

## **PONENCIA SOBRE FILIACIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMAS DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO**

Como Presidente y en representación de CEDIES

Centro de Investigaciones de Ecología Social

En el presente trabajo analizaré las principales disposiciones establecidas con respecto a la filiación por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional para reformar los Códigos Civil y de Comercio, para finalizar con una Ponencia relacionada con el tema.

Comenzaré el análisis por las fuentes de las que resulta la filiación de las personas (arts. 558 y sigs.), y en particular, por la denominada “voluntad procreacional”.

### **LAS FUENTES DE LA FILIACIÓN Y LA VOLUNTAD PROCREACIONAL**

#### **1. La norma proyectada**

En la primera parte del artículo 558 del Proyecto se establece que *la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.*

#### **2. La procreación asistida no constituye una fuente distinta a la filiación por naturaleza**

En efecto, cabe por de pronto señalar que no obstante lo que resulta de la disposición recién transcrita, la procreación asistida no constituye una fuente distinta a la filiación por naturaleza, ya que tanto en ese supuesto

como en el de una relación sexual natural, ***es la naturaleza la que actúa para producir la concepción, mediante la fecundación del óvulo por el espermatozoide;*** a lo que no obsta la intervención –secundaria- de profesionales de la medicina para producir dicha unión.

Si no se entiende de esa manera deberíamos decir -lo que sería claramente erróneo- en lo siguiente:

a) Que la gran cantidad de prácticas de procreación asistida que hasta ahora se han efectuado en nuestro país, no se encontraban contenidas en el art. 240 del Código Civil, que en su primera parte dispone que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción.

b) O lo que es lo mismo, que quienes nacieron por aplicación de una cualquiera de las referidas técnicas, no tuvieron una filiación legalmente establecida, por no estar comprendidos en la enumeración taxativa de las fuentes de filiación efectuada en el art. 240 del C. Civil.

#### **3. Lo que sí constituye, en cambio, una fuente distinta de la filiación, es la denominada voluntad procreacional en los procedimientos de procreación asistida**

En los artículos 560 y 561 proyectados se dispone que la persona

nacida mediante una cualquiera de las técnicas de procreación asistida, tiene como padres a quien o quienes previamente a la implantación del embrión en la mujer, han prestado su consentimiento para ser padres. En tal sentido, el artículo 561 del Proyecto dispone que *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.*

La prestación previa de ese consentimiento es denominada “voluntad procreacional”, lo que constituye una creación del Proyecto, que no tiene antecedentes en nuestra legislación ni en la legislación comparada, siendo dicho consentimiento la única forma de poder ser padres cuando el nacido lo es por procreación asistida, sin interesar si aquéllos son o no cónyuges. Como seguidamente se verá, esta nueva fuente de filiación lleva a conclusiones que no son aceptables.

#### **4. Qué pasa si ninguna persona presta el consentimiento**

Al constituir la denominada “voluntad procreacional” la única fuente de filiación en los casos de nacidos por medio de las técnicas referidas, se podrían producir diversas situaciones, que pueden ser calificadas como inadmisibles.

Consideremos, entre otros, el hipotético supuesto de no haber ninguna persona prestado el consentimiento previo, informado y libre ante el centro de salud interviniente, que se requiere en el Proyecto para que quien presta dicho consentimiento sea considerado como padre o madre del nacido; en tal caso, el niño no tendrá padre ni madre, salvo que el mismo reclame la filiación (art. 582 *in fine*).

#### **5. Supuesto de que sólo haya sido la mujer la que prestó el consentimiento.**

En tal caso:

a) el nacido no tendría padre, no interesando que quien lo quisiera reconocer haya aportado el semen, ya que de acuerdo a lo proyectado, dicho

reconocimiento no tendrá efecto alguno (conf. arts. 569 y 575);

b) en el supuesto considerado, tampoco interesaría que la mujer hubiera estado casada, ya que en los casos de procreación asistida, la presunción de filiación que resulta del artículo 566 del Proyecto, sólo rige si se hubiera prestado el consentimiento previo, informado y libre.

#### **6. El consentimiento puede ser prestado por cualquier persona**

Además, resulta inadmisibles que la sola prestación del consentimiento en la procreación asistida tenga el efecto de atribuir la filiación respecto del nacido, ya que **ese consentimiento puede en la práctica ser prestado por cualquiera que no tenga nada que ver ni**

***siquiera con la gestación***, ya que se admite el alquiler de vientres, eufemísticamente llamado, por otra parte, gestación por sustitución. Podría ocurrir, por ejemplo, que el consentimiento haya sido prestado por una madre y su hija, supuesto en el cual, de acuerdo a las normas proyectadas, el nacido podría llegar a ser considerado tanto hijo como nieto de la madre de la gestante, además de hijo a la vez que hermano de esta última.

***7. Las normas propuestas trastocan en el caso de la procreación asistida todo el sistema de parentesco y de filiación, y afectan el derecho a la identidad del niño***

Como se advierte de lo hasta aquí dicho, además de modificar de manera radical las fuentes de la filiación, agregando una nueva, la aplicación de normas como las propuestas en materia de procreación asistida, trastocan todo el sistema de parentesco y de filiación, y pueden derivar, como resulta de lo antes señalado, en situaciones inconvenientes.

Ello además de, como veremos, afectaría el derecho a la identidad del niño, protegido por la Constitución Nacional, al dejar de lado la relación genética para determinar la filiación paterna, como actualmente resulta de las normas en vigor.

***8. La voluntad procreacional no constituye una pauta valiosa para la determinación de la maternidad o de la paternidad en la procreación asistida,***

Parece, por el contrario, que de ser ella aceptada puede crear graves confusiones que ***no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia***. No se debe por otra

parte olvidar que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en gran medida el orden público, que no deja casi margen para la actuación de la voluntad de las personas involucradas.

Queda en claro que el sistema propuesto deja de lado el factor seguridad jurídica en materia de filiación.

***9. La dignidad de la persona humana no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos.***

Que es lo que ocurre por aplicación de la normativa proyectada, siendo inconveniente que para la determinación de la filiación en los supuestos de la aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida se deje de lado tanto la gestación –admitida sin cuestionamientos doctrinarios por el art. 242 del Código Civil para la determinación de la maternidad-, como la aportación genética para la paternidad, que según la actual normativa, constituye uno de los pilares en el que se fundamenta la

paternidad, a lo cual se arribó luego de un arduo camino.

Se debe respetar el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que los padres genéticos sean, también, los padres legales,

que no le oculten al hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones.

**10. La voluntad procreacional como fuente de filiación produce una clara discriminación entre quienes nacieron por procreación asistida, y quienes lo hicieron por una relación sexual natural**

Es decir que, además de violarse el derecho a la igualdad (art. 16 CN), en virtud de las normas proyectadas se produce una injusta discriminación entre, por una parte, los niños nacidos por procreación asistida, que de acuerdo al artículo 577, no pueden impugnar la filiación de quienes prestaron consentimiento para ser sus padres, y por otra, los nacidos por relación sexual natural, que, en cambio, sí pueden impugnarla. Lo cual se contradice con el propósito tuitivo que resulta del artículo 583 del Proyecto –modificadorio del actual artículo 255 del Código Civil-, de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre, aun contra la voluntad de la madre y en violación de su derecho a la intimidad.

**11. El hecho de que el niño pueda tener dos padres o dos madres atenta contra su interés superior**

Efectivamente, el hecho de que el nacido pueda tener dos padres o dos madres, en lugar de un padre y una madre, **atenta contra su interés superior**, puesto que para su desarrollo integral el niño necesita como padres tanto a un varón como a una mujer.

LA MATERNIDAD SUBROGADA

**12. El sentido común se rebela contra la maternidad subrogada**

En el Proyecto se admite la maternidad subrogada –también denominada alquiler de vientres-, que sólo es permitida en muy escasos países. El sentido común se rebela ante dicha práctica, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de ella misma o de quien encargó al niño —aunque también puede ser de una tercera persona—, fecundado con gametos ya sea del marido de aquélla o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó.

**13. En la maternidad subrogada se produce una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer el deseo de ser madre**

Deseo que si bien en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo.

**14. La mayor parte de la doctrina coincide en que un convenio de alquiler de vientres es inmoral y atenta contra la dignidad de la**

***persona, además de ser nulo de nulidad absoluta***

No existe duda de que de ser en la actualidad acordado un convenio de alquiler de vientres, se decretaría su nulidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil, que considera nulo por ser de objeto ilícito al acto contrario a las buenas costumbres, o que recayera sobre cosas que no se hallan en el comercio. Y ninguna duda existe sobre que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido.

El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, como una mercancía, ni puede ser objeto de transacciones jurídicas de ninguna naturaleza. No puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada.

***15. La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima***

Por lo que un pacto como el referido 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.

***16. Durante el embarazo se produce una especial relación entre el niño y la gestante, que se pierde al ser entregado a otra mujer***

Es muy importante destacar que el daño al hijo no comienza ni concluye con el

alquiler de vientres –pues la llamada maternidad no es ni más ni menos que eso–, ya que la especialísima relación que se produce entre la gestante y el hijo con motivo de la gestación, desaparece en el caso de la maternidad de sustitución, al separarse a ambos luego de pocos días de producido el nacimiento.

Se hacen pasar a un segundo plano las necesidades del recién nacido, mientras que se privilegia el deseo de quienes lo encargan.

Además, el organismo que se prepara para la ulterior lactancia no es el de la mujer que va a recibir al niño, sino el de la embarazada, privándose por tanto al nacido de ese beneficio.

***17. La admisión de estos pactos puede significar un instrumento de explotación física y económica de la mujer***

Es muy importante poner de relieve que la admisión de estos pactos puede significar la creación de 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 Mirta Videla califica de *anfitrionas del feto para otros*— que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se considere el

pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias por las que debió pasar.

Convenios de la naturaleza del analizado dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución.

### **18. Los requisitos del Proyecto para que el juez pueda autorizar la gestación por una tercera persona**

En el artículo 562 del Proyecto se admite que un convenio como el referido debe ser acordado únicamente previa autorización judicial, debiendo el juez homologar lo convenido si se acreditan ciertas circunstancias, entre las cuales recuerdo las siguientes:

- a) Que *se ha tenido en mira el interés superior del niño que pueda nacer*. Con respecto a lo cual señalo que resulta más que difícil pensar que el *interés superior del niño* puede haber sido tenido en cuenta en una práctica de maternidad subrogada.
- b) Que *la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica*. Requisito con relación al cual debo poner de relieve que existe el riesgo de deslizarse hacia la **pendiente eugenésica**, por la posibilidad de elección de mujeres de las características deseadas para su inseminación y posterior gestación.
- c) Que *al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos*, no resultando clara la manera en la que el Juez vaya a constatar el cumplimiento de este requisito.
- d) Que *la gestante no ha recibido retribución*. Dicha exigencia parece desconocer la motivación de la gestación para terceros, que en la inmensa mayoría de los casos se practica mediante una retribución en dinero. Por otra parte, existe prácticamente la imposibilidad por parte del juez de poder constatar que en el caso la gestante no ha recibido o no recibirá retribución.

### **19. Conclusión**

Resumiendo, no puedo sino concluir en que, tal como ha afirmado la mayor parte de nuestra doctrina, **el convenio de maternidad subrogada es**

***inmoral, así como también, que de celebrarse, sería nulo, de nulidad absoluta, ya que resulta claro que las personas están fuera del comercio,***

***no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se***

***opone su dignidad y el respeto al ser humano.***

LA FECUNDACIÓN POST MORTEM.

En el Proyecto se admite la denominada *fecundación post mortem*, lo que también constituye una novedad en nuestra legislación.

**20. La práctica de la fecundación post mortem hace que el niño**

***nazca con un solo padre vivo, privándolo de la atención y la relación con el otro, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo.***

En efecto, ello es así, y si bien es cierto que el hecho de nacer con un solo progenitor también se produce cuando el padre fallece antes del nacimiento del hijo, la diferencia estriba que en la fertilización posterior al fallecimiento de uno de los esposos se coloca al hijo *en forma voluntaria* en un hogar disgregado, en lugar de ocurrir ello por una causa de fuerza mayor, como se produce en el caso de la muerte, que constituye una situación no deseada.

El principio de *libertad*, en el cual, junto con el de *igualdad*, se basan quienes se pronuncian a favor de la fecundación *post mortem*, creo que carece de juicio de aplicabilidad, puesto que la libertad tiene un claro límite, que se halla donde se invade el derecho de los otros, en este caso, el de los hijos a nacer en una familia constituida por el padre y la madre.

No se pueden dejar de lado las necesidades afectivas del niño, siendo fundamental para su desarrollo la presencia de ambos progenitores.

Pedro Federico Hooft ha sostenido que sobre la fecundación *post mortem* que:

- 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 solas, 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 común

A su vez, Jaime Vidal Martínez ha dicho que la fecundación *post mortem* implica un “ejercicio desorbitado del derecho de procrear, ínsito en el de fundar una familia, que, como tal, concluye con la muerte del titular”. Por último, recuerdo la Recomendación contenida en el punto 13 del Informe del **Parlamento Europeo del año 1990 sobre fecundación artificial**, donde se dijo que “es interés del hijo nacer y crecer en una familia estable, esto es, como hijo de un hombre y de una mujer unidos entre sí por una relación estable de afecto... Ello hace inaceptable la fecundación artificial en favor de parejas homosexuales o de mujeres solas, aun cuando la fecundación se realice con semen del marido difunto; no se deben producir huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial”.

## **21. Conclusión**

En definitiva, según lo que hemos considerado, la norma contenida en el Proyecto sobre fecundación *post mortem* agrede el interés superior del niño, de carácter prioritario por aplicación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, como de la ley 26.061.

### **PONENCIA**

En razón de lo hasta aquí visto, proponemos lo siguiente con relación a las disposiciones que resultan del Proyecto de Reformas:

- 1) Reconocer como únicas fuentes de la filiación humana a la naturaleza –que comprende a la relación sexual natural y a la procreación asistida-, así como a la adopción.
- 2) En la filiación por naturaleza, reconocer como madre del nacido a la gestante, y como padre a quien aporta sus gametos, resguardando de tal manera el derecho a la identidad del niño, protegido por nuestra Constitución.
- 3) Prohibir la maternidad subrogada por ser inmoral, constituir una causa de explotación de la mujer y atentarse contra el derecho a la identidad del niño, además de considerarla nula de nulidad absoluta.
- 4) Prohibir la fecundación *post mortem*, por atentarse contra un armónico desarrollo psicosocial y espiritual del niño nacido de tal manera, y afectar su personalidad.