

Aspectos Medulares de la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Derecho Argentino

Mariana Rodríguez Iturburu*

FUNDAMENTAL ASPECTS OF THE REGULATION ON HUMAN ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES IN ARGENTINA

ABSTRACT: In Argentina, after more than 30 years of legislative silence, human assisted reproduction techniques have finally found a legal framework in Argentina. The recent legislative progress in this field represents a significant outcome for individuals who have access to these procedures. The aim of this paper is to highlight the most important legal changes that have been introduced, their reasons and their constitutional basis. It also points out the tensions that led to the acknowledgement of assisted reproduction techniques as a fundamental means for the pluralistic evolution of family law.

KEYWORDS: Assisted Reproduction Techniques; Argentinian Law; Family Law; Human Rights.

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Bases constitucionales de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida. – 3. El contexto normativo actual. 3.1. – Ley 26862 y su decreto reglamentario 953/2013. 3.2. – El Código Civil y Comercial de la Nación y las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial. 3.3. – Proyecto Ley Especial. 4. – Materia Pendiente 5. – Palabras de cierre.

1. Introducción

En los últimos 4 años se han producido en la República Argentina, múltiples y significativos avances legislativos, que han impactado de lleno en el campo del derecho de familia, en especial, y con mayor repercusión en el derecho filial, que se reflejan en el Código Civil y Comercial de la Nación¹ vigente desde el 1 de agosto de 2015.

Las sólidas bases sobre las cuales se edifica esta reforma y actualización, parten obligatoriamente desde la mirada constitucional/convencional, cimentada en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, conjuntamente con el desarrollo jurisprudencial y el valioso aporte de la doctrina, que no hacen más que corresponderse con el principio de realidad al receptor los principios de igualdad, no discriminación, el derecho a la autonomía personal, derecho a

* *Abogada, especialista en derecho de familia infancia y adolescencia de la Universidad de Buenos Aires, investigadora tesista.*

¹ Ley 26944 Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 01/10/2014, promulgada el 07/10/2014 y publicada en el Boletín Oficial el pasado 08/10/2014 bajo el número: 32985 Fe de Erratas: (B.O. 2014/10/10) - AR/LEGI/80Y3.

la salud, derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a la vida familiar y a gozar del desarrollo de la tecnología, acortando la brecha entre el derecho a la realidad social.

Las cambios más relevantes proyectados en el sistema de filiación, traducen e interpretan, no solo el imponderable avance de la ciencia, medicina y de la biotecnología en particular, sino también el reconocimiento de otros tipos de familias tal como se fueron sucediendo en la región, y como corolario, el progresivo cambio en las nociones de maternidad y paternidad, mediante la disgregación entre los elementos genético, biológico y voluntario, tal como veremos oportunamente. De este modo, la incorporación de una tercer fuente filial², derivada del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida³, surge como consecuencia del dato empírico ineludible de la realidad, el uso de éstas prácticas en nuestro país y el nacimiento como consecuencia de ello, de una gran cantidad de niños⁴ que la jurisprudencia de los últimos años ha visibilizado en el aumento de conflictos que se dirimían en la justicia derivados del uso de las TRHA.

Hasta hace no muy poco tiempo, el único conflicto jurídico que rodeaba a estas prácticas médicas se relacionaba con la mencionada cobertura del tratamiento⁵, sin embargo, más recientemente se han presentado otro tipo de planteos y debates que permiten observar la complejidad del tema y las consecuencias nocivas que se derivaban por la falta de una regulación integral.

Nuestra jurisprudencia nacional ha resuelto casos de gestación por sustitución⁶, como así también de reproducción post mortem⁷.

² Tal como lo desarrollaremos más adelante, la categorización propia de esta nueva clase filial –tan discutida doctrinariamente (por ej. véase J.O AZPIRI, *Los matrimonios homosexuales y la filiación*, en *DFyP*, año 2, Nº 9, octubre de 2010, La Ley, p. 3) se justifica si se advierten las características propias y peculiares que la distinguen de la filiación por naturaleza y de la adopción. Se recomienda compulsar en profundidad A. Kemelmajer de Carlucci, M. HERRERA, E. LAMM, *Los criterios de la determinación de la filiación en crisis*, en obra colectiva M. GÓMEZ DE LA TORRE (directora) y C. LEPIN (coordinador), *Reproducción Humana Asistida*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, 978-956-346-305-7, Edición 2013 y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, en *Revista de Derecho Privado*, Año 1, Nº 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p.6; M. HERRERA, E. LAMM, *Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)*, 12-abr-2012 MJ-DOC-5751-AR | MJD5751; E. LAMM, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil*, Suplemento especial, *El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil*, en *JA*, 2012-II, p. 68. A.N. KRASNOW, *La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación*, en *DFyP*, 2013 (octubre).

³ En adelante trha.

⁴ Para mayor información relativa a la frecuencia e importancia de esta práctica en Argentina y en Latinoamérica puede consultarse el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. (REDLARA) disponible on line en http://www.redlara.com/aa_ingles/default.asp. (ultima compulsu 10/06/2016).

⁵ M. VÉASE HERRERA, N. DE LA TORRE, A. BLADILLO, *Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida*, en *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 1/05/2013, SJA 2013/05/01-13, JA 2013-II.

⁶ Tanto nacional como internacional, véase en extenso Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, Infojus online, Id Infojus: FA13020016; Juzgado de Familia de Gualaguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”, 19/11/2013, Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567; Tribunal Colegiado Rosario Nro. 7, “XXX”, 02/12/2014, La Ley, Cita online AR/JUR/90178/2014; LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, “C., F. A y otro c/ R. S., M. L.”, 18/05/2015, Cita Online: AR/JUR/12711/2015; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, “N., N. O”, 25/06/2015, La

Luego de más de 30 años de práctica de este tipo de técnicas y ante el silencio legislativo en la materia, la fuerza del principio de realidad se fue abriendo camino y puso en jaque el derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica / filiación adoptiva, y nos manifestó otra manera de alcanzar el vínculo filial mediante el uso de las TRHA con una entidad, características, autonomía propia que ameritaba su incorporación a la legislación civil y comercial, como una causa fuente independiente y autónoma que la hace ser un tercer tipo filial, conforme lo dispone el, ya vigente, artículo 558 del CCyC.

Asimismo, estas trascendentes y significativas modificaciones de índole normativo, son una proyección también, de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012⁸, 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.

Básicamente, el caso se relaciona con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo del año 2000, que declaró la inconstitucional del Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro, (en adelante FIV) en aquel país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a distintos países para poder acceder a este tipo de tratamientos. El 28 de noviembre de 2012, la Corte IDH declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 11.2 (protección a la honra y la dignidad) y 17.2 (protección a la familia) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana (obligación de respetar los derechos) en perjuicio de los peticionantes.

Ley, Cita online AR/JUR/24326/2015; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F", 29/7/2015, Cita online: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>, compulsada el 10/03/2016; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Cita Online: AR/JUR/58729/2015; Juzgado Familia Nro. 9 de Bariloche, "X", Expte. Nro. 10178-14", 29/12/2015, inédito; Juzgado Familia Nro. 7, Lomas de Zamora, "H., M. y otro/a", 30/12/2015, Microjuris online, MJ-JU-M-97208-AR.

⁷ Juz. Nac. Civil nº 3, "K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y fertilidad y otros s/ amparo", 03/11/2014; S., M. C. s. Medida autosatisfactiva /// Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza; 07-08-2014, RC J 6303/14 Tribunal de Familia N° 3 de Morón: "G. A. P. s/autorización", 21/11/2011, entre otros.

⁸ *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 257, Nov. 28, 2012. Disponible online: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Ver en extenso: A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo del 7/2/2013*, en Microjuris.com, MJ-MJN-69467-AR; M. RODRÍGUEZ ITURBURU, M. CULACIATI, *Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Asuntos de Familia - periodo 2011. Derecho de Familia*, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2, 2012, p275 - 302. issn 1851-1201.

Adviértase que la Corte IDH notificó el día 01/03/2016 la resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*, emitida el 26/02/2016. Mediante esta resolución, la Corte IDH examinó el grado de cumplimiento de cada una de las medidas de reparación ordenadas en la Sentencia de 28/11/2012.

En la resolución de supervisión de cumplimiento, la Corte IDH reafirmó la obligación estatal de dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV de manera que quienes quieran hacer uso de esta técnica no encuentren impedimentos. Luego de analizar la información proporcionada por el Estado, los representantes de las víctimas y las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH afirmó que Costa Rica mantiene hasta el día de hoy dicha prohibición a pesar de lo ordenado en la Sentencia de 2012 y pese al efecto inmediato y vinculante que ésta debería tener. En este sentido, reiteró que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica, ni constituir un impedimento al ejercicio inmediato del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y se debe permitir tanto a nivel privado como público.

Cabe destacar que a los efectos de cumplir con la sentencia de 2012, el Estado elaboró un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Se trata del Decreto No. 39210-MP-S denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, emitido por el Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia y de Salud que entró en vigencia el 11/09/2015.

Frente a este contexto, veamos como se ha legislado en este sentido.

2. Bases constitucionales de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida

El punto de partida obligatorio, para comenzar nuestro trabajo es sentar las bases constitucionales/convencionales que cimentan la regulación de las TRHA en el campo del derecho argentino.

Tal como hemos adelantado precedentemente, una rápida revisión convencional - constitucional debido a la incorporación a la Constitución Nacional de sendos instrumentos internacionales de derechos humanos en el año 1994 (conf. art.75 inc. 22), nos circunscribe a afirmar que el derecho de toda persona de acceder a las TRHA se funda en: 1) el Principio de Igualdad ante la ley (art.16 de la CN); 2) el Principio de no Discriminación, como corolario del derecho a la igualdad, (CADH art.24; DUDH art.7; PIDCP art. 2.1 y 26)⁹; 3) el derecho a fundar una familia (CADH art.17; DUDH art. 16 inc. 3 y 22; PIDESyC art.10.1; PDCYP art.23.1, entre otros); 4) el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva (PIDESC art.12.1; CEDAW y 4ta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU - Pekín 1995 y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, el Cairo 1994); 5) el derecho a la intimidad en relación al derecho de toda persona a decidir

⁹ Si bien, en el dispositivo legal se consagra el criterio de igualdad formal; lo que significa que todos los hombres están reconocidos como titulares de derechos y obligaciones, que son iguales bajo las mismas circunstancias y condiciones razonables, frente al poder estatal G. BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 353/355.

libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas (art 16.1 CEDAW¹⁰ y concordantes); 6) el libre desarrollo de la personalidad, también conocido como derecho a la autodeterminación o a la autonomía personal¹¹; 7) el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación, respecto de la ciencia, el de participar y beneficiarse del progreso científico (art.27 DUDH); 8) el derecho de respetar la indispensable libertad para la investigación científica (art.15.3 del PIDESC) y 9) el derecho de no ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (art.7 PIDCYP); por citar los más relevantes que comprometen el uso de las TRHA.

Sobre esta sólida base, este tipo de técnicas, producto de los avances médicos, científicos y tecnológicos posibilitaron que el deseo de ser madre y padre, comadre, copadre, adquiriese una re-significación y se ampliará a la comaternidad y copaternidad sin ninguna clase de discriminación en torno al plan de vida de las personas independientemente de su orientación sexual¹², poniéndose en jaque la visión heteronormativa de la filiación antes referida.

En otras palabras, las TRHA definitivamente posibilitaron ser padres no sólo a quienes sufrían algún problema de esterilidad o infertilidad, sino también a parejas del mismo sexo que no tendrían acceso a la copaternidad/comaternidad de no ser por estos avances¹³, salvo en los casos de adopción (y en los países en los que ella está permitida). Así, estos tratamientos han posibilitado la maternidad de mujeres solas, y/o de mujeres a edades muy avanzadas y abren las puertas a una planificación positiva de la reproducción, que hará posible -en un futuro próximo no muy mediato- evitar las enfermedades congénitas a través del Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)¹⁴, etc.

¹⁰ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y ratificada por ley 23.1979.

¹¹ El principio de autonomía de la persona humana es uno de los ejes principales del sistema de derechos individuales, y por lo tanto, del sistema democrático de gobierno que tienen como fin esencial al ser humano. Se trata de una prerrogativa relacionada directamente con el aspecto más íntimo o personal de un individuo. No se puede dejar de destacar el importante rol que cumple el principio de autonomía personal consagrado en el artículo 19 de nuestra Constitución. Éste implica el derecho que tiene toda persona adulta, mayor de edad, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad, de escoger el que considere "mejor" plan de vida para sí misma, aunque el mismo implique un daño personal. Sólo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido.

¹² A. GIL DOMÍNGUEZ, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, 1° edición, Buenos Aires, 2014 pág. 11

¹³ Solo para mencionar un ejemplo, la ciencia posibilitó también que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente a quien aportó los óvulos con los que el embrión se creó. Esta "disociación" de la maternidad tiene lugar no sólo cuando una mujer, que desea tener un hijo, recurre a la ovodonación, distinguiéndose así entre aquella que aporta el óvulo (donante y "madre" genética) de aquella que lo gesta y desea (maternidad gestacional, de deseo, y legal (Art. 242 CC)), sino que también nos conduce a la compleja figura de la gestación por sustitución.

¹⁴ El dgp, científicamente, es una técnica o un proceso que no implica un tratamiento diferente a todos los procedimientos de técnicas de alta complejidad que conlleva la formación de embriones y la correspondiente criopreservación. Téngase presente que una gran cantidad de países permiten el DGP: Brasil (Resolución Nº 1.957, del 15/12/2010 del Consejo Federal de Medicina), Francia, España, Portugal, Dinamarca, Noruega, Suecia, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania, entre otros. Además, vale aclarar que si bien el DGP se encuentra en fase experimental, situación que no reviste una connotación negativa, es visto de manera positiva en varios

Cuando iniciábamos este comentario hacíamos hincapié en la idea que los cambios introducidos, en el derecho filial, además no hacen más que visibilizar el paulatino reconocimiento de otros tipos de familiares, toda vez que la noción de “familia tradicional” (matrimonial sobre la cual giraba el viejo Código Civil de Vélez Safford) se ha ampliado, de modo tal que éstas deben ser entendidas como familias en plural, en extenso, teniendo en cuenta que la Argentina sancionó, allá por el 2010 la ley de matrimonio igualitario 26.618¹⁵, sino además, la sanción de la ley 26.743¹⁶, de Identidad de Género que con total armonía y concordancia sobre el principio de pluralidad, se manifiesta en el reconocimiento de una multiplicidad de tipos de organización familiar, garantizando el derecho de toda persona a vivir en familia conforme su propio plan de vida¹⁷ independientemente de su orientación sexual, y en consonancia con el bloque constitucional federal plasmado en el Código Civil y Comercial¹⁸, y el art. 14 bis de la CN que alude a la “protección integral de la familia” sin definir, en su texto, qué se entiende por ella; y cuya interpretación es eminentemente dinámica.

Es dable recordar que el concepto de familia tiene una re significación, como consecuencia de su carácter cultural y dinámico. Hoy en día, coexisten muy diversos tipos de organizaciones familiares, por ejemplo la nuclear, la monoparental, las uniones de hecho, familias heterosexuales y homosexuales, las familias ensambladas, familias transexuales, tal como se han receptado muchos aspectos de ellas, en la actualización y unificación en la legislación civil y comercial argentina.

Y es aquí, frente al derecho de fundar una familia¹⁹ que cobra relevancia la posibilidad de procrear. En este orden, el Comité de los Derechos Humanos, bajo la Observación General N° 19 sostuvo al

ordenamientos jurídicos tal como hemos ejemplificado. La importancia y el uso del DGP va en aumento; tal es así que algunos bioeticistas han comenzado a sostener que determinados padres tiene el deber moral de recurrir al dgp para crear un niño sano. Argumentan tres razones: el aumento del bienestar del niño, la ampliación de su autodeterminación, y la reducción de las desigualdades. Véase en extenso, J. MALEK Y J. DAAR, *The Case for a Parental Duty to Use Preimplantation Genetic Diagnosis for Medical Benefit*, en *The American Journal of Bioethics*. Vol. 12, Issue 4, 2012, p. 3-11. En nuestro país, no obstante la falta de legislación, el dgp (extensivo) ha sido autorizado por los tribunales en diferentes oportunidades. Véase los fallos del Juzgado en lo contencioso administrativo n° 1 de La Plata, 2010/19/08, C. A. N. y otro/a c/ I.O.M.A. s/amparo, elDial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2009/29/12, L. H. A. y otra vs. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra, elDial.com - AA4F36; - Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Buenos Aires), 2011/13/09, M.G.G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, elDial.com - AA715A.

¹⁵ Ley 26.618. Matrimonio Civil. Código Civil Modificación. B.O. 22/07/10 Sancionada: Julio 15 de 2010 y Promulgada: Julio 21 de 2010.

¹⁶ Ley 26. 743 De Identidad de Género. Sancionada el 09/05/2013 Publicada en el Boletín Oficial del 24 de mayo de 2012 Número: 32404 Pág. 2.

¹⁷ Para una lectura más acabada y profunda del tema: ver A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÁ, Y M. HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, 2006, capítulos I y II; N. LLOVERAS Y M. SALOMÓN, *La familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 2009, capítulo I; E. JELIN, *La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas*, en “*La familia en el nuevo derecho*. Libro homenaje a la Profesora Dra. C.P. GROSMAN, directora A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, coordinadora M. HERRERA, Tomo I, Santa Fe, 2009, p. 135 y ss.

¹⁸ Una de las premisas fundamentales sobre las que se asienta el Libro Segundo del CCyC, para proteger y respetar todas las formas de vivir en familia, de intimidad e identidad familiar es la que emana del art. 402 cuando se refiere a la interpretación y aplicación de las normas, entiende que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

¹⁹ Acápite 154.

respecto: «El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares».

En igual sentido, es importante, señalar la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Regional de Derechos Humanos cuando sostiene que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo, la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas²⁰.

Tal es así, que durante el transcurso del año 2012, dicho Tribunal se ha expedido en casos muy significativos en lo atinente al derecho de familia, que sustentan, avalan y obligan a revisar las legislaciones en América Latina, especialmente en aquellos países que han suscripto y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Más aun en casos como Argentina, que le ha dado jerarquía constitucional a dicha Convención. Pero veamos cuales han sido estos hitos normativos:

Es en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*²¹, la CIDH expresamente sostiene que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto de familia, ni muchos menos se protege solo un modelo de ella. Y también allí, estableció que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, de modo que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, y que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños, por cuanto la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sino que ello obste a que pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas²².

Por su parte, en el caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”²³, la misma CIDH sostuvo que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño²⁴.

Y ya adentrándonos, en el tema que aquí nos ocupa, se ha referido en el caso “*Artavia Murillo*” antes mencionado, que el impedimento de acceso a las TRHA también vulnera el derecho a gozar los beneficios del progreso científico²⁵.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Corte IDH “*Fornerón e hija vs. Argentina*, 27 de abril de 2012 Disponible online en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf ultima compulsa 15/06/2016.

²² *Ibidem* acápite 98.

²³ Corte IDH “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” del 24 de febrero de 2012. Disponible on line www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pd ultima compulsa 16/05/2016.

²⁴ *Fornerón*, acápite 99.

²⁵ *Compulsar Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, acápite 150 cuando dice: «Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la

Frente a este marco, conjunta y paralelamente se fueron esbozando los lineamientos que sigue hoy, la regulación en materia de TRHA en la República Argentina.

3. El contexto normativo actual

Lo cierto es que actualmente, en el plano jurídico, son tres los pilares normativos los que responden de manera integral complementaria y abarcativa a todos aquellos aspectos relacionados con el uso y empleo de las TRHA en este país.

En primer lugar, en el año 2013 se sanciona la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida bajo el N°26862 publicada en el Boletín Oficial el 26/06/2013 y reglamentada mediante el decreto 956/2013²⁶ que, en realidad, se centra y consagra a nivel nacional la cobertura médica integral de este tipo de tratamientos.

En segundo término, en octubre de 2014, se sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que se interesa, tanto por la existencia de la persona humana, es decir, desde cuándo para la ley se es persona a los efectos del derecho civil (el cuestionado y controvertido art. 19 del CCyC) y regula todo lo relativo al derecho filial de los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA²⁷.

Y en último lugar, contamos con un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados en el Congreso de la Nación bajo el expte N° 0581-D-2014²⁸; que al momento de escribirse este trabajo se encuentra bajo tratamiento legislativo en la Cámara de Senadores con el N° de expte. 0101-CD-2014. Este proyecto, precisamente, tiene como objeto regular los alcances y efectos de las TRHA, así como todas aquellas cuestiones que derivan de su uso e implementación.

Veamos a continuación los aspectos principales de la regulación argentina en materia de técnicas de reproducción humana asistida.

Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona».

²⁶ Publicado en el Boletín Oficial el 19 de julio del 2013.

²⁷ Confr. Capítulo V dedicado a la "Filiación" en el que se regula la filiación por naturaleza, por adopción y la derivada de las TRHA del Libro Segundo sobre "Relaciones de Familia".

²⁸ Se aprobó dictamen de mayoría en el Orden del día 1003/2014 de la Cámara de Diputados de la Nación. Dicho dictamen surgió del consenso y/o fusión de dos proyectos: 1) 0581-D- 2014 firmado por los diputados Bianchi, María del Carmen; Puiggrós, Adriana V.; Conti, Diana B.; Oporto, Mario; Zamarreño, María Eugenia; Parrilli, Nanci; María Agustina; Solanas, Julio R.; Arregui, Andrés R.; Ciampini, José A.; Mendoza, Mayra S. y Domínguez, Julián y 2) 4058-D-2014 firmado por Brawer, Mara; Gagliardi, José; Linares, María Virginia; Scotto, Silvia Carolina; Ferreyra, Araceli; Carrizo, Carla; Gaillard, Ana Carolina; Junio, Juan Carlos; Guccione, José Daniel y Segarra, Adela.

3.1. Ley 26862 y su decreto reglamentario 953/2013

Tal como vemos mencionado, la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, regulan el acceso integral a la cobertura médica de las TRHA siguiendo los lineamientos de los principios internacionales de derechos humanos, esbozados al inicio de este trabajo.

Su artículo 7º prescribe el derecho humano de «acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida" en "toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer».

Tal como advertimos, se desprende del texto de la ley 26.862, que se acepta el acceso amplio a las técnicas, esto quiere decir, que están abiertas a parejas de igual o distinto sexo sean estas casadas o que se encuentren unidas en convivencia de hecho y también para hombres o mujeres que no conforman pareja, tengan o no problemas de fertilidad, se les reconoce a todas ellas los procedimientos de inseminación o fecundación homóloga y/o heteróloga mediante el empleo de técnicas de baja o alta complejidad.

Esta perspectiva amplia adoptada por ley nacional es concordante con el Código de Ética de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) que establece: «éstas se aplicarán en aquellas personas mayores de edad que deseen tener un hijo, que los procedimientos y decisiones médicas deben respetar los intereses y el beneficio de todos aquellos que estén involucrados en las técnicas»²⁹.

Si bien la cobertura es integral, el decreto se encarga de reglamentar de qué forma una persona podrá acceder a los tratamientos. De esta manera, se regula que se puede acceder a un *máximo de 4 tratamientos por año con técnicas de baja complejidad, y hasta 3 tratamientos de alta complejidad*. Sin embargo, se exige como principio general que el beneficiario *comience con técnicas de baja complejidad* como requisito previo para poder, ante el fracaso en la consecución del embarazo, a las técnicas de alta complejidad, las que por cierto, deben realizarse con intervalos mínimos de 3 meses entre cada una de ellas.

Para acceder a las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo 3 intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

En caso de que se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante³⁰.

²⁹ En otro acápite del mismo punto, también hace hincapié en que todos los participantes tienen derecho a la privacidad y que los centros y/o los profesionales intervinientes deben respetar la confidencialidad de las historias clínicas dentro del marco legal vigente.

³⁰ Esta regulación tiene una finalidad implícita que es la de evitar la donación directa o intrafamiliar. La reglamentación, al imponer el requisito de que los gametos provengan siempre y exclusivamente de bancos, impide que de ahora en más, los usuarios de las TRHA puedan ofrecer su donante.

Asimismo, es finalmente, con esta Ley 26.862 que la oncofertilidad tiene expresa recepción legal. Así, conforme el art. 8 de la Ley «(...) También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, *incluso* menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro».

Siguiendo los lineamientos, de las directrices propuestas por la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud; que en su artículo 5° define al consentimiento informado entendiéndolo como «la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados³¹», la ley en su art.7° prevé que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida «siempre que previamente haya explicitado su consentimiento informado, el que es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer».

Por su parte, el decreto reglamentario 956/2013 de la ley nacional de igual forma remite a la aplicación de la ley de derechos del paciente y también lo hace a la Ley 25.326 de protección de datos personales, para establecer en definitiva que el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad.

De la misma manera, establece especialmente que en los casos de técnicas de baja complejidad, el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. Mientras que en aquellos casos que las técnicas sean de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión en la persona.

En referencia expresa al consentimiento, la ley formula la siguiente aclaración, si se utiliza el material genético en fresco, o sea, directamente luego de su extracción sin que se lo crioconserva, sólo basta ese consentimiento otorgado, sin perjuicio del consentimiento para la extracción; en cambio, si se procede a la crioconservación de los gametos o embriones, ante un nuevo procedimiento para otra transferencia, el consentimiento debe prestarse una vez más³².

³¹ Asimismo, el artículo 6° de la ley antes citada, determina la obligatoriedad de que previamente a cualquier actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, el paciente preste su consentimiento informado. A su vez, la norma dispone como regla general que el mismo será otorgado verbalmente, y determina ciertas excepciones en las que deberá ser por escrito y debidamente suscrito, a saber: a) internación, b) intervención quirúrgica, c) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, d) procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación, y e) en caso de revocación (conforme artículo 7).

³² M. HERRERA, E. LAMM, *Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia, en La Ley*, 31/07/201, 1 - LA LEY2013-D, 1037 - Cita Online:

Esta regulación se adecua al estándar establecido por la CIDH en el ya citado caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*.³³ Con motivo de este caso, la CorteIDH consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción", partiendo de establecer la diferenciación entre dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación.

En este sentido, el Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el caso, el Tribunal constato que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en el ambiente natural adecuado para su desarrollo, que hasta la fecha, no puede recrearse de manera artificial.

Así, la Corte ha utilizando diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.

Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general³⁴.

3.2. El Código Civil y Comercial de la Nación y las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial

En consonancia con la ya mencionada perspectiva constitucional – convencional el Código Civil y Comercial Argentino ha regulado una tercera fuente filial.

Así, el artículo 558 del citado cuerpo legal, dispone expresamente que: «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».

Este artículo 558, en definitiva, establece la igualdad de efectos de la filiación por adopción plena³⁵, por naturaleza o por TRHA³⁶, matrimonial y extramatrimonial³⁷, expidiéndose los certificados de nacimiento sin indicación de la fuente filiatoria³⁸.

AR/DOC/2899/2013.

³³ CIDH, 28/11/2012, "*Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*" ob. cit.

³⁴ Acápito 264.

³⁵ G. MEDINA, *La adopción en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista de Derecho Privado*

A la filiación por naturaleza o también denominada “biológica” y la filiación adoptiva, estructura general que mantiene del viejo artículo 240 del Código Civil de Vélez Sarsfield, se le agrega como una tercera fuente filial, aquella derivada por el uso de las técnicas por reproducción humana asistida, con particularidades, características y reglas propias³⁹, que ameritan su regulación en forma autónoma.

Tal como lo hemos adelantado, en materia de filiación, históricamente siempre se distinguió entre la filiación biológica y la adoptiva, según a qué elemento de aquella se le diera preponderancia. En la primera, predominaba el elemento biológico-genético mientras que en la segunda lo hacía el elemento volitivo, es decir la voluntad.

La aparición, el avance y el desarrollo de la ciencia, la medicina, y la biotecnología, en particular en el empleo de las TRHA modificaron radicalmente este escenario, puesto que a través de ellas se permitió la disociación de tres elementos: el genético, el biológico, y el volitivo⁴⁰.

De este modo, en la filiación por naturaleza se atribuye la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o de la prueba genética de que alguien es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial.

Si bien, a grandes rasgos, tanto en la adopción como en la filiación derivada por el uso de las TRHA el vínculo se determina por el elemento volitivo, conforme lo desarrollaremos a continuación, se diferencian porque esa voluntad, en la filiación derivada de las TRHA debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente, debe prestarse con carácter previo al nacimiento.

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

y *Comunitario*, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, 2012-2-470 y ss., Santa Fe, 2013. Analizando los principios generales sobre adopción, mencionado en N. Lloveras, “*La filiación: las fuentes y las acciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial*” RDF 66-153 Sección: Doctrina Abeledo Perrot Nº: AP/DOC/1071/2014.

³⁶ Confr. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, ob. cit. pág. 3 y ss.

³⁷ Cfr.: L. BARÓN, *Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido*, en RDF 2014-III-35.

³⁸ El art. 559 del CCC mejora el art. 241 del viejo Código Civil de Vélez Sarfield, en cuanto elimina la expresión “únicamente”, que no ostentaba andamiaje. También supera la expresión “haber sido o no concebido durante el matrimonio”, en tanto la ley determina la paternidad matrimonial por el nacimiento dentro del matrimonio en el actual art. 243 del Código Civil, con indiferencia en este punto de la época de la concepción.

³⁹ Asimismo, se mantiene también el máximo de dos vínculos filiales, con una diferencia sustancial: la adecuación al principio de igualdad o la consecuente irrelevancia de la orientación sexual de las personas con quienes se crea vínculo filial de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.618 que introduce al ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y que el nuevo Código Civil respeta y por lo tanto, recepta la compleja tarea de adecuar el régimen filial a esta manda legal y que está en consonancia con el plexo normativo constitucional- internacional.

⁴⁰ A grandes rasgos, vale recordar, que el elemento genético está dado por la correspondencia de ADN entre las personas, la identidad de código genético con el otro. El elemento biológico incluye primordialmente el acto sexual, pero también la concepción y la gestación. Y por último, al elemento volitivo lo constituye el deseo de ser padres, de generar descendencia vinculado estrechamente al derecho a la salud, la autonomía personal, privacidad, intimidad y con la protección integral de la familia (y para algunos doctrinarios también con el derecho a ser padres, que se encuentra muy discutido). Aquí aparece entonces la voluntad procreacional como concepto jurídico.

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 adoptarlo⁴¹.

Claramente, los problemas que surgían en la práctica con el empleo de estos procedimientos médicos, no se identificaban con los de ninguna de estas situaciones⁴², ya que inexorablemente debíamos distinguir cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, sea o no anónimo en la llamada reproducción heteróloga.

Como acertadamente ha puntualizado la jurista Eleonora Lamm: “Las TRHA permiten la reproducción *sin sexo*”, lo biológico ya no comprende necesariamente lo genético, y viceversa.

Es por ello, que cuando hablamos de la determinación de la filiación en las TRHA, debemos en primer lugar diferenciar si estos tres elementos que componen un vínculo filiatorio se encuentran presentes en la misma persona, o bien sólo uno de ellos. Piénsese así, por ejemplo en el caso que una pareja que ante dificultades para concebir acude a este tipo de tratamientos, es posible que no esté presente el elemento biológico, y si esa misma pareja acude a donación de gametos para uno o para ambos integrantes, tampoco lo estará el genético.

Es dable destacar en este sentido, que el nuevo CCYC ha seguido de cerca los diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento, como por ejemplo: 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.

Claramente, éstos principios constitucionales – convencionales son, los que sostienen, en definitiva, con mayor o menor intensidad, el por qué el Código Civil y Comercial amplía la regulación del derecho filial incorporando, de manera especial, qué acontece con la filiación cuando ésta deriva del uso de las TRHA y el modo en que se lo hace, debiéndose respetar el principio de igualdad; el derecho de todo niño a tener vínculo jurídico de manera inmediata y sin discriminarlo por la orientación sexual de sus progenitores; el derecho a la identidad estática (elemento genético) como dinámica (elemento volitivo); el derecho a fundar una familia también con independencia de la orientación sexual de la persona o pareja que quiera formarla y el derecho a hacerse de los avances y desarrollo de la ciencia médica, siendo las técnicas de reproducción humana asistida no sólo una práctica que permite acceder a la maternidad/paternidad, sino también a prevenir y curar enfermedades, de esto último dan cuenta algunos precedentes jurisprudenciales en los que se obligó

⁴¹ E. LAMM, *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*, núm. 24, enero 2012, p. 76-91.

⁴² E. ROCA TRÍAS, *Filiación asistida y protección de derechos fundamentales*, DS, 1999, (Volumen N° 7), disponible en: <http://www.ajs.es/downloads/vol0701.pdf>. *Compulsada el 27/08/2010*.

a la obra social cubrir un tratamiento de fertilización in vitro para que una pareja pueda tener un nuevo hijo que sea compatible con su hermano para poder salvarle la vida⁴³.

En otras palabras, son tantas las particularidades y rasgos propios que se derivan de esta práctica médica que ameritaban un capítulo especial dentro del vasto campo del derecho filial.

Aquí es donde cobra importancia el elemento volitivo, dado que la voluntad procreacional puede entenderse como el ánimo o la intención que posee una persona para procrear, o en su caso, para dejar de hacerlo, tal como lo veremos seguidamente.

Este concepto no es nuevo, ya a mediados de los '60, Díaz de Guijarro distinguía a la voluntad procreacional entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como "el deseo o intención de crear una nueva vida"⁴⁴. Postulaba por ese entonces, la teoría de la llamada *voluntad procreacional* como herramienta de inteligibilidad jurídica por medio de la cual se procuraba dar cuenta de la nueva realidad filiatoria que introducen las Técnicas de Fertilización asistida al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad⁴⁵.

Rivero Hernández afirma, en igual sentido, que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA «es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos (...), lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja (...) El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido..., ni el que demuestra que es padre biológico (...), sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad»⁴⁶.

Entre nuestros juristas, Lamm, una referente en la temática, subraya con elocuencia 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 TRA 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»⁴⁷.

⁴³ Juz. Cont. Adm., nº 1 de La Plata, 2010/19/08, C. A. N. y otro/a c/ I.O.M.A. s/amparo, elDial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2009/29/12, L., H. A. y otra vs. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra, elDial.com - AA4F36 y Capel., Cont. Adm., San Nicolás (Buenos Aires), 2011/13/09, M.G.G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, elDial.com - AA715A.

⁴⁴ E. DÍAZ DE GUIJARRO, *La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*, en JA 1965-III-21 citado por M.V. FAMA, *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, segunda edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2011, p. 74.

⁴⁵ En efecto, la separación del binomio «reproducción/sexualidad», correlativa, en algún sentido de la separación operada en el par «sexo/género» durante los años '60, ha dado lugar a una verdadera "revolución reproductiva" cuyo mayor impacto se recoge en el instituto jurídico de la voluntad procreacional.

⁴⁶ F. RIVERO HERNÁNDEZ, en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares, Cándido-Díez Picazo, LUIS-BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO-SALVADOR CODERCH, PABLO (dirs.), Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, 1991, t. I, p. 128 citado en M. RODRÍGUEZ ITURBURU, *La regulación de las técnicas de reproducción humana Asistida en la Actualidad*, Revista *Reproducción* de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR). 2015 vol.30 nº. p. 143 - 160.

⁴⁷ E. LAMM, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las*

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»⁴⁸.

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 crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo⁴⁹.

Dentro del concepto mismo de filiación fue abriéndose paso, paulatinamente, en sede doctrinal y jurisprudencial, la “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional” como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

Incluso, Gil Domínguez, entiende que la voluntad procreacional se manifiesta de diversas formas según se adopten distintas fuentes de filiación.

Al respecto entiende que en la fuente de filiación biológica, el aporte de gametos masculinos y femeninos es realizado por las mismas personas que posteriormente serán padre y madre (dentro de un marco basado en las presunciones que admiten prueba en contrario). En este supuesto, existe una simetría absoluta entre el hecho biológico y la voluntad procreacional.

Por su parte, en la filiación adoptiva, quienes revestirán el rol de padre/madre, comadres, copadres no realizan ningún aporte de gametos o material genético. Con lo cual existe una asimetría entre el hecho biológico y la voluntad procreacional ejercida de forma posterior al hecho biológico.

Mientras que, para concluir, entiende que en el filiación derivada del empleo de las TRHA, pueden observarse dos supuestos. Uno de ellos, aquel en que una de las personas que ejercerá el rol de madre, padre, copadre o comadre realiza un aporte de gametos, dando lugar a una situación de simetría parcial entre el hecho biológico y la voluntad procreacional. Por ejemplo, cuando un matrimonio o pajera de igual o distinto sexo, o bien un hombre o mujer no realizaron el aporte del material genético masculino o femenino, sino que lo obtienen de donantes y acuden a la gestación por sustitución, se configura una situación de asimetría absoluta similar a la que existe en la adopción.

Consecuentemente, la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y

técnicas de reproducción asistida, en *Revista de Bioética y Derecho* N° 24, enero 2012, Barcelona, p. 76-91, http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_ultima_compulsa_16/05/2016.

⁴⁸ A. GIL DOMÍNGUEZ, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, ob cit. pág. 13.

⁴⁹ Confr. A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÀ, M. HERRERA, *Derecho constitucional de familia*, t. II, Buenos Aires, 2006, ps. 833 y ss.; A.N. KRASNOW, *La verdad biológica y la voluntad procreacional*, LL 2003-F-1150; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*, LL del 20/9/2010 citado en D.M. HOLZMAN, *Filiación y voluntad procreacional: cuando el deseo de ser padres y el interés superior del niño se imponen*, del 2013-12-03. Fallo Comentado: [Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 ~ N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento ~ 2013-06-18](#) RDF 2013-VI-69 ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/2790/2013.

multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como identidad en sentido dinámico⁵⁰.

De una u otra forma, lo cierto es que, el único elemento que encontraremos siempre presente en las TRHA es la voluntad, y de ahí su gran relevancia en la materia que nos ocupa.

En este sentido, es Rivero Hernández, quien dice que la paternidad – maternidad no son conceptos sólo biológicos, sino que están cargados de componentes culturales (voluntad, afecto, juridicidad, etc.) y que «corresponde a aquellas personas a quienes el hijo debe la vida por haber nacido por acto de decisión personal de ellos»⁵¹.

En derecho comparado, advertimos que varios países reconocen expresamente la filiación a favor de quien hubiera expresado su voluntad procreacional⁵². Podemos mencionar al respecto, la Ley española 14/2006 (art. 6°); el Código Civil de Tabasco, México (art. 324); la “Human Fertilisation and Embryology Act” inglesa (sección 35); el Código Civil de Brasil (art. 1597); el decreto 24029-S de regulación de la reproducción humana asistida de Costa Rica (art. 8°); el Código Civil de Portugal (art. 1839); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 187); el Código Civil holandés (art. 201-1); el Código Civil búlgaro (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1600, ap. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); diferentes estados de los Estados Unidos (Nueva York, Connecticut, Georgia, Kansas, Oklahoma, Louisiana); entre otros.

Siguiendo estos lineamientos, la legislación argentina define en el art. 562 del CCyCN qué se entiende por voluntad procreacional, reafirmando que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y también de quien prestó su consentimiento, siempre que éste se encuentre debidamente inscripto en el Registro Civil.

Tal como lo sostienen Herrera y Lamm, la filiación derivada de las TRHA en el derecho argentino corresponde a quien desea ser “parent”⁵³, es decir a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido. Así lo regula el art. 561 del nuevo CCyCN cuando prevé que

⁵⁰ A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÀ, M. HERRERA, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*, 1ª ed., Buenos Aires 2010, p. 229; M.V. FAMÀ, ‘Padres como los demás...’. *Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario*, RDF N° 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 55.

⁵¹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, su ponencia en el II Congreso Mundial Vasco, Congreso de Filiación, 1987, citado en C.P. GROSMAN, N. LLOVERAS, M. HERRERA, 1ª Ed., *Summa de Familia. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*, Tomo II, Buenos Aires, 2012, p. 1773.

⁵² Desde otra perspectiva, descartan la posibilidad de desplazar la filiación de quien ha consentido las TRHA, entre otros, el Código de Familia de Panamá (art. 286); la Ley española 14/2006 (art. 8); el Código de México DF (art. 326); el Código Civil de Portugal (art. 1.839, inc. 3); el Código de Familia de Costa Rica (art. 72); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 287); el Código Civil holandés de 1972 (art. 201-1); el Código Civil búlgaro de 1968 (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1.600, ap. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); el Código Civil francés (art. 311-20); el Código Civil de Québec (art. 539); mencionado en M.V. Famà, *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.

⁵³ El término parent es neutral, abarca madres y padres. Las autoras utilizan esta noción neutra, para mejor recaudo ver en extenso M. HERRERA, E. LAMM, *Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)*, ob cit. Otros autores, por ejemplo, N. BALA, académico canadiense, prefieren la expresión social parents, ver: *Who is a 'Parent'? Standing in the Place of a Parent' & Canada's Child Support Guidelines*, S.5, Queen's Univ. Legal Studies Research Paper 07-11.

«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; 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, estableciendo la formalidad mínima que deben cumplimentar estos instrumentos: ser hechos por escrito, protocolizados ante escribano público o certificado por la autoridad sanitaria correspondiente a cada jurisdicción (el Ministerio de Salud, autoridad de aplicación, sería el organismo encargado de organizar este sistema de “protocolización” por autoridad sanitaria).

Complementa esta norma, el art. 560 de la legislación civil y comercial que dispone que el consentimiento debe recabarse antes de cada práctica o procedimiento de reproducción asistida, en el centro de salud interviniente.

Indubitablemente, el elemento central en la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas es la exteriorización de la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento previo, informado y libre. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal⁵⁴.

Ahora bien, es dable señalar que cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, respecto los nacidos mediante el uso de las TRHA, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena (conc. art. 575 del CCyC), como tampoco será admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial entre éste y el nacido por el uso de estos tratamientos.

La legislación civil y comercial, en los arts. 563 y 564 se ocupa del derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, reconociendo la particularidad que ostenta el derecho a la identidad en las TRHA heterólogas, disponiendo, de esta manera 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 y que a petición de aquellas, se podrá: 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 este sentido, el CCyC ha adoptado por un sistema de anonimato relativo, también denominado anonimato intermedio y equilibrado, de conformidad con todos los intereses en juego, teniendo en cuenta que de este modo, que se garantiza: 1) la necesidad de que haya donantes y 2) el derecho a

⁵⁴ M. HERRERA, E. LAMM, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", ob. cit. 12/4/ 2012, MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

gozar de los beneficios del progreso científico de quienes acceden a los tratamientos heterólogos y 3) el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético.

De acuerdo a los alcances del citado art 564, respecto del derecho de los niños nacidos mediante el empleo de estas técnicas, a conocer su información genética, se diferencian claramente dos aspectos: a) Información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y b) Información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante) que solo podrá ser relevada mediante autorización judicial previa.

Ahora bien, para el acceso a una y otra arista del derecho a la identidad en las TRHA –información no identificatoria e identificatoria- el código prevé un procedimiento diverso. En el primer caso, información no identificatoria, la persona nacida por TRHA puede recurrir directamente al centro de salud y solicitar los datos médicos o de salud de su donante.

En cambio, respecto al acceso a la información identificativa del donante el código dispone que deben existir “razones debidamente fundadas”, evaluadas por la autoridad judicial competente (aquél que entiende en materia de familia) y por el procedimiento más breve que prevea la ley local para ponderar, en el caso concreto, si se debe levantar el anonimato y dar a conocer los datos identificatorios del donante.

En cuanto a las formas de determinación, el art 569 establece que la filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: a. por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas; b. por sentencia firme en juicio de filiación; c. en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. (Este último inciso sigue la misma lógica que el art. 570 del CCyC que en referencia a la determinación de la filiación extramatrimonial, establece que este tipo de filiación, 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).

En otras palabras, en todos los casos en que se recurre a las TRHA para la ley argentina; ya sea una persona sola, casada y/o en unión convivencial, del mismo o distinto sexo, sean técnicas homólogas o heterólogas; la filiación se determina por la voluntad expresada a través de los consentimientos legales con independencia de quién haya aportado los gametos.

La suscripción de este documento, reviste tal importancia, que blinda la posibilidad de impugnar la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, de los hijos nacidos mediante el uso de estos tratamientos, cuando haya mediado de conformidad con las disposiciones del Código y las que se establezcan mediante una ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos (confr. art 577 del CCyC). Es decir, no es posible impugnar la filiación de quien ha prestado el correspondiente consentimiento en los términos que instruye el CCyC. Del mismo modo, el art. 588 tercer párrafo del referido cuerpo legal, prevé que en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. (Lo mismo ocurre con la impugnación del reconocimiento, que no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción

humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos según lo disponen los arts. 592 y 593 del CCyC).

Por último, es necesario advertir que el mismo CCyC se ocupó de la situación de los niños nacidos mediante el uso de las TRHA antes de su puesta en vigencia, disponiendo una cláusula transitoria en la que prevé que éstos 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 de la técnica 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 (Confr. Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del CCyC).

3.3. Proyecto de Ley especial

Tal como hemos advertido, el nuevo Código Civil y Comercial solo regula la determinación filial de los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA, toda vez que no le corresponde a un código de fondo, profundizar y ahondar sobre una gran cantidad de cuestiones que encierra la práctica y el uso de este tipo de tratamientos, tales como: los derechos y deberes de los centros de salud; las funciones de control de la autoridad de aplicación; el modo y limitaciones de las donaciones; el destino de los embriones sobrantes, sean o no viables, etc.

Todas estas cuestiones deben ser abordadas y reguladas en la ley especial, incluso porque la misma legislación civil y comercial en varias disposiciones, le impone su remisión y obliga al Congreso de la Nación a sancionar una ley especial, como por ejemplo, al momento de regular de manera expresa y autónoma la filiación derivada de estas técnicas como una tercera causa fuente filial con reglas propias y precisas, como en los artículos 575⁵⁵ y 577⁵⁶; o bien en la disposición transitoria segunda al disponerse que "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial", y solo por mencionar algunas.

Es por ello que el 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó con media sanción un proyecto de ley especial sobre "técnicas de reproducción médicamente asistida", que actualmente sigue su trámite legislativo y que se encuentra, tal como hemos referido anteriormente, bajo tratamiento legislativo en el Senado de la Nación (expte. CD-101/2014).

Analizar en extenso sus disposiciones, excede el marco de este trabajo, sin embargo, haremos referencia a las normas más relevantes.

Conforme los términos del artículo 1° del proyecto con media sanción, la ley tiene por objeto, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley

⁵⁵ En su primer párrafo expresa: «En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial».

⁵⁶ Este articulado se refiere a un principio obvio o propio de la filiación por TRHA: la inadmisibilidad de la acción de impugnación al disponer: «No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste».

26.862 y su reglamentación «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».

Dicho proyecto de ley, consta de 35 artículos, cuyas directrices podríamos sintetizarlas en 6 (seis) ejes que seguidamente se mencionarán:

3.2.1) Aporte de gametos para terceros y embriones

Se proyecta regular todo lo relativo al aporte de gametos para terceros y embriones a través de : a) diversas reglas generales sobre técnicas con material genético propio o gametos de terceros (art. 2); b) Límite de edad para el aporte de gametos (art. 3); c) Controles previos a los aportantes de gametos (art. 4); d) Consentimiento del aportante de gametos y definición de centro de salud (art. 5); e) Carácter no lucrativo del aporte de gametos (art. 6); f) Carácter rescindible del convenio de aporte de gametos y uso de los gametos para fines propios (art. 7); g) Límite de aportes de gametos para un máximo de 6 personas o parejas (art. 8); h) Reglas sobre la confidencialidad del aporte de gametos o embriones (art. 16).

3.2.2.) Crioconservación y destino de gametos y embriones

La legislación proyectada propone: a) La regulación de la conservación de gametos y embriones en los centros autorizados (art. 9); b) Posibilidad de conservación de gametos para uso futuro en caso de enfermedad (art. 10); c) Límite en el plazo de conservación de gametos aportados para terceros (art. 11); d) Límite en la crioconservación de gametos o embriones de los beneficiarios y exigencia de contrato previo sobre el destino de los embriones (art. 12); e) Posibilidad de "donar" gametos o embriones a los centros de salud y de abreviar el plazo de crioconservación (art. 13).

3.2.3) Prohibiciones y legalizaciones

Se prevé una serie de prohibiciones y legalizaciones, como por ejemplo: a) Distinción entre embriones viables y no viables (art. 14); b) Prohibición de selección fenotípica de gametos o embriones (art. 15); c) Criterio médico para la determinación del número de ovocitos a fecundar (art. 17); d) Legalización del diagnóstico genético preimplantatorio (art. 18)

3.2.4) Disposiciones administrativas:

En cuanto a las disposiciones administrativas, el proyecto de ley especial estipula: a) Deber de información de los centros de salud a la autoridad de aplicación (art. 19); b) Funciones del Registro Único de Establecimientos establecido por el art. 4 de la ley 26862 (art. 20); c) El Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (art. 21); d) Deber de conformar un Comité Asesor Honorario Ad Hoc (art. 22); e) Promoción de las técnicas en el país (art. 23); f) Elaboración de protocolos específicos (art. 24)

3.2.5.) Responsabilidad e infracciones:

Asimismo, se prevé entre la normativa proyectada : a) Responsabilidad de los centros de salud y deber de contratar seguro (art. 25); b) Enumeración de infracciones (art. 26); c) Competencia de la autoridad de aplicación para sancionar (art. 27); d) Criterios para la graduación de las sanciones (art. 28); e) Sanciones previstas para las infracciones (art. 29); f) Procedimiento para los sumarios por infracciones (art. 30); g) Destino de lo recaudado por infracciones (art. 31).

3.2.6) Normas finales

Por último, entre las normas finales propone: a) Previsión presupuestaria (art. 32); b) Entrada en vigencia y derechos adquiridos (art. 33); c) Carácter de orden público de la ley e invitación a que las provincias adhieran (art. 34); d) Deber de reglamentación en 90 días (art. 35).

Si bien, dicho proyecto cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados, lo cierto es que ya se encuentra en plena vigencia el Código Civil y Comercial y muchas disposiciones requieren la inmediata y urgente sanción de la ley a fin de regular todos los aspectos concernientes al uso, implementación e instrumentación del sistema de determinación de la filiación de los nacidos por TRHA.

Solo por citar algunas materias pendientes, hacemos mención del aseguramiento de las condiciones de posibilidad del derecho de acceso a la información de los nacidos con material genético de personas ajenas al proyecto parental, a fin de garantizar y respetar los derechos reconocidos en el artículos 7º, 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 11 de la Ley Nº 26.061; respetando el principio de igualdad y el derecho de todo niño a tener vínculo jurídico de manera inmediata; en consonancia con los principios constitucionales del bloque constitucional federal por el receptados.

En este mismo sentido, otra de las aristas más inmediatas y en las que estamos trabajando es la articulación e instrumentación de los consentimientos informados a las TRHA heterólogas, que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento, como así también la creación de Registro Único de donantes que permita efectivizar el derecho de acceso a la información, sobre todo teniendo en cuenta que ya contamos con precedentes jurisprudenciales, incluso previos a la sanción del Código Civil y Comercial.

Nos referimos al caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala V, del 29/04/2014⁵⁷, en el que los padres de dos personas menores de edad concebidas en virtud de técnicas de reproducción asistida heterólogas por ovodonación, promovieron amparo a fin de que el Estado Nacional cree un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas del país legalmente habilitados respecto de los donantes de aquellas, para preservar esa información a fin de que sus hijas y todas las personas nacidas a través de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo, puedan ejercer su derecho a la identidad al cumplir la mayoría de edad, accediendo a esa información con autorización judicial.

El tribunal de Alzada admitió parcialmente el recurso y la acción de amparo a fin de garantizar la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho a la identidad reconocido en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, e instó al Estado Nacional mediante el dictado de actos administrativos de alcance particular o general, asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas que posibilitaron la realización del tratamiento de fertilización asistida con material heterólogo respecto de la persona menor de edad que motivó el amparo, preservando la información relativa a la identidad del donante en forma reservada y sin dar acceso a ella, exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal en la materia. Asimismo, en la sentencia se argumentó que la

⁵⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 29/04/2014, “C., E. M. y Otros c. EN-M. Salud s/ amparo Ley 16.986”, en ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/30908/2014.

cuestión relativa a la creación de un registro general a los fines de preservar y mantener la información obtenida por los centros médicos que intervienen en los procedimientos de fertilización asistida realizados con material heterólogo -identidad de los donantes de gametas, determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la persona nacida en virtud de aquellos podrá tener acceso a ella- constituye un asunto que es de resorte primario del legislador y no puede ser objeto de una acción de amparo, siendo que depende de la política legislativa que el Congreso de la Nación adopte en la materia

Incluso más, reciente jurisprudencia se hace eco de lo dictaminado, y en casos en que se solicita la cobertura de la ley 26.862, una vez admitida cautelarmente la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de gametos se ha dispuesto que «deberán oportuna y eventualmente, por ante quien corresponda, tomarse los recaudos a que hubiere lugar, para almacenar ocultos todos los datos de los donantes anónimos, los que sólo se revelarán eventualmente y de ser requeridos en el futuro por el niño/a (atento el superior interés que lo ampara: Art. 3.1 y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23.849, B.O.: 22/10/1990; Art. 75, inc. 22 C.N.), pero también, del joven o adulto, vinculado todo con su derecho a la real identidad; o en su caso, por aspectos inherentes y vinculados a su salud física o psíquica»⁵⁸.

4. Materia pendiente

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial elaborado por la comisión redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución (GS); disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores⁵⁹.

No obstante su eliminación, la GS en Argentina, si bien no está permitida tampoco ha sido prohibida, quedando sujeta a la discrecionalidad judicial, tal como sucede en la actualidad, cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con el o los comitentes⁶⁰.

⁵⁸ Confr. Sentencia del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 18 de Mendoza expte. n° 251.412 “Arango Lorena Cecilia c/ Osep (Obra Social de Empleados Públicos) p/acción de amparo” del 29/09/2015 disponible online <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/11/FA.-PCIAL.-JUZ-1RA-INST.-CIV.-COM.-MINAS-MENDOZA.Cobertura-TRHA.pdf> [fecha de la compulsa: 9 de mayo de 2016].

⁵⁹ El artículo en cuestión decía: Artículo 562: «Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza».

⁶⁰ Para profundizar sobre las múltiples razones por las cuáles el proyecto en su versión original regulaba en el

Esto precisamente, se reconoció expresamente en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en las comisiones N° 6 de Familia, “Identidad y Filiación”, en las que por unanimidad se sostuvo que “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la GS está permitida”. Así, como consecuencia de esa supresión, y especialmente con posterioridad a ella, es una realidad muy compleja que sucede en este país, que se encuentra reflejada en varios fallos⁶¹.

Es dable mencionar que estas judicializaciones obligan a re pensar , retomar, afianzar, y a la vez renovar los argumentos a favor de su regulación legal. Esta carencia normativa, está generando una jurisprudencia que se va consolidando, lo cual amerita también a revisar nuevamente la decisión política y legislativa adoptada.

En este sentido, sucede que esta jurisprudencia, aunque subsana de alguna manera la falta de regulación, no obsta a que también se produzcan vulneraciones de derechos de las personas intervinientes, en especial de los niños que nacen por GS, sobre todo si se tienen en cuenta los motivos que llevan a la judicialización, las circunstancias que los rodean, las estrategias legales de cada caso, la discrecionalidad judicial, y los diferentes aspectos resueltos⁶².

Ahora bien, al momento de plantear estos casos en instancia judicial, se utilizan distintas estrategias que se justifican debido a la falta de regulación de la GS. De esta forma, éstas han sido:

entonces art. 562, un supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución ver: M. HERRERA, E. LAMM, *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*, en *La Ley*, 02/07/2014, 1, cita online: ar/doc/2285/2014; I. GONZÁLEZ MAGAÑA, *La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule*, *La Ley*, Derecho de Familia y de las Personas (noviembre), Buenos Aires, 2014, p. 181; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*, en *La Ley* 2013-D, 195; A. GIL DOMÍNGUEZ, *La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales*, en *La Ley*, Derecho de Familia y de las Personas (agosto), Buenos Aires, 2013, p. 24; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, E. LAMM, M. HERRERA, *Regulación de la gestación por sustitución*, en *La Ley* 2012-E, p. 960; M. HERRERA, E. LAMM, *¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución*, *Microjuris* online: MJ-DOC-5971-AR|MJD5971; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, en *Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, 2012, p. 1 – 49.

⁶¹ Véase con anterioridad Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, 14/04/2010, cita *La Ley* online: AR/JUR/75333/2010. Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”. Cita *Microjuris* online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567. Juzgado nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, cita *Microjuris*: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.

⁶² Según se informa en una nota del diario Clarín, “en Halitus, uno de los principales centros especializados en reproducción asistida de la Capital, no paran de recibir consultas de parejas hetero y gay para someterse a este tipo de procedimientos. “Desde abril de 2013 recibimos 83 consultas, de las cuales 17 corresponden a parejas gay. Se hicieron 10 tratamientos, de esos embarazos uno no prosperó, hubo 6 nacimientos y quedan dos en curso”, detalla a Clarín, Sergio Pasqualini, director del centro. http://www.clarin.com/sociedad/Nuevas-familias-Maternidad-subrogada-Ventre-prestado-Ovodonacion-Halitus_0_1379262160.html.

a) Los casos en que el niño/a ya ha nacido, dentro de la cual se observan: 1) impugnación de la maternidad, 2) solicitud de la inscripción registral, 3) medida autosatisfactiva y 4) acción declarativa de certeza;

b) Autorización judicial previa a la implantación del embrión;

c) Autorización judicial previa al alumbramiento con el embarazo en curso

Asimismo, es dable mencionar que entre las disposiciones de Derecho internacional privado (DIPr) contenidas en el nuevo CCyC el art. 2634 incluye a la filiación otorgada en el extranjero consecuente del empleo de técnicas de reproducción humana asistida, por lo que la GS se encuentra allí contemplada⁶³.

Observese que ante la complejidad que hoy ostenta la GS y las diferentes situaciones que tuvieron lugar en la justicia, una senadora de la provincia de Mendoza, Laura Montero conjuntamente con Eleonora Lamm, siguiendo la línea de lo establecido en el artículo 562 del anteproyecto antes mencionado, presentaron un proyecto de ley de GS que procura dar un marco legal que proteja jurídicamente a todas las personas que intervienen, toda vez que por un lado se procura garantizar el interés superior delo niño que nace, mientras que por otro, se trata de proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen, especialmente a quien actúa como gestante, muchas veces la persona vulnerable en estos contextos⁶⁴.

5. Palabras de cierre

Tras la sanción del matrimonio igualitario en Argentina, Kemelmajer y Herrera señalaban con ahincó que la regulación de la procreación asistida no podía esperar⁶⁵ dado que los cambios que se introducían en el marco del régimen de matrimonio civil, no se reflejaban en materia de filiación.

Lo cierto es que hemos recorrido un largo camino que fue abierto lenta y progresivamente, tanto por la jurisprudencia nacional como regional⁶⁶ como por los valiosos aportes de la doctrina que se evidenciaron por primera vez en el año 2013 tras la sanción de la ley 26.862 de cobertura médica de TRHA y su decreto reglamentario 956/2013, normas éstas que pusieron el tema en el candelerero y visibilizaron su complejidad.

Ello, nos obliga a deconstruir el acceso a las TRHA como un modo de satisfacer el derecho a formar una familia y no circunscripto a la noción de infertilidad clínica que sólo puede estar en las parejas de diferente sexo pero no así en las de igual sexo.

⁶³ E. LAMM, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014*, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, N. LLOVERAS (directora), Capítulo VIII *Técnicas de reproducción Humana Asistida*, en coautoría con M. RODRÍGUEZ ITURBURU, N. RUBAJA, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo V, Actualización, en prensa.

⁶⁴ Esta necesidad de legislación ha sido puesta de manifiesto también recientemente en China. El Comité Legislativo de la Asamblea Popular Nacional (APN) de China sugirió borrar una controvertida previsión para prohibir la GS en un proyecto de enmienda de ley http://spanish.xinhuanet.com/2015-12/27/c_134954635.htm Compulsada el 22 de marzo de 2016.

⁶⁵ Para una mejor profundización del tema compulsar: A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, *Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica*, ob. cit. LL del 4/6/2010.

⁶⁶ En referencia particularmente a los fallos de la CIDH Corte IDH "Fornerón e hija vs. Argentina", "Atala Riffo y niñas vs. Chile" y "Artavia Murillo y otros s/ Costa Rica", mencionados a lo largo del presente artículo.

En este sentido, la tan esperada reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, reconstruye con coherencia lógica el sistema de derechos humanos con el derecho privado, traduciendo fielmente el paradigma constitucional familiar⁶⁷ mediante el reconocimiento de todos los tipos de familias. cuyas bases se asientan en unidad y solidaridad familiar, igualdad de los cónyuges, democratización de las relaciones familiares, corresponsabilidad de ambos progenitores, autonomía progresiva de niños niñas y adolescentes, libertad, en la tutela especial a las personas vulnerables, autonomía en las relaciones familiares, etc.

En este marco, y en una interpretación armónica e integral de la legislación civil y comercial argentina, que aquí hemos pretendido comentar, especialmente en materia de filiación al asegurar y garantizar el ejercicio pleno de acceder a las TRHA, sin discriminación alguna, independientemente de la orientación sexual de quienes a ellas se sometan, pudiendo generar ya sea maternidad, paternidad, comaternidad y/o copaternidad son un claro emergente constitucional y convencional de la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación, pluralidad, realidad y solidaridad familiar que plasman verdaderamente la “*constitucionalización del derecho privado*”, en la que, tal como venimos señalando, se reconoce y protege todas y cada una de las realidades familiares existentes y sus efectos.

Sin embargo y frente a tanto avance legislativo, queda todavía un saldo pendiente, legislar en materia de gestación por sustitución y reproducción *post mortem*.

⁶⁷ N. LLOVERAS, M. SALOMÓN, *El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación*, en JA, 20-4-2005.