

JULIO RAUL MENDEZ

Director del Instituto de Fundamentos del Derecho.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Salta.

Voy a referirme al Libro Segundo, Título V, art. 558 a 577 en lo que respecta a la filiación mediante técnicas de reproducción asistida y gestación por sustitución.

Se trata de un nuevo tipo de filiación, que se añade a las actuales por naturaleza y por adopción (CC art. 240).

En la filiación por naturaleza se sigue el nexo biológico (art. 556, 566 y 570) sin distinguir entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Se admite todo tipo de pruebas biológicas.

En la adopción plena el vínculo legal de la filiación no sigue al nexo biológico con los progenitores, pero se reconoce el derecho del adoptado a conocer su origen y la obligación de los adoptantes de hacérselo conocer. Para ello se prevén registros y acciones legales (art. 596). Sólo hasta dos personas pueden adquirir ese vínculo, pero puede ser también una sola y nada se establece respecto a su sexo (art. 598). El certificado de nacimiento nada expresa respecto a la condición de adoptado.

Hasta aquí vemos respetado el derecho a la identidad, de rango constitucional por la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22º), con las previsiones del art. 613 respecto a las condiciones del o los candidatos a adoptantes.

En cambio en la fecundación artificial la llamada voluntad procreacional adquiere total preeminencia y llega a anular las consecuencias del vínculo biológico, negando de plano el derecho a la identidad del hijo.

Puede ser con gestación en el vientre de una mujer que se registrará como madre, admitiendo conjuntamente otra persona (no importa el sexo) que declare su voluntad. Pero puede ser sola la mujer. Tampoco importa quien haya aportado los gametos. Puede ser implantado un embrión de gametos

totalmente ajenos a quienes adquieren el vínculo filiatorio. Basta su voluntad (art. 561).

También puede ser una gestación por sustitución. El vínculo filiatorio es con los llamados comitentes (sic). Uno de ellos debe haber aportado gametos. No los aporta la gestante (562).

De los gestados artificialmente se guardan registros, pero sólo se accede a ellos mediante una acción judicial o en caso de riesgo de salud (art. 564). Pero no hay obligación de los que ofician de padres de hacérselo saber (como sí ocurre para el adoptado). Se admite acceder solamente a los datos genéticos no identificatorios, porque de lo contrario se estima que no habría aportantes.

En la fecundación artificial el nexo biológico no genera por sí vínculos jurídicos ni siquiera habilita su conocimiento por parte del hijo.

Se privilegia la voluntad registral al extremo de soslayar el vínculo genético, que es el que resulta en verdad constitutivo de la identidad de la persona.

Los concebidos y/o gestados por técnicas artificiales resultan así una categoría de hijos distintos en sus derechos a los concebidos y gestados de modo natural y a los adoptados.

En definitiva si el aportante de gametos no declara su voluntad de ser identificado tiene el derecho a permanecer para siempre en el anonimato y el hijo no tiene derecho a saber de quién es constitutivamente tal para siempre.

El Anteproyecto recupera así la discriminación que el viejo Código Civil establecía para los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, a quienes estaba vedada la indagación de sus vínculos parentales biológicos (CC art. 341-344, derogados en 1985 por ley 23264 art. 18).

La preservación de los datos de identidad del aportante de gametos niega al niño o joven que pueda conocer su identidad más íntima (pues él es el cuerpo que proviene del aportante).

El argumento para proteger férreamente esta identidad del aportante es que, en caso de que fuera posible acceder a su identidad real, no habría número suficiente de aportantes para atender la demanda. Esto muestra que se

privilegia absolutamente el interés y la voluntad subjetiva de los adultos: del que recurre al aportante de gametos y del aportante mismo.

Los fundamentos del Anteproyecto mantienen la ficción de que se trata de donantes, cuando se sabe que se trata de venta de gametos. El reconocimiento de que no se daría dicho aporte si hubiera la posibilidad de identificar al aportante y entonces el descendiente pudiera buscar establecer algún vínculo con él, muestra que el uso de la fecundación artificial con anonimato de progenitores biológicos (en general la llamada heteróloga) no es practicable sin violar el derecho a la identidad del concebido.

Lo mismo ocurre con la fecundación con gametos de un fallecido y aún con la implantación de embriones de un padre fallecido (art. 563). Prima exclusivamente la voluntad del adulto; el hijo puede quedar impedido de conocer su identidad.

El problema radica en eliminar la filiación biológica por el imperio sin límites de la llamada voluntad procreacional.

No hay un verdadero interés superior del niño por nacer (art. 562 a), sino que prima el interés de los adultos que quieren o no el vínculo filiatorio.

En la gestación por sustitución (art. 562 inc. f) se establece que la gestante no debe haber recibido retribución, para evitar que se trate de alquiler de vientres. Pero es ilusoria la precaución: sólo se refiere a la anterioridad de la autorización judicial, pero puede ocurrir luego. Por otra parte no se suele pagar directamente a la mujer, sino al laboratorio o a intermediarios. De todos modos resulta prácticamente imposible verificar que no existió el pago. El alquiler de vientres es una nueva vía para la explotación de las mujeres pobres. Con las consecuencias psicológicas que significa haber gestado y no ser la madre.

El alquiler de vientres se alza en contra de los lógicos vínculos entre la mujer y el niño, propios de la gestación como proceso psicofísico.

Mientras en la adopción la voluntad y el deseo de los adultos son coincidentes con la necesidad del niño y se preserva su derecho a la identidad, en la fecundación artificial y en la gestación por sustitución, se imponen unilateralmente los deseos y la voluntad de los adultos sobre quienes no pueden ejercer sus derechos (los hijos en cualquiera de sus edades).

También se impone la voluntad de unos sobre la necesidad económica de otros (alquiler de vientres, venta de gametos).

No se trata en realidad de ampliación de derechos de modo igualitario, sino de empoderamiento de unos sobre otros en un abuso irremediable, que afecta la identidad permanente de los hijos en aras del deseo de algunos adultos y el beneficio económico de los prestadores e intermediarios.

La Argentina que conoce la tragedia de la sustitución de identidad de los hijos de personas desaparecidas y la lucha por la recuperación de las raíces biológicas, no puede legitimar que se produzcan ex profeso nuevos argentinos condenados a no saber quiénes son. A tener unos papeles que son una ficción respecto a su realidad.

La ley está llamada a distinguir entre los usos de las posibilidades biotécnicas aquellos compatibles con los derechos de todos y aquellos que no lo son.

Por ello considero que la fecundación artificial no puede incluir el anonimato de ninguno de los progenitores biológicos ni el recurso a gametos de un tercero ajeno a los padres registrales, tampoco debe legitimarse la gestación por sustitución.