

Resumen Imprimible

Curso Derecho de Familia

Módulo 5

Contenidos:

- Filiación por técnicas de reproducción humana asistida
- Ejemplos de fallos jurisdiccionales
- Determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial
- Acciones de reclamación e impugnación de la filiación

Filiación

Es el vínculo que existe entre dos partes distintas una de otra. Ese vínculo siempre tiene que suponer cierta protección y/o superioridad de una de las dos partes hacia la otra ya que si ambas partes fueran iguales estaríamos haciendo referencia a vínculos de hermandad o de fraternidad. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

El concepto de filiación es un concepto complejo que se utiliza para hacer referencia a aquellas relaciones de paternidad entre dos o más partes. Puede ser un fenómeno biológico o sanguíneo, así como también político o jurídico, es decir, que puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción.

Incluso, el Código Civil y Comercial de la Nación, establece que: “el Registro de Estado civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que no se aclare si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida o ha sido adoptada.”

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos han posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción humana asistida, transformándolas en otra opción para quienes deseen ser padres y no puedan, o no quieran, de la manera convencional.

El Código Civil y Comercial considera a las **Técnicas de Reproducción Humana Asistida** como una tercera fuente de filiación que genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza y la filiación en los casos de adopción en forma plena.

Según estudios realizados en este ámbito se determinó que se considera estéril a la pareja que no consigue embarazo tras uno o dos años de coitos normales sin métodos anticonceptivos. En la actualidad, en ciertos países, se observa un aumento en la demanda de los servicios médicos para el estudio y tratamiento de la esterilidad.

En este sentido, y a fin de dimensionar el impacto que han producido estas técnicas desde su aparición a finales de los años 70, es preciso recordar que han nacido, alrededor de

cuatro millones de niños en todo el mundo cuyos padres presentaban dificultades para concebir. Es un gran cambio el que se debe hacer a nivel legislativo. En forma redundante siempre decimos que el derecho va atrasado con respecto a los cambios sociales y, por eso, la implementación de una nueva norma siempre genera controversias para el que la crea, para el que la aplica y para los que van a verse afectados por esa ley.

Las Técnicas de Reproducción Asistida Humana surgen con el objetivo principal de maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable. Son tecnologías que están en constante cambio y no existe acuerdo sobre los criterios diagnósticos o terapéuticos disponibles.

Aunque la infertilidad y la esterilidad son consideradas como situaciones similares, se trata de entidades claramente diferenciadas. Así, esterilidad se refiere a la incapacidad para concebir e infertilidad a la incapacidad para tener un hijo vivo. Desde el punto de vista demográfico el concepto utilizado es el de infertilidad. Diversos factores asociados con los cambios socioculturales han repercutido en un aumento de la infertilidad, entre ellos cabe destacar:

- el estilo de vida acompañado de situaciones de estrés de las personas
- el aumento de las enfermedades de transmisión sexual
- el efecto secundario de los anticonceptivos

Reproducción Medicamente Asistida

En los términos que marca la **Ley N° 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida**, “una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos”.

Este tema generó controversias. Por un lado, los prestadores de servicios de los centros de salud, entienden que la normativa hace mención de cubrir hasta un máximo de tres tratamientos de alta complejidad de por vida. Por el otro, las personas que se someten a

los tratamientos, comprenden lo que expresa la Ley, es decir, tres tratamientos anuales, con el intervalo de tres meses entre cada uno de ellos. Lo que genera esa rispidez es que en la parte en que habla de los tres tratamientos no hace referencia a si son anuales o no, como sí menciona cuando se refiere a los cuatro. Dejando la puerta abierta a este debate. La disputa en la jurisprudencia fue de manera bipolar, inclinando la balanza para una u otra postura según los casos.

Los principios constitucionales e internacionales valorizan el derecho de toda persona a formar una familia gracias al avance científico, y de todo niño a tener un vínculo filial estable, sin importar la condición sexual, sean parejas del mismo o de distinto sexo, sólo importa la voluntad procreacional.

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. En este marco de resguardo de datos, va a surgir un derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida, establecido en el artículo 563 y subsiguientes de Código civil y Comercial de la Nación. La persona que nace bajo estas técnicas va a tener derecho a:

- saber que “ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”
- obtener “del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud”
- conocer “la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”

El Código, en su artículo 561, dispone la **forma y requisitos del consentimiento**: “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El

consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.”

En el artículo 562, se expresa la **voluntad procreacional**: “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.”

Determinaciones que establece el Código Civil y Comercial en relación con la filiación

Respecto a la **determinación de la maternidad**, el Código, sostiene que: “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

Cuando se refiere a la **Determinación de la filiación matrimonial**, dispone que: “excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el consentimiento correspondiente previo, libre e informado.”

Por otro lado, “aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de estos, si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quien aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial.”

También, “si median matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene vinculo filial con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vinculo filial con el segundo cónyuge. Estas presunciones admiten prueba en contrario.”

Cuando se trata de **determinar legalmente la filiación matrimonial**, el Código establece que es necesario probar:

- “la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas y la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;
- la sentencia firme en juicio de filiación y
- en los supuestos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

Sobre la **Determinación de la filiación extramatrimonial**, fija que: “la filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.”

Asimismo, “la paternidad por reconocimiento del hijo resulta:

- de la declaración formulada ante el oficial del Registro Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;
- de la declaración realizada en instrumento público o privado, debidamente reconocido;
- de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuó en forma incidental.”

Inclusive, “el registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal.” Por su parte, ese “reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo.” En el caso del reconocimiento del hijo ya fallecido, “no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo.”

También, en el caso del hijo por nacer, es posible su reconocimiento, quedando sujeto al nacimiento con vida.

En este sentido, en doctrina jurídica hay dos concepciones diferentes para determinar cuándo debe considerarse nacido y, por lo tanto, sujeto de derecho, al ser humano. Existen dos teorías al respecto, **la teoría de la Vitalidad y la teoría de la Viabilidad**. Expliquemos qué postura toma cada una de ellas...

La teoría de la Vitalidad, tomada por la legislación vigente, sostiene que el simple nacimiento con vida determina en el ser humano el carácter de persona natural y, en consecuencia, de sujeto de derechos. En cambio, la teoría de la Viabilidad exige, no sólo nacer con vida, sino que cuente con las aptitudes necesarias para sobrevivir por un determinado periodo separado del cuerpo de la madre, con lo cual transforma el nacimiento de un hecho cuyo momento inicial depende de la voluntad humana, deja de ser puramente natural.

Filiación extramatrimonial

La nueva normativa determina el derecho que le corresponde a quienes, por no haber nacido en una familia “legítimamente” constituida, la ley y la doctrina llaman hijos ilegítimos o extramatrimoniales, determinando que la bastardía, es decir, lo extramatrimonial, de su origen no debe dar lugar a una disminución de sus derechos, ni a un derecho disminuido.

El orden jurídico que rige la vida de los argentinos no constituye una isla, sino que es parte integrante de un Orden Jurídico Universal. Es decir que si bien como Estado Nación tenemos leyes que regulan nuestra vida diaria a nivel nacional, provincial y municipal, ese conglomerado de legislación está ligada y relacionada la existencia de una Comunidad de Naciones con propósitos comunes y normas jurídicas, que tienen el carácter de supra nacionales.

Entre esas normas se encuentra la que prescribe la igualdad de los seres humanos; estando prohibido todo tipo de discriminación inclusive la filiatoria. Argentina, al adherir al Pacto de San José de Costa Rica, mediante la ley 23.054, en 1984, adhiere y acepta la no diferenciación entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia habían interpretado que dicha ley no era operativa y que no había que adecuar la legislación interna al compromiso internacional asumido. Hasta la sanción de la ley 23.264, nuestro país había asumido una situación peligrosa, por cuanto no cumplía con el pacto internacional al que había adherido.

El fundamento de la posición seguida por nuestra anterior legislación era buscar la protección de la familia legítima. Se partía de afirmar que la familia natural atenta contra la legítima, y se concluye sosteniendo que no se puede equiparar los hijos nacidos de uniones ilícitas e inmorales con los nacidos de una unión regular, en vulnerabilidad y quebrantamiento de la familia legítima o tradicional. La justificación de esta postura se hace residir en la necesidad de defender la “pureza” de la familia legítima.

Si bien en el derecho argentino ya se han borrado completamente las diferencias entre las distintas categorías de hijos extramatrimoniales que contemplaba el antiguo Código

Civil subsisten, aunque no estén expresamente contempladas en la ley, diferencias entre los **hijos extramatrimoniales reconocidos y los no reconocidos**.

Los hijos naturales, cuya filiación no ha sido reconocida por ninguno de sus padres, ni declarada judicialmente, carecen de estado de filiación, pues no gozan de los beneficios de la patria potestad y su único derecho es, en realidad, el de reclamar el reconocimiento forzoso o declaración judicial de su filiación.

Los hijos que no han sido reconocidos por sus progenitores, carecen de los mismos derechos que sí tienen los matrimoniales porque, si bien tienen padres en un sentido biológico, carecen de un padre legal y, como consecuencia de ello, no tienen todos los derechos que los hijos no matrimoniales sí reconocidos tienen. Pero esta diferenciación no proviene de una discriminación legal sino del acto jurídico del reconocimiento.

Acciones de filiación

La nueva partida de nacimiento ya no discrimina si la persona nació por Técnicas Humanas de Reproducción Asistida o con otro método, tampoco dice si es o no adoptada, o si es o no extramatrimonial.

Igualmente, toda inscripción no verídica después puede impugnarse por el menor, porque prevalece, para muchos, el derecho a la identidad, a saber quiénes son sus verdaderos padres y, en muchos casos, opera el recurso de Habeas Data, a través del que se manifiesta que se pueden rectificar datos erróneos o falsos.

Al respecto el Código Civil y Comercial de la Nación, con relación a las **acciones de filiación** establece, en sus artículos 576 y 577, que: "El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es

admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.”

Ya en los artículos subsiguientes de este capítulo del Código, se dispone que: “si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.”

En el caso de “la prueba genética post mortem, en caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver”. En última instancia, “el juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.”

Por último, “cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor.” Esto viene a colación de tener en cuenta al menor y de que prevalezca el interés superior del niño.

Acciones de reclamación de filiación

En lo referente a las acciones de reclamación de filiación, el Código fija que: “el hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente. El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores. En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.”

Esto último es importantísimo, ya que no se agota el reclamo si alguno de los padres está fallecido, sino que se extiende a los parientes, que son los herederos.

Siguiendo con las acciones de reclamación, el Código agrega que: “estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.”

También en los casos de “reclamación en los supuestos de **filiación en los que está determinada sólo la maternidad**”, la ley decreta que: “en todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.”

Por otro lado, “antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial.”

Respecto de los **alimentos** que le corresponden al niño o niña, el artículo 586, dispone que durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en la normativa. Esto opera igual que cuando un progenitor es demandado por no pagar alimentos y mientras no esté la sentencia debe pagar un monto que determina el juez al menor.

Impugnación de filiación

Sobre la **“impugnación de la maternidad”**, fija que “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. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. 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.”

En relación con la **“impugnación de la filiación presumida por la ley”**, se determina que: “el o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño.”

“Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado

consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.”

En el mismo aspecto, “la acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.”

Asimismo, “el o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.”

“Si se prueba que el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.”

La “**impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley**” refiere a que “aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es

acogida. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.”

Por último, la ley establece **“la impugnación del reconocimiento”**. “El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.”