

LA DIVERSIDAD DE TRATO ENTRE LA FILIACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA FILIACIÓN POR ADOPCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Autoras: Basso, Silvina; Mendoza, Elena*

Resumen:

Con fundamento en el derecho a la igualdad en Filiación, se debe modificar el art. 596 sobre filiación adoptiva así: “El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a datos médicos y enfermedades transmisibles”, dado la diversidad de trato que efectúa el CCC cuando regula el derecho a la información vinculado con la protección del derecho a la salud de las personas, según si su fuente filial ha sido el uso de las TRHA o la adopción, en desmedro de esta última. La obligación de que el expediente administrativo y judicial contenga la información relativa a la salud de la familia de origen es función del juez (art. 709 Principio de Oficiosidad).

1.- Introducción.

El nuevo Civil y Comercial (CCC) en materia de Filiación ha introducido como tercera fuente filial a las “técnicas de reproducción humana asistida” (TRHA), que se suma a las que se encontraban previstas en el art. 240 del Código Civil de Vélez, que contemplaba a la filiación por naturaleza o por adopción, las que son mantenidas en la nueva regulación legal.¹

La incorporación de esta nueva fuente filial se ha sostenido que se justifica, en virtud del principio de realidad, que da cuenta de la gran cantidad de niños y niñas que estos últimos años han nacido y siguen naciendo gracias al avance de la ciencia médica que permite el uso de las TRHA.²

Por ello, coincidimos con Minyersky cuando afirma que “Dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna auspiciosa la posición asumida por el nuevo

*Basso, Silvina: Profesora adjunta Universidad Ciencias Sociales y Empresariales (UCES), Jefa de Trabajos Prácticos Universidad de Buenos Aires. Mendoza Elena: Jefa de Trabajos Prácticos Universidad de Buenos Aires.

¹ Art. 240 Código Civil de Vélez: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código” (texto según ley 23.264). El art. 558 del nuevo CCC establece: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. LA filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

² Herrera, Marisa “Panorama General del Derecho de las Familias en el Código Civil y Comercial de la Nación. Reformar para transformar”, en Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, Director: Ricardo Luis Lorenzetti. Thomson Reuters La Ley, Noviembre 2014, pág. 58

Código, reconociendo los mismos derechos a todos los niños, cualquiera sea el origen de su filiación”³

Esta fuente de filiación se diferencia de la filiación por naturaleza, por la participación del equipo médico en el proceso reproductivo⁴; y de la filiación por adopción en que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad como en los supuestos de adopción, por lo que deben ser criados por una familia distinta a la de origen⁵.

El objeto del presente trabajo es analizar el contenido de la regulación legal del nuevo Código Civil y Comercial sobre el derecho a la información, según si la fuente filial es el uso de las TRHA o la adopción, a fin de verificar si se cumple o no con el principio de igualdad, enunciado como uno de los fundamentos de la reforma legal.

2.- Normas del nuevo CCC en materia de derecho a la información.

En el ámbito de la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida, el art. 563 que se refiere al Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida, dispone que “La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”.

Asimismo, el art. 564 sobre el Contenido de la información, prevé que a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

En el ámbito de la filiación por adopción, en cambio, el art. 596, se refiere al derecho a conocer los orígenes del adoptado, dado que contempla que “El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada”.

3.- La diversidad de trato en relación con el derecho a la información, según si la fuente filial es el uso de TRHA o Adopción.

³ Minyersky Nelly, “Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares. Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994”, en Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial, Año I, N° 1, Ediciones Infojus, pág. 76, 12/2014.

⁴ Krasnow, Adriana N. “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, La Ley 2007 –F, 1224, Cita on line: AR-DOC- 3469-2007

⁵ Herrera, Marisa, op. cit., pag. 59

En materia de reproducción humana asistida, del art. 554 se desprende que el centro de salud en el cual se realice la práctica, tiene la obligación de consignar en la historia clínica del donante todo dato que sea importante en lo referente a sus “datos médicos”.

Entendemos que por datos médicos debe interpretarse que nos estamos refiriendo a información vinculada a la salud física y mental del propio donante y de su familia, por ejemplo, predisposición a desarrollar alguna enfermedad, antecedentes de casos de diabetes, distintos tipos de cáncer, o de accidentes cerebro vasculares, hiper tensión arterial, casos de muerte súbita, suicidios, etc.

Se puede observar que el contenido del derecho a la información que regula el Código se vincula estrictamente con el derecho a la salud de la persona nacida mediante las técnicas de reproducción humana asistida, en los supuestos de que se trate de una fecundación heteróloga.

La norma autoriza a revelar la identidad del donante “por razones debidamente fundadas” y por vía judicial. Consideramos que la redacción es poco clara, ya que se trata de una fórmula muy ambigua y amplia que podría dar lugar a considerar que el deseo o la necesidad de la persona nacida por estas técnicas, a conocer los datos del donante es una “razón debidamente fundada” que permite revelar la identidad del donante.

En cambio, en la filiación por adopción, el art. 596 subsume el derecho a la identidad, el derecho a la información y el derecho a la salud.

Por otra parte, en cuanto al contenido de la información estrictamente vinculada con el derecho a la salud, es más limitado ya que hace referencia a “enfermedades transmisibles”, concepto mucho más restringido que el de “datos médicos” del donante para el supuesto de técnicas de reproducción humana asistida.

Esta diversidad de trato del CCC a la hora de regular el derecho a la información vinculado con la protección del derecho a la salud de las personas, según si su fuente filial ha sido el uso de las TRHA o la adopción, en desmedro de estas últimas, no encuentra fundamento fáctico ni normativo desde una perspectiva constitucional –convencional; en particular, a la luz del principio de igualdad, que ha sido invocado como uno de los fundamentos de la reforma junto con la constitucionalización del derecho privado, el paradigma no discriminatorio, la sociedad multicultural y la autonomía de la voluntad.⁶

Por ello, consideramos que es necesaria una reforma legal conforme la siguiente propuesta.

4.- Propuesta

De lege data: el párrafo tercero del art. 596 dice así: “El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.”

De lege ferenda: proponemos una reforma a dicho párrafo, el que debería quedar redactado en los siguientes términos: “El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a datos médicos y enfermedades transmisibles”.

A partir de una interpretación integral de las normas del nuevo Código Civil y Comercial, la obligación de que el expediente administrativo y judicial contenga la información relativa a la salud de la familia de origen es función del juez, dado que son

⁶ Minyersky, Nelly, op. cit., pag. 49

de aplicación las normas establecidas en el Título 8º Proceso de Familia, Capítulo 1º Disposiciones Generales, art. 709 Principio de Oficiosidad, que textualmente dice: “En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente...”.