

La determinación de la filiación en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado

Por

Natalia E. Torres Santomé¹

Una de las instituciones que más cambios ha operado a lo largo del tiempo es la institución de la filiación. Estos cambios no aparecen sólo en la reinterpretación normativa sino que las propias bases empíricas de la filiación han cambiado. Ello debido particularmente a dos variables, por un lado los nuevos modelos familiares, y por otro las Técnicas de Fecundación Asistida (TRA).

La filiación es nuestra primera identidad, pero no es la única. Esta relación entre ambos conceptos, es relativamente nueva en nuestro derecho. Antiguamente la filiación no consideraba como piedra basal el derecho a la identidad sino que su fundamento estaba en la conformación de la familia llamada legítima.

Vamos a dar un pantallazo rápido acerca de cómo ha ido evolucionando la filiación a través del tiempo, para detenernos luego en toda la problemática actual del derecho de filiación.

Originariamente, nuestro Código Civil distinguía tres tipos de filiaciones: los hijos legítimos, los hijos naturales y los hijos incestuosos, adulterinos o sacrílegos. Los hijos legítimos eran aquellos nacidos dentro de la familia matrimonial. Los hijos naturales eran aquellos nacidos de padres que podían casarse al momento de la concepción. Los hijos incestuosos eran aquellos hijos de padres con impedimento para contraer matrimonio. (ascendientes, descendientes o colaterales). Los adulterinos eran aquellos concebidos como resultado de un adulterio de la madre o del padre. Los sacrílegos eran los nacidos de padre o madre ligados por voto de castidad con alguna orden religiosa aprobada por la iglesia católica. Con estos últimos tres, el código era en extremo riguroso, ya que consideraba que no tenían padre ni madre, ni derecho a investigar la paternidad.

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Doctoranda en Derecho (UCES), profesora de grado y posgrado de diversas universidades, coordinadora académica de la Diplomatura en Derecho de Familia Niñez y Adolescencia (UCES), autora de obras y artículos en la materia.

La primera modificación legislativa respectiva suprime la categoría de sacrílegos. Luego, en el año 1954 se reforma todo el sistema de filiación reconociendo sólo dos tipos de filiaciones: la legítima (o matrimonial) y la ilegítima (o extramatrimonial)

Recién en el año 1985 se va a promulgar la ley de Filiación y Patria Potestad que pone en un pie de igualdad todas las filiaciones reconociendo idénticos derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Sin embargo, las acciones de impugnación y reclamación tienen diferentes plazos de caducidad y diferentes legitimaciones, según se trate de filiaciones matrimoniales o extramatrimoniales. Ello genera alguno de los conflictos actuales sobre reinterpretación normativa².

La evolución legislativa es un reflejo de los cambios culturales y sociales, no olvidemos que paralelamente a esos cambios se va produciendo una nueva concepción del rol de la mujer, con todo lo que ello implica dentro de la estructura familiar. Culturalmente comienza a perder fuerza la idea de la familia patriarcal, que era el sustento del código originario.

Por su parte la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario no ha realizado modificaciones formales en la regulación de los vínculos filiatorios, sin embargo resultó una verdadera revolución en los mismos. No olvidemos que nuestro Derecho de Familia está vertebralmente construido sobre la institución matrimonial. Sobre este parámetro se articulan las acciones de estado, además por supuesto de la presunción de paternidad matrimonial. La modificación de la ley 26.618 trajo nuevas situaciones en materia filiatoria. Por ejemplo lo relativo a la presunción de la paternidad matrimonial, planteándose la necesidad de extender la presunción a la cónyuge de la madre³.

Las fuentes filiatorias las encontramos en el artículo 240, que establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

A partir de allí, nuestro código establecerá las maneras de determinar la maternidad y la paternidad, diferenciando en este último caso según se trate de una filiación matrimonial o extramatrimonial.

² La legitimación activa del artículo 259 CC, o desde cuándo deberían comenzar a correr los plazos de caducidad, son algunos ejemplos.

³ En este sentido uno de los primeros fallos que puso en tela de juicio lo referente a la filiación de los hijos nacidos de un matrimonio igualitario ocurrió en el año 2011 en la CABA. Se trata del fallo "V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", EXP 40850 /0".

En el código proyectado se agrega una fuente de filiación que es la filiación por Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) El hecho de considerarla una nueva fuente filiatoria, permite determinarle una regulación diferente, propia. Se intenta así resolver el conflicto que se nos presenta actualmente con los nacimientos productos de las TRA, ya que según nuestro Código Civil vigente, ese tipo de filiaciones son filiaciones por naturaleza.

ARTÍCULO 558.- 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 puede 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.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

ARTÍCULO 559.- Certificado de nacimiento. *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.*

El código agrega además un capítulo especial para las TRA, el capítulo 2 se denomina Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y trabaja de manera especial con el Consentimiento Informado y con la Voluntad Procreacional.

ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. *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 proceda 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.*

ARTÍCULO 561.- Voluntad procreacional. *Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del*

hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado 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.

Recordemos que existen dos grandes grupos de TRA. Por un lado las técnicas homólogas, donde el material genético utilizado corresponde a la pareja gestante; y por otro las técnicas heterólogas, donde el material genético corresponde a un tercero, ajeno a la pareja o a la persona que se somete a la TRA.

Si bien el mayor problema aparece con los nacimientos producto de TRA heterólogas, se han presentado también conflictos con respecto a la implantación de embriones cuando alguna de las partes revoca o pretende revocar el consentimiento.

En este sentido, se inscribe el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala J, del año 2011⁴, donde se autorizó la implantación de embriones crioconservados, a la actora, pese a la oposición expresa del ex marido demandado.

Es que la aparición de las TRA y su incorporación a la vida cotidiana interpelean toda la concepción jurídica de persona y filiación. Obligan a un repensar términos y conceptos y ponen en cuestionamiento la normativa tradicional. El caso Artavia Murillo⁵ de la Corte Interamericana de Justicia, es tal vez, uno de los ejemplos más claros al respecto, al plantear que el acceso a las TRA constituye un derecho humano.

Nuestro país en el año 2013 asumió la necesidad de garantizar el acceso igualitario a estas técnicas, sancionando la ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida. Sin embargo esta normativa no ingresa en las cuestiones de fondo como la determinación de estado, o sus acciones.

Entre el anteproyecto de reforma de Código civil y Comercial unificado, y el proyecto aprobado en senadores, aparecen diferencias sustanciales en materia de determinación de estado y TRA.

El anteproyecto incluía la figura de la Gestación por sustitución y permitía la fecundación pos mortem:

⁴ CNCIV., SALA J, 13/09/2011, "P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas Precautorias"

⁵ CIDH, 28/11/12, "ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA".

ARTÍCULO 562 Anteproyecto.- Gestación por sustitución. *El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.*

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;*
- f) la gestante no ha recibido retribución;*
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;*
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.*

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

ARTÍCULO 563 Anteproyecto.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. *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.*

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) 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.

b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Ambas figuras han dejado de ser parte del proyecto aprobado en senadores, manteniendo como eje para la determinación de la maternidad, el hecho objetivo del nacimiento. Esto es la determinación por el parto.

Según nuestro artículo 242, que sigue la concepción romana que la madre siempre es conocida, la maternidad queda establecida por el hecho objetivo del nacimiento. Esta determinación de la maternidad opera aún en contra de la voluntad de la madre. La reforma proyectada mantiene en esencia el 242, agregando sólo un párrafo final:

ARTÍCULO 565.- Principio general. *En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si correspondiere, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.*

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas.

Ello nos remite a la ley 26.413 de Registro Civil, que fue la modificatoria del Decreto Ley 8204/63 que en el artículo 32 establece la manera de probar un nacimiento ocurrido fuera de un establecimiento médico asistencial ⁶.

En lo relativo a la paternidad, el Código Civil diferencia dos casos, según se trate de una paternidad matrimonial o de una extramatrimonial.

⁶ Ley 26.413, artículo 32, "c) Los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, sin atención médica, con certificado médico emitido por establecimiento médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo, y en su caso un certificado médico del estado puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine. Se requerirá además, la declaración de DOS (2) testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravedad de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento".

Para la determinación de la paternidad matrimonial, el artículo 243 de nuestro código vigente establece que se presumen como hijos del marido aquellos nacidos durante el matrimonio. Se trata de una presunción que opera de pleno derecho, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Como ya hemos visto, el sistema filiatorio se mantuvo sin reformas luego de la sanción de la 26. 618, sin embargo esta ley tuvo profundas implicancias en el instituto de la filiación que fue regulado pensando en una forma binaria heterosexual.

En el proyecto de reforma la presunción de mantiene inalterable, aunque se diferencia entre la filiación por naturaleza y la filiación por TRA:

ARTÍCULO 566.- Presunción de filiación. *Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.*

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.

Con respecto a la separación de hecho, el proyecto regula de manera diferente lo relativo a la filiación por naturaleza y a la filiación por:

ARTÍCULO 567.- Situación especial en la separación de hecho. *Aun faltando la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los esposos, el nacido debe ser inscripto como hijo de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial.*

ARTÍCULO 569.- Formas de determinación. *La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:*

a) *por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;*

b) *por sentencia firme en juicio de filiación;*

c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas.

En lo referente a la determinación de la paternidad extramatrimonial el artículo 247 de nuestro Código Civil, establece que queda determinada por el reconocimiento voluntario del padre o por sentencia judicial en el juicio de filiación.

La reforma proyectada mantiene esta tesitura pero también incluye las TRA para su determinación:

ARTÍCULO 570.- Principio general. *La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.*

ARTÍCULO 575.- 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, 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 que la adopción plena.

En nuestro ordenamiento actual la determinación de la filiación por naturaleza aspira a la concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico. Sin embargo ello se erige como un obstáculo insalvable en las determinaciones de paternidad y maternidad ocurridas a través de las TRA heterólogas.

Por eso el proyecto de reforma cambia la línea de determinación para estas filiaciones, y establece que su piedra basal será la Voluntad Procreacional manifestada a través del Consentimiento Informado. Ello permite correr el vínculo biológico en este tipo de filiaciones, piedra basal en las filiaciones por naturaleza, y exige entonces una regulación diferente.

Entre los cuestionamientos que plantea la discordancia entre el nexo biológico y el jurídico, se encuentra lo relativo al Derecho a la Identidad, de la persona nacida por TRA heterólogas. El proyecto prevé la posibilidad de acceso a la identidad del donante en caso de causas debidamente acreditadas en un proceso judicial.

ARTÍCULO 564.- Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. *La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.*

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.

El proyecto de reforma de código intenta venir a dar respuestas a los conflictos que este nuevo mundo nos plantea. Conflictos con bases empíricas que a veces exceden en mucho la imaginación, pero que hacen al mundo real de personas reales. Entendemos que para ellas debe trabajar el Derecho, legislando, protegiendo, garantizando. Ese es el desafío, un Derecho para las familias de hoy. Un Derecho inclusivo e incluyente.