

SEMINARIOS DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS

FILIACIÓN() (437)*

GUSTAVO A. BOSSERT

- Presenta al orador, doctor Gustavo A. Bossert, la escribana Lidia E. Belmes.

DR. Bossert. - Buenas noches.

Comparto con ustedes este momento - después de lo que seguramente ha sido una jornada sumamente cansadora de labor para todos - para conversar sobre el tema de la filiación.

Dentro de todas las facetas que ofrece este vasto tema, me voy a referir a aquellas que sospecho pueden ser de mayor interés, teniendo en cuenta las reformas introducidas por la ley sancionada el año pasado.

¿Qué significa la nueva ley? Significa varias cosas. Evidentemente, no se trata de algo perfecto porque ninguna creación del hombre lo es. En efecto, tiene algunos desaciertos técnicos que trataré de marcar en líneas generales. No obstante, no podemos dejar de decir que esta ley ha perseguido - y en términos generales ha obtenido - ciertos objetivos notables.

Por ejemplo, en materia de filiación, el artículo 240 dice que la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos. Es decir, se produce la equiparación de los hijos sin considerar de qué tipo es el vínculo de sus progenitores. Esto está acompañado por la derogación de una vieja norma, muy criticada, como la del artículo 365 del Código Civil, que decía que los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos. Creo que éste es el primer avance que podemos señalar porque, a mi modo de ver, representa una expresión de humanismo.

Frente a esta ley ha habido quienes sostuvieron que la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales ha sido una medida desdichada. Para esto, utilizan como argumento el hecho de que se atenta contra la familia, el buen orden social, etcétera. Yo creo que si analizamos estas posiciones, desde el punto de vista de la sustancia, veremos que son netamente materialistas. ¿Por qué? Porque la diferencia de efectos que existía entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales aparecía en un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

plano económico en el ámbito del derecho argentino. En efecto, había menos porción hereditaria para el hijo ilegítimo con respecto al legítimo, no existía la posibilidad de pedir alimentos entre hermanos cuya filiación no era legítima; un hombre podía ver padecer hambre a su hermano de sangre y no obstante ser hijos del mismo progenitor, no estaba obligado a prestarle alimentos. Aunque una persona padeciera hambre, la nuera, el yerno o el suegro estaban eximidos de socorrerla si el vínculo filial era ilegítimo. Estos eran los efectos de la diferenciación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

No creo que en nombre del humanismo, y mucho menos en nombre de Dios y de quienes pretenden expresar su opinión, como el catolicismo, se pueda sostener la necesidad de que se sigan manteniendo diferencias patrimoniales para, también en su nombre, mantener las diferencias entre los hijos de acuerdo al vínculo de sus padres.

Por otra parte, en los últimos años, a través de los comentarios a los documentos del Concilio Vaticano II y del Código de Derecho Canónico, se deja en claro que la auténtica doctrina de la Iglesia Católica, la de Roma, la pura, la que trata de interpretar en forma correcta la palabra de Cristo, sostiene que no hay derecho a establecer diferencias contra los inmigrantes, los extranjeros, los desposeídos, o los hijos según la calidad del vínculo de sus padres.

De manera que me parece que podemos pensar que esta equiparación de los efectos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales ha sido una conquista de alto humanismo. Esto no significa que se hayan borrado las dos categorías; si ustedes revisan la ley verán que ellas subsisten, ya que si no se mantuvieran, no habría forma de establecer la filiación - como veremos luego - en el caso de los hijos matrimoniales, a través del sistema de presunción de paternidad del marido.

A estos efectos es que subsisten las dos categorías, aunque no para crear distintas consecuencias patrimoniales en cuanto a la situación de un chico y de otro según el vínculo de sus padres.

Pero además del artículo 240 y de otras modificaciones específicas que la ley 23264 ha introducido, el artículo 21 establece que siempre que en el Código Civil, leyes complementarias u otras disposiciones legales, se aluda a los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto a los hijos legítimos, la situación de aquéllos deberá ser equiparada a la de éstos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 del Código Civil. Vale decir que cualquier diferencia entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales queda definitivamente borrada.

Además de este aspecto - que de por sí, me parece, justifica la reforma llevada a cabo - hay otros que nos permiten sostener que la nueva ley significa un adelanto. Ella está impulsada hacia el objetivo de posibilitar la mayor concordancia posible entre los vínculos jurídicos y los biológicos. Evidentemente, la sola prueba hematológica es algo que, a este respecto, pertenece al pasado. Actualmente, hay todo un nuevo sistema de impugnación de la paternidad relacionado con la amplia posibilidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

utilización de otras pruebas biológicas más eficaces.

A su vez, la nueva ley ha echado por tierra verdaderos anacronismos que figuraban en nuestra legislación. Vamos entonces a tomar algunos aspectos particulares de esta reforma.

Ustedes recordarán que hasta el año pasado - cuando entró a regir la ley 23264 - para que una mujer quedara incorporada como madre de una criatura no bastaba que llevara al Registro Civil el certificado de nacido vivo. Tenía que reconocer expresamente su maternidad.

Esto fue superado en las legislaciones modernas, como por ejemplo, el Código Civil Español. Si bien el padre de la criatura es incierto hasta que el hombre dice que lo es, la comprobación de que una mujer es la madre tiene lugar cuando el nacimiento se constata, y se acredita con un elemento como es el certificado de nacido vivo, expedido por un médico u obstetra.

De manera que la norma que dejaba librada a un expreso reconocimiento de la mujer la posibilidad de que surgiera el vínculo entre la madre y el hijo, era producto de una mentalidad absolutamente individualista, imperante en el siglo pasado.

Actualmente, presentado el certificado al Registro Civil, expedido por médico u obstetra, no sólo se inscribe el nacimiento sino que, además, surge vínculo de filiación con la madre. Esta inscripción - dice la ley - deberá serle notificada a la madre. No se pone plazo para que impugne el vínculo que se le está comunicando, ya que ella luego tendrá todo el tiempo que quiera para resolver - sin prescripciones ni caducidades a la vista - si realmente va a impugnar el vínculo o si realmente acepta que el hijo es suyo. La vida nos enseña que el hombre que tiene un hijo con una mujer con la que no está casado - sobre todo si no se ha establecido un hogar similar al de los matrimonios - muchas veces no demuestra interés en pasar por el Registro Civil para reconocerlo. De allí surge la cantidad de juicios de reclamo de filiación que deben hacerse para que un hombre sea reconocido como padre a través de una sentencia judicial.

Esto, teóricamente, es muy interesante, sobre todo para los sectores pudientes, para los que tienen un fácil acceso a la administración de Justicia.

Pero la Justicia argentina, fundamentalmente en las grandes ciudades, diría que no está plenamente al alcance de los sectores de menos ingresos y cultura. Como camarista, pero sobre todo como hombre, siento esto con profundo dolor.

Salvo la ayuda que se preste, como un apostolado, en los servicios jurídicos gratuitos (generalmente con magros resultados) la Justicia no está plenamente al alcance de los hombres y mujeres con dificultades económicas y culturales, por lo costoso y lento de los pleitos.

Imaginemos el caso de una mujer que ha tenido un chico con un hombre que se niega a reconocerlo como suyo, que pertenece a los sectores carenciados, y no puede pagar asesoramiento jurídico. Sin ir más lejos, conversen con el personal doméstico de sus casas y advertirán que estas personas, en la situación que describo, raramente consiguen llegar al estrado judicial para iniciar una demanda.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Según el actual artículo 255, el Ministerio Público - que no debe ser un organismo paquidérmico encargado solamente del cumplimiento de cuestiones formales - deberá averiguar quién es el padre del chico, para lo cual tendrá que citar a la madre, conversar con ella y pedirle todos los informes, es que hay un interés de la sociedad en que se establezca el vínculo jurídico del padre y el hijo.

Además, el artículo 255 dispone que el Ministerio Público podrá promover la demanda de reconocimiento de filiación con la conformidad expresa de la madre. Me consta que hasta hace unos meses, el doctor Atilio Alvarez, uno de los asesores de Menores de la Capital Federal, llevaba iniciados más de ochenta juicios de reclamo de filiación extramatrimonial, en base a la norma. Seguramente podemos coincidir en que ésta es una conquista que, en nombre del humanismo, ha hecho la nueva ley.

Además, el sistema actual de impugnación de la paternidad significa un avance con respecto al régimen anterior que consistía en un sistema cerrado de causales.

Sólo se podrá impugnar en caso de adulterio más ocultación de parto (el adulterio solo no bastaba), en caso de imposibilidad de acceso carnal tema que nos llevó a enfrascarnos en interminables discusiones, y en caso de impotencia del marido, siempre que fuese posterior al matrimonio. El absurdo de no poder impugnar cuando la impotencia era anterior, tiene origen en sucesos de Francia del siglo XVII, donde se difundió la práctica, cuando se sostenía la impotencia del marido como causa de nulidad del matrimonio de exigirle sostener relaciones con mujeres ante testigos. Esto, además de las dificultades lógicas, era un escándalo y llevó a que se desarrollara un sentimiento de rechazo a todo lo que fueran las comprobaciones de impotencia. Fue así que allá, entonces, el artículo 312 señaló que la impotencia natural no podía dar lugar a la impugnación de la paternidad, y aquí, el 252, negaba la alegación de la impotencia anterior al matrimonio.

Ustedes se darán cuenta de que todo esto, que pudo estar bien en el siglo pasado, cuando no existían las pruebas biológicas, ya no tiene sentido.

Ahora la ley no establece a priori: en este caso sí se puede impugnar y en este caso no. Siempre se puede hacer la impugnación; claro que hay que convencer al juez de que el esposo no es el padre de la criatura.

Según el moderno derecho europeo, y ahora también el argentino, el marido podrá sostener que el hijo que tuvo su esposa no es suyo por razones físicas, químicas, biológicas. Al respecto, el artículo 258 de la nueva ley dice: "El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen..."

En consecuencia, creo que el hecho de haber pasado de una forma cerrada de causales a una abierta, en donde no se establecen de antemano en qué casos sí y en qué casos no es posible impugnar, constituye un acierto del legislador. Ahora hay que convencerlo al juez. El marido entra al partido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perdiendo uno a cero porque tiene en contra la presunción de la paternidad. Tiene que ganar y no empatar; tiene que destruir la presunción de paternidad.

Es posible que el chico nazca en los primeros seis meses de matrimonio - es decir, en los primeros ciento ochenta días - o después. La situación en estos casos es distinta.

Como ustedes saben, el término mínimo de embarazo es de ciento ochenta días y el máximo de trescientos. La ley así lo presume, aunque ahora admite prueba en contrario. De acuerdo a investigaciones realizadas - recuerdo las conclusiones de un congreso ginecológico de la década del 50 - a nivel biológico existen excepciones.

Entonces, si el chico nace en los primeros seis meses de matrimonio, el marido no necesita demostrar acabadamente (por ejemplo, con pruebas biológicas o porque estuvo en París justamente en el período de concepción) que él no puede ser el padre. Simplemente, trae las partidas de nacimiento y de matrimonio al juicio, de donde se desprende que no pasaron seis meses desde la concepción hasta el nacimiento de la criatura y en base a ello, hace la simple negación de paternidad.

En líneas generales, en esto, la ley repite lo que decía el anterior artículo 253 del Código Civil.

Pero se puede demostrar, por ejemplo por medio de fotos, testigos, etcétera, que cuando ocurrió el casamiento, el marido sabía que su mujer estaba embarazada. En este caso, así como también si ha consentido que se diera su apellido al hijo o si lo ha reconocido como suyo a través de su conducta, la negación de la paternidad será rechazada. Pero previendo tal supuesto, el artículo 260 agrega que, sin perjuicio que la simple negación, el marido podrá acumular la demanda de impugnación ordinaria.

Pongamos un ejemplo. El hombre acciona por simple negativa y trae las dos partidas, pero la mujer trae como contraprueba testigos, fotos, etcétera, con el objeto de demostrar que estaba embarazada en el momento del casamiento. Pero este hombre, que cuenta con un letrado patrocinante prudente, ha acumulado la demanda ordinaria de impugnación y dirá: "es cierto, yo sabía que mi mujer estaba embarazada y creía que estaba embarazada por mí, ya que tuve relaciones prematrimoniales con ella, pero entendía que tendría el hijo dentro de ocho meses ya que un mes antes del casamiento tuvimos relaciones". Y si el niño nació a los dos meses, puede demostrar que en el momento de la concepción - es decir, seis meses antes del casamiento - él estaba parálítico, en Francia, en el manicomio, preso o aún a través de pruebas biológicas, puede demostrar que es imposible que él sea el padre de la criatura.

Este, a mi modo de ver, constituye otro avance legislativo que ya tenía precedentes jurisprudenciales.

Si me perdonan la digresión, quiero señalar que en la ley hay algo que me parece criticable. Voy a leer textualmente lo que en ella dice el último párrafo del artículo 258: "En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda." ¿Cómo hay que acreditar la verosimilitud?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esto no lo resuelve. Este es un problema procesal bastante inédito. Para entablar una demanda hay que acreditar la verosimilitud. Esto no es bueno. Hay quien sostiene que serían aplicables las normas procesales relacionadas con las medidas preliminares, nosotros creemos que las referidas a medidas cautelares.

Creo que el legislador tenía que haber tenido en cuenta la solución que rige en Suiza desde un fallo de 1945 de la Corte Federal, que fue seguido por todos los tribunales suizos, en el sentido de exigir la acreditación previa no para entablar una demanda, sino para ordenar pruebas biológicas.

A mi modo de ver, lo que puede malestar u ofender, es el hecho de exigir la realización de pruebas biológicas.

Cuando se inicia una demanda entre un hombre y una mujer, es porque la situación personal está deteriorada. Esta es una de las desventuras de la vida conyugal cuando se fracasa en el plano de los sentimientos y se incurre en desviaciones que llevan a diversos juicios, como el de impugnación de la paternidad. Esto ocurre cuando el conflicto conyugal se ha desencadenado.

De manera que me parece que el artículo 258 debería haber dicho que para la admisión de las pruebas biológicas debe haberse acreditado alguna verosimilitud del derecho que se invoca. Aunque ésta es una posición personal que puede compartirse o no. La ley no dice lo que digo yo.

También es criticable el galimatías que ha hecho el artículo 243. Dicho artículo dice lo siguiente: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o a la separación de hecho de los esposos. . ." Aquí se ha puesto un punto seguido, luego de lo cual se continúa diciendo: "...No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario."

La alusión a "la prueba en contrario", ¿se refiere sólo al segundo párrafo? Si la impugnación de la paternidad cesa, por ejemplo, a los trescientos días de demandado el divorcio, ¿por qué tienen que agregarse trescientos días a partir de la sentencia, si forzosamente van a ser posteriores? A mi modo de ver, frente a esta redacción realmente no hay una solución razonable. Creo que esto debe ser corregido. Por ahora, ofrezco esto como idea para que ustedes luego reflexionen: Considero que el primer párrafo, que dice que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o a la separación de hecho de los esposos, significa que después de ese momento la única forma de establecer un vínculo entre el marido y el hijo de la esposa es hacer un juicio ordinario de reclamo de filiación.

En cambio, como el segundo párrafo habla de "salvo prueba en contrario", en el caso de mediar una cuestión judicial - sucesoria o de alimentos, por ejemplo - donde se plantea si "se es o no hijo de", el chico puede probar en ese mismo juicio que sus padres cohabitaron y, además, ofrecer las comprobaciones biológicas correspondientes. Entonces, sería innecesaria

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una acción de reclamación de filiación.

Pero planteo esto para que lo reflexionen posteriormente. Creo que la única forma de resolver esta cuestión es proceder a efectuar una reforma.

Como decía al comienzo, una de las pretensiones y logros de la nueva ley ha sido tratar que los vínculos biológicos - es decir el real, de sangre - y jurídico se parezcan lo más posible. En atención a ello, también se dejó sin efecto aquella cortapisa que se ponía al chico que reclamaba ser reconocido como hijo de quien ya había muerto. En efecto, en ese caso tenía que demostrarse la posesión de estado, es decir, que aquél lo había tratado a su hijo como tal. Esto quedó superado como consecuencia de la inclusión de la prueba biológica; la ley ya no exige la prueba de posesión de estado.

Otro aspecto de la reforma que tiende a facilitar la concordancia entre los vínculos biológico y jurídico es el hecho de que no se veda al chico la posibilidad de reclamar su filiación cuando la mujer es casada y tuvo un hijo fuera o antes del matrimonio. En efecto, la legislación anterior vedaba esta posibilidad, aunque la doctrina había contribuido con algunas soluciones para atemperar esta situación. Actualmente, la imposibilidad de actuar ya no existe.

Antes, el tema de la impugnación de la maternidad presentaba un problema interpretativo. Ustedes recordarán que la ley decía que la filiación podía ser contestada en razón de parto supuesto, o por haber habido sustitución del verdadero hijo o por el hecho de que el hijo no fuera de la madre aunque pasare por suyo. El caso de sustitución del hijo sucede cuando nace un niño y, por error o mala fe, lo confunden en la maternidad cambiándolo por otro. El caso de suposición de parto, sucede cuando se ha supuesto que el chico nació.

Desde 1978, año en que se produce la experiencia del matrimonio Brown en Inglaterra, con la fecundación extrauterina, se ha abierto el panorama.

En este caso puede no haber sustitución de hijo ni suposición de parto, pero se puede abrir la discusión sobre si realmente el chico es o no es hijo de la mujer que lo dio a luz.

Aquí se abre una constelación de problemas a los que voy a referir. Evidentemente, se cruzan dos cuestiones que creo que no están definitivamente resueltas en el derecho: la de la inseminación artificial y la de la fecundación extrauterina.

La inseminación artificial no es un invento reciente. Este procedimiento tiene lugar cuando a una mujer le implantan un espermatozoide en su útero, que, luego, por el procedimiento natural, se une con el óvulo. Una vez producida la fecundación, se desemboca en el parto. Aquí hay dos posibilidades: fecundación homóloga, cuando a la mujer se le implanta el espermatozoide del marido y fecundación heteróloga cuando se le implanta el espermatozoide de otro hombre.

En el primer caso, si el marido impugna la paternidad sosteniendo, por ejemplo, que en los ciento veinte días del período de concepción estaba preso en Francia, no tendrá éxito porque se puede demostrar que la célula germinal era la suya. De esto siempre hay pruebas, porque no son

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuestiones de entrecasa, sino de altísima técnica médica, que dejan pruebas. Aquí, en consecuencia, en este caso, se rechaza la demanda porque la célula germinal pertenece al marido.

La inseminación artificial homóloga se ha practicado con intensidad en Estados Unidos, sobre todo durante la guerra de Corea. En esa época los muchachos que iban a morir tan lejos, y que no querían hacerlo sin descendencia por esa vocación de eternidad que todos tenemos, enviaban congeladas sus células germinales desde Corea, las que se implantaban luego a sus esposas. Fue así, de esta forma, que nacieron los hijos de los soldados en la década del 50.

Pero también se ha desarrollado la inseminación artificial heteróloga ¿Puede impugnar el marido que dio su consentimiento para la fecundación? Francamente, no sé. Y me parece bien que la ley no haya resuelto definitivamente este tema que todavía está en discusión en el mundo.

Se podría opinar que el marido tiene derecho a impugnar - pese a que diera el consentimiento en nombre del objetivo de que coincida el vínculo biológico con el jurídico. Sin embargo, ésta no es la solución que prevalece en la jurisprudencia norteamericana, donde se dice que ello, en definitiva sería contrariar los propios actos y, por lo tanto, violar el principio de buena fe que la Justicia debe respetar y hacer respetar en las relaciones de los hombres. Yo comparto este criterio.

Esto no ha sido resuelto en la ley argentina. Cuando discutimos este tema en el Senado - si bien hubo quienes sostuvieron lo contrario, posición que respeto - señalé que la ley debía abstenerse y dejar que el tiempo nos enseña a través del pensamiento de la gente y de la doctrina de los jueces.

También se vincula con este tema el relativo a la fecundación extracorpórea, que es más complejo.

La primera conquista en términos biológicos lo constituyó el congelamiento de espermatozoides para hacer la fecundación. Luego en 1978, se logró la fecundación extracorpórea. Fecundado en el organismo de la mujer se extrae del útero el embrión antes de que pase a las trompas de Falopio. La señora Brown tenía poca elasticidad en ellas. Entonces, se lo extrajo y se lo colocó en un hábitat similar. Y así, al cabo de algunos días, el niño Brown fue implantado nuevamente en el útero.

Antes de continuar con los problemas jurídicos quiero decir que, en ese momento, en la Argentina, hubo voces que se alzaron en contra de todo esto - quizá como en ninguna otra parte del mundo - diciendo que de esta forma se atentaba contra el orden natural de las cosas y se violaba el plan de Dios.

Y una vez más en esos años, en los que la cultura estaba limitada para expresarse libremente, se invocó la doctrina de la Iglesia Católica.

Quiero recordar que a comienzos de la década del 50, Su Santidad el Papa, con motivo de un congreso ginecológico, dijo: "Cuidado con estas experiencias." Recuerden que era el tiempo de la inseminación artificial con motivo de la guerra de Corea, a la que me referí anteriormente. La palabra prudente que caracteriza a la Iglesia, sobre todo cuando se expresa a través del Papa, sólo dijo "cuidado". De modo que no es cierto que de esto se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pueda extraer que la doctrina de la Iglesia Católica está en contra de estos adelantos que, a mi entender, implican lo mismo que colocar otro riñón a un hombre cuando no le funciona el suyo. De esta forma, frente al problema de las trompas de Falopio, se trata de cumplir con lo que es el plan de Dios, es decir, traer chicos al mundo.

Me permití hacer esta digresión, que tal vez no sea jurídica, porque es un elemento a tener en cuenta de algo que ha formado parte del debate argentino, aunque ahora pareciera que ha sido superado.

Luego de 1978, año en que se realizó la primera fecundación in vitro, en 1984 tuvo lugar otro avance pues se logró congelar el embrión. Supongamos el caso de un hombre y de una mujer que quieren tener un hijo de sus células germinales, pero que el útero de ella - no ya las trompas de Falopio - no funciona correctamente como para poder llevar adelante el embarazo. En este supuesto, en el que no es posible que el chico nazca, hay que encontrar una madre portadora. Es así que en 1984 se logró congelar el embrión hasta el momento de su implantación en un útero. Observen ustedes los avances de la ciencia; después reflexionemos sobre si esto es bueno o peligroso.

Y el último paso de la ciencia ha sido dado en el verano de este año 1986 en Australia, donde se ha logrado congelar el óvulo. Ahora, la mujer que tal vez sabe que va a morir, que va a quedar infértil por alguna causa o que va a afrontar una difícilísima circunstancia de su vida que posiblemente la deje enferma o imposibilitada de tener descendencia, puede hacer extraer y congelar sus óvulos hasta el momento en que sea posible fecundarlos.

Ahora, jurídicamente, se plantea este problema: a una mujer infértil le implantan un óvulo ajeno o, si ustedes quieren, un embrión formado con un óvulo de otra mujer. No conozco técnicamente este tema; solamente hablo con el conocimiento que, al respecto, puede tener un hombre de derecho.

La pregunta es la siguiente: cuando el chico nace, ¿de quién es? ¿De la mujer que dio el óvulo o de la que lo tuvo? Sobre este punto, en el Congreso se planteó si esto debía regularse expresamente. Finalmente prevaleció la decisión de no resolverlo a través de una norma expresa, teniendo en cuenta que en Estados Unidos y Europa - donde esto ya está muy avanzado - el tema todavía se sigue discutiendo intensamente. Me parece que fue una actitud prudente de nuestros legisladores.

No sé si ustedes coincidirán con mi idea, pero creo que si un juez tuviera que resolver quién es la madre, seguramente diría que es la que tuvo el niño. Para ello, tomaría como fundamento normativo el artículo 242 del Código Civil, que en su primer párrafo dice lo siguiente: "La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...". Yo creo que si se presentara un caso de este tipo, el juez resolvería las cosas en función de este artículo. No obstante, quedaría terreno para discutir en cuanto al verdadero significado de esa norma.

Personalmente, me inclino por la idea de que aquella en cuyo vientre sucedió el embarazo y que después tuvo el chico - aunque en ella no haya tenido origen la célula - ha cumplido con la decisiva función de madre de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prohijar dentro de sí a una criatura. Lógicamente, éste es un pensamiento personal que ustedes podrán compartir o no.

Pero, además, aquí hay otras cosas. ¿Puede el marido impugnar la maternidad de su esposa, que ha tenido el hijo con un óvulo ajeno? ¿Podría hacerlo, si dio el consentimiento para ello? Aquí se plantearía lo que señalé anteriormente, en cuanto a que se estaría contrariando el principio fundamental de la buena fe. La ley no ha resuelto definitivamente este tema. Hasta donde yo sé sólo hay una ley en el mundo - me refiero a la ley sueca del año pasado - que organiza un banco de semen. No sé si en algunos estados de Estados Unidos habrá leyes locales semejantes. Según la ley sueca, cuando el chico que nació como consecuencia de fecundación artificial llega a los dieciocho años, tiene el derecho de averiguar quién fue el dador del semen y decidir qué hacer.

Fíjense ustedes la vastedad de soluciones que puede haber frente a estos fenómenos que están sucediendo en el campo de las ciencias.

Todo este tema, a su vez, tiene derivaciones y peligros. Los peligros pueden estar referidos, por ejemplo, al manipuleo de los genes.

Los avances que he comentado traen soluciones a problemas médicos, pero también, todos sabemos que se intentan ensayos para modificar características genéticas - sobre todo con la utilización del rayo láser -, lo cual me parece peligroso.

También pueden surgir consecuencias a raíz del tema del alquiler de vientres. Seguramente, ustedes conocerán el caso que sucedió en Francia, en el que se contrató a una mujer para que fuese portadora del embrión fecundado en el espermatozoide y el óvulo de un matrimonio; a esta mujer, a la que se le implantó el embrión en su útero, se le pagarían 50 mil francos - 20 mil al comienzo y 30 mil cuando tuviera el chico -. Una vez producido el alumbramiento, esta señora dijo: "el chico es mío, pues yo le he dado a luz". Esto es lo que diría cualquier madre del mundo; ésa sería la reacción elemental de una mujer.

A mi entender, en nuestro país frente al artículo 953, no podría hacerse valer el alquiler del vientre.

En Francia, no sólo se ha difundido esta práctica del alquiler de vientres, sino que también han aparecido los corredores o intermediarios. Frente a esto, el año pasado, cuando Fabius aún era el Primer Ministro, el Ministerio de Justicia elevó a la Asamblea Nacional francesa un proyecto de ley para incluir en el Código Penal la sanción de un año de prisión para quien realice la intermediación en estos casos de alquiler de vientres.

Finalmente, sobre el tema de las pruebas biológicas, voy a tratar de dar un pantallazo, para demostrar la importancia que ellas tienen en el terreno de la filiación. Quizá, quien tendría que hablar de este tema, es el doctor Vidal Taquini, quien ha hecho un trabajo estupendo al respecto.

En líneas generales, en todas las acciones de filiación las cosas se resuelven ahora a través de las pruebas biológicas y no, como se hacía antes, aportando documentos, testigos que demostrasen que en determinados días el señor entraba fortuitamente a la casa de la señora y salía a las seis de la mañana, o contrariamente, que también en esos días

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entraban otros hombres. Todo esto, actualmente, ha perdido importancia, porque el núcleo de los pleitos se centra en torno a las pruebas biológicas. Son ampliamente conocidas las pruebas hematológicas. Por medio de este método, a través del análisis de la sangre de una cujer - madre indudable del chico - del hombre que se discute si es el padre y del niño, se puede demostrar que aquél no es el padre. En efecto, esta prueba hematológica que hasta hace poco era lo único que se manejaba, tiene sólo alcance negativo, ya que no se puede afirmar en base a ella, que el demandado es el padre de la criatura.

También son tradicionales las pruebas antropomórficas, como los parecidos, las medidas, las características, la prueba de Khüne, ciertas deformaciones en la espina dorsal que se repiten generacionalmente.

Todas estas pruebas han sido superadas por otras más eficaces. Por ejemplo, la de histocompatibilidad - conocida como HLA -, que comenzó a investigarse en la década del 70 y que es aplicada en la actualidad.

A través de los análisis que se hacen con fotografía radiactiva y con reacciones químicas de proteínas que están en los leucocitos, se puede determinar positivamente - con un acierto del 97 al 99 por ciento, según las estadísticas - que un hombre es el padre de un niño.

Y ahora, en Inglaterra se está desarrollando, además, la prueba del ADN en base a estudios del ácido desoxirribonucleico, que está en todas las células del hombre. Se lo está utilizando en el fuero penal y también en el fuero civil. Como el ADN se encuentra en las raíces capilares, en el esperma, en la sangre, en el caso de homicidios o violaciones se hacen investigaciones a través de restos dejados por el delincuente.

Esta prueba es tan importante para la identidad de las personas, que se afirma que va a desterrar a las impresiones digitales como elemento de identificación. Según esta prueba, por cada millón de casos, sólo las células de dos personas producen la misma reacción. Todavía no podemos prever los vastos alcances que esta prueba tendrá en juicios de filiación.

Señores: agradezco a todos ustedes la atención que me han prestado.

PATRIA POTESTAD(*) (438)

CARLOS H. VIDAL TAQUINI

- Presenta al disertante el escribano Rodolfo Emilio Olivé.

DR. VIDAL TAQUINI. - Agradezco los conceptos vertidos por el escribano Olivé, y en este esfuerzo común que hacemos con el Colegio de Escribanos vamos a retomar en alguna medida, después de lo visto el jueves pasado, temas relativos a la sanción de la ley 23264.

El tema central de hoy es el de la patria potestad. Pero cuando se menciona a la ley 23264 pienso que debemos adentrarnos en determinar cuál es la estructura que tiene dicha ley, cuál es el alcance que la misma proporciona sin tener en cuenta cuántos artículos ha modificado, cuántos ha suprimido y