. Basset.

2. Autoría: Úrsula C. Basset.

Algunas de las cuestiones controversiales que surgen de tratar un efecto de la técnica sin regularla en forma integral son las siguientes: la Argentina podría convertirse en proveedor/exportador internacional de embriones humanos para experimentación; por ejemplo, a países como Alemania que cuidan a sus ciudadanos e impiden la experimentaciones sobre líneas de células madre embrionarias provenientes de ese país³. El tráfico de óvulos y espermias también queda abierto, haciendo eventualmente susceptible a la Argentina a regulaciones de tipo internacional sobre el acceso a la identidad, que aún no han sido suficientemente informadas aquí. El consentimiento informado de los donantes acerca de posibles efectos civiles que podrían proyectarse a futuro en torno a las técnicas de fecundación asistida es otro asunto que aquí no se baraja, porque sería objeto de una ley general. Por otra parte, hay fuertes intereses económicos en juego en torno a la fecundación humana. La falta de un análisis adecuado, puede tornar en sujetos vulnerables sin adecuada protección jurídica a los consumidores de las TRA, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor debido a la ansiedad que con frecuencia genera la imposibilidad de procrear.

c) Análisis de las disposiciones generales

Decíamos que en cuanto a las Fuentes de la filiación (Art. 558) *nos parece que sumar un tercer género de filiación a la filiación natural y por adopción, es innecesario*. Existe el principio lógico que dice que los entes no deben multiplicarse innecesariamente y que toda división debe tener una justificación. En el caso, nos parece que existe una semejanza estructural entre la fecundación heteróloga y la adopción y entre la fecundación homóloga y la filiación natural, pudiendo eventualmente subsumirse las categorías. Esta solución permitiría no regular por vía oblicua lo que requiere una ley marco. A nuestro modo de ver, es necesario un debate social sobre las técnicas, y no parece conveniente regularlas por medio del Código Civil sin consensos sociales.

En cuanto al segundo párrafo del Art. 558, como ya dijimos más arriba, la aseveración de que todas las filiaciones producen los mismos efectos no se verifica en los hechos y en el derecho proyectado en el nuevo código. Existen sets de regulaciones distintas, y espectros de derechos distintos de los niños nacidos según las diferentes clases de filiación⁴. Con lo cual, si se desea establecer un principio, parecería más razonable modalizarlo: “en la medida de lo posible...” o algún otro giro semejante. Algunas diferencias, sin ahondar demasiado, son las siguientes:

- A la adopción se le atribuye un parentesco extensible o reducible, según el criterio del juez. Esta variabilidad del parentesco no aparece en las demás filiaciones.
- Los niños nacidos por filiación por TRA se les limita el acceso a las acciones de filiación.
- Los niños nacidos por vía natural (ya sean criados por sus padres, o no) no han sido preseleccionados por los médicos antes de su implantación; en cambio, los niños nacidos por TRA han superado un proceso de selección previo que los transforma invariablemente en bebés de diseño⁵ –aunque sea solo para descartar bebés trisómicos u otras enfermedades genéticas antes de la implantación-. Y se ha dicho que hay una injusticia en que una generación imponga a la otra su propio deseo seleccionando genes⁶.
- Los niños que nazcan de una filiación natural verán plenamente salvaguardado su derecho de ser criado por sus padres biológicos; los demás niños, no.

3. El caso del “Embryonenschutzgesetz” (ESchG).

4. Ver a todo efecto el cuadro comparativo inserto en el análisis de LAFFERRIERE, Nicolás, “Visión crítica del proyecto de reforma de filiación”, en Revista de Derecho de Familia y las Personas, enero 2012, La Ley.

5. SOMMERVILLE, Margaret, “Children’s Human Rights to Natural Biological Origins and Family Structure”, en *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Boston, Hein, 1-2010, p. 35 y ss. La Dra. Margaret Sommerville es una profesora australiana de prestigio mundial en materia de bioética. Ella misma es especialista en Derecho y Medicina Genética.

6. *Ibid.*, p. 39.

- Los niños que sean concebidos por donación de gametos no tendrán derecho a que el Estado controle la idoneidad de los padres que ordenarán su gestación y luego los criarán. En cambio, para los niños que se incorporen a una familia por adopción, habrá al menos tres procesos que aseguren que: i) si existe alguna posibilidad de que los niños sean criados por su familia de origen, esta será garantizada; y, ii) los padres adoptantes serán idóneos en beneficio del niño. Los niños cuyos padres biológicos hayan sido donantes de gametos, no tendrán esa protección especial del Estado.
- Los niños nacidos de adopción tendrán pleno acceso y los padres tendrán el deber de informarles que no son sus padres biológicos, en los niños concebidos por TRA con donación de gametos de terceros, los niños lo ignorarán, salvo que sus padres de crianza decidan decirselos.

Puede entonces concluirse, que de hecho y de derecho los niños en el nuevo Código Civil tienen derechos divergentes según la modalidad en que se establezca su filiación. Como se ve, no tienen los mismos derechos ni producen los mismos efectos.

d) Reglas de la Filiación por TRA⁷

Más allá de la desafortunada denominación de “técnicas de reproducción asistida” que más evocan la fabricación reiterada de un producto que la procreación de un ser humano, cabe hacer una serie de consideraciones a hacer.

Aspectos generales

236. **La contractualización de la filiación vulnera la dignidad personal del niño.** Por más eufemismos que se utilicen, la regulación de las técnicas de fecundación, así como se presenta, ingresa el hecho procreativo en la esfera contractual. Hay un contrato, una voluntad expresada, un precio pagado, etc. Estudios recientes han demostrado que esta vulneración tiene efectos nocivos en la psiquis y el desarrollo personal del niño⁸. La mitad de los así concebidos se sienten perturbados de que en su concepción hubo dinero involucrado⁹. Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil se votó por amplísima mayoría (42-3 votos, con 10 abstenciones), la siguiente conclusión: “Debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad.”

Objeciones a la fecundación heteróloga: riesgo de acciones de daños y perjuicios

Uno de los mayores sufrimientos de los niños concebidos por medio de estas técnicas es la perturbación del derecho a la integridad personal y la identidad cuando se admite la fecundación heteróloga¹⁰, que queda fraccionada en varios segmentos en el caso de que se admita esta última. La identidad del niño se fragmenta. Por eso, autores de la talla de Mauricio Luis Mizrahi¹¹, han sugerido regular siguiendo el modelo italiano que admite solo la fecundación homóloga. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se votó por unanimidad que “Los niños tienen derecho a que en la

7. Autoría: Úrsula C. Basset.

8. Hemos presentado varios de estos estudios en nuestro artículo: BASSET, Úrsula C., “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad.” L.L. 16/11/2011.

9. MARQUARDT, Elizabeth, *My daddy's name is donor*, Institute for American Values, Washington, 2010, puede consultarse en http://www.familyscholars.org/assets/Donor_FINAL.pdf, p. 5.

10. MARQUARDT, Elizabeth, *My daddy's name is donor*, Institute for American Values, Washington, 2010, puede consultarse en http://www.familyscholars.org/assets/Donor_FINAL.pdf

11. MIZRAHI, Mauricio Luis, “El niño y la reproducción humana asistida”, La Ley, 30.08.2010.

medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica).”

Queda enervado el derecho a la identidad del niño cuando se admite la fecundación heteróloga¹². Los niños así concebidos podrían reclamar en el futuro daños y perjuicios contra el Estado por la admisión de estas técnicas. Del relevamiento sobre una muestra representativa de niños concebidos con donación de gametos, más de la mitad señaló que cada vez que ven una persona que se les parece, se preguntan si tendrán algún parentesco con él. Una cantidad semejante sostiene que teme tener relaciones íntimas o estar atraído a una persona con la que tenga vínculo de parentesco sin saberlo. Dos tercios de ellos, señalan que se les debería abrir sin restricciones el derecho a conocer su identidad biológica. Más de la mitad objeta la admisibilidad de la donación de la gametos¹³.

Objeciones a la regulación específica sobre fecundación homóloga y heteróloga

En el Art. 560 no resulta claro cuál es el efecto del primer y del segundo consentimiento que se requieren. Si lo que se persigue, como parece y por la oportunidad de la modificación redaccional de este artículo, es que además del consentimiento general haya un consentimiento concreto para cada implantación a fin de evitar los conflictos en los juicios de divorcio cuando hay embriones criopreservados, sería recomendable especificar exactamente el efecto de la falta del segundo consentimiento.

En cuanto a los gametos aparece una contradicción: para el segmento de personas el cuerpo humano y sus partes tienen una dignidad especial, en cambio para el segmento de familia son tratados como cosas (“material genético”).

En efecto, el Art. 17 establece que “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico” y que pueden ser disponibles por su titular cuando el Código lo autorice. En tanto, si bien el Título relativo a la Persona Humana considera que en el caso de los embriones, estos solo ingresan al estatuto personal a partir de su implantación, dicho artículo es inconstitucional por la prohibición de regresividad en la protección de la vida humana que impone la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ y la vigencia para la Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de la cláusula interpretativa que funciona –según los últimos trabajos de la Comisión de Viena sobre el derecho de los tratados– como prisma bajo el cual la Argentina se obliga constitucionalmente respecto de la niñez. La designación “material genético” da el estatuto de cosa, mientras que el Código prefiere dar al cuerpo humano y sus partes un estatuto diferencial. En este sentido, parecería inadecuado hablar de “material genético” para referirse a los gametos. Menos adecuado parece el término “material genético” para referirse a los embriones humanos.

No hay diferencia sustancial alguna entre el embrión dentro del útero materno o fuera de él, por eso carece de razonabilidad el trato discriminatorio fundado en la modalidad de la concepción (discriminación expresamente prohibida por la CDN, como veremos más abajo). No hay diferencia morfológica u ontológica alguna entre un embrión concebido por la unión de sus progenitores que el embrión concebido en un recipiente de laboratorio. En ambos casos se trata de un embrión humano en su fase preimplantatoria. La única diferencia entre ambos, es un accidente de situación: se refiere al lugar en dónde se encuentra uno y otro. La diferencia de situación es causada por el agente (en el caso el médico). Sería injusto que un ente careciera del estatuto personal por acciones de un agente,

12. Hemos desarrollado este aspecto, con amplia bibliografía en el artículo citado en la nota 47.

13. Todo en MARQUARDT, *My daddy's name...*, cit., pp. 5-6.

14. Sobre esto, ver el vastísimo y documentado desarrollo de BACH de CHAZAL, Ricardo, *El aborto en el derecho positivo argentino*, El Derecho, Buenos Aires, 2010, pp. 197-224. O también, el análisis del derecho a la vida en los tratados internacionales en BASSET, Úrsula C. y BACH de CHAZAL, RICARDO, “Análisis legal: El derecho a la vida en el sistema jurídico argentino”, en LAFFERRIERE, Nicolás, *La vida, primer derecho humano*, UCA, Buenos Aires, 2010. (Puede consultarse en http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/La_vida_primer_derecho_humano.pdf).

en lugar de que su estatuto dependa de cualidades ontológicas. Todos los Tratados Internacionales contienen cláusulas contra la discriminación, pero especialmente el Art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone: “Los Estados parte respetarán los derechos y asegurarán su aplicación a cada niño... sin distinción alguna, independientemente de ... los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.” Creemos que la regulación del artículo mentado, incurre en discriminación injusta porque regula el estatuto del embrión según una condición del niño (falta de implantación cuando la concepción –acto de los padres– es extrauterina).

El Art. 561 establece la voluntad procreacional como causa del estado de familia. De este modo se establece un régimen discriminatorio, por el cual los niños concebidos por fecundación *in vitro* están en peor situación que los niños que obtienen su filiación por adopción. En el caso de la adopción, hay al menos un escrutinio estatal de las condiciones de los padres; en el caso de la fecundación *in vitro*, cualquiera que exprese su consentimiento puede ser padre con independencia de su idoneidad. Se viola el derecho a la identidad y del niño a ser criado por sus padres en la medida de lo posible, puesto que la paternidad la tiene el que expresa su voluntad (nos referimos siempre al caso de fecundación heteróloga). El resultado es que el Estado viola sus obligaciones internacionales de agotar los recursos para que el niño sea criado por sus padres biológicos, dando preeminencia a la pretensión de los adultos a ser padres por sobre los derechos de los niños a ser criados cuando fuera posible por sus progenitores biológicos. La infracción a los deberes internacionales contraídos, queda plasmada de manera palmaria con la frase “con independencia de quien haya aportado su material genético” la maternidad y paternidad o maternidad, quedarán establecidas respecto de quien exprese su libre consentimiento. Nuevas formas de sustitución de identidad sin el debido cotejo del Estado se ciernen sobre los derechos de los niños.

f) Maternidad subrogada

La introducción de la maternidad subrogada (Art. 562) cosifica a la mujer. Para empeorar la cosa, se admite el pago al intermediario, pero no a la mujer (por lo menos antes de la gestación, porque según el texto nada impide que haya pagos futuros, transformando la gestación en un objeto de comercio). Buena parte de los países del mundo rechazan la maternidad subrogada porque supone una forma de trata de mujeres. Casi siempre las gestantes son mujeres con menos recursos que gestan para mujeres u hombres con vastos recursos. Con la redacción que se adjunta, se propicia el negocio de las grandes empresas intermediarias en la filiación, que cuentan con carteras de mujeres que se ofrecen al público, y según condiciones personales tienen más o menos valor económico. Colisiona con los deberes de los Estados de tomar medidas para suprimir “todas las formas de trata de mujeres” (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Art. 6).

No se establece sanción alguna para el caso en que los médicos procedan a la implantación de un embrión por maternidad subrogada sin autorización judicial.

En varias ocasiones se hace referencia a una ley especial que aún no existe. Consideramos que antes de regular por vía oblicua los efectos civiles de las técnicas, convalidándolas implícitamente, sería preferible un debate social. Francia, Alemania, Italia e Inglaterra, han priorizado un debate profundo con comisiones e incluso un plebiscito en el caso italiano. En la Argentina, no solo no será objeto de debate, sino que se introducirán por vías tangenciales cuestiones relativas a la dignidad humana y a la bioética sin control alguno.

g) Filiación posmortem

La introducción de la filiación posmortem supone la canonización de una regla jurídica que priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna o materna). De esta forma, el

derecho habilita la concepción de huérfanos, lo cual resulta cruel para los niños. Niños que nacerán de un muerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en los niños así concebidos, aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la intención de mantener vivo a quien ya falleció¹⁵. De esta forma vulnera el derecho a la integridad personal, la obligación de medio de los Estados partes de adoptar medidas tendientes a que el niño pueda ser criado por sus padres biológicos en la medida de lo posible, así como aquellas tendientes a que se asegure el máximo desarrollo bio-psico-social-espiritual del niño (Arts. 7º, 1; 6º, 2; Art. 8, 2; todo lo referido al deber de garantizar la reunión familiar cuando esta fuera posible; 27, inc. 1; 24, etc.).

h) Determinación de la maternidad matrimonial

El capítulo 3 de Determinación de la maternidad es confuso: si anteriormente se reguló la determinación de la filiación por TRA, sería conveniente que de manera simétrica, se regulara la de la maternidad por filiación natural. De este modo se conservarían más prolijamente los capítulos.

Propongo que se reincorpore la ficha de identificación en la regulación de la determinación de la maternidad, sujetando su regulación a las leyes especiales. El Art. 565 quita el requisito de agregar la ficha de identificación del nacido ¿Debe entenderse que queda tácitamente derogada la ley 24.540 y lo dispuesto por los Arts. 32/33 de la ley 26.413? Si así fuera se estaría infringiendo el Art. 7, CDN que indica que “el niño deberá ser registrado inmediatamente después de su nacimiento”. Habría además una severa mengua del derecho a la identidad del niño, permitiéndose diversas formas de sustitución de identidad. Por otro lado, la ley 26.061 prescribe una garantía estatal de identificación e inscripción.

Tenemos la impresión de que en el Art. 565 hay un error gramatical: debería decir “excepto que haya sido ella” quien la solicitó; y no “que sea ella”, dado que con excepto corresponde el pretérito perfecto del subjuntivo, dado que se trata de una acción que temporalmente antecede a la notificación de la inscripción.

i) Determinación de la filiación matrimonial

En líneas generales, la supresión de las palabras padre y madre, supone un empobrecimiento de la riqueza de las relaciones familiares. Significa uniformar la ley según una regla homonormativa, exiliando la riqueza de la heteroparentalidad del derecho civil.

Se genera ambigüedad con la titulación “filiación”, toda vez que con esa designación hay una superposición de estándares. El hijo es hijo tanto de la madre que pare, como de su padre. Ahora bien, si el título es Determinación de la Filiación Matrimonial, podría producirse una ambigüedad porque en el caso de la madre que pare se aplicarían ambas reglas: la del Art. 565 (determinación de la maternidad) y la de los Arts. 566 y ss. (determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial). Es verdad que en ocasiones para zanjar ese error se utiliza el circunloquio de “madre que dio a luz” o “la que da a luz” (que sin embargo podría ser la subrogada, que no sería propiamente madre según la regulación propuesta). Con lo cual, la ambigüedad no queda salvada.

Mientras que antes el vínculo entre un varón y su hijo tenía nombre jurídico, y el vínculo entre una mujer y su hijo también lo tenía, la homonormativización de la filiación implica la supresión del nombre jurídico obligando a hacer malabares para designar la relación específica.

Aplicar la presunción de “filiación” a los matrimonios de personas del mismo sexo es un contrasentido que atenta contra el derecho a la identidad del niño. En las XXIII Jornadas Nacionales de

15. MILLÁN, Fernando, “El derecho a procrear en los matrimonios de personas del mismo sexo. Una visión comparada”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* La Ley Septiembre de 2011. pág. 47.

Derecho Civil se propuso una norma con el siguiente texto: “De legeferenda: Se propone una norma que diga que en caso de matrimonio de dos mujeres, el hijo nacido en él será hijo matrimonial de ambas si fuere concebido por fecundación asistida y mediare consentimiento de la otra. “ La norma obtuvo solo 11 votos afirmativos y 30 negativos. Por otra parte, se sometió a votación la siguiente recomendación. “De lege lata: A la luz del derecho a la identidad del niño y de las normas civiles vigentes, en caso de que una mujer casada con otra mujer diera a luz un hijo: la filiación se debe considerar extramatrimonial. Por la afirmativa: 29 votos. Por la negativa: 8 votos. En tanto, cuando se sometió a votación la aplicación de las presunciones matrimoniales a los matrimonios entre personas del mismo sexo, el resultado fue abrumador: “De lege lata: No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. Aprobada por MAYORÍA: 50 votos. El Art. 243 CC (presunciones de paternidad matrimonial) debe ser entendido como aplicable tanto a las parejas del mismo sexo como a las parejas de distinto sexo, solo en el caso de fecundación asistida. No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. MINORÍA: 15 votos.” Todo lo cual demuestra la falta de consenso científico sobre la solución propuesta por el Código Civil proyectado. Sin contar que es incongruente con la teoría de las presunciones, que se apoyan en lo que normalmente sucede (normal como factible o frecuente).

Las presunciones matrimoniales se han basado históricamente en la factibilidad de que marido y mujer concibieran un hijo, en virtud de la cohabitación y la fidelidad. Suprimidos estos deberes matrimoniales, la presunción carece de fundamento *in re*. Más aún, a partir de la ley 26.618 la procreación y educación de los hijos probablemente haya dejado de ser un fin teórico del matrimonio, toda vez que del matrimonio mismo, concebido como neutral de género, no puede deducirse siquiera la potencialidad procreativa. (Es ocioso aclarar en este ámbito que la potencialidad procreativa no significa tener hijos efectivamente, sino la aptitud en abstracto de los contrayentes de que –removidos todos los obstáculos, inclusive de disfuncionalidad fisiológica– de concebir entre sí por el signo de la donación mutua física).

No tiene asidero fáctico y por ello es un contrasentido afirmar que dos hombres o dos mujeres pueden concebir entre sí un hijo, porque siempre necesitarán de un tercero que aporte gametos de diverso sexo.

No es posible sustentar una posición como la propuesta, sin agraviar profundamente las bases del derecho civil y procesal. El niño así emplazado será privado de una dimensión de su identidad, pudiendo accionar contra el Estado por el agravio ocasionado.

No hay proporcionalidad entre las aptitudes de los cónyuges y la concepción de un hijo. Si se toma a los cónyuges como neutrales de género, considerando que pueden ser dos varones o dos mujeres, y de esa forma se define el matrimonio, esos contrayentes abstractos no pueden entre sí, concebir. De allí que lógicamente y ontológicamente sea imposible deducir una presunción de esos cónyuges en abstracto. La presunción se transforma así en un enunciado dogmático y arbitrario.

En última instancia, fenoménicamente, el Código proyectado, con esa norma, no está creando una presunción, sino atribuyendo una filiación dogmáticamente. Sería preferible atribuir de esa forma a afirmar que se trata de una imposible presunción. Sería preferible derogar las presunciones para todos, antes de que en el derecho argentino hubiera una noción de presunción que demostrara un error de comprensión sobre el significado jurídico de las presunciones legales.

En el caso de matrimonios de personas del mismo sexo, el emplazamiento será ficticio ministerio legis, sin que pese una obligación de los progenitores de informar al niño sobre este emplazamiento ficticio (sobre la discordancia necesaria entre la filiación legal y la biológica).

En el Art. 569, en dónde dice “Formas de determinación”, sería más exacto titular “Prueba de la filiación”, ya que la forma de la determinación está establecida en los artículos anteriores y en la regulación de la filiación.

j) Derechos de los niños concebidos en el seno de relaciones homoparentales

Con la actual regulación sobre las presunciones matrimoniales, en el caso de matrimonios de personas del mismo sexo, el emplazamiento será ficticio ministerio legis, sin que pese una obligación de los progenitores de informar al niño sobre este emplazamiento ficticio (sobre la discordancia necesaria entre la filiación legal y la biológica).

El nuevo Art. 578 prevé que el hijo pueda impugnar la paternidad o maternidad matrimonial (“Ninguna persona podrá tener más de DOS (2) vínculos filiales, independientemente del sexo de los progenitores. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa y simultáneamente ejercerse la correspondiente acción de impugnación.”).

Sin embargo, toda vez que no hay deber de informar la discordancia entre filiación por ministerio legis (por presunciones) y la filiación biológica del niño, en muchos casos este no podrá ejercer su derecho.

En el frecuente caso de que la filiación matrimonial en un matrimonio entre personas del mismo sexo provenga del recurso a las TRA por donación de gametos, los niños perderían el derecho del emplazamiento biológico acorde con su realidad, porque quedan excluidos de las acciones de filiación.

Nótese que esto sucedería aun en el frecuente caso en que las parejas de mujeres que practican el lesbianismo recurren a un amigo que practica la homosexualidad o un amigo heterosexual para la donación de gametos masculinos, siendo que en ese caso el donante no es anónimo.

k) Restricción de los derechos de los niños concebidos por TRA heterólogas respecto de los concebidos por filiación natural

Los niños concebidos por filiación natural tendrán acción para conocer a su padre biológico. A los niños concebidos por fecundación heteróloga se les negará ese derecho. Se crearán dos categorías de hijos fundada en la modalidad concepcional utilizada por los padres. Esto surge del Art. 575 in fine, que otra vez refiriéndose al “material genético” dice: “cuando en el proceso reproductivo se utilice material genético de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.

En el mismo sentido, el Art. 577 limita el derecho a accionar por el emplazamiento familiar conforme a la verdad biológica a los hijos concebidos por TRA. La voluntad de los padres es causa de la supresión del derecho de los hijos al acceso a su realidad biológica. Esto se limita en casi todos los casos de “acciones de filiación”, salvo en la negación de paternidad, que es una acción que no se confiere al hijo.

El último inciso del Art. 577 hace referencia al derecho de acceder a la información, no obstante no resulta aplicable porque se refiere a un registro de donantes de gametos que aún no se ha creado.

La regulación actual habilita el incesto entre hermanos unilaterales, y más raramente, bilaterales. La regulación actual admitiría los incestos entre personas concebidas con donación de gametos. No todas las personas son conscientes del modo de su concepción. Sería posible que algunas de ellas, concebidas por donantes anónimos tuvieran progenitores comunes, o incluso que se contrajeran nupcias con el propio donante anónimo de gametos. Para evitar esto, debería instaurarse además un mecanismo de control antes de la celebración de cada matrimonio si uno de sus contrayentes fue concebido por fecundación *in vitro* heteróloga, para excluir los casos de matrimonio de medio hermanos o incluso entre los progenitores por donación de esperma y sus hijos (que aunque no lo diga la ley, en la realidad, configurarían un matrimonio prohibido por razones de prohibición del incesto).

Obviamente, que según nuestro criterio debería prohibirse la fecundación heteróloga. No obstante, de regularse, sería necesario poder detectar los casos de fecundación heteróloga antes del casamiento, como no existen registros ni deber de informar de los progenitores, a fin de evitar los incestos sería necesario (siempre gracias a la incorporación de la fecundación heteróloga en el de-

recho argentino), crear un registro de nacidos por donación de gametos de terceros, que fuera consultable automáticamente por el registro civil en todos los matrimonios, aun a falta de pedido de los contrayentes, ya que, como no existe deber de información como en el caso de la adopción, respecto del origen genético, podría suceder que una persona no conociera la forma de su concepción y por lo tanto no pudiera informarla al oficial público. De esta manera, se prevendría sanitariamente las consecuencias del incesto, pero se violaría la privacidad e intimidad de todos los argentinos que dispusieran contraer nupcias.

Aun así, no podría prevenirse el caso de incesto de las personas que mantuvieran de hecho relaciones románticas, o incluso concibieran fuera de la esfera de control que posibilita el matrimonio. Respecto de ellas no podría ejercerse el control que se ejerce en torno al matrimonio.

De este modo, se viola el derecho a la intimidad, pero se protege un fin sanitario y relativo al bien común, como lo es la prevención del incesto.

Claro está que el incesto puede suceder también en la filiación natural, pero por lo menos en esos casos la ley organiza un sistema de prevención por la veracidad biológica. En cambio, en los casos de fecundación heteróloga, el vínculo biológico no tiene publicidad.

En todo caso, se vuelve a demostrar el carácter nocivo de la incorporación de la fecundación heteróloga. Seguimos pensando, que como ha sucedido en el caso italiano, no debe incorporarse al derecho argentino, porque solo produce desatinos y riesgos.

l) Prueba genética posmortem

El tipo legal se construye sobre la base de un padre joven que muere antes que los abuelos del niño. No obstante, el caso más polémico y frecuente es el del progenitor que muere con avanzada edad (y por lo tanto los abuelos ya no existen).

m) Presunción de los convivientes

Cómo el término convivir resulta ambiguo en el nuevo Código Civil, es difícil saber su extensión, considerando que bajo el giro uniones convivenciales no se exige la cohabitación ni la fidelidad y en cambio basta el afecto y un proyecto común de vida.

Ni el afecto ni un proyecto común de vida son suficientes para habilitar una presunción de que esas personas procrearán.

n) Impugnación de la maternidad

Se quita la legitimación de los herederos del marido (Art. 588), que suponemos quedarán subsumidos en los terceros que tengan interés legítimo. Ahora bien, caben dudas de que los herederos del marido puedan ser considerados, estrictamente hablando, como terceros. Con lo cual, los herederos podrían quedar sin acción.

Se amplían los supuestos en los que la madre puede impugnar su propia maternidad, ya que antes quedaba limitada a la alegación de sustitución o incertidumbre sobre la identidad de su hijo, y ahora ya no será necesario.

Toda ampliación de los supuestos de impugnación, lógicamente debilita la fragiliza el estado de familia del hijo.

El segundo párrafo del Art. 588, se prevé una limitación temporal para la impugnación de la madre, que sin embargo no es seguro que no se preste al fraude, toda vez que el cómputo de los plazos podría comenzar “desde que se conoció la sustitución o incertidumbre” generando una ventana indefinida de tiempo.

ñ) Las denominadas “acciones de filiación”

En el Art. 589 se regula lo que antes se conocía como impugnación de la paternidad del marido, que repite en más o en menos el texto del antiguo art. 258, con la diferencia de que ya no es el padre el que tiene la acción, sino “el o la cónyuge de quien da a luz”.

La legitimación activa se ensancha considerablemente. Si hasta ahora podían impugnar la paternidad del marido el mismo marido y el hijo, con la limitación de un año desde la inscripción del nacimiento (salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto) en el caso del marido y los herederos del marido si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad (caso en el cual el plazo caduca cuando hubiera caducado el plazo del marido); *ahora la acción puede ser intentada por el mismo cónyuge, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque interés legítimo.*

Se ven afectados no solo la estabilidad del estado de familia del hijo, sino también su derecho a la privacidad del padre y del hijo, ya que cualquier tercero interesado puede contestar su estado. El plazo también se amplía por un año más: el plazo actual de caducidad son dos años, salvo en el caso del hijo que puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

Se amplía también el plazo de caducidad de la acción de negación de la filiación de un año a dos años (Art. 591, que debe compararse con el actual Art. 260).

La nueva maximización de la legitimación activa de la impugnación preventiva de la filiación fragiliza los derechos a la intimidad y privacidad familiar; así como el estado de familia del hijo. La impugnación preventiva de la filiación, contenida en el antiguo Art. 258 se desplaza al Art. 592. Creemos que debe haber un error, porque mientras que la impugnación preventiva correspondía al marido, ahora corresponde a la madre y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo. Tal amplitud en la legitimación activa fragiliza el derecho a la estabilidad y al emplazamiento privilegiado en el matrimonio, siempre y cuando se entienda que el emplazamiento matrimonial sigue suponiendo socialmente una ventaja (según los estudios comparados, el matrimonio es el medio óptimo para el crecimiento del niño, sobre todo si perdura; no obstante, ese matrimonio no es el que perfila la regulación proyectada del Código Civil).

El padre podría quedar excluido de la acción de impugnación de reconocimiento. La acción de impugnación del reconocimiento está contenida en el Art. 593 y tal vez modifique la legitimación activa del Art. 263. Si el art. 263 legitimaba a los propios hijos y a “quienes tengan interés en hacerlo” (dejando abierta la pregunta si el padre reconociente ingresaba a dicha categoría); *ahora la redacción pareciera excluir al padre reconociente, toda vez que confiere la acción a “terceros que invoquen un interés legítimo”.* De esta forma, el padre podría quedar excluido explícitamente de la legitimación.

o) Espectro de acciones para los hijos concebidos por TRA

Específicamente el Código proyectado excluye del acceso a varias acciones de filiación a los hijos concebidos por TRA cuando haya mediado consentimiento informado y libre de los padres, con independencia del “material genético” empleado.

La voluntad de los padres (el consentimiento) sería suficiente para bloquear el emplazamiento filial concordante con la realidad biológica para esos niños.

Así quedan excluidos de:

- La acción de impugnación de maternidad, que en cambio sí se garantiza a los niños concebidos por vía natural
- La impugnación preventiva de la filiación, y,
- La impugnación del reconocimiento.

En todos estos casos, los redactores han incluido específicamente al pie del artículo mencionado una fórmula que reza como sigue: “Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento informado y libre con independencia de quienes aportaron el material genético.”

Hay sin embargo una acción en la que esta fórmula no figura, lo que hace presumir que tal vez en este caso, el esposo o la esposa de la mujer que da a luz podría intentar la acción. Recordemos que la acción de negación procede solo en el caso del niño nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, por lo que tendría que tratarse de una fecundación *in vitro* previa al matrimonio. Sospechamos, empero, que debe tratarse de un error de los redactores.

Si fuera un error de los redactores, sería preferible en lugar de repetir la fórmula en el párrafo final de cada acción, agregar una advertencia general al principio.