



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

C., G. J. s/INFORMACION SUMARIA

Buenos Aires, 13 de agosto de 2015.- MMC

AUTOS Y VISTOS:

I. A fs. 49/53 R. K. R. C., promueve medida autosatisfactiva en representación de su hijo menor de edad G. J. C., solicitando se agregue a la partida de nacimiento del niño el apellido de su padre fallecido.

Refiere que en el año 2000 conoció al Sr. G. A. D., quien afirma es el padre de su hijo, dando cuenta que mantuvo con aquél una relación netamente laboral hasta el año 2008, cuando comenzaron una relación de pareja.

Manifiesta que pocos meses después “comenzaron a buscar el bebé pero no venía y la historia de amor de la pareja se iba escribiendo y los años pasaban”. Como consecuencia de ello, en el año 2012 dieron inicio a un tratamiento de fertilidad “I.C.S.I.” en Procrearte, a cargo del Dr. C. C. y la Dra. M. R. K., produciéndose como consecuencia un embarazo entre fines de marzo y principios de abril de 2013, que lamentablemente no prosperó.

Pone de relieve que hicieron nuevos intentos, el último con resultado positivo en agosto de 2013, que en ese momento la felicidad de la pareja fue completa y que, como consecuencia de dicha práctica G. J. nació el 15 de abril de 2014 en el Sanatorio Los Arcos.

Aduce que el Sr. D. la acompañó durante todo el embarazo en la medida en que su apretada agenda se lo permitió, que participó de la cesárea; que en la Clínica firmó en presencia de dos médicos, documentos como el formulario del departamento de Neonatología, identificándolo como su hijo, afirmando que el niño fue inscripto ante el Registro Civil únicamente como hijo de la Sra. C.

porque el Sr. D. debió viajar al exterior por razones laborales luego del nacimiento.

Da cuenta que el 14 de septiembre de 2014, debido a un terrible accidente, de público conocimiento, el padre falleció en circunstancias en que piloteaba su avioneta.

Por último, agrega que el Sr. D. era quien mantenía a la accionante y al hijo y se encargaba de afrontar los gastos del departamento en el que ella residía, que se encontraba en una zona cercana al domicilio laboral del padre de su hijo a efectos que aquél pudiera concurrir todos los mediodías que le fuera posible.

Ofrece *ad effectum vivendi et probandi* las actuaciones nro. 66.598/2014 “C. R. K. R. Y D. G. A. S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS”, en las que se ordenó el secuestro de las historias clínicas originales obrantes en el Sanatorio de Los Arcos, en “P. S.A. –.” y en el Hospital Alemán y, subsidiariamente, ofrece otra prueba.

Finalmente a fs. 104 solicita, en virtud del reconocimiento efectuado por el Sr. G. A. D., -según firma que pertenece de puño y letra a éste, tal como surge de la pericia caligráfica glosada a fs. 98/102 obrante en el documento “Formulario del Sanatorio De los Arcos del Departamento de Neonatología”, reservado en Secretaría correspondiente a los autos conexos s/ Medidas Precautorias, Expte. nro. /2014- se ordene la inscripción del apellido paterno ante el Registro Civil de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II. En primer lugar, corresponde señalar que en el mes en curso comenzó a regir el nuevo Código Civil y Comercial (Leyes 26.994 y 27.077).

El estudio de los problemas que genera la sucesión de las leyes en el tiempo integra uno de los temas más álgidos de la teoría general del derecho. Todo cambio legislativo trae consigo una colisión temporal de normas y, en un plano más profundo, enfrenta



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

dos valores jurídicos imprescindibles para cualquier ordenamiento. Por un lado la seguridad jurídica, por el otro, la justicia. Si se dicta una nueva ley, es porque quienes tienen a su cargo la responsabilidad legislativa, presuponen que ofrece una solución más justa que la anterior. Con ello se avanza hacia la evolución del ordenamiento jurídico en su conjunto. (DIEZ PICAZO, Luis, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, p. 183. Ampliar en VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La irretroactividad: Problemática general*, Dykinson, Madrid, 2006.¹BORDA, Guillermo, *Retroactividad de la ley y derechos Adquiridos*, Librería y Casa Editora de Emilio Perrot, Buenos Aires, 1951, Introducción, en MOLINA DE JUAN, Mariel F., “El Código Civil y Comercial y los procesos familiares en trámite” RDF V/2015, Direc. Cecilia Grosman, Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, ed. Abeledo Perrot, 2015, en prensa).

Las reglas relativas a la vigencia de las leyes en el tiempo son sistematizadas por el llamado *derecho intertemporal o transitorio*, que ofrece una serie de fórmulas –en algunos supuestos son pautas generales, en otros, formulaciones más casuísticas- en miras a que la transición normativa sea lo más justa y equilibrada posible. El tema involucra una *cuestión de derecho*, pues conforme esas reglas, el juez aplica una u otra ley aunque nadie se lo solicite (*iura novit curia*) (Ver entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p 21 y ss; BORDA, Guillermo, *Retroactividad de la ley y derechos Adquiridos*, Librería y Casa Editora de Emilio Perrot, Buenos Aires, 1951; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La irretroactividad de la ley y el efecto inmediato*, JA 1972 - 814, y *La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 Código Civil, (Derecho transitorio)* Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de publicaciones Córdoba,

1976, LLAMBÍAS, Jorge, *Código Civil Anotado*, T I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1978, p. 15, LAVALLE COBO, Jorge, en *Código Civil y leyes complementarias*, BELLUSCIO (dir) ZANNONI (Coord), Astrea, Buenos Aires, 1978, t 1, p. 19, DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil* 10 ed. Tecnos, Madrid, 2001, p.. 11 y ss, DIEZ PICAZO, Luis, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, p. 182 y ss. HÉRON, Jacques, *Principios du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1996; DIAZ AZNARTE, María teresa, *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13. LOPEZ, Joaquín M. R, MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *El cambio legislativo, Normas de Transición y de conflicto* www.derechoycambiosocial (consulta 25/05/2015). PEYRANO, Jorge, *Codex superveniens y su impacto sobre los juicios en curso* LL Año 11, Nro. 2528 - Jueves 4 de Junio de 2015).

Ahora, ¿Cuál es la interpretación que corresponde dar al derecho intertemporal incorporado en el Código Civil y Comercial para resolver la pretensión que se está resolviendo?

El art. 7 del CCyC reproduce el art. 3 del código civil, redacción ley 17711, salvo el agregado final que dice “*con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo*”.

Como es sabido, el artículo 3 del CC tuvo origen en la Recomendación del III Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1961, y ese documento se basó en una ponencia presentada por el Dr. Guillermo Borda, con la única variante referida a las normas supletorias, que no figura en la Recomendación y sí en el texto aprobado por la ley 17711 (Todos los autores reconocen este antecedente. Ver, a vía de ej., KANDUS, Cecilia y RODRIGUEZ PERÍA, Eugenia, *El derecho transitorio en el proyecto de reforma del*



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

código civil y comercial, en Rev. Derecho Privado, Infojus, año I, n° 2, 2012, pág.10.)

En numerosas ocasiones, el recordado jurista argentino manifestó que su ponencia se inspiró en las enseñanzas de Roubier. La obra de Roubier es reconocida como una de las más importantes sobre la materia, no sólo en el país de origen, Francia, sino también en España, Italia y, obviamente, en la Argentina. (PETIT, Jacques, *Droittransitoire et terminologie*, en DRAGO, Guillaume et autres (sous la direction de) *Penser le droittransitoire*, Paris, ed. Dalloz/Université Panthéon-Assas, 2010, pág. 13. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 12 ° ed., Reus, 1991, puesta al día por José Luis de los Mozos, t. I vol. 1 pág. 619. Se lo cita, incluso, como verdadero auxilio para interpretar y resolver las situaciones dudosas (Ver DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, 10°ed., Madrid, Tecnos, 2001, pág. 118). Entre muchos, CIATTI, Alessandro, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, ed. Scientificheditaliane, 2007. Entre muchos, MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Las nuevas leyes y el régimen vigente*, en *La investigación en las ciencias jurídicas*, Bogotá, ed. de la Academia colombiana de jurisprudencia, 2008, pág. 129 en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, ob cit p 16 y ss)

Las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Como sucede con cualquier otra realidad humana, ellas surgen en un determinado momento y se extinguen en otro. Esas normas rigen hechos, relaciones y situaciones jurídicas. En muchos casos, tales hechos, relaciones y situaciones no son instantáneos, sino que configuran sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo. El

problema aparece cuando un cambio legislativo se produce durante la vida de esos hechos, relaciones o situaciones; o sea, entre que nacen y se extinguen. En tal caso, ese cambio legislativo trae aparejada una colisión o conflicto de normas en el tiempo y es necesario decidir qué norma ha de aplicarse (conf. CLARIA, Enrique L y CLARIA, José O., *Ámbito de aplicación temporal de la ley*, ED 56-785. FERREYRA RUBIO, Delia M., *Comentario artículo 3* en Bueres-Highton, *Código civil y normas complementarias*, Bs. As., ed. Hammurabi. 1995, t. 1, pág. 8).

El artículo 7 CCyC empieza: “A *partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican* aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Inmediatamente después dispone: *La leyes no tienen efecto retroactivo* El texto distingue *aplicación* (i) *inmediata* (es la regla general) y (ii) *retroactiva*¹ (no permitida, excepto disposición legal en contrario). También aquí, el uso de las palabras y su significado generan algunas dificultades. De cualquier modo, quizás ayude el planteamiento inicial de Roubier cuando dice: “El tiempo se descompone en tres momentos: *presente, pasado y futuro*. Por esta razón, hay tres posiciones posibles para la aplicación de una ley en el tiempo: ella puede tener efectos *retroactivos* si su aplicación se remonta al *pasado*; tiene efectos *inmediatos* si se aplica prontamente en el *presente*; tiene efectos *diferidos* si viniendo del pasado, se proyecta al *futuro* siendo que otra ley la ha sustituido” (Cám. Nac. Com. sala F, 20/10/2011, cita online AR/JUR763538/2011, LL 2011-F-305 (voto de la Dra. Alejandra Tévez, ROUBIER, Paul, *Le droittransitoire (Conflitsdesloisdansletemps)* 2º ed., París, ed. Dalloz et Sirey, 1960, n° 3, pág.9. en KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob cit, p 28 y ss)



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

El efecto inmediato es el efecto propio y normal de toda ley: ella se aplica inmediatamente después de haber sido sancionada. Es el sistema que ya tenía el código civil argentino. Consiste en que la nueva ley se aplica a: (i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; (ii) las existentes, en cuanto no estén agotadas; (iii) las consecuencias que no hayan operado todavía. O sea, la ley toma a la relación ya constituida (por ej., una obligación) o a la situación (por ej., el matrimonio) en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. De mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para *comenzar la gestación* de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituirla (o sea, la situación o relación está “*in fieri*”), entonces, rige la nueva ley. Este “tocar” relaciones pasadas no implica retroactividad porque sólo afecta efectos o tramos futuros. El nuevo ordenamiento no se proyecta atrás en el tiempo; ni altera el alcance jurídico de las situaciones ni de las consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados en su momento bajo un determinado dispositivo legal.

El efecto inmediato no es inconstitucional, no afecta derechos constitucionales amparados, siempre que la aplicación de la nueva norma afecte sólo los hechos aún no acaecidos de una relación o situación jurídica constituida bajo el imperio de la ley antigua.

La retroactividad mueve la ley a un período anterior a su promulgación; es una especie de ficción de preexistencia de la ley que se proyecta temporalmente a hechos, conductas o derechos, previos a su promulgación.

Hasta aquí, todos de acuerdo pero, mientras para la teoría tradicional recogida en el código de Vélez, la palabra

retroactividad se vincula a *derechos adquiridos*, para las modernas doctrinas está ligada a *hechos definitivamente cumplidos o agotados*; por eso, el maestro Galgano sostiene que la retroactividad de las leyes encuentra siempre un límite *natural*, cual es que la nueva ley nunca puede aplicarse a hechos que han extinguido por entero su aptitud para producir efectos jurídicos.

Una ley es retroactiva, entonces, cuando se la aplica como si hubiese estado vigente en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor. O sea, consiste en la posibilidad de que la aplicación de una norma afecte a un tiempo anterior o ya transcurrido, previo a su vigencia formal (MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La irretroactividad de la ley y el efecto diferido*, en JA Doctrina 1972, pág. 819. LOPEZ OLACIREGUI, José M., *Efectos de la ley con relación al tiempo. Abuso del derecho y lesión subjetiva*, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, año X, n° 21, Julio/dic. 1968, pág. 74; MORELLO, Augusto M., *Eficacia de la ley nueva en el tiempo*, en *Examen y crítica de la reforma del CC*, La Plata, ed. Platense, 1971, t. 1 pág.60; LAVALLE COBO, Jorge, en *Código Civil y leyes complementarias*, t. I, Bs. As., Astrea, 1978, p. 25; C Fed. Sala II Civ. y Com. 26/5/70, ED 36 756.CSN 26/4/1995, LL 1996-A-204 (se trata de la aplicación de la ley de financiamiento de los partidos políticos). MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *Aplicación en el tiempo de la ley n° 19.075 de matrimonio igualitario, con especial referencia a la obligación alimentaria entre cónyuges y ex cónyuges*, en Rev. Critica de Derecho privado, Montevideo, año 11, n° 2014, pág 1390.¹ GALGANO, Franco, *Trattato di Diritto Civile*, 2° ed., Padova, Cedam, 2010, t. I, pág. 92; conf. LIVI, Alessandra, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, en AV, *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, ed. Giuffrè, 2008, t. I, pág. 1387. MORELLO, Augusto M., *Eficacia de la ley nueva en el tiempo*, en *Examen y crítica de la reforma del CC*, La



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

Plata, ed. Platense, 1971, t. 1 pág. 60 en KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob cit p 29 y ss)

De todo lo dicho se deduce que en el sistema vigente, no sería correcta una interpretación que se funde en la preservación de supuestos “derechos adquiridos” para sostener una suerte de “efecto diferido” de las leyes.

Se ha sostenido que las leyes que versan sobre el estado de familia, el régimen del matrimonio y el divorcio son de aplicación inmediata (Conf. LAVALLE COBO, Jorge, *en Código Civil y leyes complementarias*, p 25; CNCiv, Sala E ED 32 708)

III.- Ahora bien, el CCyC incorporó un tercer tipo de filiación: la filiación por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional. La ley 26994 dispuso en el art. 9, cláusula tercera: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.” (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación).

Sostiene la Dra. Kemelmajer de Carlucci: (“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, ob.cit. p 142 y ss) esta norma, claramente, da efectos retroactivos al CCyC en este tipo de filiación. El artículo era necesario porque la filiación por voluntad procreacional es una figura que nace normativamente con la entrada en vigencia del CCyC. Aunque haya sido admitida en algún caso jurisprudencial, lo cierto es que no estaba

regulada. En opinión de Roubier, las leyes que crean situaciones jurídicas nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución (ROUBIER, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)* 2º ed., Paris, ed. Dalloz et Sirey, 1960, n° 47 pág. 210. xpuestos) por lo tanto, era necesaria la ley que previese que la filiación de los niños nacidos antes de la vigencia del código por medio de estas técnicas se rigen también por el sistema creado por la nueva ley y no simplemente por el dato genético.

El artículo transcripto, ubicado entre las normas transitorias, da efectos retroactivos a la determinación de la filiación; en consecuencia, si dos personas concurren a inscribir un niño nacido antes de la entrada en vigencia del CCyC y sostienen que es hijo de ambas, deben cumplir con los recaudos previstos en los arts. 560 y 561. Cualquier otra solución puede fomentar el tráfico de niños; bastaría ir al registro y decir que el niño ha nacido de esas técnicas.

IV.- Sentado ello, debe ponerse de relieve que, conforme se desprende de la prueba instrumental obrante en autos, que tengo a la vista (constancias reservadas en Secretaria en sobre Nro.66598/14, presentadas a fs. 35 de los autos C. R. K. s/ Medidas Precautorias, Expte, Nro. /2014 en trámite por ante este mismo juzgado), el Sr. G. A. D., en la historia clínica de P. -en la que figura como pareja de la Sra. C.- suscribió el “Consentimiento informado para tratamiento mediante fecundación in Vitro - transferencia embrionaria ICSI” el 13 de agosto de 2013 conjuntamente con la aquí peticionante, habiendo otorgado anteriormente uno del mismo tenor -el 25 de marzo del mismo año. Desde ya adelanto que ponderaré este acto como el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, justamente, en el campo



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo.-.

V. El Código Civil y Comercial innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado,... “ y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (...) existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (...) se sigue de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella". (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión creada por dec. 191/2011, integrada por los Dres. Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti. <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.)

Estas trascendentes y significativas modificaciones de índole normativa, a partir de esta obligada mirada constitucional-convencional, son una proyección también, de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular

en el caso "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", del 28/11/2012, en el que sostuvo que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora en "La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo", del 7/2/2013, MJ-MJN-69467-AR; RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana Inés y CULACIATI, Martín Miguel, "Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asuntos de Familia. Período 2011, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 275-302, ISSN 1851-1201).

El camino fue abierto lenta y progresivamente, tanto por la jurisprudencia como la doctrina, empero la sanción de la ley 26.862 de Cobertura Médica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y su dec. regl. 956/2013, dieron el impulso que visibilizó la complejidad del tema.

El Título V "Filiación" del Libro Segundo "Relaciones de familia", se divide en 8 capítulos en los que se integran las reglas aplicables a la cuestión filiatoria. El capítulo 1 inicia con el reconocimiento de una tercera fuente filial: mediante técnicas de reproducción humana asistida (THRA) la que se suma a la filiación por naturaleza y por adopción, asignando identidad de efectos a cualquiera de ellas sea en el ámbito matrimonial o extramatrimonial (art. 558).

A través de esta disposición se plasma de manera contundente el principio de igualdad, uno de los pilares sobre los que se asienta la reforma producida por el CCyC, principio que no obsta a mantener la distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

en la regulación de la determinación de la filiación y, como correlato de ello, en las acciones pues se trata de situaciones objetivas diferenciadas que justifican tratamiento diverso. Toda vez que la celebración de la nupcias opera como un hecho objetivo que admite la tan diversa regulación sin producir impacto alguno en los efectos derivados de aquella, de modo que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial garantiza idénticos derechos a los hijos (art. 558 2º párrafo).

En el Capítulo 2 se sistematizan normas singulares y específicas para la filiación por THRA donde "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de 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. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable..." (art 561 y 562 CCyC).

Ahora bien, en el ámbito de la determinación de la filiación extramatrimonial se mantiene el reconocimiento como eje central, disponiéndose como principio general en el art. 570 que: "La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal". La norma actualizada es similar a la

anterior, agregándose exclusivamente lo relativo al acceso a la filiación mediante TRHA. En cuanto a las formas del reconocimiento, el art. 571 mantiene la redacción del derogado art. 248 del Cód.Civ., en cuanto reconoce tres formas: a) la declaración ante el Registro Civil; b) la efectuada en instrumento público o privado debidamente reconocido; y c) la disposición contenida en actos de última voluntad, aunque fuera de manera incidental.

También el CCyC sigue los lineamientos del Código Civil derogado con relación a los caracteres del reconocimiento, enunciados en el art. 573 que afirma: "El reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo..."

La apertura en cuanto a los destinatarios de las técnicas también se visualiza en la amplitud de los procedimientos que recepta. En este sentido, quienes a ellas accedan, según la situación que atraviesen podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga, definiéndose el vínculo filial en cualquiera de los casos en función del elemento volitivo (art.562). Esta apertura deriva en el reconocimiento implícito de las prácticas de baja y alta complejidad, las cuales se encuentran definidas en el dec. 956/2013 (Publicado en el Boletín oficial el 23 de julio de 2013) que reglamenta la Ley 26.862: "...Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos..." (art. 2°).

En este marco, la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el "querer ser" progenitor. Siendo así, la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica cuando el vínculo filial encuentre su origen en las TRHA (art. 569 y 575 CCyC) en correspondencia con el criterio seguido en los países que tienen regulada esta tercera fuente filial. En lo referido al consentimiento informado, se realiza un tratamiento especial respecto de su alcance y configuración por tratarse de la exteriorización de la voluntad procreacional. En este sentido, se establece que el centro de salud que intervenga en la práctica médica deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. (art 5 Ley de derechos del paciente 26.529 s/texto ley 26742) Se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público (art. 561). De esta forma, se logra un acto revestido de mayores garantías y seguridad, tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados (González, Mariana E., Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 27 - LA LEY2015-, Cita Online: AR/DOC/1296/2015)

Tratándose de un acto voluntario, puede revocarse mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión en ella (art. 561), en correspondencia con el criterio mayoritario adoptado por las legislaciones de otros países. En la misma línea se enrola la ley 26.862, al disponer: "... el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer" (art. 7°)

Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TRHA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de

la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo (LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, nro. 24, enero de 2012, ps. 76/91).

La precedentemente citada, una referente en la temática, subraya que "Se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional' (...). Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo" (LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Bioética y Derecho*, nro. 24, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, enero de 2012, ps. 76/91 (<http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24>).

Gil Domínguez avanza un paso, incorporando el elemento "psi" a su definición, esgrimiéndose que "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas." (...) "El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisonal y autónomo". (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico", *ob. cit.*, p. 13)

En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

crianza y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal. (HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", fecha: 12/4/ 2012, cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751)

Siguiendo el camino abierto por Herrera y Lamm, la filiación corresponde a quien desea ser "parent", a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido. Así lo regula el art. 561 del nuevo CCyC cuando prevé que "Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

Podemos advertir que se desprenden de este artículo, dos consecuencias, la primera, que la identidad de una persona ya no está dada por el elemento biológico sino genético, como explicáramos antes; y la segunda, que la voluntad procreacional que genera el vínculo entre padres e hijos, se exterioriza a través del "consentimiento previo, informado y libre" que deben recabar las instituciones públicas y privadas que realicen las TRHA.

En el mismo cuerpo legal se complementa esta norma, con lo establecido en el art. 560 cuando dispone que "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. La

instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella".

Mediante la res. 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud (Publicada en el Boletín Oficial 3/4/2014) se aprueba el Modelo de Consentimiento Informado Bilateral que deberá ser utilizado obligatoriamente por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos que participan en los subsistemas de Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales, en los casos establecidos en el art. 7º de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y su dec. regl. 1089/2012, que garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado en toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario. Asimismo, cuenta con media sanción de la Honorable Cámara de Diputados el proyecto de ley que tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente. 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 (RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental - LA LEY20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1325/2015).

VI. Por otro lado, en cuanto al apellido de los hijos, el art 64 CCyC y la ley de matrimonio igualitario, las modificaciones dejaron de lado toda prioridad paterna en el apellido del hijo, estableciéndose la absoluta igualdad entre padres o madres. Se acabó



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 8

la preponderancia para dar el apellido a los hijos o para establecer el orden de un apellido compuesto. (Higton, Elena I., “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. (La ley 03/08/2015,5 Cita Online: [AR/DOC/2598/2015](#))

Asimismo, sostiene Herrera, que los cambios en materia de apellido de los hijos,... tiene un impacto directo en las relaciones de familia y que compromete o interesa al funcionamiento del Registro Civil. Aquí los principales cambios son: a) El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges, pudiéndose a pedido de los padres o del propio hijo si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, adicionarse el apellido del otro progenitor; si los padres no se ponen de acuerdo el apellido se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; b) Igual sistema rige para los hijos extramatrimoniales si son reconocidos simultáneamente al inscribir el nacimiento; en cambio, si la determinación de la segunda filiación acontece posteriormente, los progenitores deben acordar el orden del apellido y a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño. ¿Qué sucede mientras resuelve el juez? El hijo debe mantener el apellido que venía portando hasta ese momento fundado en el respeto al derecho a la identidad (Herrera, Marisa; Pellegrini, Maria Victoria, “Rol de los registros civiles en las relaciones de familia. Impacto del Nuevo Código” La Ley 06/06/2015,1.CitaOnline: [AR/DOC/1248/2015](#)).

VII. Por las precedentes consideraciones, normas legales y doctrina citadas, habiendo dictaminado la Sra Defensora Pública de Menores e Incapces a fs. 110, la Sra. Fiscal a fs. 112, conformidad de la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fs.115, y habida cuenta el consentimiento previo e informado al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, suscripto por el Sr. G. A. D., en los términos del art 322 del CPCC,

arts. 570, 64 y cctes del CCyC y art 3, 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, RESUELVO: Admitir la pretensión, con los alcances que surgen de los considerandos y declarar el emplazamiento de estado del niño G. J. C, nacido el 15 de abril de 2014 en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como hijo de G. A. D, DNI Nro....., procediendo a la inscripción correspondiente, debiendo adicionarse en la partida (Circunscripción Callao, Tomo 2do. D, Acta) al apellido C, en segundo término, el apellido D.. Notifíquese y a los Ministerios Públicos en sus respectivos despachos. Firme que se encuentre, líbrese oficio de estilo al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Oportunamente, archívese.-

Firmado Myriam M. Cataldi, Juez subrogante, Juzgado Nacional en lo Civil nro. 8