



EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA UN ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

*THE EXERCISE OF FILIATION ACTIONS OF CHILDREN BORN BY ASSITED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES
AN ANALYSIS OF PROPORTIONALITY OF THE ARGENTINE LEGAL SYSTEM*

Dra. Lorena C. Bolzon*

RESUMEN: El reconocimiento y preservación de los derechos que corresponden a los hijos para determinar su estado de familia y resguardar su identidad, deberán ser considerados prioritarios en materia de acceso a la justicia a fin de asegurar el principio de igualdad filial. Desde este enfoque se propone un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que permita establecer la razonabilidad del sistema argentino impuesto a los nacidos por reproducción asistida. Con ello deseamos determinar si las divergencias de trato entre los hijos en función de su modalidad de concepción y las restricciones en el ejercicio de las acciones filiales, poseen la relevancia requerida para justificar su tratamiento diferenciado o se trata de una potencial discriminación de acceso a la justicia y privación del debido proceso.

Palabras clave: Filiación, Identidad, Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), Acceso a la justicia, Razonabilidad.

ABSTRACT: The recognition and preservation of the rights of children to determine their family status and to safeguard their identity should be considered a priority in terms of access to justice to ensure the principle of filial equality. From this approach, an analysis of suitability, necessity and proportionality is proposed to establish the reasonableness of the Argentine system imposed on those born through assisted reproduction. In doing so, we wish to determine whether the differences in the treatment of children according to their mode of conception and the restrictions on the exercise of filial actions have the required relevance to justify their differentiated treatment or whether it is potential discrimination of access to justice and deprivation of due process.

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad Austral. Mariano Acosta 1611, Pilar, Buenos Aires, Argentina. lbolzon@austral.edu.ar, 0000-0002-3499-3720.

Keywords: Filiation, Identity, Assisted reproductive technology (ART), Access to Justice, Proportionality.

I. LA REGULACIÓN DEL SISTEMA FILIAL EN CLAVE DE IGUALDAD

El problema de la filiación en el derecho contemporáneo es la encrucijada entre el poder de decisión de los adultos y la tutela del niño, que debe asegurar el derecho a la igualdad filial. Aunque se ha superado la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, hoy la libertad de decisión de los adultos resulta exponenciada por la aparición de técnicas de reproducción asistida que permiten separar sexualidad de reproducción y lo que es más complejo, generación de filiación.

Complejo decimos, porque la filiación comporta un número de derechos subjetivos que abarcan no solo los beneficios que se obtienen de la responsabilidad parental, sino también, los derechos a establecer la filiación y la identidad con sus consecuentes efectos. Si la filiación no puede determinarse con efectividad, los derechos del hijo pueden verse recortados y, en algunos casos, aniquilados si se falsean los vínculos que derivan de la generación¹. De efectivizarse esta restricción de derechos, significará que hay una ruptura del principio de igualdad filial y una situación potencial de discriminación, por cuanto habrá hijos con mayores o menores derechos en función del modo de engendramiento.

La última reforma en materia civil², realizada en 2014 en Argentina, dio lugar al Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) que produjo importantes modificaciones en el régimen filiatorio y que incorporó como fuente filial a las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA). El cambio en la regulación de las fuentes filiatorias, y la aceptación de una mayor autonomía de la voluntad en el régimen filial, ha repercutido fuertemente en la consideración jurídica de las vinculaciones entre padres e hijos. A punto tal, que numerosos autores han señalado que se ha alterado el sistema filiatorio y se ha vuelto a un antiguo régimen de categorías entre los hijos, pues en forma injusta y arbitraria, sin razón alguna que lo justifique, se concede a ciertos hijos un trato de inferioridad³. De esta manera, el legislador argentino ha permitido que existan sujetos de igual naturaleza, pero con distinto espectro de derechos⁴.

Es aquí donde entran en juego los principios del derecho de familia, que vienen a regular y a poner un límite en el accionar tanto de las partes como del Estado en la regulación de las relaciones familiares. Lepín Molina ha señalado que los actuales principios del Derecho de Familia se han ido generando a partir de los tratados sobre derechos humanos que constituyen, por una parte, un límite al ejer-

¹ BASSET (2022) p. 32.

² ARGENTINA, Ley 26.994.

³ PERRINO (2011) p. 1.

⁴ BASSET (2014).

cicio de la soberanía y, por otra, un deber del Estado y de sus órganos, de promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana⁵.

En este marco, y para poder analizar las situaciones que se generan en el contexto filial, hemos escogido enfocar su estudio desde el prisma de la igualdad. Un derecho humano esencial, de gran significación y trascendencia en el campo filial. Tan importante resulta que es uno de los dos únicos principios reconocidos expresamente por el legislador en el Código Civil y Comercial para presidir el sistema de regulación de la filiación (art. 558). Los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN reconocen el principio de igualdad como uno de los valores que ha impregnado la reforma legal⁶ y vuelve a recurrir a él para fundamentar los cambios introducidos en materia filial⁷. Por lo cual, creemos que resulta lógico analizar toda la normativa basada en este aspecto que proclama claramente el espíritu legislativo.

El término igualdad en el campo del Derecho constituye un concepto relacional y análogo, en tanto puede ser referido a diferentes realidades. Inicialmente, corresponde señalar que el término igualdad “es nombre de una relación, no de una naturaleza, ni de una cualidad”⁸, puesto que siempre se predica de la igualdad de un ente respecto de otro ente. La igualdad presupone lógicamente que haya más de un objeto, para que pueda establecerse una comparación en relación con un elemento común. Sin embargo, no es posible hallar una relación de igualdad absoluta, donde la totalidad de las características de los objetos sean exactamente iguales, porque ya no se trataría de igualdad sino de identidad⁹.

Universalmente, se entiende que el respeto a los principios de justicia y de igualdad exige un mismo trato en similares circunstancias. De manera que el derecho a la igualdad debe integrarse en un contexto mayor, tuitivo de los derechos humanos¹⁰. Específicamente en materia de niñez, el fundamento del principio de igualdad se halla en el artículo 2º de la Convención de los Derechos del Niño, que prohíbe enfáticamente todo tipo de discriminación. Disposición que forma parte del bloque de constitucionalidad argentino del artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina (en adelante, CNA). Pauta que también se refleja en la normativa nacional en materia de infancia (Ley N° 26.061).

1. DIFERENCIACIÓN Y DISCRIMINACIÓN EN LA FILIACIÓN¹¹

El desafío de todo sistema filiativo al elegir las categorías filiales, reside en garantizar la igualdad y unidad de derechos sin ningún tipo de discriminación irrazo-

⁵ LEPÍN MOLINA (2014) pp. 9 y 55.

⁶ LORENZETTI y otros (2012) p. 4.

⁷ LORENZETTI y otros (2012) p. 75.

⁸ HERVADA (1984) p. 351.

⁹ DIDIER (2012) p. 21-22.

¹⁰ HERVADA (1996) p. 120-121.

¹¹ Para un análisis profundo de la igualdad de las filiaciones en el derecho argentino, remitimos al trabajo de BOLZON (2022) pp. 185-2010.

nable. Sucede, que en general, los derechos se sustentan sobre la base de una igualdad abstracta, por lo que deberá adecuarse a las circunstancias de hecho para su concreción¹². Entonces, debemos reconocer que la igualdad solo puede producirse en el ámbito de la proporcionalidad, en tanto los hechos son una limitante del derecho¹³.

Cuando el contexto relacional en el que se concibe un hijo es más inseguro, la determinación de la filiación indefectiblemente lo será. Esto implica una normativa en materia filial que se ve fuertemente interpelada ante las relaciones vinculares de parejas no casadas, de proyectos monoparentales y, en especial, cuando se recurre a la reproducción asistida. En todos estos casos, el derecho argentino vigente carece de mecanismos idóneos para el reconocimiento del vínculo filial de manera directa y segura, por lo cual los hijos quedan sujetos al reconocimiento voluntario, a una manifestación de la voluntad procreacional específicamente reglamentada o a la sentencia judicial, aspectos que en muchos casos debilita el plexo de derechos que al niño corresponde¹⁴. Así, las elecciones de los adultos terminan teniendo consecuencias en la filiación, lo que comporta la conformación de contornos diversos en los derechos de los hijos¹⁵.

Al mismo tiempo, Méndez Costa nos recuerda que la igualdad en materia filiatoria, no solo puede verse limitada por los hechos de los particulares, sino también por obstáculos de política legislativa que se encuentran sujetas a las valoraciones del legislador en un momento histórico determinado. Valoraciones que pueden conducir al establecimiento de diferencias que resulten desproporcionadas en cuanto a la finalidad que el derecho filial debe perseguir¹⁶.

Por tanto, estará en manos del legislador regular el sistema filial dentro de un contexto legal que no implique discriminaciones arbitrarias. El artículo 16 de la CNA, se constituye como disposición de derecho fundamental¹⁷ al enunciar: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento" y continúa: "Todos sus habitantes son iguales ante la ley". Aunque es claro que la norma redactada por los constitucionalistas de 1853 no fue originariamente interpretada con alcance a la igualdad en el ámbito familiar, coincidimos con Méndez Costa, en que esta norma encierra una alusión ineludible a la unidad de la filiación¹⁸. El foco no está puesto en las fuentes de filiación o en el modo de concepción, sino más bien en la igualdad del hijo en cuanto persona, acorde con la dignidad que le es propia. Es por ello que el constitucionalista no determina los tipos de filiación, ni su contenido, sino que se limita a señalar que los hijos no pueden ser legalmente discriminados¹⁹.

¹² BASSET (2015) p. 427.

¹³ MÉNDEZ COSTA (1986) p. 26.

¹⁴ BASSET (2020).

¹⁵ BASSET (2022) p. 53.

¹⁶ MÉNDEZ COSTA (1986) p. 26.

¹⁷ BERNAL (2003) p. 76.

¹⁸ MÉNDEZ COSTA (1997) p. 10.

¹⁹ BLASCO (1991) p. 700.

Ahora bien, debemos recordar que es una atribución del Poder Legislativo regular el ejercicio de los derechos (art. 14 CNA), sin embargo, esta facultad no implica que tiene en sus manos un poder irrestricto (art. 28 CNA), especialmente cuando nos encontramos en el ámbito de los derechos fundamentales como es la igualdad. El legislador excede su ámbito normativo, cuando limita derechos fundamentales, de manera que lo privan de alguna parte de su contenido esencial. En cambio, el legislador podrá delimitar un derecho fundamental con el propósito de definir sus contornos objetivos y alcances generales en relación con otros derechos fundamentales²⁰.

Es claro que la intervención legislativa será necesaria en materia de igualdad filial, porque no podemos dejar de reconocer que existen circunstancias diversas en cada una de las fuentes filiatorias que constituyen modalidades distintas y que, necesariamente, en determinados aspectos, requieren de un trato diferencial. La completa igualdad de las filiaciones es imposible de lograr, porque no es posible hallar una relación de igualdad absoluta donde la totalidad de las características de los objetos sean exactamente iguales²¹. Pero ello no obsta a que deba constatarse “la existencia de relación proporcionada entre el medio empleado por la ley y los fines que el legislador persiguió mediante su dictado”²². Se trataría entonces de establecer una regulación que, haciéndose cargo de la especialidad de cada situación y de cada fuente regulada, no vulnere el principio de igualdad de todos los hijos²³.

En función de ello, nos preguntamos si será posible hallar la igualdad desde la perspectiva de la proporcionalidad, es decir, una igualdad proporcional de las filiaciones. Si así fuera, podríamos reconocer que se tratan de modalidades filiatorias distintas, y que en diversos aspectos requieren necesariamente de un trato diferencial, pero asegurando que este trato particular para cada especie se dé sobre la base de la razonabilidad, sin afectar el principio de igualdad. Deberíamos entonces hallar los medios que aseguren la finalidad propuesta y que sean lo menos restringentes posible, de normas iusfundamentales.

Ahora bien, como hemos señalado, esta igualdad proporcional, no solo debe darse en un plano hipotético, sino que debe producir efectos jurídicos concretos. Por eso el análisis de cumplimiento de la igualdad real entre los hijos, deberá enfocarse en aspectos concretos que permitan la comparación entre los efectos de las distintas fuentes filiales.

Una de las principales formas de garantizar el principio de igualdad ante la ley de los hijos es facilitar el acceso a la justicia, en particular, a las acciones de filiación. Es por eso que en esta ocasión hemos elegido centrarnos en dichas acciones como elemento de análisis, pues ha sido uno de los aspectos que históricamente movilizó la resignificación de la igualdad en el campo filial. Cuestión esencial para

²⁰ BERNAL (2003) p. 682.

²¹ DIDIER (2012) p. 21-22.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, IRIZAR, JOSÉ M. c/ PROVINCIA DE MISIONES, 12/12/1996.

²³ GALLI FIANT (2011).

equiparar los efectos jurídicos entre fuentes filiales, así como por la máxima apertura a la libertad de investigación judicial de la paternidad o maternidad y la posibilidad de su impugnación²⁴. Es por eso que el acceso a la justicia de manera igualitaria evitará la discriminación y asegurará el debido proceso para todos los hijos²⁵.

II. LA DEFENSA DEL ESTADO DE FAMILIA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

El estado de familia se constituye como un derecho indisponible, ajeno al ámbito de la autonomía de la voluntad individual, ya que lo que está en juego no es solo el emplazamiento filial, sino que hay otros valores que deben protegerse, como el interés superior y el derecho a la identidad del hijo²⁶. De ahí que las normas que reconocen las acciones de filiación otorguen una fundamental importancia a aquellos medios que permiten que sean ejercidas, efectivizando los derechos de los hijos en el campo filial.

Es importante destacar junto a Basset, que la existencia de acciones de emplazamiento y desplazamiento de la filiación se sustenta en dos cuestiones principales. En primer lugar, el interés público que tiene el Estado en la determinación de la filiación, en virtud de su trascendencia social, que está dado en dos sentidos: transindividual y transgeneracional²⁷. Sucede que la sentencia que resulte de una acción de filiación tiene efectos expansivos, ya que –sea por el emplazamiento o el desplazamiento– se determinarán o aniquilarán mucho más que el solo vínculo paterno o materno-filial en cuestión. A partir de entonces se reconocerán o borrará múltiples lazos parentales, con las consiguientes repercusiones en los derechos y deberes de otros sujetos que no han sido parte del proceso de filiación en particular. El segundo elemento relevante en este aspecto es la seguridad jurídica que requieren las estructuras básicas de parentesco, entre otras cosas, para prevenir el incesto y la debida protección social de los más vulnerables, en este caso, los hijos²⁸.

El régimen argentino, en materia de acciones, es sumamente amplio para facilitar y asegurar el emplazamiento del hijo nacido por naturaleza respecto de sus progenitores. En esta fuente filial la verdad biológica tiene primacía y, para asegurarla, se despliega un rico espectro de acciones de emplazamiento y desplazamiento filial. Este derecho a tener vínculos filiales que se condigan con el nexo biológico no se ve modificado por la posterior adopción del menor.

El adoptado tiene libre acceso a las mismas acciones que proceden en la filiación por naturaleza en relación con su familia de origen. Si el vínculo de origen quedara determinado a través de las acciones de estado, los efectos de la adopción

²⁴ CORRAL TALCIANI (1994) p. 172.

²⁵ GALLI FIANT (2015).

²⁶ Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, "R. P. G. O. c/ M. F. S. (su sucesión) FILIACIÓN POST-MORTEM", 09/08/2012, MU-JU-M-74414-AR, MJJ74415.

²⁷ BASSET (2015) p. 563.

²⁸ BASSET (2015) p. 564.

no se alteran, pero nacen derechos alimentarios y sucesorios para el adoptado respecto de sus progenitores biológicos (art. 624 CCCN). Al mismo tiempo, la regulación pone su acento en el derecho a la identidad del adoptado (art. 595, inc. b, CCCN), de ahí que la reforma legal de 2014 incorporó, además, una acción autónoma para conocer los orígenes (art. 596 CCCN). Se trata de una acción meramente declarativa, no constitutiva de un nuevo vínculo jurídico, por tanto, ajena a la adopción y a los vínculos que esta genera²⁹. Pauta que se funda en la diferencia sustancial entre el derecho a tener vínculo jurídico y el derecho a conocer los orígenes³⁰. Como punto en común, en uno y otro caso, además del conocimiento de la propia identidad, observamos que la determinación del vínculo con la familia de origen permitirá el discernimiento de los impedimentos matrimoniales, que hasta ese momento no podían oponerse por desconocimiento (art. 620 CCCN).

III. LA IGUALDAD FILIAL EN JAQUE TRAS LA IRRUPCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Históricamente, en el campo filial la falta de coincidencia entre el elemento volitivo y el biológico eran considerados irrelevantes³¹. Sin embargo, los avances médico-científicos en materia reproductiva han puesto en jaque estos principios. Así, en los casos de reproducción asistida, el sistema argentino, desestima la procedencia de las acciones de emplazamiento y desplazamiento filial acorde con el dato genético, si ha mediado consentimiento previo, libre e informado de quien asumió la voluntad procreacional.

Específicamente, se sienta la regla de inadmisibilidad de la impugnación de la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de TRHA, cuando haya mediado el consentimiento requerido por la ley. Mientras que también se restringe el ejercicio de acciones de reclamación o de cualquier tipo de vínculo filial respecto de quien haya aportado los gametos, más no tuvo voluntad para asumir la responsabilidad de la progenitura (art. 577CCCN)³².

La posición restrictiva se justificó en los fundamentos del anteproyecto del código, donde la comisión redactora destacó: “[...] el dato genético no es el definitivo para la creación del 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”. En función de ello y por el principio de responsabilidad procreativa, no podrían eximirse de responsabilidad quienes prestan su consentimiento para que las técnicas reproductivas se pongan en marcha³³. El fundamento de esta pauta radica en la teoría de los actos propios, que implica que

²⁹ LORENZETTI y otros (2012) p. 82.

³⁰ HERRERA y LAMM (2014) p. 38.

³¹ GALLI FIANT (2015).

³² GALLI FIANT (2015).

³³ HERRERA y LAMM (2014) p. 693.

nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente³⁴. Por lo tanto, son inadmisibles las acciones de filiación por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida³⁵ y luego pretende desvincularse de su responsabilidad por la falta de nexo genético³⁶.

Aunque a primera vista esta parece ser una respuesta razonable, la solución dada por el legislador no deja de ser problemática desde la óptica del hijo. Recordemos que el derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita (art. 576 CCCN). En el mismo sentido y con un abordaje sistemático³⁷, se indica: "Las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles" (art. 712 CCCN). A pesar de ello, nuestro código establece un régimen especial que privilegia la posición del varón o mujer que, sin aportar sus gametos, consienten en el recurso a una donación y asumen legal e irrevocablemente la paternidad o maternidad de la criatura nacida en consecuencia, quebrando así el principio de veracidad biológica. Pauta que se aparta de la regulación habida en materia de acciones para los nacidos por naturaleza, e incluso para los hijos adoptivos. Al mismo tiempo, la normativa vigente permite liberar de todo tipo de responsabilidad a quienes, mediante su aporte biológico necesario, dan origen a la nueva vida, pero que nunca serán considerados su padre o madre y donde la teoría de los actos propios parece desvanecerse.

Para asegurar esta filiación inexpugnable, el derecho se aferra a tres instituciones: el secreto sobre el modo de engendramiento, el anonimato del donante y la inimpugnabilidad de la filiación.

El Comité de Ética de Francia ha señalado que el secreto sobre el modo de concepción "priva al niño de la oportunidad de preguntar acerca de sus orígenes, debido a que la pregunta solo puede reformularse una vez que el secreto ha sido revelado. Entonces, si bien el anonimato no es lo mismo que el secreto, sí lo justifica y alienta." El secreto en cuanto al método o modo de concepción puede dañar las relaciones familiares con un consecuente impacto negativo en el desarrollo psicológico del niño. Por eso se recomienda que los niños sepan acerca de su origen cuanto antes³⁸. En la medida en que no se establece en cabeza de los padres sociales o, en

³⁴ Si fuera admisible y se pudiera lograr la tutela judicial de este tipo de conductas no sólo afectaría la buena fe entre las partes, sino también la seguridad del sistema jurídico. Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Minería, "CANO HERNANDEZ NORMA BEATRIZ c/ CASTRO OSVALDO ANTONIO s/ ORDINARIO", 8/2/2018.

³⁵ LORENZETTI y otros (2012) p. 76.

³⁶ Debemos considerar que lo aquí planteado no es el único supuesto que puede darse. La falta de consentimiento previo otorgado en debida forma (incluso por un error involuntario), impide el establecimiento del vínculo filial, aunque se trate de quienes aportaron los gametos quienes dieron lugar al engendramiento del hijo. Pero la imposibilidad de reconocer al hijo o de establecer la filiación por el sistema de acciones, dejaría a los padres imposibilitados de reconocer al nacido.

³⁷ HERRERA y LAMM (2014) p. 702.

³⁸ HERRERA y LAMM (2014) p. 548.

su caso, del Estado, el deber de informar al niño sobre su modalidad conceptiva no se evitará el secreto. Sin embargo, el Código Civil y Comercial nada regula sobre este aspecto, mientras que sí lo hace en forma expresa en materia de adopción (art. 596 CCN).

El anonimato del donante es sostenido como una herramienta imprescindible para asegurar la continuidad de las técnicas reproductivas. Sin embargo, este constituye uno de los principales obstáculos para el disfrute efectivo del derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, el acceso a la justicia y al ejercicio efectivo de los derechos que les son propios en un plano de igualdad. Una característica particular del empleo de las TRHA es lo que cabría denominar su transparencia biológica, por lo cual señala Martínez de Aguirre, desde el primer momento y salvo errores no descartables de manipulación médica, la filiación biológica es conocida por completo. Se conoce de quién es el esperma, de quién es el óvulo, en qué momento el espermatozoide fecunda el óvulo, quién ha gestado el embrión resultante y qué relación tienen quienes resulten ser legalmente los padres con todos ellos³⁹. No se trata entonces de una situación de desconocimiento o imposibilidad fáctica, sino de política legislativa. La doctrina contemporánea comienza, paulatinamente, a reformular la idea del anonimato de los donantes y promueve un mayor respeto por el acto procreativo, exigiendo la responsabilidad de todos los intervenientes de las técnicas reproductivas que engendrarán una nueva vida⁴⁰. Mientras tanto, en Argentina, tras más de 30 años de prácticas reproductivas, no se halla un camino certero para que el nacido por medio de TRHA tenga acceso a todos los elementos de su identidad. No existe un registro de archivos identitarios regulado formalmente y el sistema de registros sobre la práctica médica regula de manera dispersa y diversa los contenidos de la información y el plazo de resguardo de la misma⁴¹. Lamentablemente, mientras no se dicten normas especiales y se disponga de un banco nacional de datos de donantes o de bancos de datos genéticos⁴², la protocolización ante escribano público y la certificación sanitaria de los consentimientos será tal vez la única prueba o registro del procedimiento de TRHA que constituirá el antecedente de la identidad de un ser humano.

Finalmente, la inimpugnabilidad de la filiación se concreta en la absoluta denegación de ejercicio de las acciones filiales para el nacido por reproducción asistida. La regulación comienza con la expresa prohibición de admisibilidad de cualquier demanda de los hijos nacidos por TRHA contra quien haya aportado el mate-

³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013) p. 97

⁴⁰ BASSET (2015) p. 499

⁴¹ En la materia resultan aplicables la resolución del Ministerio de Salud 1305/2015; la Ley 26.529 de Derechos del Paciente y el Anexo III de la Resolución 616-E/2017 del Ministerio de Salud

⁴² Es preciso señalar que en Argentina ya existe un Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG), creado en 1987. Su creación tuvo en miras obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación (art. 1º). Por tanto, este mismo Banco podría funcionar para dar solución a esta falencia de la regulación en materia de TRHA.

rial genético (art. 577 CCCN). Luego refuerza la prohibición al impedir que estos hijos reclamen la filiación matrimonial o extramatrimonial, contra quienes sean sus padres biológicos o sociales (art. 582 CCCN); no pueden impugnar la maternidad (art. 588 CCCN); no pueden impugnar la filiación presumida por la ley (art. 589 CCCN) y no pueden impugnar el reconocimiento de filiación (art. 593 CCCN)⁴³. Esta restricción se extiende también al contenido de la información que el hijo puede obtener respecto de su realidad y origen biológico. La normativa solo permite obtener del centro de salud la información relativa a datos médicos del donante, cuando sea relevante para la salud del nacido por TRHA. Mientras que la identidad del donante solo podrá ser revelada ante “razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial” (art. 564 CCCN).

El resultado de esta triple combinación hará que “ni los padres afectivos, ni los progenitores biológicos, ni siquiera el mismo hijo, podrán impugnar la filiación que la ley asigna formalmente aun cuando esté en discordancia con la verdad material”⁴⁴. Así, los hijos nacidos por TRHA, solo podrán ser titulares de una acción de conocimiento de datos biológicos, lo que restringe el derecho a su identidad y tiene una operatividad práctica limitada⁴⁵. Lo que vuelve discriminatoria a la normativa comentada.

Si bien surgen numerosas cuestiones a considerar ante una mirada holística del sistema filial, el factor especialmente central resulta ser la falta de sustento o fundamento de la prohibición de accionar para el hijo. No hallamos en los fundamentos legislativos de la reforma, ni en la regulación aplicable, una pauta clara que justifique de manera razonable el cambio de tratamiento para los nacidos por TRHA respecto de los hijos por naturaleza o adopción. Por lo que el sustento de tal limitación de derechos, pareciera ser el modo de concepción del hijo.

Entendemos que el legislador goza de un razonable margen de apreciación de los principios e intereses jurídicos que rigen la materia y por eso, es responsable de establecer entre ellos el balance necesario para asegurar su efectivo cumplimiento. Pero nos preocupa que principios fundamentales en materia filiatoria como la igualdad de todos los hijos, el derecho de acceso a la justicia o el interés superior del niño queden relegados ante otros intereses.

Por otro lado, debemos señalar que la restricción impuesta por el legislador también choca de frente con otras pautas de la regulación. Recordemos que la última parte del artículo 575 indica que: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”. Pero si el artículo 577 no admite el ejercicio de acciones para

⁴³ LAFFERRIÈRE (2012)

⁴⁴ ALES URÍA (2013)

⁴⁵ GALLI FIANT (2011)

la indagación de los lazos genéticos, será imposible establecer la existencia o no de impedimentos matrimoniales⁴⁶.

IV. ¿ES RAZONABLE EL RÉGIMEN ARGENTINO?

Hemos identificado efectos y derechos reconocidos con disímil alcance para los hijos nacidos por reproducción humana asistida. Sin embargo, debemos ahora considerar si las diferencias observadas son razonables, idóneas, necesarias y proporcionadas, y, por tanto, se presentan como una distinción de trato justificada.

Para poder llevar adelante tal estudio recurriremos a un reconocido principio del derecho constitucional: el principio de razonabilidad, también llamado juicio de proporcionalidad. Norma que se encuentra consagrada en la mayor parte de los países democráticos. Concretamente, en Argentina, la máxima de la razonabilidad se encuentra consagrada en el artículo 28 de la Constitución Nacional, donde se establece que los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, cuando tal alteración suponga arbitrariedad o irrazonabilidad⁴⁷.

En las ciencias jurídicas, como en la obra legislativa y judicial es difícil hallar una definición unívoca de la “razonabilidad”. Respecto de ella, se pregoná una amplitud de conceptos y características en el mundo jurídico. No obstante, se establece una íntima conexión entre razón, verdad y justicia. De aquí se deriva la idea de que el derecho es un orden racional y será orden humano en la medida que sea razonable⁴⁸. Cianciardo señala que hay acuerdo en definir a la razonabilidad en sentido amplio como una prescripción en virtud de la cual toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser idónea; indispensable y proporcionada⁴⁹. Por eso, el tratamiento y estudio del principio de razonabilidad se presenta tradicionalmente en tres dimensiones: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵⁰.

El subprincipio de adecuación implica que la ley debe ser idónea, apta o adecuada para alcanzar la finalidad que el legislador se propuso con su dictado, es decir, capaz de contribuir a la obtención del fin. Se trata de un juicio de eficacia, es decir, qué tan eficaz es la norma en análisis, para lograr de algún modo la finalidad propuesta⁵¹.

Por su parte, el subprincipio de necesidad tiende a verificar si la medida adoptada es la menos restrictiva entre las que tengan un grado similar de eficacia para al-

⁴⁶ GALLI FIANTE (2015)

⁴⁷ BIDART (2013) p. 517

⁴⁸ SAPAG (2008), p. 161

⁴⁹ CIANCIARDO (2009) p. 27-28.

⁵⁰ CIANCIARDO (2014) p. 22

⁵¹ SAPAG (2008) p. 186

canzar el mismo fin⁵². Ello impone examinar si la restricción es imprescindible para alcanzar el fin⁵³, en este caso, de la igualdad filial.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto permite controlar que el legislador haya hecho un balance adecuado de los beneficios y costos de implementar una determinada norma. Pero además requiere un análisis acerca de si se ha respetado el contenido esencial del derecho afectado por la regulación⁵⁴. Así, “las ventajas que se obtienen con la intervención legislativa en los derechos deben compensar o justificar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general”⁵⁵. Sin olvidar que cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan dicha intervención⁵⁶.

Es preciso señalar que cada uno de estos tres subprincipios requieren de un análisis diverso en su aplicación: “el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario –el más moderado– respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación costes-beneficios”⁵⁷. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado en reiteradas oportunidades que la reglamentación legislativa:

Debe ser *razonable*, esto es, *justificada* por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y *proporcionado a los fines* que se procuran alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad⁵⁸.

En el mismo sentido, recuerda Cianciardo que, tanto la Corte como la Comisión Interamericana, han señalado que determinar la compatibilidad de cualquier distinción legal para con el sistema interamericano de derechos humanos debe ser sometida a un exigente escrutinio⁵⁹. Por lo tanto, debemos reconocer que el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva que aquí analizamos tampoco es absoluto y, como cualquier otro derecho, puede estar restringido por ley fundada en un fin legítimo; siendo preciso que la restricción pondere con razonabilidad todos los intereses en juego⁶⁰. Pero, de existir restricciones para ciertos hijos, según su modalidad de engendramiento, y al tratarse de un derecho fundamental —la igualdad filial—, su concordancia con los principios constitucionales y la necesidad de opti-

⁵² CIANCIARDO (2014) p. 23

⁵³ SAGGESE (2010) p. 143

⁵⁴ CIANCIARDO (2014) p. 23

⁵⁵ SAGGESE (2010) p. 143

⁵⁶ BERNAL (2007) p. 290

⁵⁷ BARNES (1998) p. 500

⁵⁸ *Fallos*: 136:161; 172:21 y 291; 199:483; 200:450; 201:71; 204:195; 243:449 y 467; 263:83; 269:416; 297:201; 312:496, entre otros. El destacado es propio.

⁵⁹ CIANCIARDO y otros (2008)

⁶⁰ KEMELMAJER y DAVICO (2014)

mización llevará indefectiblemente a analizar estrictamente si la norma es adecuada, necesaria y proporcionada⁶¹, teniendo al hijo como sujeto de protección.

1. JUICIO DE ADECUACIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de acceso a la jurisdicción, es decir, “a ser parte en un proceso activando la función jurisdiccional. Se trata del punto inicial del ejercicio del derecho, cuya protección, como regla, debe ser fuerte, ya que de él dependen los que se ejercen posteriormente (ser oído, rendir prueba, etc.)”⁶². Por lo tanto, no solo es deber de los jueces, sino principalmente del legislador, posibilitar el acceso a la justicia de las personas involucradas, sin restricciones irrazonables. De ahí la importancia de que las disposiciones que habilitan la legitimación, así como su interpretación, no sean excesivamente rigurosas, pues negar la legitimación importa decir a una persona que no tiene acceso a la justicia⁶³.

En materia filial, debemos recordar que la acción supone un derecho subjetivo implícito y es el estrato más remoto de esos derechos subjetivos para lograr su cumplimiento. Por eso, dirá Basset, que “las acciones que el derecho da a las personas equivalen a la extensión de sus derechos”. Serán las acciones legales las que permiten el acceso a la justicia⁶⁴. Por lo cual el acceso al sistema de acciones resulta prioritario, teniendo en cuenta las importantes consecuencias jurídicas que esta restricción producirá en la vida del hijo, como el reconocimiento del vínculo filial, su derecho a la completa identidad, la privación del derecho de comunicación con su familia biológica e, incluso, la pérdida de derechos patrimoniales, como los alimentarios, los eventuales derechos hereditarios y, por qué no, el derecho a la reparación del daño por falta de reconocimiento.

Las principales modificaciones que la reforma del código de fondo argentino ha incorporado se han dado en materia de determinación filial, en especial en lo relativo a las acciones de filiación, como una derivación del especial desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano⁶⁵. Ello puede verse con absoluta claridad en la filiación por naturaleza, donde el régimen de acciones es sumamente amplio y completo. De hecho, la última reforma incluyó, entre otras mejoras, la ampliación de los legitimados activos; la reafirmación respecto de la amplitud probatoria, donde la prueba genética adquiere mayor relevancia; y la ampliación de las causales para desvirtuar o no, un vínculo filial en atención a la identidad dinámica del niño⁶⁶. También se modifica el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de caducidad, y se unifica el plazo para todas las acciones de filiación, “en

⁶¹ CIANCIARDO (2009) p. 143

⁶² KEMELMAJER y DAVICO (2014)

⁶³ KEMELMAJER y DAVICO (2014)

⁶⁴ BASSET (2014)

⁶⁵ HERRERA y LAMM (2014) p. 711

⁶⁶ PERACCA (2015)

consonancia con el reiterado principio de igualdad"⁶⁷. El acceso a las acciones se mantiene incólume, incluso en los casos de adopción ya sea simple o plena.

Ahora bien, en el caso de filiación por TRHA, estos principios parecen esfumarse y el régimen aplicable es notablemente diverso. Como vimos, los hijos nacidos por medio de estas técnicas no gozan de los mismos derechos que sus pares por naturaleza o adopción. Hecho que cierra todo acceso a la justicia en estos casos.

El sustento principal de la limitación, según lo expresa específicamente el legislador, es la teoría de los actos propios que veda la posibilidad de impugnar la paternidad o maternidad de quien se somete a las TRHA⁶⁸. No obstante, debe tenerse presente que la teoría de los actos propios carece de entidad en el campo del derecho filial donde ha de primar el orden público en función de la seguridad jurídica que las estructuras de parentesco deben proveer. Por ello, la doctrina señala que en determinadas situaciones y en virtud de la jerarquía de los derechos en juego, el ordenamiento subsume la teoría de los actos propios en mérito de otro, por considerarlo de mayor jerarquía, como sucede con el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño⁶⁹. Por otro lado, la teoría de los actos propios resultaría inaplicable respecto del hijo que ha sido ajeno a la contratación de la práctica y no ha podido elegir su modalidad de concepción.

El problema es que el derecho sigue queriendo atar la filiación asistida al paradigma de la filiación biológica, donde solo dos son los padres posibles. Incluso cuando reconoce las TRHA como una fuente filial diversa invisibiliza las diferencias y sigue queriendo 'biologizar' lo que la naturaleza demuestra es distinto⁷⁰. Como consecuencia, quienes aportaron el material genético e incluso el propio hijo, tienen vedadas todas las acciones de filiación y quienes aparecen como los progenitores sociales gozan de un estado irrefutable, incuestionable e infranqueable, aunque su vínculo no se ajuste a la realidad corpórea del niño⁷¹.

Esta negativa institucional de acceso a la justicia puede ser vivida por el niño como una denegación de su historia biográfica y, siendo adulto, como un atentando a su identidad personal y una verdadera injusticia⁷². Por ello, el foco debe estar puesto en el derecho a la vida privada del hijo y en su desarrollo integral, tal como lo ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Bensaid c/ Reino Unido, del 6/2/2001, donde se sostuvo que la salvaguardia de la estabilidad mental es un presupuesto ineludible para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada.

El fundamento del régimen argentino parece estar centrado, no ya en el niño como sucede en las otras fuentes filiales, sino en preservar la eficacia del sistema. Se

⁶⁷ LORENZETTI y otros (2012) p. 80.

⁶⁸ RODRÍGUEZ (2015).

⁶⁹ PERACCA (2015).

⁷⁰ BASSET (2015) p. 564.

⁷¹ PERRINO (2014).

⁷² BASSET (2014).

ha sostenido que de existir posibilidad de impugnar la progenitura social y de reclamar la maternidad o paternidad a los donantes, se reduciría la cantidad de donaciones de material genético y con ello se restringiría el acceso a los procedimientos médicos de reproducción asistida⁷³. No obstante, la cuestión no puede estar sostenida por intereses económicos, ni por la posibilidad de que otros nazcan, porque no hay certeza de que ello suceda, pero además porque hablamos de vidas en potencia, que aún no han sido creadas. Incluso, teniendo en cuenta la vida actual de este hijo que ve cercenados sus derechos, como los de otros por venir, es que coincidimos con Kemelmajer cuando afirma:

Si bien el derecho a la vida es un derecho que merece altísima estima, el derecho se configura con el de tener una vida digna, dignidad difícil de alcanzar cuando no se sabe de dónde se proviene. [...] la Convención [de los Derechos del Niño] le promete un buen vivir, no un vivir angustiado. [...] el derecho a la identidad, como condición esencial del derecho a la autonomía y al desarrollo, constituye el núcleo duro del derecho a la intimidad⁷⁴.

La regulación argentina ha restringido de forma expresa el derecho a conocer la identidad biológica, generando una contradicción de derechos constitucionales e internacionales donde la justicia deberá interpretar en cada caso concreto, las ‘razones debidamente fundadas’ (art. 564 CCCN) que permitirán el acceso a dicha información. La concreción de este derecho quedará al arbitrio de la decisión del juez, lo que genera una situación de incertidumbre y pone en riesgo su efectividad⁷⁵.

Es preciso recordar que la Convención de los Derechos del Niño no sujeta, en ninguna instancia, el derecho a la identidad del hijo a otro poder o voluntad superior. Por tanto, el acceso a las acciones de filiación para conocer sus orígenes no podría ser negado a ningún hijo, sin importar cuál sea su modalidad de concepción. De esta manera y a la luz de la normativa constitucional y supranacional, el niño quedará siempre habilitado a contestar la filiación que los padres han elegido para él⁷⁶.

Hemos señalado que cuando se impide el ejercicio de acciones para la indagación de los lazos genéticos, no deja espacio, siquiera, para comprobar la existencia o

⁷³ GONZÁLEZ (2014) p. 350.

⁷⁴ KEMELMAJER (2003).

⁷⁵ GALEAZZO GOFFREDO, F., “El derecho a la identidad biológica...”

⁷⁶ SAMBRIZZI (2016) p. 256. En el mismo sentido y entre otros, puede verse: URBINA (2014); BASSET (2011, 2015); PERRINO (2014); LAFFERRIÈRE (2012); GALLI FIANT (2022) todos citados en este trabajo. El valor del derecho a la identidad como derecho humano personalísimo indisponible ha sido sostenido por numerosos autores, valga aquí la reflexión de la Dra. Kemelmajer: “el derecho al conocimiento de la verdad biológica y el derecho al establecimiento de la filiación sobre bases biológicas están mucho más acendrados en los pueblos latinoamericanos que en los europeos. Entre nosotros, doctrina y jurisprudencia afirman enfáticamente, y sin discusión, la existencia de un verdadero derecho subjetivo a conocer la identidad biológica, que integra el núcleo duro de su derecho a la personalidad, y que resulta exigible al Estado”. KEMELMAJER (2003).

no de impedimentos legales, aspecto que sí se contempla en la adopción plena⁷⁷. Es importante señalar que en el último tiempo se han desarrollado movimientos y acciones de niños nacidos por TRHA, hoy adultos jóvenes, que reclaman su derecho a conocer sus orígenes y ponen de manifiesto sus temores cotidianos que los llevan a replantearse su vinculación social. Así, el informe *My daddy's name is donor*, da cuenta del relevamiento hecho sobre una muestra representativa de niños concebidos con donación de gametos, en el que más de la mitad señaló que cada vez que ven una persona que se les parece, se preguntan si tendrán algún parentesco con él. Una cantidad semejante sostiene que teme tener relaciones íntimas o estar atraído a una persona con la que tenga vínculo de parentesco sin saberlo. Dos tercios de ellos señalan que se les debería abrir sin restricciones el derecho a conocer su identidad biológica y más de la mitad objeta la admisibilidad de la donación de gametos⁷⁸. El impacto de esta incertidumbre en los nacidos por TRHA no es menor, por lo que su consideración resulta fundamental.

Lo dicho hasta aquí nos permite indicar que el régimen argentino vigente responde a un modelo dualista y abandona el paradigma igualitario⁷⁹. Dualidad en la que se recupera la discriminación entre hijos, que establecía el viejo código civil antes de las reformas de 1888, 1954 y 1985, al establecer las diferencias entre hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos, a quienes estaba vedada la indagación de sus vínculos parentales biológicos⁸⁰. Lamentablemente, se observa un retroceso, en el que el derecho vuelve a elegir, deliberadamente, cercenar los derechos de algunos niños, en virtud de la decisión de sus progenitores, siendo avalados por el Estado⁸¹.

2. JUICIO DE NECESIDAD

La doctrina ha señalado insistentemente, la importancia de levantar el secreto sobre la modalidad de engendramiento en las TRHA, así como el anonimato del donante que vulneran el acceso a la justicia. Ello se traduce en la imposibilidad absoluta de ejercitar la acción si no se tiene conocimiento de que la filiación legal no coincide con la biológica⁸². Sin embargo, de poco valdrá en el plano de la igualdad, tal apertura y la posibilidad de acceder a los datos biológicos del donante si el régimen no permite aplicar el sistema de acciones para determinar la filiación biológica y con ello, el acceso a los derechos que le son propios.

La responsabilidad parental inicia con la concepción⁸³, por tanto, corresponde a los padres la protección de sus hijos de manera particular. Desde el punto de

⁷⁷ GALLI FIANT (2015).

⁷⁸ MARQUARDT (2010).

⁷⁹ GALLI FIANT (2022).

⁸⁰ URBINA (2014); PERRINO (2014).

⁸¹ BASSET (2014).

⁸² FAMÁ (2013).

⁸³ BASSET (2015) p. 553.

vista constitucional, el estado de familia integra uno de los múltiples aspectos del derecho a la identidad. Por ello, participa de ciertos caracteres comunes a todos los derechos fundamentales que corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de persona y que se destacan por su carácter de inalienables, indisponibles, inviolables, intransmisibles y personalísimos. Como consecuencia, nadie puede negarse a las consecuencias de su acto de engendrar. Por lo cual, “un progenitor no puede engendrar y luego, por un acto voluntario, renunciar a su parentalidad. Su hijo podrá demandarlo en todo tiempo y emplazarse como hijo, probado que sea el vínculo biológico a través de pruebas genéticas”⁸⁴ para todos, excepto para los nacidos por TRHA.

Sabemos que, a partir de la consideración de la preeminencia de los lazos afectivos y sociales se ha elaborado un principio rector en la atribución de la filiación en el campo de la procreación asistida, denominado de ‘auto responsabilidad’, responsabilidad procreativa o simple responsabilidad por la procreación, que se sujeta a la voluntad procreacional expresada formalmente a través del consentimiento previo, libre e informado. La noción detrás de este principio es el análisis de concatenación causal en la concepción de un niño⁸⁵.

En la adopción, el régimen es más coherente, resguarda los hechos y la realidad de origen del hijo, pues se lo considera el interés superior a tutelar. Rige aquí el principio de judicialidad, que asegura el pleno resguardo de todos los elementos de la identidad del niño mientras se amplifican las garantías de la familia biológica a través del principio de excepcionalidad. Incluso si se decretara la adopción y basados en la irrenunciabilidad de la responsabilidad parental, el progenitor biológico seguiría siendo progenitor. Más aún, el nuevo régimen, en contra de la regla de la biparentalidad, admite la acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción (art. 624 y 628 CCCN). Acción que no altera el estado del adoptado y al mismo tiempo permite que el o los padres biológicos, no sean anónimos silenciados por el derecho, apropiados por el Estado o los adoptantes, y negado al hijo⁸⁶.

El régimen que nuestro legislador implementó en materia de acciones es cerrado al extremo en la filiación por voluntad procreacional⁸⁷. Ello supone la persistente negación de todas las acciones para emplazarse o vincularse con aquel progenitor con el que el niño está vinculado genéticamente⁸⁸. Sin perder de vista que la ley tiene un valor pedagógico fundamental⁸⁹, resulta preocupante que el camino elegido por legislador sea notoriamente contrario al elegido para otros tipos filiales.

Al mismo tiempo, recordemos que pesa sobre los padres el deber de protección y cuidado, especialmente de no dañar al hijo. Por tanto, estarían faltando a

⁸⁴ BASSET (2014).

⁸⁵ ALES URÍA (2013).

⁸⁶ BASSET (2014).

⁸⁷ GALLI FIANTE (2015).

⁸⁸ BASSET (2014).

⁸⁹ HERRERA y LAMM (2014) p. 761.

este deber los padres sociales, en la medida que mantengan el secreto sobre el modo de engendramiento y no permitan al niño conocer su identidad completa, derecho notoriamente superior al de los padres o a la paz familiar. La misma pauta debiera aplicarse al donante, que sabe que de su acto voluntario nacerá un niño al que le estará vedado reclamar su filiación, a pesar del daño que ello le produzca. Finalmente, estará también en juego el deber de prevenir el daño de parte del Estado, por las restricciones habidas en la materia y los perjuicios que de ello se deriven. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el camino escogido por el legislador no era el único posible como veremos enseguida.

En contra de toda normativa supranacional, en el actual régimen de TRHA, los derechos de los niños quedan relegados a un segundo plano frente a los padres sociales, por imperio de la ley. Así, mientras los padres tienen un derecho irrestrictivo y pueden, incluso, revocar el consentimiento antes de la implantación (art. 560 CCC) desconociendo al embrión concebido y genéticamente relacionado con ellos; los hijos ingresan a una filiación irrevocable y, para asegurarla, se les impide todo acceso a la justicia. Inversamente a lo que sucedía en el régimen filiatorio anterior, en donde el derecho a impugnar la filiación se limitaba para los padres y se ampliaba para los hijos, aquí son los progenitores quienes podrían revocar su voluntad frente al embrión no implantado, más no el propio niño que ha nacido por una decisión que no le es imputable⁹⁰.

No se entiende la necesidad de la distinción en la regulación, pues el fundamento no está en el niño. En el vínculo por naturaleza, el ordenamiento prioriza la búsqueda de la verdad extremando el deber de colaboración de los litigantes, evitando y eliminando los procedimientos que resulten un obstáculo para obtener aquella transparencia. Verdad que sirve, primero y fundamentalmente, a los interesados directos y luego a la sociedad toda desde que existe un interés público y social comprometido en la medida que lo que se discute es el estado civil de una persona⁹¹. Las mismas pautas se aplican, incluso mediando una filiación adoptiva. Sin embargo, el legislador recoge una solución totalmente opuesta para todos los que intervienen en un proceso de TRHA.

La ausencia de legitimación en el nacido por TRHA para impugnar o reclamar la paternidad o maternidad que se establece por ley, no resulta razonablemente fundada en su propio interés, constituyendo una exclusión arbitraria. Tanto los padres como el Estado deberían tener un mismo interés legítimo, el de determinar la verdad en el establecimiento del vínculo filial por cuanto lo que se pretende asegurar por vía de acciones son valores de rango superior, como la veracidad filiatoria y la protección de la minoridad.

Si el legislador comprende que las situaciones planteadas son distintas y decidió regularlas como fuentes filiatorias diversas, con caracteres y reglas especiales

⁹⁰ BASSET (2014).

⁹¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "C., M. A. c. M., A. s/ FILIACIÓN" voto del Dr. de Lázzeri.

les, también tuvo la opción de determinar pautas específicas para los nacidos por TRHA en materia de acciones.

En esta línea se destaca el sistema del Código Civil alemán, que separa claramente la acción de filiación de la acción para esclarecer, que no genera modificación en el estado filiativo⁹². Independientemente, el hijo puede requerir que se establezca el vínculo filiatorio con el donante, quien también puede reconocerlo, e incluso pueden establecerse alimentos a favor del hijo⁹³. La pretensión de clarificación sobre la identidad del donante no está sometida a ningún plazo de ejercicio, mientras que sí lo están las acciones de filiación. Existe cierto paralelismo entre esta figura y la acción autónoma para conocer los orígenes que la legislación argentina regula en materia de adopción (art. 596 CCC), por lo tanto, resulta ésta una alternativa viable. El Reino Unido también prevé casos en los cuales el donante puede ser considerado padre legal y objeto de reclamos sobre las obligaciones que derivan de esta paternidad legal. Sin embargo, la pauta es aplicada solo en los casos en que la donación se realice de manera privada, a parejas no casadas o a parejas de mujeres registradas civilmente antes de 2009⁹⁴. Lo cual, observamos, también significa una categorización entre hijos que comparten una misma fuente filial.

Por su parte, en los casos en que falla o falta el consentimiento a la práctica reproductiva, también se encuentra una solución legal por vía de acciones. Así, la ley catalana establece que cuando no existe voluntad expresa debidamente acreditada, pero hay nexo biológico, e incluso, cuando existe vínculo genético más no voluntad, el elemento volitivo cede ante el *favor filii* como principio fundamental. Por tanto, en aquellos casos en que el material genético fue utilizado sin consentimiento de su generador, o con un consentimiento viciado y sin intención procreativa, pero existe nexo biológico, el nacido es su hijo⁹⁵. En regímenes como los establecidos en Francia o Suiza, se prevé la posibilidad de impugnar las TRHA de carácter heterólogo cuando estas no han sido consentidas, pero nada dicen respecto de técnicas homólogas no consentidas o con fallas en su otorgamiento⁹⁶.

También la doctrina comparada ha señalado que el legislador podrá regular la investigación de la progenitura, pero no podría nunca evitarla, negarla, prohibirla o no posibilitarla absolutamente. Ello significaría dejar la puerta abierta a la indagación en materia de acciones. Sin embargo, la determinación de la relación biológica no necesariamente debe derivar en la modificación de una filiación ya establecida con sus correspondientes efectos, especialmente en materia de apellido, alimentos o derecho sucesorio. Es decir, podría no atribuir al progenitor biológico el rol jurídico social de padre, con el contenido de deberes y facultades derivados de la responsa-

⁹² KEMELMAJER y DAVICO (2014).

⁹³ SAMBRIZZI (2016) p. 130.

⁹⁴ HERRERA y LAMM (2014) p. 699.

⁹⁵ CATALUÑA *Código Civil* artículo 235-28.

⁹⁶ HERRERA y LAMM (2014) Tomo II, p. 718.

bilidad parental, sin que ello implique negar el acceso a una acción de investigación de la paternidad o maternidad, tal como sucede en la adopción⁹⁷.

Ante este panorama, es claro que el camino escogido por nuestro legislador no era el único posible, en este punto, pudo establecer un régimen más cercano a la adopción. Un sistema de acciones reservado exclusivamente al hijo⁹⁸ que permitiera alinear su realidad biológica con el reconocimiento de su filiación y que ello posibilitara, o no, el acceso a derechos alimentarios y sucesorios. Al mismo tiempo, ofrecería claridad sobre los vínculos familiares y la existencia o inexistencia de impedimentos matrimoniales. Sería esta una acción mucho más completa y superadora del limitado derecho reconocido por el art. 564 CCCN y la obligada intermediación judicial a la que queda sujeta su ejercicio. Un sistema que no tuviera necesariamente un efecto desplazatorio del vínculo ya establecido con quienes asumieron la voluntad procreacional, máxime si existe una posesión de estado consolidada con los padres sociales⁹⁹. Esta solución, tal como la amplitud temporal de la caducidad de las acciones de filiación, respondería a una mirada restrictiva del derecho a la identidad centrada exclusivamente en la perspectiva del hijo¹⁰⁰. Por ello, coincidimos con lo dicho por Herrera y Lamm respecto de la participación del menor en las acciones de filiación con asistencia letrada –ya que sus intereses pueden ser opuestos a los de sus progenitores–, cuando indican que el hijo siempre debe ser oído en el proceso en el cual se encuentra comprometido el vínculo filial, siendo que su opinión tendrá mayor fuerza de conformidad con su edad y grado de madurez. Lamentablemente, las doctrinarias solo limitan este derecho para los nacidos por naturaleza¹⁰¹.

3. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

La ruptura del principio de igualdad no solo refleja un trato diferenciado entre individuos de la misma categoría –hijos y progenitores en cada caso–; sino que ello causa un impacto directo en sus derechos fundamentales. En el caso de los hijos observamos claros efectos en los derechos del niño a tener una familia; a su integridad psíquica; a tener una identidad genética, biológica, jurídica y social, unitaria; en definitiva, el derecho a que se respete su dignidad personal¹⁰². Aspectos que confirman, una vez más, el alto valor que como derecho fundamental tiene el principio de igualdad.

⁹⁷ BLASCO (1991) p. 701-702.

⁹⁸ Para evitar que intereses espurios de los donantes afectaran los derechos del hijo y la intromisión a la vida privada y la paz familiar.

⁹⁹ Así también el código alemán que permite impugnar la paternidad resultante del reconocimiento siempre que entre el hijo y el reconociente no exista una relación socio-familiar. KEMELMAJER y DAVICO (2014).

¹⁰⁰ HERRERA y LAMM (2014) p. 785.

¹⁰¹ HERRERA y LAMM (2014) pp. 791-793 y ss.

¹⁰² MIZRAHI (2010).

Desde una perspectiva temporal y espacial, debemos advertir que el impacto será total, pues afectarán los derechos del hijo a lo largo de toda su vida y sin importar dónde se halle, vería cercenado su acceso a la justicia para el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Incluso y en virtud de la dimensión transgeneracional de la filiación, también los herederos del hijo se verán afectados por las restricciones impuestas en materia de acciones. Cuando estos efectos se fragmentan o restringen por causas ajenas al propio sujeto, como es el caso en estudio, se están produciendo efectos negativos sobre otras posiciones jurídicas y sobre otros principios constitucionales, como sucede con el derecho a la identidad.

Es por eso que volvemos a preguntarnos si las medidas adoptadas por el legislador al limitar el derecho a las acciones filiales, guardan una relación razonable con el fin de la igualdad de las filiaciones que él mismo se ha propuesto alcanzar¹⁰³, y si los beneficios que esta intervención legislativa genera –que más niños nazcan por estas técnicas, satisfacción del interés de los adultos– compensan, de alguna manera, el sacrificio que tal medida implica para los hijos y para el interés general de la sociedad¹⁰⁴.

4. LA PROPORCIONALIDAD Y LA GARANTÍA DE INALTERABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los posibles resultados a los que conduce la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al hacer prevalecer un derecho sobre el otro o al postergar el derecho fundamental en aras del fin de bien público que se pretende alcanzar, pone en jaque la razón de ser de los derechos fundamentales, que es limitar al poder¹⁰⁵. Además, implica un análisis utilitarista que relativiza derechos, sometiéndolos a las exigencias derivadas de la utilidad o del interés general y los transforma en frágiles “edictos de tolerancia revocables”¹⁰⁶.

Si ello se aceptara, la aplicación del principio de proporcionalidad no evitaría, como sucede en el caso en estudio, el sacrificio de un derecho fundamental en aras de la tutela de un interés del poderoso¹⁰⁷, en este caso de los padres o del sistema médico-legal. Pues no podemos dejar de señalar que el eje de la filiación ha sido siempre el de asegurar el estado de familia para la protección del niño, por eso no debe convertirse en simple regla destinada a satisfacer el proyecto parental de los adultos¹⁰⁸ y, mucho menos, el desarrollo de la ciencia y el comercio en este campo.

A fin de evitar juicios utilitaristas, y de preservar el carácter inviolable de los derechos humanos, se ha sostenido que el principio de proporcionalidad *stricto sensu* no debe reducirse a un balance entre costos y beneficios. Es necesaria una conexión entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial.

¹⁰³ CIANCIARDO (2009) p. 107.

¹⁰⁴ BERNAL (2003) p. 758.

¹⁰⁵ CIANCIARDO (2009) p. 110.

¹⁰⁶ DIDIER (2012) p. 72.

¹⁰⁷ CIANCIARDO (2009) p. 112.

¹⁰⁸ BASSET (2015) p. 418-419.

Esto quiere decir que más allá del balanceo se exige, liminalmente, valorar si la medida afecta el contenido esencial del derecho fundamental en juego, en cuyo caso será considerada irrazonable¹⁰⁹.

Indica Cianciardo, que la Corte Suprema Argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. En general, se admite la existencia de dos pasos: por un lado, la búsqueda de la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios y, por otra parte, la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego¹¹⁰.

Por ello, la proporcionalidad de una medida presupone dos cosas: "a) que la medida no altere el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduce precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido"¹¹¹. En este sentido, Ales Uría señala que, aunque pudiera sostenerse el derecho a tener hijos y se reconocieran los derechos humanos en que fundamentan la intervención del legislador, como todo derecho fundamental, este no sería absoluto. Nada impediría que el Estado sistematice las TRHA, estableciendo los límites de su regular y legítimo ejercicio, ponderando los demás intereses y derechos en juego dentro de un marco de razonabilidad¹¹².

V. EL JUICIO DE ALTERACIÓN O AFECTACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL

El análisis que demanda el juicio de afectación del contenido esencial requiere identificar el contenido inalterable del derecho fundamental respectivo. Sucede que los derechos fundamentales no tienen límites externos; sino que el contenido esencial de los mismos se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo: se delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple¹¹³. Por lo tanto, las leyes no limitan los derechos, sino que *delimitan* el contenido esencial de los mismos y regulan su ejercicio razonable. Así, el control de razonabilidad no debe conducir indefectiblemente a la restricción o limitación de un derecho, sino más bien, debería conducir a la armonización entre los derechos comprometidos, sin afectar, limitar o alterar el contenido esencial de los mismos¹¹⁴.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU CONTENIDO ESENCIAL

Como señalamos, aunque existan situaciones diversas en el contexto, los efectos derivados del establecimiento de la filiación deben ser idénticos para todos

¹⁰⁹ CIANCIARDO (2009) p. 112.

¹¹⁰ CIANCIARDO (2009) p. 112-113.

¹¹¹ CIANCIARDO (2009) p. 113.

¹¹² ALES URÍA (2013).

¹¹³ SERNA y TOLLER (2001).

¹¹⁴ SAPAG (2008) p. 184-185.

los hijos, este es el contenido esencial del principio de igualdad de las filiaciones. La justificación de esta consideración la encontramos en los preceptos constitucionales y en los documentos que conforman el bloque de constitucionalidad argentino¹¹⁵. Es allí donde se comprende la imposibilidad de aceptar discriminaciones sustentadas en las circunstancias del nacimiento o en las condiciones de los padres. De manera global, se impide el desigual trato, de hecho y de derecho, de un niño según el modo en que ha sido concebido. Ello asegura no solo el emplazamiento en el vínculo filial, sino que una vez determinada la filiación, todo hijo debe tener igual consideración jurídica¹¹⁶. Estas y no otras, son las facultades que hacen al principio de igualdad de las filiaciones reconocible como tal y sin las cuales quedaría desnaturalizado.

El principio de igualdad exige que toda diferenciación normativa se base en un motivo congruente con la realidad del propio sujeto, no común a otros supuestos regulados diversamente. Más allá de las circunstancias del nexo, el hijo, es siempre hijo, independientemente de si lo es por naturaleza, por TRHA o por adopción, porque la unidad de la filiación se concreta en los efectos que causa¹¹⁷.

Es por eso que la igualdad jurídica, en tanto principio estructural del ordenamiento, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a fundamentar las diferenciaciones normativas. Sobre la base de que la igualdad y la desigualdad solo aparecen con relevancia jurídica a partir de ciertos elementos o rasgos adoptados por una disposición como criterios para la diferenciación normativa, sabemos que el problema se encuentra en determinar cuál debe ser la razón o fundamento para la delimitación por el legislador del ámbito personal de aplicación de sus disposiciones. Pero también, deberá determinarse la proporcionalidad entre aquella razón y las consecuencias jurídicas que se derivan de la limitación legislativa¹¹⁸.

Lo que el principio de igualdad proscribe son las diferencias discriminatorias; las diferencias que carezcan de un fin legítimo, contrario a la Constitución; o aquellas que, aun contando con un fin legítimo, delimiten de modo irrazonable el círculo personal de los afectados. Por ello, dirá Jiménez Campo, siguiendo al Superior Tribunal Constitucional Español:

No se trata, por consiguiente, de justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, sino de justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados¹¹⁹.

Así, la intervención legislativa en el derecho a la igualdad de los nacidos por TRHA y el diverso régimen que se les aplica, no carecen de fin, incluso, puede que

¹¹⁵ CIANCIARDO (2009) p. 115.

¹¹⁶ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1978).

¹¹⁷ MÉNDEZ COSTA (1986) p. 381.

¹¹⁸ JIMÉNEZ CAMPO (1983) p. 107.

¹¹⁹ JIMÉNEZ CAMPO (1983) p. 105.

este no sea contrario a la Constitución. Sin embargo, ese fin está centrado en los adultos que recurren por voluntad propia a las técnicas o en la intención de sostener las prácticas médicas, a partir de las cuales se han de restringir derechos de terceros, que no pueden elegir el modo en que serán engendrados.

Por último, debemos indicar que tampoco puede obviarse que las diferenciaciones basadas en circunstancias personales o sociales del sujeto, en virtud de las cuales el legislador delimita el ámbito personal de aplicación de sus disposiciones, requieren de una justificación más estricta. Así lo destacan numerosas convenciones internacionales que resaltan el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión como clasificaciones sospechosas. Siendo que, además, se suele dudar de la hipotética aptitud de algunos de estos criterios –el nacimiento y la opinión– para constituirse en elementos disponibles, aun con el mayor rigorismo que pueda aplicarse, para la diversificación jurídica¹²⁰.

2. PROPORCIONALIDAD E IGUALDAD DE LAS FILIACIONES

Los preceptos que delinean el análisis de armonización de los derechos, como el principio pro homine en tanto criterio hermeneútico, nos exige que, aun tratándose de restricciones legítimas, estas deben interpretarse lo más restrictiva o limitadamente. Por tanto, los derechos e intereses igualmente legítimos de los adultos en la medida en que suponen restricciones permanentes al ejercicio de los derechos fundamentales de los hijos deben interpretarse restrictivamente. Aspecto que también debe conciliarse con la especial protección de los derechos del niño (CDN y art. 3º ley 26.061) que son de orden público e irrenunciables (art. 2º ley 26.061).

No podemos perder de vista que el derecho a la igualdad y en ella, a la igualdad de las filiaciones, es un derecho humano fundamental y que tiene, por tanto, una diferencia sustancial con el resto de los derechos empleados para sustentar la importancia de la intervención legislativa. Recordemos con Hervada, un principio fundamental de los derechos humanos:

Estos derechos no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso se relacionan con los atributos del ser humano o con su dignidad; y por eso también, las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente en que los posee todo hombre con independencia de cualquier condición¹²¹.

Una nota esencial de los derechos humanos es la de no provenir de una concesión de los poderes sociales ni del consenso general, sino del propio ser humano, siendo anteriores a la ley positiva, por lo cual no dependen de ideología alguna, tampoco son productos meramente culturales, sino que se enraízan en el ser jurídico connatural al hombre¹²². El actual sistema filial puede objetivar al hijo en tanto

¹²⁰ JIMÉNEZ CAMPO (1983) p. 107.

¹²¹ HERVADA (1996) p. 120.

¹²² HERVADA (1996) p. 121.

derecho absoluto de sus comitentes, algo que rechaza específicamente el principio de la dignidad personal¹²³. Por ello, es necesario recordar que el derecho a la igualdad de las filiaciones es primigenio ante otros derechos que puedan emplearse como sustento de la intervención legislativa.

El derecho a procrear tiene connotaciones muy particulares cuando se lo analiza desde una cosmovisión amplia, en la que se tiene en cuenta su impacto en todos los involucrados en la reproducción asistida. Por ello nos parece importante recordar las palabras del maestro Perrino, cuando indicaba:

El derecho a procrear consiste en la realización de los actos propios de modo humano para la procreación. Pero no es un derecho absoluto, pues no se puede ejercer a ultranza. [...]. Esta interpretación encuentra fundamento en el derecho del hijo a nacer con dignidad, pues él no es algo debido, ni es un objeto de propiedad [...]. Por lo tanto y a fin de evitar interpretaciones erróneas, este derecho a formar una familia no autoriza a establecer desde el Estado planificaciones familiares que limiten los nacimientos, pero tampoco debieran permitirse normas que apoyen el ensañamiento procreativo¹²⁴.

También Ferrer sustenta esta posición al recordar el fallo del tribunal de Toulouse, cuyo criterio consagró el legislador francés de 1994, en el que afirmó que el deseo legítimo de tener descendencia no es un derecho absoluto del ser humano que justifique la obstinación procreativa y la indiferencia por el niño que va a nacer¹²⁵. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso ‘Paradiso y Campanelli vs. Italia’ estableció que la Convención Europea no reconoce el derecho a convertirse en padre¹²⁶. Por su parte, varios autores son cautelosos en sugerir que pueda hablarse de un derecho a la maternidad o paternidad¹²⁷, y alertan sobre la tendencia a convertir los deseos particulares en el basamento del derecho, sobre todo si las solicitudes de reproducción asistida son de personas fértiles¹²⁸.

Lafferrière ha indicado que de la infertilidad se ha pasado al ‘deseo reproductivo’. Ello, indica, “tiene consecuencias profundas, vinculadas sobre todo con la aplicación de la idea de autonomía. Paradójicamente, ello tiende a quitar la aplicación de las técnicas del ámbito de la salud y trasladarlas al ámbito del consumo”¹²⁹. De esta manera, sigue presente la cosificación de la persona. El solo hecho de dar lugar a este vínculo de parentesco contratante de la producción – hijo objeto producido, implica un poder ilimitado del primero que resulta indigno de una relación entre

¹²³ LAFFERRIÈRE (2015).

¹²⁴ PERRINO y BASSET (2017) p. 2467.

¹²⁵ FERRER (s/f).

¹²⁶ TEDH, “Paradiso y Campanelli c. Italia”.

¹²⁷ Véase al respecto el trabajo de ALES URÍA (2013). En el que la autora hace un repaso de las diferentes posturas doctrinarias sobre este punto.

¹²⁸ BASSET (2013).

¹²⁹ LAFFERRIÈRE (2015).

personas y mucho más respecto de un vínculo filial que debiera tener origen en el respeto¹³⁰ y que contraría la propia finalidad de la responsabilidad parental.

Coincidentemente, y sin desmerecer el desarrollo científico de la medicina reproductiva, juristas como Vidal Martínez consideran que las TRHA han erosionado las bases de instituciones orientadas a favorecer la cooperación en el ámbito familiar, dando lugar a prácticas que transforman los actos propios de la intimidad familiar en servicios de valor económico. Por ello sostiene, que el ataque a los derechos humanos proviene principalmente del desarrollo tecnológico que “distorsiona la percepción de los valores jurídicos, desconecta las consecuencias de los actos humanos de su finalidad inicial y difumina el sentido de la responsabilidad de las personas”¹³¹.

Es necesario completar el alcance de la doctrina predominante de los derechos reproductivos, a partir de los derechos de la personalidad, la dignidad, la igualdad y la libertad humana de los concebidos por medio de técnicas reproductivas, sin suprimir en el plano jurídico la responsabilidad de todos los agentes involucrados en la práctica de las TRHA¹³².

El juicio de proporcionalidad y la teoría del doble efecto¹³³ también nos llevan a considerar si los beneficios reportados por esa intervención legislativa en el derecho fundamental a la igualdad compensan, de alguna manera, el sacrificio que tal medida implica para sus titulares y para el interés general de la sociedad¹³⁴. Desde esta perspectiva, podemos señalar que los importantes sacrificios en los derechos del hijo no reportan beneficio alguno para el propio niño, ni para la sociedad argentina.

Por ello resulta preciso recordar que la respuesta a la pregunta sobre el por qué y para qué se regula la filiación, debe estar centrada en el hijo y en la manera de asegurarle una identidad completa y el efectivo goce de los derechos que le competen. Recordemos el largo camino que ha debido recorrer la doctrina para lograr el abandono de la idea de un niño objeto de los derechos, atado a la potestad de sus padres, y lograr alcanzar la premisa del niño sujeto de derechos.

El estándar de familia humana no remite únicamente a la ética o a la antropología, es por sobre todo una cuestión de política legislativa. El respeto por la dignidad y derechos de cada miembro de la familia exige un diálogo institucional de todos los poderes del Estado que permitan la plena satisfacción de los derechos que son indispensables para su desarrollo integral. No es una opción política, es un deber jurídico que compromete la responsabilidad internacional de la república¹³⁵.

¹³⁰ BORDA (2014) p. 518.

¹³¹ VIDAL MARTÍNEZ (2019) p. 507.

¹³² VIDAL MARTÍNEZ (2019) p. 512.

¹³³ Se denomina razonamiento del doble efecto al principio de razonamiento práctico que sirve para determinar la licitud o ilicitud de una acción que produce o puede producir dos efectos, de los cuales uno es bueno y el otro es malo. MIRANDA (2008).

¹³⁴ BERNAL (2003) p. 758.

¹³⁵ DI FILIPPO (2018).

VI. CONCLUSIONES

La denegatoria en las acciones de filiación para los nacidos por TRHA se erige como trato diferenciado respecto de sus pares por naturaleza o adopción. Así, la imposibilidad de acceder a la justicia para estos hijos importará una falta de correspondencia con los principios y valores que subyacen en el ordenamiento jurídico¹³⁶ y contrario a los principios de diversos tratados internacionales que forman parte de nuestra ley suprema. Es claro que se trata de situaciones diversas, pero el régimen establecido no se basa en un tratamiento jurídico discriminatorio frente a situaciones que en los hechos son desiguales. Aquí la diferencia solo está centrada en la modalidad de engendramiento y en la técnica que el legislador ha adoptado para regular la situación, más no en las condiciones del hijo en tanto sujeto de derecho. Por eso, el hijo puede no querer conocer la verdad de su origen y este también es su derecho¹³⁷, pero debe tener acceso a las acciones que lo habiliten a ello en caso de que lo requiera¹³⁸. Consecuentemente, no es posible afirmar que la idoneidad de las medidas que regulan la filiación sea la vía más eficaz para concretar la igualdad entre los hijos. Como tampoco podemos afirmar que contribuya de la mejor manera a la obtención de tal fin; o que contribuya para que se realicen la mayor cantidad de aspectos relativos a la igualdad.

Como resultado de la indagación llevada adelante, es posible afirmar que existen otros potenciales caminos en la regulación de las fuentes filiatorias que aseguran de mejor manera la igualdad filial. Hemos señalado que estas alternativas se aplican actualmente a la filiación por adopción. Hacer lo mismo en los casos de TRHA aseguraría el reconocimiento pleno de derechos para el hijo. Así, tanto las alternativas del derecho nacional y extranjero, como las hipotéticas que presenta la doctrina, podrían aplicarse afectando de menor manera el principio de igualdad de las filiaciones. Alternativas que evitarían la privatización del estado filiatorio del hijo y la imposibilidad absoluta de conocer sus orígenes, sujeta a la modalidad de concepción elegida para él.

Finalmente, debemos advertir que el silencio del legislador también evidencia decisiones de políticas filiatorias, que afectan negativamente el derecho fundamental a la igualdad de estos niños y un interés futuro o actual del menor que no es tutelado por nadie. Es por ello que el Estado no puede estar ausente en la regulación, ni establecer un régimen a medias. La igualdad, en tanto principio iusfundamental, no puede ser obviada por la regulación¹³⁹.

A la luz del principio *pro homine* y de la dignidad personal del hijo que hacen a la protección de su interés superior, analizamos las medidas y restricciones adop-

¹³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “C., M. A. c. M., A. s/ FILIACIÓN” voto del Dr. de Lázzeri.

¹³⁷ SAMBRIZZI (2016) p. 17.

¹³⁸ PERRINO y BASSET (2017) p. 2566-2567.

¹³⁹ JIMÉNEZ CAMPO (1983) p. 76.

tadas por el legislador. Como resultado de esa indagación, no hemos podido hallar proporcionalidad entre el sacrificio que el régimen implica para el hijo y el beneficio que la intervención legislativa otorga en favor de la preservación de la práctica médica. Beneficios que no compensan la ruptura de la igualdad filial y que muchas veces se contraponen con la razón de ser de la responsabilidad parental que los comitentes deben asumir como parte inescindible de su proyecto parental.

Si analizamos las circunstancias de este tipo filial, fuera del modo de engendramiento diverso, no encontramos en el sujeto, fundamentos que respalden la diversificación en los derechos, lo que pareciera sustentarse en puro voluntarismo selectivo de la regulación. Por eso negamos la posibilidad de que el hecho de haber sido engendrado de una determinada manera, por naturaleza dentro o fuera del matrimonio; por TRHA; o incluso de llegar a una familia por medio de la adopción, pueda constituirse en fundamento racional para la diversificación del derecho que corresponde a cada hijo. Suele sostenerse que la restricción de derechos del hijo no es significativa ante la posibilidad de su existencia, por tanto, el hijo estaría obligado a soportar la discriminación y las restricciones a su identidad y demás derechos porque eso es lo que posibilita que él y otros niños nazcan gracias a estas prácticas¹⁴⁰. Sin embargo, esta decisión, externa al hijo, no es irrelevante para él. El derecho a los orígenes del hijo apunta, principalmente, a tener el derecho de no ser excluido de la común humanidad al transformarlo simbólicamente en origen de sí mismo, como si la historia de su vida nunca pudiese, irrevocablemente, ir más allá de él¹⁴¹. En este sentido, Théry indica que lo verdaderamente problemático es:

La manera con la que se ha creído asegurar una filiación llamada ‘social’, despreciando lo que se denomina ‘biológico’ ‘sólo para determinados niños’: los niños nacidos en condiciones X, los nacidos a partir de donaciones de engendramiento en el marco de la RA [TRHA], los abandonados y después adoptados a todos los efectos. En todos estos casos el derecho ha borrado simple y llanamente una parte de la historia del niño al hacérsela inaccesible¹⁴².

Recordemos las pautas del principio de progresividad en su doble dimensión. Una positiva, en tanto implica un avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos humanos, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos. Y una segunda dimensión negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno: el principio de no regresividad, que consiste en una prohibición de adoptar normas jurídicas cuya aplicación afecte el nivel de protección ya adquirido¹⁴³. Con ello queremos señalar la importancia de que el legislador argentino regule las técnicas procreativas y el vínculo de filiación que de ellas derivan, pero de ninguna manera esto puede signi-

¹⁴⁰ HERRERA y LAMM (2014) p. 554.

¹⁴¹ THÉRY (2009) p. 31.

¹⁴² THÉRY (2009) p. 39.

¹⁴³ TOLEDO (2011).

ficar la retracción de derechos reconocidos por nuestra legislación a todos los hijos. De ahí que el régimen filial no puede constituirse a espaldas de los valores inderogables que inspiran nuestra Constitución y nuestro sistema legal¹⁴⁴. Especialmente en el derecho de familia, donde la voluntad individual debe ser más restringida que en el resto del derecho privado por las normas de orden público¹⁴⁵. Cuestión que ha sido recientemente destacada por la corte Suprema de Justicia de la Nación al indicar: “Las normas sancionadas por el legislador que rigen el estado de familia -como aquellas relativas a la filiación- son de orden público y por ende indisponibles para las partes”¹⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALES URÍA, Mercedes (2013): “Reproducción heteróloga y determinación de la filiación”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*: pp. 200-209.
- BASSET, Úrsula (2022): “Relaciones de Familia”, en LÓPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, Tomo 5-B (Buenos Aires, Hammurabi).
- BASSET, Úrsula (2020): “Principio de coparentalidad: un fallo y un decreto subsecuente”, en *La Ley* 18/05/2020: pp. 1-8.
- BASSET, Úrsula (2015): “Filiación”, en ALTERINI Jorge (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético* (Buenos Aires, La Ley) Tomo III: Relaciones de Familia: pp. 415-620.
- BASSET, Úrsula (2014): “La democratización de la filiación asistida”, en *La Ley*, 2014-F: p. 609.
- BASSET, Úrsula (2013): “Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?” en *La Ley* 2013-D, 872, Buenos Aires, 12/07/2013: pp. 1-19.
- BASSET, Úrsula (2011): “El niño tiene derecho a la unidad, en la medida de lo posible, de todos los estratos o elementos de su identidad e integridad personal. Debe prohibirse todo contrato, manipulación o supresión de estratos identitarios del niño y tender a protegerse su unidad”, *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Tucumán, 2011. Disponible en: <https://studylib.es/doc/8510896/el-ni%C3%B1o-tiene-derecho-a-la-unidad--en-la-medida-de-lo-pos>. Fecha de consulta: 3/1/2025.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): “Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, en *Revista Doxa*, N° 30: pp. 274-291.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

¹⁴⁴ JIMÉNEZ CAMPO (1983) p. 102.

¹⁴⁵ MEDINA (2015).

¹⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. 22 de octubre de 2024. Del voto del Dr. Rosenkrantz.

- BIDART CAMPOS, Germán (2013): *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires, Ediar, séptima reimpresión).
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula (1991): "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", en *Anuario de derecho civil*, N° 2: pp. 697-718.
- BOLZON, Lorena (2022): "La igualdad de las filiaciones" en BASSET, Úrsula y SANTIAGO, Alfonso (Dir.) *Tratado de derecho constitucional-convencional de Derecho de Familia y de las Personas* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley) pp. 185-210.
- BORDA, Alejandro (2014): "Los contratos en la procreación asistida", en *Derecho Moderno, liber Amicorum, Marcos M. Córdoba*, Tomo I (Rubinzel Culzoni, Santa Fe) pp. 495-528
- CIANCIARDO, Juan (2014): "Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad", en CIANCIARDO, Juan. (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo* (Buenos Aires, Editorial Ábaco) pp. 21-36
- CIANCIARDO, Juan (2009): *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (Buenos Aires, Editorial Abaco, 2^a edición)
- CIANCIARDO, Juan y otros (2008): "Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad", en *Suplemento Constitucional, La Ley 01/01/2008, 1 - LA LEY2009-A*: p. 800.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1994): *Familia y derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad de los Andes, Colección Jurídica)
- DI FILIPPO, María Isabel (2018): "Aporías que plantea la filiación" en *La Ley*, 31/05/2018, 1 - LA LEY2018-C: p. 81.
- DIDIER, María Marta (2012): *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos* (Buenos Aires, Marcial Pons Argentina)
- FAMÁ, María Victoria (2013): "Desplazamiento filial en el Proyecto de Código", en *LA LEY* 2013-B: p. 633.
- FERRER, Francisco (2016) "La función del Derecho, las técnicas de procreación humana post mortem y el derecho sucesorio", en *Jurisprudencia Argentina*. Número: 1918-2016 (1 a 2016-III): p. 1147
- GALLI FIANT, María Magdalena (2022): "Los principios filiatorios y la Constitución Nacional", en BASSET, Úrsula y SANTIAGO, Alfonso (Dir.) *Tratado de derecho constitucional-convencional de Derecho de Familia y de las Personas* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley): pp. 211-248.
- GALLI FIANT, María Magdalena (2015): "Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley* 07/10/2015: p. 20.
- GALLI FIANT, María Magdalena (2011): "Régimen legal de la filiación puesto en crisis a partir de la ley 26.618", en *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán. Disponible en: <https://www.yumpu.com/es/document/view/12527720/regimen-legal-de-la-filiacion-ide-consultora> Fecha de última consulta: 14/01/2025

- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio (2014): en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo II (Buenos Aires, Editorial La Ley): p. 350
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2014): "Filiación" y "Adopción" en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (Dirs), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni) Tomo II: pp. 395-892 y Tomo III: pp. 20-99
- HERVADA, Javier (1984): "Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer", en *Persona y Derecho*, Vol. XI: pp. 345-359.
- HERVADA, Javier (1996): "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho", en MASSINI CORREAS, Carlos (Comp.) *El iusnaturalismo actual* (Buenos Aires, Abeledo Perrot): pp. 109-124
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1983): "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, Nº 9: pp. 71-116
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2003): "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso "Odièvre c/ France". Cita on line: 0029/000211. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/493098128/Kemelmajer-El-derecho-humano-a-conocer-el-origen-biologico> Fecha de última consulta: 14/01/2025
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y DAVICO, María de los Angeles (2014): "Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia", en *Suplemento Constitucional, La Ley 25/08/2014*, 42 - LA LEY2014-E: p. 88.
- LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás (2015): "Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas", en *La Ley*, del 4/2/2015, 1 - LA LEY2015-A, 789 - DFyP 2015 (abril), 06/04/2015: p. 137
- LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás (2012): "La implícita reaparición de las categorías de hijos, la virtual desaparición de la paternidad y el vaciamiento de la maternidad en el Anteproyecto de reforma del Código Civil sobre filiación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, 01/01/2012: p. 43.
- LEPÍN MOLINA, Cristian (2014): "Los nuevos principios del derecho de familia", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 23: pp. 9-55.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (2013) "La filiación, entre biología y derecho", en *Prudentia Iuris*, Nº 76: pp. 79-106.
- MARQUARDT, Elizabeth (2010): *My daddy's name is donor* (Washington, Institute for American Values): Disponible en: <https://fluxconsole.com/files/item/441/56197/My-Daddys-Name-is-Donor-Full-Study.pdf> Fecha de última consulta: 14/01/2025
- MEDINA, Graciela (2015): "Orden público en el derecho de familia", en *La Ley* 2015-F: p. 742 - 759
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa (1986): *La filiación* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni).
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa (1997): *Visión jurisprudencial de la filiación* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro (2008): “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Nº 3: pp. 485-519
- MIZRAHI, Mauricio Luis (2010): “El niño y la reproducción humana asistida”, en *La Ley* 30/08/2010, 1 - LA LEY2010-E: pp. 799-811.
- PERACCA, Ana (2015): “Principales modificaciones en materia de acciones y prueba” en *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, La Ley* 20/05/2015: p. 3.
- PERRINO, Jorge y BASSET, Úrsula (2017): *Derecho de Familia* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, tercera edición).
- PERRINO, Jorge (2014): “Hijos de primera e hijos de segunda”, en *El Derecho*, Nº 255: p. 785.
- PERRINO, Jorge (2011): “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, en *La Ley*, 29/12/2011, p.1 y *La Ley*, 2012-A: p. 580.
- RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana (2015): “La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado” en *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, Buenos Aires, La Ley 2015-C, 20/05/2015: p. 67.
- SAGGESE, Roberto (2010): *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni).
- SAMBRIZZI, Eduardo (2018): *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V y VI (E-book - 2a edición actualizada, La Ley).
- SAMBRIZZI, Eduardo (2016): *La filiación en el Código Civil y Comercial* (Ciudad de Buenos Aires, La Ley).
- SAPAG, Mariano (2008): “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Dikaion*, año 22, Nº 17: pp. 157-198.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2001): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (Buenos Aires, La Ley).
- THÉRY, Irene (2009): “El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento”, en *Revista de Antropología Social*, Nº 18: pp. 21-42
- TOLEDO TORIBIO, Omar (2011): “El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”, en *Derecho y Cambio Social*, año 8, Nº 23: pp. 1-12
- URBINA, Paola (2014): “La voluntad procreacional como causa fuente de discriminación”, en *Diario Judicial* 19/11/2014: p. 18.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (2019): “Acerca de la regulación jurídica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 10 bis: pp. 478-513.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina (01/05/1853 y reformas posteriores)

ARGENTINA, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (08/10/2014)

ARGENTINA, Ley 26.061 (21/10/2005): Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Principios generales sobre la igualdad y no discriminación respecto de las personas nacidas fuera del matrimonio (1978)

LORENZETTI, Ricardo y otros (2012): Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño (20/11/1989)

JURISPRUDENCIA CITADA

BENSAID c/ REINO UNIDO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6/2/2001

CANO HERNANDEZ NORMA BEATRIZ C/ CASTRO OSVALDO ANTONIO S/ ORDINARIO: Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Minería, 8/2/2018.

C., M. A. c. M., A. s/ FILIACIÓN: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

IRIZAR, JOSÉ M. c/ PROVINCIA DE MISIONES: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), sentencia del 12 de diciembre de 1996, disidencia del juez Boggiano, consid. 5, p. 13, LL, t. 1997-C, p. 28

PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Solicitud 25358/12. Gran Sala, 24 de enero de 2017

R. P. G. O. C/ M. F. S. (SU SUCESIÓN) FILIACIÓN POST-MORTEM: Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 09/08/2012, MU-JU-M-74414-AR, MJJ74415.

S., I. N. c/ A., C. L. s/ IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN: Corte Suprema de Justicia de la Nación, del voto del Dr. Rosenkrantz. 22 de octubre de 2024.

