

LIBRO SEGUNDO: RELACIONES DE FAMILIA

TEMA 1: VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El Estatuto sobre los Vicios del Consentimiento se ve afectado irrazonablemente por la Ley N° 26.743 de los Derechos a la Identidad de Género de las Personas y por el Decreto 1007/2012 (2/7/2012), sobre la rectificación registral de sexo y cambio de nombre/s de pila e imagen.

Se aclara que se utilizarán los mismos argumentos de la Tesis Doctoral de la Dra. Alicia García de Solavagione sobre cambio de sexo y soluciones registrales, la que se basó en el supuesto de personas operadas quirúrgicamente, esto es, ya reasignadas sexualmente, especificando que la base en que se asientan las instituciones del derecho familiar, están íntimamente vinculadas con la registración de las personas, de la que surgirán los Estados de Familia.

Habiéndose dictado una ley, como la 26743 y el decreto 1007/2012, el panorama se ha complicado irrazonablemente pues una persona puede solicitar la rectificación del Acta de nacimiento, respecto al sexo, nombre de pila e imagen, **mediante una simple SOLICITUD**, en la que manifiesta encontrarse amparada por la presente ley. No se requiere en ningún caso acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico. El procedimiento a seguir está en el art. 6, con el agravante que se indica: “Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadora y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”. Se procede así, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a **EMITIR UNA NUEVA PARTIDA DE NACIMIENTO AJUSTANDOLA A DICHSO CAMBIOS**.

Obsérvese que en Europa se han dictado sentencias que precisan que la modificación del estado civil no tendrá carácter retroactivo, para no atentar contra actos y situaciones jurídicas anteriores. Vaya como ejemplo lo expresado por G. EISENRING en “Criterios Configuradores del Sistema Matrimonial Suizo”: “En Suiza los tribunales reconocen un cambio de sexo y permiten la correspondiente rectificación del Registro de Nacimientos, con efectos “ex nunc” (a futuro).¹

Antes de que la ley entrara en vigencia, era necesario solicitar el cambio por vía judicial. Y una vez ordenada judicialmente la rectificación del acta de nacimiento del sujeto transexual, como lógica consecuencia, se producirán efectos civiles posteriores: matrimonio, adopción, posible inseminación artificial, etc.; procederes que, cierto sector doctrinal intenta desvincular de los aspectos biológicos o sexuales de los individuos bajo el argumento de interpretar pragmáticamente el concepto de familia. En uno de los votos particulares en el caso Botella c / Francia, se insiste en las consecuencias de la admisión de la demanda: otro aspecto de importancia considerable para los estados que como Francia, tienen una legislación sobre el estado civil muy precisa, la consecuencia de la rectificación es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo de origen que el suyo.

A nuestro entender, si bien es cierto que el individuo tiene derecho a desarrollar su personalidad, ese atributo está limitado por la propia realidad, pues la sociedad está en su derecho a proteger determinado modelo de matrimonio, que como todo acto jurídico lícito debe estar exento de tachas esenciales que ocasionen un daño importante, insusceptible de ser enmendado sino con la nulidad del acto.

Sucede que si contrae matrimonio luego de haberse ordenado, judicialmente o extrajudicialmente como ahora, la modificación del asiento registral, el co-contraente debe

¹ **Elósegui Itxaso, María:** obra citada, pág. 16. Véase G. Eisenring, “Criterios Configuradores del Sistema Matrimonial Suizo.” Actas del V Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado, 1990, 6: “La ley considera como matrimonio *non existens* el caso de dos personas del mismo sexo que atentan a contraer matrimonio. Así también una persona casada, cuyo sexo ha sido alterado posteriormente, puede pedir la enmienda del Registro Civil, solo después del reconocimiento de la invalidez o divorcio de su matrimonio”. C. Hegnauer, *Grundriss des Eherechts*. 2° edición, Berna, 1987, 63. A. Hausheer & R. Reusser & Th. Geisser, *Kommentatur zum Eherecht*. Bd., I Bern, 1988, 29.

tomar conocimiento fehaciente de la preexistencia de esa rectificación, de lo contrario sería causal de nulidad del matrimonio por existir Error sobre las Cualidades Personales del Novio/a, si se prueba que no habría habido consentimiento de haberse conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión contraída: es el llamado *error qualitatis*. Uniones celebradas creyendo soltero a quien era viudo o divorciado, anomalías o desviaciones sexuales de importancia, el ocultamiento de la esterilidad, ejercicio de la prostitución, estado de gravidez causado por un tercero, son algunos de los casos previstos por leyes extranjeras y que afectarían según la doctrina, la validez misma del matrimonio. Vicios del consentimiento que no pueden ser tutelados judicialmente por constituir actos u omisiones dolosas, en los términos del art. 933 del Código Civil.

Si no hubiera error y no se solicita la nulidad, el matrimonio quedaría consolidado. Al respecto es muy ilustrativo el criterio del maestro, Dr. Cafferata en su obra: “Nulidad Matrimonial y Constitución Nacional”.

Sostenemos conforme a nuestro trabajo doctoral, que al sujeto que cambió de sexo, **bajo ciertos resguardos, le asiste el “ius connubii” es decir, no consideramos que sea un sujeto incasable. Sin embargo estimamos que el operador del Derecho deberá extremar los recaudos legales y registrales (o administrativos) para asegurar el derecho del transexual a ser reconocido en su documentación con el sexo psíquico y el rol de género con el que se identifica, pero a la vez verificar la inexistencia de hechos u ocultamientos graves tendientes a engañar al connubio. Esa protección se debe dar en esta instancia y dada la actual coyuntura social, falta de evolución científica y tecnológica y absoluto desconocimiento del fenómeno transexual, a través de las medidas registrales que adopte el juzgador para rectificar el Acta de Nacimiento del individuo².”**

Con la Ley de Identidad de Género ha quedado definitivamente soslayada la referencia al dato registral referido al “sexo”, pues no se considera necesario. Pero ello no soluciona el problema del consentimiento que se brinda para contraer matrimonio válido.

No obstante, vale recordar:

1º) –Que las constancias obrantes en las partidas del Registro Civil, constituyen la prueba del estado civil de las personas, que solo pueden ser suplidas por otras en caso de que no hayan existido o hubiesen desaparecido los libros del Registro. Dado su trascendencia como prueba preconstituida del Estado Civil, y sin perjuicio de que su exactitud pueda ser impugnada judicialmente para obtener su rectificación, la ley impone el deber de inscribir los HECHOS del Estado Civil. Toda inscripción registral de reasignación sexual, **DEBERÍA** ser resuelta y ordenada a través de un procedimiento legal, con lo cual sostenemos que la ley de Identidad de género es de dudosa constitucionalidad.

2º) – Si bien el Registro Civil tiene gran interés para el individuo al preconstituir la prueba de su estado civil como señalamos en el punto anterior, tiene evidente trascendencia para todos los que se vinculan afectivamente con otra persona a fin de comprobar datos como la edad y el sexo que pueden interesarle en particular. Y al Estado le interesa obtener datos ciertos de todos los ciudadanos. Esta evidente trascendencia social no puede cumplir su propia función más que por medio **de la publicidad de los asientos registrales.**

3º) – Por lo tanto, si se tiene en cuenta el contenido posible de los asientos registrales, que pueden referirse a las más variadas circunstancias de cada individuo en relación con toda su vida, se advertirá una inmediata contradicción entre la publicidad registral y la intimidad de la persona: así en torno al Acta de Nacimiento puede resultar el carácter de la filiación (matrimonial, extramatrimonial, adoptiva o desconocida), situación que surge asimismo respecto de las Actas de Matrimonio (nulidad, divorcio vincular o separación personal y las causales, etc.). Argumentos que, armonizados con lo reseñado en el conjunto de este trabajo, nos llevan a considerar correcta la rectificación registral: el sexo integra el estado civil de las personas y como derecho inherente a la personalidad, sería atentatorio contra este principio mantener una inscripción registral que ya no refleja la actual realidad. **No obstante ello consideramos apropiado la fijación de una anotación marginal que consigne el**

² **García de Solavagione, Alicia: “Transexualismo. Análisis Jurídico y Soluciones Registrales”.** Ed. Advocatus, Córdoba, 2008, p. 225.

cambio de sexo, a fin de que aquellas personas que tengan un interés legítimo puedan conocer previamente esta circunstancia, por lo menos.

4º) – IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL CONNUBIO. El viejo art. **172 del Código Civil** disponía: “Es indispensable para la existencia del matrimonio, **el pleno y libre consentimiento** expresado personalmente... ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de algunos de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe”. El consentimiento matrimonial es la expresión válida de la voluntad recíproca de los contrayentes, no existiendo sin la libre manifestación de esa decisión. Observamos que la norma dispone que el consentimiento de los contrayentes tiene que **ser “pleno y libre”**. Ello en cuanto implica tener todos los elementos del acto voluntario fijados en el art. 897 del mismo plexo legal, no pudiendo estar sometido a plazo, término, condición o modalidad alguna; y “libre” pues como lo estipula el Art. 175: “Vician el consentimiento, la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que quien lo sufrió, no hubiera consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El Juez valorará la esencialidad del error, considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega”. En nuestro estudio sería por ejemplo la imposibilidad de procreación, esto es: la infertilidad que padece el transexuado.

La teoría de la especialidad de las nulidades matrimoniales con independencia del que organiza el Código Civil a pesar de la sanción de la Ley 23.515, se mantiene en la actualidad pues responde más ajustadamente al concepto, fuente y valoración del matrimonio y a la correlativa singularísima trascendencia de su ineficacia (opinión de Josefa Méndez Costa y D’Antonio, Daniel Hugo) **por lo tanto se debieran integrar estas nociones sobre la validez del acto matrimonial, como condición previa al dictado de una ley como la 26.743.**

El error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, colisiona con la ley **26.743** de Identidad de Género, en sus arts. 4, 6,7 y 9, pues, reiteramos, "Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadora y en el documento nacional de identidad expedida en virtud de la misma".

De la citada normativa, también de dudosa constitucionalidad, surge que sin necesidad de ninguna cirugía de reasignación sexual, ni tratamientos hormonales anti-virilizantes o feminizantes, ni transformaciones parciales del cuerpo, la persona adquiere un nuevo nombre, consignándose el sexo con el que se siente psicológicamente identificado (la denominada "Identidad de género"), no coincidiendo su aspecto exterior con su sexo morfológico.

Solo completando una solicitud requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento, se obtiene la modificación del asiento del nacimiento, lo que origina, a nuestro entender **carencia de certeza jurídica**. Así las cosas, la ley le otorga una nueva identidad legal, y según el art. 9º: "Confidencialidad: sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con AUTORIZACION DEL TITULAR DE LA MISMA O CON ORDEN JUDICIAL POR ESCRITO Y FUNDADA", con lo cual el matrimonio podría ser anulable por esta razón.

El Estado de esta manera convalidará matrimonios nulos, por someter el consentimiento de uno de los contrayentes a errores que lo hacen vicioso en ese sentido. Este tema se encuentra agravado, pues nuestro país debiera tener un sistema de Registración de excelencia, para dar certeza jurídica en las relaciones familiares. **El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas**, decisivo en el Derecho de Familia al crear los "Estados de Familia", **no cuenta con infraestructura para absorber los cambios propuestos**. Su función es decisiva pues será quien deba emitir UNA NUEVA PARTIDA DE NACIMIENTO SIN ALUDIR AL CAMBIO DE SEXO PRODUCIDO. **Conclusión:** O se deroga la ley de Identidad de género N° 26.743 o se reformula el estatuto de los vicios del consentimiento. Son incompatibles ambos postulados. El Estado no puede prohijar matrimonios nulos ab initio, sin dejar de reconocer que la ley es audaz y, elaborada correctamente por sus autores, hubiera solucionado el tema de los transexuales. Tal como se redactó, complicará aún más el complejo panorama de los trasgéneros.

Ahora se interpreta el porqué del art. 408. Cuando reza en el encabezamiento: “El consentimiento matrimonial puro y simple”, lo hace para escapar del Estatuto de los Vicios en la expresión de Voluntad Matrimonial!!!! Por lo tanto, sustentar el artículo 409 es contradictorio.

Una posibilidad es que la persona que haya cambiado de sexo, sea casada con anterioridad a la rectificación de los datos de su nacimiento, y otra hipótesis es que la misma le oculte a su pareja su anterior estado registral el que coincide con el necesario ariete biológico.

En este orden de ideas que **Graciela Medina**³, recientemente ha dicho: **“El cambio de sexo en los documentos de identidad y en las partidas, no produce ningún efecto sobre el matrimonio, en cambio en la legislación italiana, la rectificación de atribución de sexo, provoca la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa, en definitiva la resolución judicial de concesión se configura como una nueva hipótesis de disolución matrimonial.**

Por su parte, en la legislación alemana, uno de los requisitos para la tramitación de la solicitud, es no estar casado. La ley prevé que si la cirugía de reasignación sexual se hubiera realizado con anterioridad a su entrada en vigencia, la entrada en vigor de la ley produce la disolución del matrimonio.

En nuestro derecho, la adecuación del sexo o del nombre de pila no cambia el estado de casado de la persona, pero consideramos que puede ser una causal de divorcio o de nulidad de matrimonio”.

Magistralmente expresa la jurista mencionada: **“La nulidad del matrimonio se producirá si se dan los supuestos del error, y el divorcio a nuestro juicio, puede ser solicitado, por la causal de injurias graves. Reconocemos que esta posición es criticada en doctrina, porque el ejercicio de un derecho fundamental, no puede ser causal de injurias, pero no encontramos otra solución para la persona heterosexual u homosexual que se caso con alguien teniendo en cuenta su sexo y éste haciendo uso de la autonomía de la voluntad, lo cambió. Evidentemente, no se le puede negar al cónyuge del transgénero el derecho de pedir el divorcio por el cambio de las circunstancias. Advértase que en materia de injurias, no hace falta la intención de injuriar, para que se constituya la actitud como causal de divorcio. Así por ejemplo, la infidelidad constituye injuria aún cuando el engaño no hubiera sido realizado con intención de injuriar. En el mismo sentido pensamos, que el cambio de sexo y nombre en la partida de nacimiento, constituye una causal de divorcio. De lo contrario, quedaría librado al arbitrio del transgénero el querer divorciarse o no de su cónyuge, con las consecuencias patrimoniales que esto acarrea en un régimen de comunidad legal y forzosa como el que existe en la actualidad en la Argentina”.**

Jorge A. Frías⁴, en su obra “El error en las cualidades de la persona causa nulidad matrimonial”, citando a Roguin, efectúa estas atinadas reflexiones: “Por lo mismo que el matrimonio es un acto importante, es necesario anular aquellos que son resultado de una superchería escandalosa. **Nada más tonto, en verdad, que deducir del rol capital del matrimonio la necesidad de mantener una unión profundamente viciada”.**

TEMA 2: FILIACION

COMO ABORDA EL PROYECTO DEL 2012 LA CUESTION DE LAS FILIACION

En primer lugar, se observa cierta desprolijidad en su tratamiento. La cuestión filiatoria es extremadamente sensible para los ciudadanos argentinos, a nadie le resulta ajeno. Una mirada

³ **Medina, Graciela:** “Comentario exegético a la Ley de Identidad de Género”. Suplemento Especial La Ley. Identidad de Género. Muerte Digna. Mayo 2012. págs. 54/55.

⁴ **Frías, Jorge A:** “El error en las cualidades de la persona causa de nulidad matrimonial”. Imprenta de la Universidad. Córdoba. República Argentina. 1939, pág. 79.

superficial del tema, nos lleva a pensar que sólo se ha contemplado la necesidad de ciertas elites sociales que buscan acceder a hijos de cualquier manera. El peculio, las clínicas especializadas en prácticas de reproducción humana asistida, todo lo que se mueve alrededor de la creación de un hijo “a la carta”, ejercen una decisiva influencia sobre la materia. **Razón por la cual, expresamos que en materia filiatoria, se legisla para ELITES social y económicamente poderosas**, lejos de la realidad de provincias argentinas que presentan culturas filiatorias diferentes (y patrimonialmente más débiles).

La pregunta que se impone: ¿Es la misma situación la del hijo nacido de una unión de dos personas de pueblos originarios, por ejemplo en Salta o Jujuy, entre pobreza y marginalidad, que la del niño que se gesta en parejas que utilizan estos métodos costosos de manipulación, instrumentalizando niños egoístamente y con la eventualidad de **SELECCIONARLO por color, raza, sexo, nivel intelectual, posibles enfermedades?** ¿Es esta forma filiatoria admitida en nuestras costumbres locales? ¿No se desnaturaliza el sentido que tiene traer hijos al mundo?

Tan ajenos nos encontramos frente a esta problemática que un estudio reciente de UNICEF, difundido por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, informa que uno de cada mil niños/a y adolescentes se encuentra **sin cuidados** parentales en la República Argentina. Según el informe, las jurisdicciones que cuentan con mayor cantidad de niños en esta situación de vulnerabilidad son la provincia de Buenos Aires con 5958, Chaco con 1251, Córdoba con 1107 y Buenos Aires con 1029. En Córdoba la principal causa de falta de cuidado es la violencia, como en el resto del país⁵. Las políticas públicas debieran canalizar las energías para frenar prioritariamente estas situaciones de la niñez desvalida.

En suma, aceptamos que debe ser legislado este tipo de prácticas de Reproducción Humana asistida, pero bajo ciertos resguardos. Así lo sostuvimos en las Jornadas de Derecho Civil de 2011 en Tucumán: “Incidencia de la ley 26.618 en del Derecho de Familia”:

De lege ferenda: “La admisión de matrimonios entre personas del mismo sexo debe estar acompañada de una legislación sobre los tratamientos de reproducción humana asistida” (por mayoría).

Más allá de esta conclusión, también se resolvió por **Unanimidad**, *de lege lata* (como criterio hermenéutico) y de *lege ferenda* (como principio que guíe la legislación que se formule), aquilatar el principio de “Unidad de la Filiación”. Se sostuvo: **“Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la Unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”**.

Análisis efectuado por artículos.

En el título V “Filiación”, capítulo 1 “Disposiciones generales”, se trata las fuentes de la filiación⁶. El art. 558 las contempla, incorporando la filiación por reproducción humana asistida.

En primer lugar la fecundación asistida **no es fuente** de filiación diferente a la natural, pues ya sea que se efectúe con material homólogo de la pareja o heterólogo, parcial o total; siempre habrá material genético humano implicado.

La diferencia está en la manera en que se ha producido la concepción. Azpiri⁷ asiente con nuestro criterio al expresar: “En el primer supuesto surgirá a partir de la relación sexual y en el segundo por la técnica médica”. **“Entiendo que las técnicas de reproducción humana asistida no constituye fuente de la filiación**. Ello es así porque en la filiación por naturaleza se ha producido la concepción mediante la conjunción de un óvulo con un espermatozoide y ese proceso biológico también ocurre cuando se utiliza una práctica médica como la que menciona el artículo”. Asimismo Azpiri efectúa una diferenciación: “La verdadera cuestión referida a la filiación se presenta cuando ha

⁵ Comercio y Justicia, 15 de junio de 2012, p. 14.

⁶ El art. 558 expresa: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, 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”.

⁷ Azpiri, Jorge O.: “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año 4, Número 6. Julio de 2012. La Ley. p. 115 y 116.

mediado una técnica de procreación con material total o parcial heterólogo, porque en ese supuesto, al no coincidir el aporte genético con la pretensión de establecer el vínculo filial, pasa a cobrar importancia la **voluntad procreacional**. En suma, no será la técnica de reproducción humana asistida la fuente de la filiación **sino dicha voluntad** cuando no exista coincidencia genética entre las personas que desean asumir el vínculo filial con quien ha nacido a través de esas técnicas”.

Al respecto en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se sostuvo *de lege lata y ferenda* que: **“La voluntad procreacional NO ES FUENTE autónoma suficiente para fundar el estado de familia”** (32 votos por la afirmativa; 17 votos por la negativa).

Tal como quedó redactado en el Proyecto, entendemos que la fuente de este tipo de vínculo es la VOLUNTAD DE LAS PARTES, Y NO LA PRÁCTICA MÉDICA DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, con lo cual debiera modificarse el art. 558 en ese sentido. **Esta Comisión, siendo consecuentes con la postura asumida en Tucumán, considera que esa “Voluntad de gestar”, por sí sola, no es suficiente para crear vínculos filiales.**

Capítulo 2: Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

El art. 560⁸ contempla el consentimiento de los intervinientes en la práctica y el 561⁹, la voluntad procreacional. En los fundamentos del Proyecto se refieren a este nuevo concepto-componente determinante de la filiación-, cuando expresa sobre la voluntad procreacional, que es: “Elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por el recurso a esas técnicas, destacándose la total independencia con relación a si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de un vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”.

Azpiri¹⁰, autor al que seguimos en este punto, opina: **“Más allá de mi desacuerdo con esta forma de establecer la filiación ya que el mismo objetivo se puede obtener con la adopción de integración, lo cierto es que la norma sólo brinda amparo al hombre o mujer que han otorgado el consentimiento respecto del hijo que ha dado a luz una mujer. Por una parte, es posible acotar que, a diferencia del criterio rector en la ley 23.264 que ponía el acento en la determinación de la filiación del hijo para hacerla coincidir en la medida de lo posible con el vínculo biológico, la solución legal proyectada centra su atención en la situación de los adultos que han expresado su voluntad, cambiando el eje de la protección legal”.**

Con ello, el jurista citado quiere significar que no se han contemplado otras hipótesis, descartando que la voluntad procreacional permita establecer relaciones filiales respecto de DOS HOMBRES, puesto que siempre habrá una mujer que alumbró. Y esto es así toda vez que, de acuerdo al art. 558, **ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales** cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Así sostiene: “La voluntad permite crear vínculo filial con el hombre o mujer de **quién ha alumbrado al hijo**, dando respuesta a una sola situación posible ya que parte de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo. Tal es el sentido que resulta del adverbio “también”. Finalmente remarca la omisión ejemplificando: “El hombre aunque haya prestado su voluntad procreacional NO PODRÁ ASUMIR EL VÍNCULO FILIATORIO CON EL

⁸ Art. 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 procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.

⁹ Art. 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”.

¹⁰ Azpiri, Jorge O.: ob. cit, p. 116.

NACIDO DE UNA MUJER GESTADO A PARTIR DEL APORTE DE SEMEN DEL OTRO HOMBRE Y LA ÚNICA ALTERNATIVA QUE LES QUEDA ES LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”, agregamos nosotros, y la adopción.

El art. 560 estipula que será el centro de salud quien deberá recabar el consentimiento exigido para perfeccionar el acto. Sostenemos que, en consonancia con lo tratado en el Congreso citado, en caso de que se regularan las técnicas de fecundación artificial, debería constar de modo indubitable y explícito en todos los ordenes del derecho civil, **LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA** (no mancomunada) del médico o profesional interviniente en el proceso de fecundación. (30 votos por la afirmativa; 9 por la negativa)¹¹. El autor de la propuesta considera que tanto los legisladores y jueces no deben olvidarse que la principal responsabilidad sobre la paternidad debería atribuirse al científico, es decir, **a quien unió los gametos**; y que esa imputación legal de la paternidad sobre el médico, tenga una imputación concreta en lo atinente a los alimentos, derechos hereditarios, etc.

Hechas estas precisiones, veamos la opinión de los doctrinarios respecto a las prácticas de fecundación artificial y la introducción de la “voluntad procreacional” como fuente de filiación. El que introdujo esta noción fue el jurista Enrique Díaz de Guijarro¹², quien reflexiona sobre la necesidad de discernir los tres elementos que aglutina este tema de la procreación:

- 1) la voluntad de unión sexual;
- 2) la voluntad procreacional;
- 3) la responsabilidad procreacional.

La voluntad procreacional y su relación con la reproducción humana asistida.

Breve reseña doctrinaria.

Las prácticas de fecundación asistida disocian la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales o afectivos. Se estimula la idea del “derecho al hijo” a toda costa.

Loyarte¹³ expresa: “Ciertas personas creen que las libertades que ofrecen las variadas gamas de intervenciones biomédicas les dan derecho a todo. Pero entre el deseo y el derecho hay una enorme distancia”.

1º) María Josefa Méndez Costa:

“Puede objetarse que las normas de una legislación determinada(sobre inseminación artificial y fecundación extracorpórea) no significarían aplauso, apoyo o fomento de la inseminación heteróloga o de la fecundación extracorporal, pero sí significarían admitir que son hábiles para determinar una filiación, en contra natura y en contra de la exclusividad de la paternidad-maternidad matrimonial que corresponde a los esposos; dejar la determinación de la filiación a la voluntad de los cónyuges, al margen del acto procreacional; conferir trascendencia jurídica expresamente a un negocio (el acuerdo de los cónyuges) contrario a la moral y a las buenas costumbres, pauta fundamental orientadora de la autonomía de la voluntad”.¹⁴ “El principio de la unidad de la filiación está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Nacional: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre **ni de nacimiento...**” (p. 137).

2º) Mauricio Luis Mizrahi:

“Las normas proyectadas no responden al Interés Superior del Niño. (...) Basta una rápida lectura de los preceptos para comprender de inmediato que el ***verdadero interés privilegiado es el del adulto que aspira a procrear, subordinando entonces a este interés***-elevado a categoría casi suprema- los derechos del niño que ha de nacer conforme a estas prácticas”; “Incluso, van de contramano a una

¹¹ **Chiesa, Pedro José María:** “*El principio de causalidad en la imputación jurídica de la paternidad y maternidad de personas humanas cuyo origen es artificial*”; ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 6, San Miguel de Tucumán, 2011.

¹² **Díaz de Guijarro, Enrique:** “*La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*”. Jurisprudencia Argentina, 1965-III, sección Doctrina, p. 21 y ss.

¹³ **Loyarte, Dolores - Rotonda, Adriana E.:** “*Procreación humana artificial: Un desafío bioético*”. Ediciones Desalma, Buenos Aires. 1995, p. 183.

¹⁴ **Méndez Costa, María Josefa:** “*La filiación*”. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 1986, p. 205.

reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Federal; la que ha sostenido- invariablemente en los últimos tiempos- que el interés primordial de los niños orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos; razón por la cual se requiere adoptar medidas especiales para su protección en atención a su condición de vulnerabilidad”; “En las técnicas de reproducción humana asistida se está frente **a la creación de una nueva vida**, y no ante un caso en que se busca la reparación de una situación de desamparo existente. Así las cosas, si de crear vidas se trata, **el Estado tiene el deber** -cuando se está fuera del ámbito de la procreación natural emergente de la relación sexual- a que ese nacimiento se produzca en *condiciones óptimas*, y ello precisamente por lo antes indicado; o sea, *la prioridad* que tiene el niño por encima del deseo del adulto de procrear”; “Desde la referida perspectiva, las técnicas en análisis tienen que ser sólo autorizadas cuando se concentre en una **MISMA PERSONA** el acto de procreación, gestación o engendro y el cumplimiento de las funciones materna o paterna, respectivamente.

“La desbiologización resulta atinada para dar una justa solución a situaciones de hecho, pero **NO DEBE SER PROVOCADA DELIBERADAMENTE**. No creemos que se preserve el interés superior del niño si, tras invocar el derecho a la procreación, desdoblamos la maternidad (entre la genética y la gestante) o la disociamos entre tres personas (la genética, gestante y la madre “social” con voluntad procreacional)”; “Existe un derecho del niño para que, en principio, nazca mediante *un acto de amor* (o de placer, si se quiere), pero no por una acción médica”. “El fraccionamiento de la maternidad y paternidad (y la privación al hijo de una de las líneas filiatorias) que generan estos nuevos tipos familiares, constituyen sin duda **UN EXPERIMENTO SOCIAL, del que todavía no han surgido conclusiones válidas (...), todavía navegamos en aguas de lo conjetural**”.¹⁵

3º) María Magdalena Galli Fiant.

“No nos enrolamos en una posición *biologicista* que pregone el reconocimiento de efectos jurídicos **sólo** a la filiación por naturaleza”; “La existencia de métodos científicos adecuados para asistir a quienes no pueden gestar una nueva vida a través de la relación sexual, siempre que no implique manipulación o selección genética contraria a la dignidad de la persona humana, **es apreciable como alternativa**, y esperamos que sea accesible a todos, sin limitaciones económicas. Pero rechazamos la instrumentalización de un niño como medio para la satisfacción de expectativas de los adultos. **La generación de una nueva vida humana a la medida de los requerimientos de quienes desean ser padres, sumada a la eliminación del nexo biológico como fuente de lazos filiatorios, resulta a todas luces INCONSTITUCIONAL** en cuanto limita el derecho del niño- y también de aquel que ha dejado de serlo- a conocer a sus padres y, en la medida de lo posible, ser criado por ellos, que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su art. 7º”. “Toda regulación legal que modifique directa o indirectamente el régimen de filiación debe mantener la vigencia y respeto de los principios que hemos destacado. **Por ello, la admisión de soluciones legales que fundamenten los vínculos jurídicos de paternidad o maternidad en la SOLA VOLUNTAD (voluntad procreacional), borrando las huellas de la realidad biológica que toda persona- y todo niño en forma privilegiada- tiene derecho a conocer, ES CONSTITUCIONALMENTE REFUTABLE Y AXIOLÓGICAMENTE CUESTIONABLE**”.¹⁶

4º) Francisco A.M. Ferrer

En el acápite sobre los principios orientadores de una eventual regulación legal de los métodos de procreación asistida, refiere el autor santafesino: “La prioridad del interés del hijo que se pretende crear; su interés físico, psicológico, moral, jurídico, debe afirmarse como criterio prevaleciente para resolver los conflictos en esta materia. El derecho del nasciturus está constituido por su derecho a venir al mundo en condiciones óptimas, lo que significa que tiene derecho a una familia idónea para la formación de su personalidad, entendiendo sociólogos y psicólogos por familia idónea una familia estable y con la doble figura genitoral, paterna y materna. Este principio está consagrado en los arts. 7 y 8 de la Convención internacional sobre derechos del niño, ratificada por ley 23.849/90, con jerarquía

¹⁵ **Mizrahi, Mauricio Luis**: “Observaciones al Proyecto en materia de filiación”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 6. Julio de 2012. La Ley. p.124, 125 y 126.

¹⁶ **Galli Fiant, María Magdalena**: “Reformas legales y su impacto en la filiación”. “Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618” Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 2010, p.123, 124 y 125.

constitucional. De aquí cabe deducir que el interés del hijo a vivir en una familia organizada sobre la base de una pareja heterosexual debe prevalecer sobre el interés y aspiración del individuo a tener descendencia”.¹⁷

5º) Eduardo A. Sambrizzi

“La procreación asistida no constituye una fuente distinta a la filiación por naturaleza. Ello es así, ya que tanto en ese supuesto como en el de la relación sexual natural, es la naturaleza la que actúa para producir la concepción (...). Lo que sí constituye una nueva forma de filiación en los supuestos en que el niño nace mediante una de las técnicas de procreación asistida, es la denominada *voluntad procreacional*, que constituye una creación del Proyecto, sin antecedentes en nuestra legislación, y que lleva a conclusiones inaceptables”. “La voluntad procreacional no constituye una pauta valiosa para la determinación de la maternidad o de la paternidad en la procreación asistida (...). No debe por otra parte olvidarse que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en importante medida el Orden Público, que no deja casi margen para la actuación de la voluntad de las personas involucradas”. “Queda claro que el sistema propuesto deja de lado el factor seguridad jurídica en materia de filiación”.¹⁸

6º) Roberto L. Andorno

“Téngase en cuenta que aquí también está en juego una cuestión más grave que la manipulación del embrión individual. Se trata del futuro mismo de la especie humana. Por ello, no es difícil advertir la magnitud de los riesgos que contiene la selección de los hombres del mañana a través de la **nueva eugenesia** que supone la FIV. Y en este punto, cabe hacerse algunas preguntas: ¿quién ha atribuido a los equipos médicos la facultad de decidir qué caracteres físicos o biológicos deben alentarse y cuáles, por el contrario, deben desaparecer en la sociedad del mañana? ¿Sobre la base de qué criterios, si es que los hay, pueden decidir quiénes son “mejores” y quiénes son “peores”? ¿Quién asumirá los daños irreversibles que se cometan en este campo?”; “la procreación heteróloga es distinta (de la adopción), en cuanto supone provocar deliberadamente el nacimiento de hijos que, desde el principio, van a estar privados de su padre biológico. El niño va a tener un padre legal y un padre biológico que, en principio, queda en el anonimato. Los psicólogos tienen una posición sumamente crítica con respecto a este desdoblamiento, que consideran nocivo para la salud psíquica del hijo (los psicólogos hablan del “crimen simbólico del padre o “el vacío de la ascendencia” que esta práctica genera). Al mismo tiempo, el empleo de gametos de terceros anónimos supone desconocer el derecho del niño a su propia identidad biológica, a lo más íntimo de su propio ser como es su origen. NUEVAMENTE, ESTAMOS FRENTE A **UNA COSIFICACIÓN DE LA PERSONA, ESTA VEZ POR EL CORTE DE SUS RAÍCES BIOLÓGICAS.**” (...) ”Los principios constitutivos de nuestro derecho civil no son favorables al empleo de gametos de terceros.... Tal práctica afecta el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas (art. 845 y conc. del CC). Ello supone disponer, por acto privado, del estado civil del niño por venir, quien se verá privado, desde el comienzo y en forma deliberada, de sus ascendientes. El interés de los hijos que vendrán al mundo por esas técnicas exige que la ley que se dicte excluya las técnicas heterólogas. Se trata de evitar la pluralidad de padres/madres (padres biológicos, padres legales, madres uterinas, etc.)¹⁹.”

7º) Eduardo A. Zannoni

“Más complejas aún son las cuestiones que suscita la inseminación artificial heteróloga, es decir, con semen de un tercero o donante. (...) Podrá responderse que aquí opera, en modo relevante, la llamada por Díaz de Guijarro *voluntad procreacional* que corresponde al marido y no al donante del semen fecundante, que lo proporcionó sin pensar en ese hijo, con un “fin impersonal” (como quien

¹⁷ **Ferrer, Francisco A.M.**: “Procreación Asistida. Panorama Jurídico”.59 Colección Jurídica y Social. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe.1995, p. 28.

¹⁸ **Sambrizzi, Eduardo A.**: “Apuntes sobre filiación en el Proyecto”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 6. Julio de 2012. La Ley. p.129/130.

¹⁹ **Andorno, Roberto L.**: “El derecho argentino ante los riesgos de cosificación de la persona en la fecundación “In Vitro”, de la obra: “El derecho frente a la procreación artificial”. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1997, p. 63.

dona algo de su sangre al banco de sangre de un hospital). Pero a pesar de los esfuerzos del distinguido tratadista no hemos podido convencernos que la presunción *pater is est* se funde **SOLO EN LA VOLUNTAD PROCREACIONAL**. Esta puede constituir un medio saludable para impedir al marido desconocer la paternidad del hijo voluntariamente asumido al consentir la inseminación heteróloga de su esposa, pero, en términos generales, en su sentido tradicional, la paternidad **NO SE FUNDA EN LA VOLUNTAD DE PROCREAR** SINO EN UNA ATRIBUCIÓN QUE PRESUPONE RELACIONES SEXUALES EXCLUSIVAS, ello es coitos fecundantes exista o no la mentada voluntad procreacional en cada uno de ellos”.²⁰

NUESTRA PROPUESTA :

Incorporar la Fecundación Artificial requiere un profundo debate, pues dependerá de las condiciones de los solicitantes para que la filiación sea acorde a las normas que la regulan. No es aconsejable despedazar toda la secuela progresiva de buenas leyes que hubo en el país, so pena de imponer drásticamente una técnica que, **asentimos**, debe ser regulada correctamente. Ello implica:

A) Posicionarnos en cada caso concreto, para poder legislar de manera diferenciada, en los supuestos de que el solicitante sea sólo uno; si los interesados están casados; están unidos convivencialmente; sean parejas heterosexuales; uniones homosexuales; pues de esta manera se tendrá una solución para cada hipótesis. **No luce correcto dar el mismo tratamiento** si se está frente a personas que requieren la fecundación artificial con material propio (homóloga) a quienes utilizan el material de terceros (heteróloga).

Si la decisión política es incluir estas prácticas por estar ya siendo llevadas a cabo en la actualidad, la forma que ha de abordarse la filiación deberá contener la siguiente clasificación y su pertinente tratamiento legislativo DIFERENTE:

- I) Filiación natural: a) matrimonial;
b) extramatrimonial.
- II) Filiación adoptiva: a) plena;
b) simple.
- III) Filiación artificial: a) inseminación artificial con semen del marido;
b) inseminación artificial con semen de un tercero (con o sin consentimiento del marido).
c) fecundación artificial del óvulo de la esposa con semen del marido *in Vitro* o implantación posterior en el útero de la esposa;
d) fecundación artificial del óvulo de tercera mujer con semen del marido y transferencia al útero de la esposa;
e) fecundación artificial del óvulo de la esposa con semen de tercero e implantación posterior en el útero de la esposa (con o sin consentimiento del marido);
f) fecundación artificial de tercera mujer con semen de tercero e implantación del embrión en la esposa (con o sin consentimiento del marido);
g) fecundación artificial de tercera mujer con semen del marido que lleva adelante la gestación y contrata, la entrega del hijo como si fuera matrimonial²¹.
h) contrato de maternidad subrogada, en la que el óvulo pertenece a una mujer, el semen a un tercero y se alquila el vientre de una portadora para ser entregado el niño a quienes la contratan y compran el material genético. Esta forma de filiación, no debería regularse.

B) Debería acreditarse la imposibilidad de la pareja que recurre a la inseminación artificial heteróloga **de concebir un hijo sano**.

C) Requerirse el consentimiento de todas las personas involucradas (madre, marido, donante y, eventualmente, la esposa del donante).

²⁰ Zannoni, Eduardo A: “Inseminación artificial y fecundación extrauterina”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 32/33.

²¹ Di Lella, Pedro: “Paternidad y pruebas biológicas”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1997. p.11

D) Garantizar que los datos identificatorios del donante quedarán fehacientemente registrados, a fin de que el anonimato del mismo NO SEA ABSOLUTO.

D. 1) La cuestión del derecho a conocer sus orígenes.

El Proyecto establece que en los casos de reproducción humana asistida, sólo se franqueará el anonimato del dador de gametos, en casos excepcionales, por razones fundadas y cuando haya riesgo para la salud del niño.

Bajo el epígrafe “Derecho a la información en las técnicas de reproducción humana asistida”, se concluye en el art. 564, que en el supuesto de persona nacida bajo estas técnicas y *con gametos de un tercero*, si bien es cierto que esta circunstancia debería constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento -no indica cómo-, no utiliza la locución clave para entender el cercenamiento de derechos a que son sometidos los niños así obtenidos: el anonimato del donante o tercero. En efecto, en los casos de reproducción asistida se encuentran en colisión dos derechos constitucionales que, inevitablemente entrarán en pugna: el *derecho del tercero o donante de gametos a que se le garantice la confidencialidad* (el anonimato de esa decisión tan privada); y el derecho del niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida a conocer su verdad biológica. **Verdad biológica por la que se luchó en las últimas décadas desde la democracia; paradigma que significó un gran avance para equiparar las filiaciones.** Desde 1985 no existe en Argentina la estigmatizante “categorización” de hijos, rigiendo el principio mencionado.

Con ello advertimos un retroceso descomunal, de sancionarse esta normativa, pues volverán a existir hijos de ***primera e hijos de segunda categoría.***

Entonces, el anonimato del donante sólo podrá levantarse en casos excepcionalísimos, extraordinarios, y recurriendo a un juez, como por ejemplo cuando haya riesgo para la salud del niño. Pero ello nunca generará la posibilidad que esos niños establezcan vínculos legales con el donante.

Por eso decimos que hay un **trato arbitrario** entre los diversos tipos de filiaciones, inclinándonos a pensar que en esta última, existe una manifiesta ***discriminación hacia los hijos nacidos por esta vía***, con gametos de tercero; máxime cuando están en juego las normas de **orden público** que rigen los ***impedimentos matrimoniales*** y **no se ha reglamentado la forma y cantidad de donaciones de material** que una persona puede realizar. Ello, no obstante lo dispuesto en el artículo 575: “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 en la adopción plena”, pues, es imposible determinar quién es el padre o madre donante.

Es forzadísima la analogía que se intenta realizar con el instituto de la adopción plena, pues se le reconoce al adoptado el derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos (art. 595), **derecho a la identidad que se le niega al niño gestado artificialmente.**

Insistimos en expresar que estas normas crearán ***categorías*** de hijos, aquellos que pueden acceder a conocer su biografía, y aquellos a los que le es expresamente vedado. En consonancia con lo expuesto, se prescribe: “En los supuestos de determinación de la maternidad el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. *En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre*”, y la filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, presumida por la ley pero pasible de ser impugnada, *no pueda serlo en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida* cuando haya mediado consentimiento, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

En suma, la recepción legislativa de estas normas, transgrede principios de jerarquía constitucional al soslayar el interés superior del niño; el principio de veracidad biológica; el de equiparación de las filiaciones (hijos de 1º e hijos de 2º); el principio de igualdad.

Correlativamente, recibe un tratamiento desigual la paternidad-maternidad biológica, priorizando la voluntad de los que prestaron su consentimiento para ser padres, y deja sin respuesta la cuestión de los embriones supernumerarios o sobrantes obtenidos en laboratorios y su utilización o descarte. Esta discusión se dio en Europa, con el “caso Odievre”, priorizándose el derecho a la intimidad de la madre frente al interés de la persona a conocer sus orígenes. Lo incoherente de la cuestión, es que los **autores de este proyecto** de codificación, **fueron acérrimos críticos de aquel fallo**, que llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En otro orden de ideas, y a los fines de levantar ese anonimato férreo, se puede aventurar posibles argucias tendientes a rastrear el origen biológico de un sujeto. Sostiene Chiapero que “la envergadura del derecho en juego permite presagiar que la presentación **de un certificado médico** que dé cuenta del padecimiento del concebido por desconocer sus orígenes, franqueará la **revelación de la identidad del donante en la mayoría de los casos**, toda vez que los jueces no podrán negar la incuestionable prerrogativa de todo ser humano a conocer la verdad acerca de sí mismo y sus orígenes. Consecuentemente, el anonimato quedará en jaque.” La cuestión del anonimato se tratará más adelante.

E) Se ha soslayado deliberadamente la **responsabilidad solidaria** del científico que fabricó un niño. La disociación de la paternidad es una realidad traumática para cualquier ciudadano que la padezca, siendo el profesional actuante quien debe cargar con dicho gravamen. La inseminación artificial homóloga (IAC) y la inseminación artificial heteróloga (IAD) comenzaron a intensificarse como técnicas a principios de siglo en Rusia, Inglaterra, EE. UU. y Suecia. La utilización en forma clandestina de estos procedimientos, llevó a la necesidad de la reglamentación en los países de mayor operatoria, con la finalidad de ejercer controles estatales del funcionamiento de los centros de inseminación, exigir rigurosidad en la aplicación de técnicas, verificar la calidad genética del material y, en fin, ejercer una vigilancia adecuada de la actividad.

Cuando existe ordenamiento legal de la nueva tecnología, **se prevé la responsabilidad civil de los profesionales actuantes, el marco de funcionamiento, el control genético del semen a inseminar, el secreto profesional sobre el origen biológico por un número determinado de años, la conservación del material en perfecto estado, y en general los límites legales de la investigación y aplicación.**

Si como resultado de la inseminación artificial heteróloga nace una criatura con deformaciones físicas, consecuencia de la falta de control genético del material utilizado, **¿cuál es la responsabilidad del médico y de la clínica?** Según Messina de Estrella Gutiérrez,²² “Estamos en la órbita contractual (art. 520, 521 y 522 del CC), pues el profesional médico ha convenido expresamente con la pareja la inseminación utilizando esperma de un donante ya sea anónimo o bien, como suele ocurrir- por la falta de bancos de semen-, buscado y aportado por aquella. Más difícil es discernir si la obligación del médico es de medios o de resultados, o dicho de otro modo, cuál es el “deber jurídico” que asume el médico en esa obligación”. La autora entiende que debe distinguirse dos etapas: a) en la obligación de efectuar inseminación artificial a una paciente, el profesional no garantiza ningún resultado: no asegura el éxito del embarazo. Ni se puede garantizar el nacimiento de un ser humano, ni el embarazo, ni siquiera la propia fecundación. Por lo tanto en nada difiere la regulación de esta actividad médica jurídicamente, de las otras especialidades”...b) cuestión más delicada (y que hace al tema de los daños ocasionados a la paciente, por malformaciones del *nasciturus*) concierne a la determinación del tipo de obligación que asume el médico en cuanto a la seguridad del material y sus futuras consecuencias genéticas. Consideramos que se está frente a una obligación donde la onerosidad de la prestación, la calidad del bien jurídico involucrado, el carácter específicamente profesional de la actividad, ponen a cargo del médico la carga de probar la

²² Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela: “Bioderecho”. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 153 y 154.

falta de culpa para liberarse de la responsabilidad (o en la terminología de Alterini: obligación de resultado atenuada)". (...) "Bueres considera que en la hipótesis de fecundación asistida con semen de dador o donante (IAD), existe una obligación mayor para el profesional y los centros asistenciales quienes asumen **una obligación tácita de seguridad, en la órbita contractual, en cuyo caso, la responsabilidad es objetiva y sólo se eximirá probando la reactivar del nexo causal**".

F) La existencia y el destino de embriones supernumerarios que los padres biológicos dejan abandonados una vez formados, a pesar de haber pagado una cuantiosa suma de dinero. Esta problemática lleva a reflexionar si los padres que recurren a la Procreación Artificial, más que "querer AL hijo", "quieren UN hijo", por lo tanto: **¿NO SON TAMBIÉN PADRES DE LOS OTROS EMBRIONES?**

Gestación por sustitución. Art. 562.²³

Consecuentemente con la voluntad procreacional como fuente generadora de vínculo filial, el Proyecto incorpora la maternidad subrogada como una alternativa a las personas que procuran obtener hijos. Se la denomina "gestación por sustitución", denominando a la persona que encarga que la gestación la lleve a cargo otro: "comitente de la gestación".

El procedimiento se lleva a cabo mediante un contrato homologado ante un juez. El embrión producto de la unión de gametos de uno o más comitentes, puede ser implantado en el vientre de una mujer, quien acepta llevar adelante su gestación hasta el momento del nacimiento.

Las condiciones de admisibilidad figuran en los incisos del artículo citado. El fundamento de la agregación de esta compleja práctica es igualar la condición de las parejas que carecen de medios económicos para hacer "turismo reproductivo", a fin de obtener un niño, permitiéndolas en el país.

La oposición a este tipo de convenios es tal que para evitar la sanción de nulidad de los actos jurídicos, invocada por autores que consideran este tipo de gestación como un contrato de objeto ilícito, el Proyecto incorpora la **posibilidad de disposición y contratación sobre el cuerpo humano con fin afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y la maternidad subrogada engasta en los fines sociales, por lo que deberá concordarse esta norma, con el artículo 17**²⁴.

Silvana Chiapero aclara que la denominación utilizada en el proyecto de "gestación por sustitución": "En primer término debo destacar que la utilización de la denominación "gestación por sustitución" en lugar de la comúnmente usada "maternidad subrogada" o "alquiler de vientres", responde a que esta práctica fue pensada no sólo para parejas heterosexuales sino como alternativa para que un hombre solo o una pareja o matrimonio conformado por dos hombres puedan alcanzar la paternidad. A diferencia de todas las tipologías admitidas, para esta práctica se establece la necesidad de un proceso judicial previo".

Respecto a los requisitos exigidos, continúa expresando: "Los requisitos referidos a la salud física y psíquica de la gestante como la limitación de las prácticas en una misma mujer aparecen como limitaciones razonables, máxime cuando no se establece edad límite ni para la gestante ni para los comitentes. Respecto al requisito consistente en que la gestante no haya percibido retribución,

²³ **Art. 562 del Proyecto de 2012.- "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 prevé 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 adelante 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 veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos un 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".

²⁴ Artículo 17. "Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales".

importan la intención de excluir la práctica de carácter lucrativo, instaurando lo que se denomina gestación altruista o vientre solidario, con la intención clara de evitar los “vientres mercenarios”. **No obstante, advierte que la experiencia extranjera demuestra que en los países en que se permitió la práctica gratuita, la realidad superó a la ley, llegando a los Tribunales los casos de pagos en los que se discutió si éstos debían aceptarse como pagos razonables por los servicios padecidos por la gestante o repudiarse por constituir un “precio por el hijo”**”.²⁵

Este tipo de contratos han sido internacionalmente cuestionados, por agrupaciones defensoras de **los derechos de género** entre otros pues, sostienen que la mujer portadora se convierte en objeto, de tal forma que se la “cosifica”. Esa fundamental consideración a llevado al CAHBI²⁶ a lanzar un **urgente llamado a la sociedad, expresando su responsabilidad de “proteger a la mujer” contra todas las formas de explotación**. Por ello se rechaza la maternidad subrogada, considerando nulos los contratos de subrogación y prohibiendo las agencias comerciales (intermediarios) que contrate a la madre subrogada o la publicidad sobre el tema.

Más allá del rol objetivamente deshumanizado que el proyecto le asigna a la “gestante”, además existirá siempre la duda de si la mujer se sometió o no a esta práctica en **forma gratuita**. Procurando reflexionar de buena fe, cuanto menos los contratantes o comitentes, tendrán gastos de internación hospitalaria, seguro de vida, lucro cesante de la portadora, honorarios médicos u otras erogaciones que desnaturalizan la filiación, pues hay “una paga” que es ilógico la abone la gestante. **Nos preguntamos si aquellos comitentes que “contraten” una madre portadora, le permitirán que se traslade al exterior, haga deportes de alto riesgo, fume, realice tareas inseguras que pongan en peligro el embarazo. Estimamos que la respuesta es negativa, con lo cual los derechos individuales de la” gestante” se ven efectivamente avasallados. Se trataría de un contrato de esclavitud, que repugna nuestro sentir.**

En caso que sea un familiar próximo la gestante quien, con fines solidarios, lleve adelante el embarazo, ello nos parece inconveniente pues existiría una superposición de roles con derivaciones psicológicas inimaginables. Las disciplinas en salud mental tienen mucho que opinar sobre el particular.

Respecto a la exigencia del inciso h), la intranquilidad del legislador por las consecuencias psicológicas que puede acarrear ser madre portadora, son evidentes, al imponer el previo alumbramiento de un hijo propio. La gestante llevará durante el lapso de nueve meses un ser humano, del cual se desprenderá entregándolo después del alumbramiento a terceros; las implicancias emocionales serán evidentes. Con el consecuente riesgo del cambio de opinión de la gestante y el potencial conflicto de intereses que se plantearán.

Enfoque desde la Psicología. Interrogantes a plantearse

Se hace necesario abordar las implicancias emocionales que las prácticas de maternidad subrogada pueden ocasionar, no solo en la mujer portadora sino en el varón o la mujer que encomiendan este sistema. Ello demostrará la necesidad de un profundo debate previo a la instauración de estas **experiencias**.

Diana Biágosch Speroni²⁷, licenciada en Psicología, egresada de la Facultad de Filosofía y Letras de la U.B.A., se especializa en violencia familiar y destaca la acción victimizante que entraña la procreación asistida, “con el ropaje de caritativa asistencia a quienes no pueden procrear”.

1) ¿Qué se supone que sucede en el psiquismo de la “madre subrogada”?

Quizás tenga confianza que no será vulnerada por los duelos que afectan al común de sus congéneres; omnipotencia; sentimiento que posee en cantidad inagotable la fecundidad que a otras les falta; intento de sobrecompensar una minusvalía (real o no) autopercebida; deseo de comprobar y

²⁵ Comercio y Justicia, 30 de Julio 2012, p. 16 A.

²⁶ Comité *ad hoc* de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, es una institución del Consejo de Europa, creada con el fin de estudiar el conjunto de problemas planteados por la ley, la ética y los derechos humanos por el progreso en las ciencias biomédicas (...) con el fin de armonizar las políticas de los Estados miembros en la medida de lo posible y, si es deseable, en la estructuración de los instrumentos legales apropiados.

²⁷ Biágosch Speroni, Diana: ¿Procreación asistida o victimización? Editorial Lumen. Buenos Aires.1993,p. 50,51

demostrar su capacidad gestadora y alardear con ella; recurso a un suicidio simbólico representado por la elección (o al menos la aceptación) de gestar a un niño que ha de entregar al parir (provenga de su óvulo, es decir sea su hijo, o sea un embrión ajeno transferido a su útero); rasgos histéricos: se postula como protagonista, resguardando **la fantasía de su no-involucración (será, pero no-será la madre)**. No habría que descartar una seria alteración del sentido de la realidad.

2) ¿Ejercerá influencia en el niño que se gesta en madre subrogada, el psiquismo de ésta?

Aunque el embrión provenga del óvulo de otra mujer (posteriormente transferido) y, por consiguiente, la madre sustituta carezca de vinculación genética con él, al igual que de las eventuales bocanada de humo de la gestante fumadora, el nuevo ser que crece en su interior participa de todo lo que afecte a la mujer que lo porta dentro suyo.

3) ¿Cuál será el estado psíquico de la madre subrogada, sabedora de que ha de separarse del niño cuando nazca?

Padece el conflicto entre dejarse llevar y entregarse interiormente sin reservas al niño que se gesta en sus entrañas, o retraerse privándolo de su disposición afectiva por **tratarse de un ocupante forzado de su interior que ha de ser expulsado al finalizar el lapso establecido**, sin otorgársele la opción de llevar consigo nada de su primera morada, la que tampoco deberá conservar la impronta de su recuerdo.

La preñez subrogada convierte a la mujer en portadora de una bomba de tiempo, debiendo cuidar que a la hora del necesario estallido no la destruya totalmente. Quizás evitará palpar a ese ser al que no debe amar para no sufrir en la separación. Antítesis de la imagen de la mujer que al cruzar las manos sobre su vientre gestante confiadamente contiene en ella todo el universo. *¿Que implicará para el niño el retaceo del oxígeno del afecto?*

4) ¿Qué sentimientos tendrá la madre subrogada hacia el dueño del gameto que se fundió con su óvulo originando al hijo que gesta?

Posiblemente sentirá rencor porque no la consideró digna de ocupar ante el mundo el rango de esposa (prefiriendo a la estéril) y ser la madre proclamada del hijo de ambos. Desprecio por no haberse atrevido al compromiso del acto de la procreación y haber recurrido a ***técnicas afectivamente asépticas*** (o que tratan de serlo). Celos y envidia (hacia él y hacia su mujer) a quienes deberá entregar el niño y para quienes lo está gestando.

5) ¿Dejarán secuelas en el psiquismo del nuevo ser las técnicas de procreación asistida que lo produjeron?

Algunos psicoanalistas aseguran percibir huellas en la conducta de sus pacientes de períodos prenatales muy tempranos, incluso de los estadios en los que el embrión navega por la Trompa de Falopio hacia el útero y flota dentro de él hasta anidarse. Si el pasaje natural, sin manipulación alguna, deja rastros detectables, alarma imaginar los que podrán producir la aventura inicial de la fecundación extracorpórea, los traslados impuestos al nuevo ser, los procesos de congelamiento y descongelamiento, la implantación en una nueva madre. Convertirlo por la fuerza en aventurero y emigrante, privado de la libertad de desarrollarse (castigo no imaginado por los más crueles sometedores), tratado como un alimento que se mantiene en el *freezer* para utilizarlo cuando apetezca, obligado a adaptarse a un nuevo medio al ser transferido al útero que no por ser el natural para los otros ha de serlo para él, si no que luego de la magnitud de las experiencias vividas, puede representar una absurda sumisión. Sería asombroso que un ser con tales inicios se avenga a una cotidianeidad sin sobresalto, y pueda percibir **sutiles matices de ternura**, él, que fue formado en la fría reciedumbre y ha conocido los espacios infinitos, quizás sin el silencio al que se refería Pascal.

6) ¿Qué se supone que sucede en el psiquismo del hombre que desea un niño y recurre a la procreación asistida?

Si es su mujer la poseedora de la deficiencia invalidante para la procreación: destacando su propia condición de “dotado”, efectúa un ofensivo alarde de “salud” y de carencia de solidaridad hacia su compañera, infligiéndole la injuria de recurrir a otra para los “servicios” que ella no puede brindarle. Satisface su deseo narcisista a través de su hijo (expresamente fabricado para ello) con total desinterés por los sentimientos de su mujer que ha de oficiar de madre y que, posiblemente será recriminada si no manifiesta júbilo.

Si es él el poseedor de la deficiencia invalidante para la procreación y acepta un “dador”: La esterilidad es frecuentemente autopercebida por el hombre asimilada a la impotencia, fracaso, mutilación de su integridad; sentimientos que rechaza: apoyándose en sus deseos de originalidad; frivolidad; desprecio por los auténticos valores sociales; características psicopáticas (“él maneja la situación”); niega el duelo por el hijo matrimonial inalcanzado; no solo acepta, sino que busca lo que constituyó uno de los aspectos más execrados y temidos del adulterio: introducir forzada y clandestinamente a un ajeno en el linaje (conducta notoriamente distinta de la de quienes adoptan a un ser ya existente). **Incluye en calidad de fantasma a un tercero en su vida familiar**: el padre biológico, cuyo semen fecundó a su mujer y hacia quien, alternativamente, sentirá admiración y celos atribuyéndole, quizás, los rasgos, a sus ojos negativos, que eventualmente perciba en el niño. Baja autoestima que entraña el riesgo de pasar de improviso de la aceptación humillada de su minusvalía, al estallido violento”. (Fin de la cita)

RETOMANDO LO JURIDICO.

El debate claramente se necesita, no sólo por los argumentos expuestos desde otras disciplinas, sino por las normas jurídicas que se alteran.

Azpiri²⁸ con dureza expresa su categórica oposición a este tipo de acuerdos.

En efecto, sostiene: **“Considero inmoral ese tipo de contratación que denigra a la mujer gestante y transforma al hijo en un objeto de negociación”**. Pero, si se llegase a incorporar este acuerdo reproductivo, expone varias objeciones:

- a) Es difícil que el Juez interviniente aprecie que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño que pueda nacer, pues en realidad se ampara la voluntad de los padres, toda vez que el hijo todavía **no se ha gestado**.
- b) La valoración de la plena capacidad física y psíquica de la gestante, exigiría una evaluación médica y psicológica de esa mujer no solo al momento de suscribir el contrato sino también durante el embarazo y el parto, lo que no se ha previsto.
- c) Peca de ingenuidad la apreciación subjetiva de que la gestante no haya recibido retribución. Invoca la cuantía justificada de los gastos médicos que solventarán los contratantes, valoración del lucro cesante de la gestante, imposibilidad del juzgador de previa verificación de la inexistencia de efectiva retribución.
- d) La realidad indica que habrá onerosidad más allá de la previsión legal y esto desnaturaliza el fin de esta maternidad por sustitución.

Por su parte, Sambrizzi²⁹ considera que la mayor parte de la doctrina de nuestro país se halla conteste en que un convenio de esa naturaleza atenta contra la dignidad de la persona, que no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie. El convenio de alquiler de vientre se considera inmoral, en el derecho vigente se decretaría su nulidad absoluta conforme el artículo 953 del CC. por ser su objeto ilícito, las personas están fuera del comercio

Síntesis de las observaciones del autor:

- a) La admisión de estos pactos puede significar **un instrumento de explotación física y económica** por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos que necesita desesperadamente un ingreso extra...Convenios de tal naturaleza dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución.
- b) **“La capacidad generativa es INDISPONIBLE, INTRANSFERIBLE Y PERSONALÍSIMA”**. **“Un pacto de esa naturaleza se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de Orden Público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato”**.

²⁸ **Azpiri, Jorge O:** *ob. cit.* p.116.

²⁹ **Sambrizzi, Eduardo A.:** *ob. cit.* p. 132.

- c) Bajo el epígrafe que reza: “Se produce una relación especial durante el embarazo”, el jurista señala que existe un daño para el hijo al separarse ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, receptando en su argumentación aquel enfoque psicológico que hablamos antes.
- d) Los requisitos del Proyecto para que el juez pueda autorizar la gestación, en especial **alerta sobre el peligro** de deslizarse hacia la PENDIENTE **EUGENÉSICA POR LA POSIBILIDAD DE ELECCION DE MUJERES DE LAS CARACTERÍSTICAS DESEADAS PARA SU INSEMINACIÓN POSTERIOR GESTACIÓN.**
- e) La exigencia de que la gestante no reciba retribución, desconoce la motivación de la gestación para terceros, que en la inmensa mayoría de los casos se practica mediante una retribución en dinero.

Analizando la cuestión, con nitidez se visualiza que la temática excede el derecho, toda vez que las otras ciencias tienen su incidencia.

MANIPULACIÓN GENÉTICA PERFECTIVA.

Hablábamos de los potenciales peligros que se avizoran, entre ellos y no es un tema menor, se encuentra la eventualidad de la selección genética. Y la pregunta clave sería: **¿Tienen derecho los padres para cambiar por sí la identidad del hijo por nacer?**

Opinamos que es altamente violatorio de los derechos humanos del niño por nacer, y a su propia autodeterminación, además de impredecibles consecuencias eugenésicas.

Así, siguiendo a Graciela Messina de Estrella Gutiérrez³⁰ entendemos que el mayor grado de peligrosidad para la especie humana es la **Manipulación Eugénica**. Opina la jurista: “Manipulación eugénica, destinada a modificar los rasgos humanos codificados por un gran número de genes, determinantes de los rasgos específicos de la personalidad, inteligencia, carácter, etc. Esta posibilidad de efectuar modificaciones masivas para seleccionar ciertas características de la población es claramente violatoria de numerosos derechos humanos”. (...) “La genética estuvo frecuentemente ligada a políticas discriminatorias y genocidas. En los años 20 y 30 los Estados Unidos sancionaron leyes inmigratorias restrictivas contra determinados grupos étnicos considerados inferiores genéticamente. Al mismo tiempo, **“se esterilizaron en los Estados Unidos unos 70.000 individuos con el pretexto de que sufrían problemas mentales, alcohólicos, etc. y argumentando que así se tendía al mejoramiento de la raza humana”**.... “En dicho país, conocidos genetistas (como Charles Davenport) apoyaron estas medidas, sirviendo de inspiración a los nazis para sus conocidas actividades”....

“A principios de la década de los 70 (y evocando en parte las ideas del italiano Lombroso), se divulgó masivamente en los Estados Unidos la existencia del cromosoma “XYY”, el “cromosoma del crimen”, supuestamente causante de una personalidad violenta, propensa al delito y a las perversiones sexuales. En revistas científicas, destacados especialistas propiciaron abortos ante el diagnóstico de que un feto portara dicho cromosoma, habiéndose registrado algún caso de aborto en 1973 por tales circunstancias. La idea de la selección de los “buenos genes” y el descarte de los “malos”, no se hizo esperar”.

“La discriminación genética tuvo notables repercusiones en el caso de la anemia calciforme, una enfermedad grave transmisible genéticamente, que afecta sobre todo a los negros que carecen de tratamiento médico eficaz. En Estados Unidos, en 1972, se gastaron más de 100 millones de dólares en la lucha contra esa enfermedad, acentuándose la necesidad de una buena información por parte de posibles afectados para que actúen con más cautela en su reproducción. Así, muchos negros (aún los no enfermos) tuvieron que pagar pólizas de seguros más caras; compañías aéreas se negaron a transportar esta categoría de negros; mientras que la discriminación laboral también existió”.

“Se ha llegado a la aberración de **colectar y conservar esperma** de personas que han sido distinguidas con el Premio Nóbel, con la intención de la procreación de niños “superiores” y con un

³⁰ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela: “Bioderecho”. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 89.

coeficiente intelectual elevado. **W. Shockley (Premio Nóbel que propiciaba la esterilización de personas con un coeficiente intelectual bajo) donó su esperma con el fin indicado**”.³¹

En conclusión, cuando un sujeto efectúa un arreglo contractual de cualquier índole, procura que la misma sea lo más conveniente para él y su pareja, según la voluntad que lo impulsó a ese fin. Así, si pensó que lo mejor es gestar un hijo varón, por identificación con él, el centro de salud que se encargue de esta técnica escogerá los gametos que pertenezcan a ese sexo y apartará los contrarios. Por lo tanto es razonablemente posible que suceda la selección genética.

No es vanguardista aquello que empuja a descartar personas, antes bien pareciera retomar épocas nefandas pasadas. Para mayor preocupación, el proyecto se aparta de la mayoría de las legislaciones del mundo que prohíben los contratos de gestación por otros, regulándolo bajo el ardid de ser “gratuito”; que la gestante no haya aportado el material genético; tenga ya un hijo y no realizar más de dos contratos de gestación por otro.

Finalmente, exponemos la opinión de Graciela Medina³² quien, recurre al derecho comparado al sostener: “En Grecia uno de los países que regula este contrato se permite hasta el pago de 20.000 euros en concepto de gastos por el embarazo y en Inglaterra la jurisprudencia reconoce el pago de 10.000 libras por los gastos ocasionados por la gestación a los que hay que adicionarles el lucro cesante durante la gestación. Nada se dice de las consecuencias que tiene el incumplimiento de los pactos que vienen asociados al contrato de gestación por sustitución, como es la cláusula de no fumar durante el embarazo o de no consumir drogas o de no tomar alcohol para no perjudicar al feto”. “La mayoría de los países que admiten este tipo de contratos, las soluciones se dividen entre **permitir la adopción** con posterioridad al nacimiento y **atribuir directamente la filiación a los contratantes**. El Proyecto se inclina por esta segunda solución: la maternidad no se determina por el parto sino por el contrato, siempre y cuando estuviera homologado por el juez”.

Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. Art. 563³³.

El Proyecto admite la posibilidad de la transferencia de embriones de una persona fallecida a su mujer. Se supedita la misma a la concurrencia de dos requisitos: el consentimiento informado y previo de la persona muerta, mediante escritura pública o testamento, en orden a transferir a la mujer, los embriones producidos por sus gametos.

La segunda condición, es que impone un límite temporal: la implantación del embrión debe producirse dentro del año siguiente al deceso. No se autoriza la fecundación post mortem de gametos, sino la filiación post-mortem de embriones crioconservados.

Es decir que, **como regla general, se establece la privación del vínculo filial del hijo engendrado post mortem, para luego establecer una excepción:** que el causante haya manifestado su voluntad POR ESCRITO de implantar sus gametos o embriones producidos con su semen.

Entonces de la conjunción de la regla general y de la excepción surge que la filiación dependerá de que el padre cumpla con UN REQUISITO ESCRITO y que la implantación se produzca dentro del año del óbito. Sojo³⁴ expresa claramente que: “No existe diferencia ontológica entre los hijos nacidos dentro del marco de la primera parte del artículo 563 y los nacidos al amparo de la segunda parte y pueden ser incluso propios hermanos nacidos solamente por una separación de tiempo. **Luego de mucho tiempo, el derecho moderno suprimió la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos,**

³¹ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela: ob. cit. p. 91.

³² Medina, Graciela: “Las diez grandes reformas al derecho de familia”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 06- Julio de 2012. La Ley. Edición Especial. Buenos Aires, p. 18.

³³ **Art. 563.** “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 artículo 560 o en un testamento que los 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.”

³⁴ Sojo, Lorenzo A.: “Filiación post mortem en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 06- Julio de 2012. La Ley. Edición Especial. Buenos Aires, p. 135.

estableciendo el sano principio de que no puede haber discriminación por razón de nacimiento. LA DISTINCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 563, VIENE EN LA PRÁCTICA, A RECREAR LA SUPERADA CALIFICACIÓN DE LOS HIJOS EN LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS. (...) “Como solución legislativa nos parece preferible establecer la prohibición de la procreación post-mortem”.

Esta práctica no es de uso frecuente, así el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y la Salud de Francia, menciona que en ese país sólo existen uno o dos casos por año.³⁵

España prevé la filiación post-mortem autorizada por escritura pública o testamento, dentro de los seis meses del fallecimiento, mientras que el Reino Unido y Bélgica autorizan la práctica pero no le reconocen efectos filiatorios. Alemania, Dinamarca, Francia Italia y Suiza prohíben la utilización de gametos o embriones de personas muertas.³⁶

Este método ha sido rechazado tanto en la práctica como en la doctrina, nacional e internacional. Se considera que se pretende gestar un niño premeditadamente huérfano de padre, solo por un interés egoísta de quien quiere continuar la representación del esposo a través de un hijo así producido.

Las consecuencias psicológicas en el niño aún no han sido evaluadas por la escasez de casos registrados de filiaciones post mortem. No obstante lo cual, haremos las siguientes precisiones.

- a) La Constitución Nacional estipula la existencia de legislaciones que protejan los intereses de los niños, a efectos de evitar su desamparo, tanto moral como material. (art. 75 de la C.N.; tratados sobre Derechos Humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del niño, ley 23.849, incorporados al texto constitucional por el art. 75, inc. 22.)
- b) Algunos autores sostienen que la inseminación de una mujer con semen de su marido muerto no debe autorizarse, por ser contraria a la Constitución ya que la falta del padre impediría cumplir con el deber de prestarle asistencia. El hijo nacerá necesariamente sin padre. Azpiri opina que: “No es el caso de que un evento fortuito haya producido el fallecimiento luego de la concepción porque ello se encuentra dentro de las posibilidades naturales. Lo que sucede es que los interesados, en forma deliberada, han decidido que el hijo nazca sin padre, siempre que la concepción o implantación del embrión se produzca dentro del año del deceso”.³⁷
- c) Sambrizzi³⁸ aporta un comentario del especialista en bioética y magistrado de Mar del Plata, Dr. Pedro Federico Hooft sobre la fecundación post mortem, valiosa para reproducir: “1. El derecho de todo niño de tener un padre y una madre, al ofrecerle mayores posibilidades de alcanzar un armónico desarrollo bio-psico-social y espiritual, debe prevalecer frente al deseo de la mujer de procrear al margen de un grupo familiar pleno; 2. Que la legitimación de la fecundación artificial en mujeres sola, CONTRARÍA LA RAZÓN MISMA DE SER DEL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA.; 3. Que, en principio, no parece razonable invocar un presunto derecho de la mujer de elegir el tipo de familia que desea constituir (monoparental), cuando esa prerrogativa ENTRA EN COLISIÓN CON LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LAS EXIGENCIAS DEL BIEN COMUN.”
- d) No resulta conveniente regular la filiación post mortem, pues el eje del Interés Superior del Niño se ve claramente vulnerado al producir niños huérfanos, con riesgos para su salud. Todo niño tiene derecho a nacer en una familia constituida por el padre y la madre.

³⁵ Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. [http://www.ccne-ethique.fr/docs Avis 113](http://www.ccne-ethique.fr/docs_Avis_113) “La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple”.

³⁶ Service des études juridiques del Senado Francés (<http://www.Senat.fr>) Étude de législation comparée n° 193- janvier 2009- L'accès à l'assistance médicale à la procréation.

³⁷ Azpiri, Jorge O.: ob. cit. p. 117.

³⁸ Sambrizzi, Eduardo A.: ob. cit. p.133.