

XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL

TEMA I: Derechos de las familias y Derechos Humanos, su relación con la actividad notarial en el C. C. y C. N.

SUB TEMA: Problemáticas Actuales del Derecho de Familia y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

“Planteo hipotético. Impugnación filiación matrimonial. Cuestiones de Familia”

Autora: GUERET María Eugenia.-

PONENCIAS:

- * La actividad notarial se constituye en una herramienta indispensable no solo en oportunidad de expresar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a las técnicas de reproducción humana asistida, sino que toma especial relevancia el momento del asesoramiento previo en la audiencia notarial.
- * Resulta de gran importancia dejar asentado en el instrumento autorizado por el notario la labor de asesoramiento realizado en aquellos casos especiales que así lo requieran en función de sus particularidades.

1. NOCIONES BÁSICAS

- * El diccionario de la Real Academia Española define al término de “familia” con algunas de las siguientes acepciones, primeramente la denomina como un “*grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*” o bien como el “*conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*”.

Lo cierto es que la palabra familia proviene del latín *famulus* que significa 'sirviente' o 'esclavo'. Es que en efecto, antiguamente la expresión incluía a los parientes y sirvientes de la casa del amo.¹

Hasta no hace mucho tiempo atrás se sostenía como dogma que “*la familia tiene su origen en la institución del matrimonio*” y por tal motivo la “*Declaración Universal señala que los hombres y mujeres tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”² por lo que por tales razones dicha “institución” debía ser defendida y protegida mediante todos los mecanismos que pudieran arbitrarse en aras de su formación y desarrollo para que pudiera cumplir o alcanzar su fin.

Se observa entonces el criterio dominante que contaba necesariamente con la unión de un hombre y una mujer bajo la modalidad del matrimonio y de la que surgiría la descendencia y así iría formándose la sociedad toda. Esta descendencia, denomi-

¹<https://www.significados.com/familia/#:~:text=Se%20designa%20como%20familia%20al,sirviente'%20o%20'esclavo'.&text=Seg%C3%BAAn%20la%20sociolog%C3%ADa%2C%20el%20t%C3%A9rmino,la%20madre%20y%20los%20hijos.>

² ERRÁZURIZ Cristina T. ¡Sobre la Protección Internacional de la Familia” Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 N° 2, pág. 367 – año 1994.

nada como el “*derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico*”³ no es nada más y nada menos que el vínculo que une al hijo con sus progenitores de la que habrán de surgir una serie de derechos y obligaciones.

Lo cierto es que esta terminología ha sufrido diversas modificaciones en su contenido e interpretación, siendo tal como se dijera desde sus orígenes aquel grupo emparentado, en el que podrían incluirse a los propios esclavos o sirvientes o bien ser el reducido grupo sustento base de la sociedad del que se originará el linaje y, actualmente en su rol más descontracturado y moderno se podrá admitir tanto la vinculación directa y única entre ascendiente y descendiente pues será la relación biológica en esa línea la que determine el concepto de “familia” como aquella de mayor amplitud que contempla el “ensamble” de diversos integrantes de distintos orígenes para formarla.

* A partir de la implementación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde el año 2015, el precepto de familia toma una nueva fuente - origen puesto que ésta no solo podrá devenir de la filiación natural o por adopción (acto jurídico), sino que también podrá producirse mediante la expresión de voluntad concreta mediante un consentimiento que dado para el desarrollo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Y es desde allí que debe entenderse que hay un viraje importante en lo que es el planteo de esta figura jurídica puesto que surge la idea de “expresar la voluntad pro creacional” lo que significa que al menos una sola persona deberá dejar en constancia por escrito su deseo de generar, de hacer nacer un vínculo filiatorio nuevo.

Y, junto con ello, también mutarán las distintas presunciones legales y relaciones filiatorias y su diferente regulación en el cuerpo normativo precitado.

2. FUNDAMENTOS – PLANTEO HIPOTÉTICO.

* Respecto de este último tema en particular, la hipótesis a desarrollar consiste en evaluar qué ocurriría en un matrimonio heterosexual, donde uno de sus miembros pretenda dar origen a una filiación y el otro no.

³ <https://es.wikipedia.org/wiki/Filiaci%C3%B3n>

Dentro de las nuevas concepciones no solo de familia sino también de matrimonio, debe comprenderse que actualmente la unión matrimonial no radica única y exclusivamente en el destino de la procreación o en generar descendencia porque bien podrá consistir en la unión de dos personas sean del mismo sexo o no o cualquier sea su percepción, para procurar una vida en común o por qué no incluso el desarrollo de un emprendimiento en común que bien podría no incorporar la idea o el deseo de la filiación descendiente. Bien sabido es que hoy en día existe una preeminencia de la autonomía de la voluntad sobre el derecho de familia por lo que no es ninguna sorpresa esta clase de uniones con otro objetivo y destino en común, habiéndose descartado las obligaciones legales de cohabitación y fidelidad.

Pues bien, en el hipotético caso a desarrollar, se consignará una pareja heterosexual, cuya unión en matrimonio lo fue para llevar adelante una vida en común, sin considerar el deseo de ser padres, no obstante con el paso del tiempo, uno de sus componentes, en este caso la mujer cambia de opinión al respecto pretendiendo ahora generar descendencia.

* El interrogante en este caso radica en evaluar las diversas opciones con las que cuenta la persona que desea mantener la unión matrimonial formalizada, pues nada malo hay en ello o en dicha relación pero sí concretar su voluntad filiatoria.

Inicialmente, la primera idea de solucionar este interrogante podría radicar en disolver el vínculo y con ello, ser libre para el cometido de sus deseos, lo que generaría un cambio de estado por un divorcio venidero que no es el destino final esperado.

Ante un eventual proceso de adopción, éste podría verse trunco puesto que al no haber coincidencia o voluntad conjunta entre los miembros de la pareja la selección para dicho procedimiento sería objeto de rechazo.

La solución pareciera estar en la novel figura de las técnicas de reproducción humana asistida mediante las cuales, se haría el aporte del gameto masculino anónimo y por tanto la gestante y quien aportaría las gametas femeninas sería dicha mujer.

Al efecto, mediante consulta con profesionales de la medicina especializados en esta área, se ha informado que el caso en concreto no ha sido planteado aún en la provincia de Misiones, pero sí resulta a veces evidente en consulta que *“hay un miembro de la pareja que se comporta de manera reticente y desinteresado en el*

proyecto y que sus expresiones de voluntad no son tales sino que simplemente refieren a un acompañamiento hacia el otro miembro de la pareja”.

Frente a tales situaciones, la recomendación siempre radica en realizar interconsultas con los licenciados en psicología, a los fines de encauzar dichas expresiones de voluntad sin que exista una “presión” u obligación de por medio para no resentir la unión de la pareja, la que tarde o temprano podría verse en conflicto por todo el procedimiento que estas técnicas implican⁴.

Además de esta asistencia, no puede dejarse de lado el asesoramiento profesional del notario, quien al momento de recabar la expresión de voluntad prevista en los artículos 560 y siguiente del Código Civil y Comercial de la Nación, mediante la protocolización del consentimiento informado por parte de la requirente deberá informar debidamente las consecuencias de la “ausencia” de consentimiento por parte del cónyuge, en qué consistirá la relación filiatoria, la posibilidad de conocer a futuro el origen biológico e incluso los derechos hereditarios que habrán de existir o no a futuro.

Con motivo de ello, cabe suponer que se consigne en el instrumento notarial tal circunstancia a los fines de salvaguardar los derechos de la requirente, su futura prole e incluso al otro miembro del matrimonio cuya voluntad no existe a ese momento.

Aun cuando esta situación pudiera resultar un tanto escandalosa, ha de entenderse a la misma como válida ante la posibilidad de considerar familias ensambladas donde un cónyuge o conviviente concurre a la relación con su propia descendencia y con la que no existe relación alguna con el otro miembro de la pareja.

* En efecto, una vez sorteada dicha cuestión, el interrogante estará destinado a la inscripción del nacido vivo en el Registro del Estado Civil o Registro de las Personas de acuerdo a la forma en que se denomine en cada demarcación.

En primer lugar debe tenerse en cuenta la presunción legal –que actualmente admite prueba en contra- prevista en el artículo 566 del Código antes referenciado, en la que se entiende que son hijos del matrimonio los nacidos dentro de la vigencia del

⁴ Consulta realizada a la Dra. Mariana Beatriz Ringa, médica especialista en ginecología, especialista en fertilidad. Clínica CREAR – Medicina Reproductiva – Posadas, Misiones.

mismo o hasta trescientos días posteriores a la interposición del divorcio, nulidad, separación de hecho o la muerte, salvo en los casos de las TRHA, cuando no se hubiere prestado el consentimiento previo, informado y libre mencionado con anterioridad.

Por supuesto que para que ello ocurra la denunciante deberá ante el oficial del Registro expresar cuál es su estado civil y además exhibir el consentimiento protocolizado a los fines de que se deje la debida constancia, por lo que la filiación en tal caso podría clasificarse como monoparental.

Nada obsta a que en el futuro el cónyuge que no prestara su consentimiento o no lo expresara de manera expresa pueda proceder al reconocimiento filiatorio mediante la vía administrativa, judicial y/o privada correspondiente y por tanto “consolidar” de alguna manera la vinculación familiar, posibilitando con ello, por ejemplo el favorecimiento económico mediante la ampliación de derechos sucesorios en cuanto a la capacidad para suceder.

Contrario sensu, cabría analizar el caso de una eventual impugnación de la filiación presumida por la ley ante una inscripción del menor como hijo matrimonial dentro de las presunciones legales –cuando en este caso particular no lo es- en la que se debe analizar por una parte, no solo la posesión de estado o la situación de convivencia del menor con quien resulta ser su progenitora y su esposo o la ausencia de éste puesto que conforme la Jurisprudencia nacional lo ha sostenido *“el Estado vendría a interferir en la intimidad familiar, en el derecho a la vida familiar, sin tener certeza que tal modificación respeta el interés superior del menor, protegido a través de su familia legítima, más allá del dato genético”*⁵.

O, bien, por el contrario, resulta significativo hacer mención a fallos opuestos al mencionado, donde existen otros pronunciamientos que señalan que, independientemente de la legitimación para obrar del accionante, *“el respeto a la vida familiar exige que la realidad biológica y social prevalezca sobre una presunción legal que*

⁵ FERRER Francisco A. M.; GALLI FIAN María Magdalena; GUILISASTI Jorgelina, JAUREGUI Rodolfo; ROLANDO Carlos H. “Manual práctico de Derecho de Familia” Ed. Rubinzal – Culzoni. 1° edición Pág. 188 año 2019.

*choca frontalmente tanto con los hechos establecidos como con los deseos de las personas involucradas*⁶.

En relación a ello, se pretende que la posibilidad de conocer los orígenes biológicos e incluso establecer un vínculo filiatorio surgido a través del mismo no se vea cercenado por la normativa, que actualmente encontraría ciertas limitaciones al respecto, puesto que nadie puede ser favorecido ni perjudicado con motivo de su identidad de origen, tomando prevalencia la determinación del nexo biológico mucho más allá de la “voluntad” de quien fuera ajeno al acto pro creacional.

Ambas modalidades de resolución implican un pronunciamiento judicial justo por cuanto deberá procederse al análisis del caso puntual y en tal sentido evaluar si resulta viable modificar un estado jurídico que pueda determinar la posibilidad de mejores oportunidades de desarrollo y situación económica o proteger la identidad y precautelar el derecho de conocer los orígenes ante toda circunstancia con independencia de otras relaciones.

3. CONCLUSIÓN.

El Código Civil y Comercial, ha introducido grandes innovaciones en materia de Derecho de Familia, lo que significa un cambio trascendente que se ejerce en los criterios o conceptos básicos de familia e influyen en el sistema de la filiación, reconociéndose a la “voluntad pro creacional” como fuente del establecimiento del vínculo.

Ante todas esas nuevas incorporaciones o modificaciones resulta indispensable un buen y acabado conocimiento y capacitación permanente del notario por cuanto juega un rol fundamental en la generación de estas historias de familia, debiendo brindar acabada información para que los requirentes que concurren a él puedan actuar conforme a derecho y evitar con ello perjuicios innecesarios, cumpliendo con la labor profesional correspondiente de brindar paz a la sociedad.

4. BIBLIOGRAFÍA.

- CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. Código Civil y Comercial – Comentado, Anotado y Concordado. Tomo 2. Astrea - Editorial Notarial. 1° Ed. Año 2015.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

⁶ http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Roveda_Accionesdefiliacionenelnuevoccyc.pdf

- DE SANTO, Víctor. Actuación Profesional Relaciones de Familia. Tomo I. Ediciones dyd. 1° Ed. Año 2020.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.
- ERRAZURIZ T., Cristina. Sobre la Protección Internacional de la Familia. Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 N° 2. Año 1994.
- FERRER, Francisco A. M.; GALLI FIANT, María Magdalena; GUILISASTI, Jorgelina; JAUREGUI, Rodolfo; ROLANDO Carlos H. Manual Práctico de Derecho de Familia. Ed. Rubinzal - Culzoni. 1° Ed. Año 2019.
- GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia; BAEZ, José Luis; FLORES Martín Andrés; FRULLA, Mariano; ROJO CANTOS, María Julieta; TULA Agostina. Derecho de Familia. Advocatus. 1° Ed. Año 2016.
- Páginas web citadas al pie de página.