

El comité editorial encargará al especialista la realización de una publicación original sobre un tema determinado. La revisión tiene como finalidad examinar la bibliografía publicada y situarla en cierta perspectiva. El artículo sintetizará los resultados y conclusiones de las publicaciones sobre el tópico encargado.

Mantendrá el siguiente ordenamiento: título de la revisión, autor/es (Apellido y nombre, lugar de trabajo, dirección de correo electrónico del contacto), resumen (en castellano y en inglés) y palabras claves.

Las citas bibliográficas deben presentar la estructura detallada previamente en trabajos originales, y numeradas según aparición en el texto. Las tablas, cuadros y figuras deberán llevar el epígrafe correspondiente y deberán ir adecuadamente referenciados en el texto; si es necesario, el autor especificará en que parte del texto deben ir intercalados.

En todos los casos, el envío de trabajos, comentarios y publicaciones deberá hacerse por correo electrónico a la dirección de la secretaria de SAMeR: info@samer.org.ar

## La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad

Mariana Rodríguez Iturburu\*

Reproducción 2015;30:143-160

*\*Abogada (UBA) Especialista en Derecho de Familia (UBA), Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Proyecto de Tesis presentado el 19 de diciembre de 2014, aprobado mediante UBA Resolución del 6/04/2015. "La instrumentación de la voluntad procreacional en la filiación derivada del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida." Efectos, alcances e implicancias del consentimiento informado en el derecho argentino a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" dirigido por la Dra Marisa Herrera. Ayudante de 2ª en la materia "Derecho de Familia y Sucesiones", cátedra de la Dra Waigmaster [titular] y la Dra Herrera [adjunta], Facultad de Derecho, UBA. Resolución N°681/10, 849/11, 1.726/12, 2.718/14 y 3.389/15. Docente invitada por la Facultad de Psicología de la Universidad de El Salvador en la asignatura "Práctica Profesional Tutoreada en Intervenciones Jurídicas". Titular de Cátedra: Lic Gabriela Del Río. Integrante del Proyecto de interés institucional bajo la convocatoria 2015 "Lo nuevo y novedoso en el Código Civil y Comercial de la Nación: teoría y práctica en materia de técnicas de reproducción*

*humana asistida" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Integrante del Proyecto de Cooperación Interuniversitaria UAM Santander con América Latina "Presente y Futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de familia del Siglo XXI en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos sociales y éticos" bajo la dirección de la Dra Pilar Benavente Moreda de la Universidad Autónoma de Madrid- España. Integrante del Programa de Investigación en Maestría (PIM) 2014-2016 "El derecho a la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de familia: la figura del "abogado del niño", dirigido por Marisa Herrera, integrante Programación Científica UBACyT 2013-2016 – Grupo en formación Investigadores Jóvenes - "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias". Directora Marisa Herrera. Resolución (CS) N° 6.932/13. Código del Proyecto N°: 20020120200106, entre otros. Miembro de la Comisión de Bioética CPACF (Colegio Público de Abogados de Capital Federal) período 2009-2011.*

### Introducción

En los últimos 4 años se han producido en la República Argentina múltiples y significativos avances legislativos en materia de técnicas de reproducción humana asistida TRHA, 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

---

**Correspondencia:** Mariana Rodríguez Iturburu  
Correo electrónico: marianaiturburu@gmail.com

y Comercial de la Nación<sup>1</sup> vigente desde el 1 de agosto de 2015.

Las sólidas bases sobre las cuales se edifica la paulatina regulación de las TRHA, y luego de 30 años de vacío legal en la materia, parten obligatoriamente desde la mirada constitucional/convenional, cimentada en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en ella incorporados, conjuntamente con el valioso aporte de la jurisprudencia y 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 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 distancia entre el derecho a la realidad social.

Del mismo modo, los 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, centradas hasta no hace muy poco, en la visión heteronormativa, al posibilitar la disociación entre los elementos genético, biológico y voluntario, tal como veremos oportunamente.

Así, la incorporación de una tercera fuente filial,<sup>2</sup> derivada del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, surge como consecuencia del dato empírico ineludible de la realidad, el uso de estas prácticas en nuestro país y el nacimiento como consecuencia de ello, de una gran cantidad de niños<sup>3</sup> que la jurisprudencia de los últimos años ha visibilizado en el aumento de conflictos que se dirimirían en la justicia derivados del uso de las TRHA.

## Referencias

1. Ley 26.944 Código Civil y Comercial de la Nación. – Aprobación – sancionada el 01/10/2014, promulgada el 07/10/2014 y publicada en el Boletín Oficial el pasado 08/10/2014 bajo el número: 32.985 Fe de Erratas: (B O 2014/10/10) - AR/LEGI/80Y3.
2. Tal como lo desarrollaremos más adelante, la categorización propia de esta nueva clase filial –tan discutida doctrinariamente (por ejemplo véase Azpiri, Jorge O, “Los matrimonios homosexuales y la filiación”, en DFyP, año 2, N° 9, octubre de 2010, La Ley, pp 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 Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Los criterios de la determinación de la filiación en crisis”, en obra colectiva Maricruz Gómez De La Torre (directora) y Cristian Lepin (coordinador), *Reproducción Humana Asistida*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, Editorial Legal Publishing. 978-956-346-305-7 Edición 2013 y Kemelmajer De Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho Privado*, Año 1, N° 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, pp 6; Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)”. Fecha: 12-abr-2012 MJ-DOC-5751-AR | MJD5751; Lamm, Eleonora, “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, pp 68. Krasnow, A N “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación.” DFyP 2013 (octubre).
3. 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](http://www.redlara.com/aa_ingles/default.asp).
4. Véase Herrera, Marisa, De La Torre, Natalia y Bladillo, Agustina, “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.
5. Tanto nacional como internacional. Véase en extenso Trib Cont Adm y Trib, CABA, 22/03/2012, DCG y GA M c/GCBA, s/ Amparo. AP/JUR/288/2012; Trib Cont Adm y Trib, CABA, 22/03/2012, GB y MD c/GCBA, s/Amparo; Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo (J Flia) (San Lorenzo). 02/07/2012, “SGEFyGCE” DFyP 2013 (abril), pp 57; Trib Cont Adm y Trib, CABA, 11 – 01- 2013, LRR Y M HJ C/GCBA S/Amparo. Inédito, NN s/ inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil num 86. 18 de junio de 2013. MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552.; Primer Juzgado de Familia - Mendoza, Mendoza A C G y otros. Medida autosatisfactiva 29/07/2015. Rubinzal Online RC J 5055/15; Juzgado Nacional En Lo Civil N° 102 “C, F A y otro c/ R S, M L s/Impugnación De Maternidad”.
6. Juz Nac Civil n° 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/AUTORIZACION”, 21/11/2011, entre otros.

Conflictos que hasta hace no muy poco tiempo se relacionaban con la cobertura del tratamiento,<sup>4</sup> sin embargo, más recientemente se han presentado otro tipo de planteos y debates que permiten en el ámbito judicial observar la complejidad del tema y las consecuencias nocivas que se derivaban de la falta de una regulación integral sobre el tema. Nuestra jurisprudencia nacional ha resuelto casos de gestación por sustitución,<sup>5</sup> como así también de reproducción post-mortem.<sup>6</sup>

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 poniendo 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 que la hace ser un tercer tipo filial.

Asimismo, estas trascendentes y significativas modificaciones de índole normativo, son también una proyección de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en el caso *Artavia Murillo* y otros contra Costa Rica, del 28/11/2012,<sup>7</sup> 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.

Frente a este contexto, veamos cómo se ha legislado en este sentido en nuestro país.

### **Bases constitucionales de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida**

En primer lugar y para revisar la reciente legislación sancionada en materia de TRHA, es necesario comprender las bases constitucionales/conventionales que cimentan y fundamentan dicha regulación de las TRHA en el campo del derecho.

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);<sup>8</sup> 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 4<sup>ta</sup> Conferencia

7. Confr Kemelmajer De Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora en "La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo" del 7/2/2013 - MJ-MJN-69467-AR; Rodríguez Iturburu, Mariana Inés; Culaciati, Martín Miguel "Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Asuntos de Familia - período 2011. Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia" Buenos Aires: Abeledo Perrot SA 2012 vol n° pp 275 - 302. issn 1851-1201. Sintéticamente, podemos mencionar que 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 24.029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación *In Vitro*, (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.

8. 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 Badeni, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", T I, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp 353/355

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 libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas (art 16.1 CEDAW<sup>9</sup> y concordantes); 6) el libre desarrollo de la personalidad, también conocido como derecho a la autodeterminación o a la autonomía personal;<sup>10</sup> 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 sexual.<sup>11</sup>

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 avances,<sup>12</sup> 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),<sup>13</sup> etc.<sup>14</sup>

9. 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 23.179.

10. 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 implique un daño personal. Sólo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido.

11. Gil Domínguez, Andrés, “La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico” 1º edición – Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edit Ediar, 2014. pp 11.

12. Solo para mencionar un ejemplo, la ciencia posibilitó también que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente de 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.

13. 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 N° 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 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 tienen 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, Malek, J Y Daar, J “The Case for a Parental Duty to Use Preimplantation Genetic Diagnosis for Medical Benefit” *The American Journal of Bioethics*. Vol 12, Issue 4, 2012, pp 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/ IOMA 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, MGG c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, elDial.com - AA715A.

14. Alkorta Idiákez, I. “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. pp 169.

Cuando iniciábamos este comentario hacíamos hincapié en la idea según la cual los cambios que campean el derecho filial, no hacen otra cosa 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 Sarfield) se ha ampliado, de modo tal que éstas deben ser entendidas como familias en plural, en extenso.

La sanción de la ley de matrimonio igualitario 26.618<sup>15</sup> allá por el año 2010, más la Ley 26.743,<sup>16</sup> de Identidad de Género, nos han obligado a revisar nuestra legislación en pos de armonizarla y adecuarla al principio de pluralidad, que se manifiesta en el reconocimiento de una multiplicidad de tipos de organización familiar, garantizando así, el derecho de toda persona a vivir en familia conforme su propio plan de vida<sup>17</sup> independientemente de su orientación sexual, tal como lo prescribe el bloque constitucional federal. Dichos principios internacionales de derechos humanos, han sido receptados en el Código Civil y Comercial,<sup>18</sup> en consonancia con 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.

Así, el concepto de familia tiene una resignificación, como consecuencia de su carácter cultural y dinámico. Hoy en día, coexisten muy diversos tipos de familia, 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 del Código Civil y Comercial.

Y es aquí, frente al derecho de fundar una familia,<sup>19</sup> que cobra relevancia la posibilidad de procrear. En este orden, el Comité de los Derechos Humanos, bajo la Observación General N° 19 sostuvo al 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 extremas.<sup>20</sup>

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

15. Ley 26.618. Matrimonio Civil. Código Civil Modificación. BO 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-may-2012. Número: 32.404. pp 2.

17. Para una lectura más acabada y profunda del tema: ver Gil Domínguez, A, Famá, M V y Herrera, M, “Derecho Constitucional de Familia”, Ed Ediar, Buenos Aires, 2006, capítulos I y II; Lloveras, N y Salomón, M, “La familia desde la Constitución Nacional”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, capítulo I; Jelin, E., “La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas”, en “La familia en el nuevo derecho”. Libro homenaje a la Profesora Dra Cecilia P Grosman, directora Kemelmajer De Carlucci, A, coordinadora Herrera, M, Rubinzal- Culzoni, Tomo I, Santa Fe, 2009, T I, pp 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. Acápito 154.

20. *Ibidem*.

legislaciones en América Latina, especialmente en aquellos países que han suscripto y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Más aún en casos como Argentina, que le ha dado jerarquía constitucional a dicha Convención. Pero veamos cuáles han sido estos hitos normativos.

En el caso *Fornerón e hija vs Argentina*,<sup>21</sup> la CIDH expresamente sostiene que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto de familia, ni mucho 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, sin que ello obste a que pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas.<sup>22</sup>

Por su parte, en el caso *“Atala Riffo y niñas vs Chile”*,<sup>23</sup> 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 niño.<sup>24</sup>

Y ya adentrándonos en el tema que aquí nos ocupa, se ha referido en el famoso caso “*Artavia*

*Murillo*”, entendiéndose y en muy resumidas cuentas, que el impedimento de acceso a las TRHA también vulnera el derecho a gozar los beneficios del progreso científico.<sup>25</sup>

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

### El contexto normativo actual

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

En primer lugar, en el año 2013 se sancionó la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida bajo Ley N°26.862 publicada en el Boletín Oficial el 26/06/2013 y reglamentada mediante el decreto 956/2013,<sup>26</sup> que básicamente se centra y consagra, a nivel nacional, la cobertura médica integral de este tipo de tratamientos y procedimientos médicos.

En segundo término, en octubre de 2014 se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que puntualmente se interesa, tanto por la existencia de la persona humana, es decir, desde cuándo para la ley se es persona a los efectos del

21. Corte IDH. “Fornerón e hija vs Argentina, 27 de abril de 2012: Disponible *on line* en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

22. *Ibidem* acápite 98.

23. Corte IDH. “Atala Riffo y niñas vs Chile” del 24 de febrero de 2012. Disponible *on line* en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

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 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.

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 TRHA.<sup>27</sup>

Y en último lugar, si bien todavía no es ley vigente, contamos con la media sanción, en la Cámara de Diputados en el Congreso de la Nación bajo el expte CD-101/2014,<sup>28</sup> de una ley especial sobre el tema, a la que remite el Código Civil y Comercial de la Nación en varias de sus disposiciones.<sup>29</sup> Actualmente se encuentra bajo tratamiento legislativo en la Cámara de Senadores y tiene como objeto regular específicamente los alcances, efectos y aquellas cuestiones atinentes que se derivan del uso e implementación de las TRHA.

Ahora bien, veamos a continuación cuáles son los aspectos principales de la regulación argentina en materia de técnicas de reproducción humana asistida.

#### **Ley 26.862 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 éstas 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*”.<sup>30</sup>

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 con las técnicas de alta complejidad*, las que por cierto, deben realizarse con intervalos mínimos de 3 meses entre cada una.

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. El dictamen de mayoría 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; Nanci, María Agustina; Solanas, Julio R; Arregui, Andrés R; Ciampini, José A; Mendoza, Mayra S y Domínguez, Julián; y 2) 4.058-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.

29. Como por ejemplo, el art. 19 sobre la existencia de la persona humana cuando dispone, tras afirmar que dicha existencia cuando se trata de TRHA comienza con la implantación el embrión en la mujer, “*sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*”.

30. 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.

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, éstos 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 donante.<sup>31</sup>

Asimismo, es finalmente, con esta Ley 26.862 que la oncofertilidad tiene 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 especificados”*,<sup>32</sup> 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

31. 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.

32. 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°).



otra transferencia, el consentimiento debe prestarse una vez más.<sup>33</sup>

Esta ley, más conocida como ley de cobertura, se adecua al estándar establecido por la CIDH en el ya citado caso “Artavia Murillo y otros c Costa Rica”.<sup>34</sup> Con motivo de este caso, la Corte IDH 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 constató 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, en el considerando 264 de dicho fallo se establece que el derecho a la vida consagrado en el art 4.1 de la Convención Americana de Derechos

Humanos comienza una vez que el embrión se implanta en el útero de la mujer.<sup>35</sup>

### 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 - internacional, conocida también como la “constitucionalización del derecho privado”, el Código Civil y Comercial Argentino ha incorporado una tercera fuente filial, a las ya conocidas por naturaleza y por adopción.

Así, el art 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*”.

Dicho artículo, establece la igualdad de efectos de la filiación por adopción plena,<sup>36</sup> por naturaleza o por TRHA,<sup>37</sup> matrimonial y extramatrimonial,<sup>38</sup> expidiéndose los certificados de nacimiento sin indicación de la fuente filiatoria.<sup>39</sup>

Veamos el porqué de esta nueva incorporación. A la filiación por naturaleza o también denominada “biológica” y la filiación adoptiva, estructura general que mantiene del art 240 del Código Civil

33. Herrera, Marisa Lamm, Eleonora; “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”; Publicado en: La Ley 31/07/2013, 31/07/2013, 1 – La Ley 2013-D, 1037 - Cita *On line*. AR/DOC/2899/2013

34. CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros c Costa Rica”.

35. Considerando 264.

36. Medina, Graciela, “La adopción en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, 2012-2-470 y ss, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013. Analizando los principios generales sobre adopción, mencionado en Lloveras, Nora, “La filiación: las fuentes y las acciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial” RDF 66-153 Sección: Doctrina Abeledo Perrot N°: AP/DOC/1071/2014.

37. Confr Kemelmajer De Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, ob cit pp 3 y ss.

38. Cfr: Barón, Luisa, “Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido”, RDF 2014-III-35.

39. 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.

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 propias, que ameritan su regulación en forma autónoma.<sup>40</sup>

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 aquélla 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 volitivo.<sup>41</sup>

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.

Se deriva en consecuencia, que mientras en la filiación derivada de las TRHA el elemento

volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo.<sup>42</sup>

Claramente, tal como advertimos, los problemas que surgían en la práctica con el empleo de estos procedimientos médicos, no se identificaban con los de ninguna de estas situaciones,<sup>43</sup> 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 y disociar 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 de 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 inter-

40. 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.

41. 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.

42. Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*, núm 24, enero 2012, p. 76-91.

43. Roca Trías, E, “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.

nacionales 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.

Va de suyo, que estos principios constitucionales-internacionales son, los que sostienen, en definitiva, con mayor o menor intensidad, el por qué del Código Civil y Comercial, amplían la regulación del derecho filial incorporando, de manera especial, que 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 de 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 a la obra social a 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 vida.<sup>44</sup>

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, cuyo factor determinante, y a modo de adelanto, es la voluntad procreacional debidamente exteriorizada en el consentimiento pleno, libre e informado.

Este concepto, conocido como “voluntad procreacional”, no es nuevo, ya a mediados de los ’60, Díaz de Guijarro la distinguía entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como “el deseo o intención de crear una nueva vida”.<sup>45</sup> 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 TRHA al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad.<sup>46</sup>

Por su parte, Rivero Hernández es quien 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

44. Juz Cont Adm, N° 1 de La Plata, 2010/19/08, C A N y otro/a c/ IOMA 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, MGG c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, elDial.com - AA715A.

45. Díaz De Guijarro, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en JA 1965-III-21.

46. 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.

*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*”<sup>47</sup>

Del mismo modo, y entre nuestros juristas, se destaca Lamm, quien 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*”<sup>48</sup>

Gil Domínguez, avanza un paso más, e incorporando el elemento “psi” a su definición, esgrime que *“desde una perspectiva psico-constitucional-conventional, 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, decisional y autónomo*”<sup>49</sup>

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 vínculo.<sup>50</sup>

Este concepto de filiación fue abriéndose paso, lenta y gradualmente, tanto en sede doctrinal como a través de la construcción jurisprudencial, entendiéndose la “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional” como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

Siguiendo a Gil Domínguez, podemos sostener 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.

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

Mientras agrega que en la 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 pareja de igual o distinto sexo, o bien, puede existir el caso en

47. Rivero Hernández, Francisco, 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, pp 128.

48. Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho* N° 24, enero 2012, Observatori de Bioética i Dret, Barcelona, pp 76-91, [[http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24\\_](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_)

49. Gil Domínguez, Andrés “La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico” ob. cit. pág. 13.

50. Confr. Gil Domínguez, Andrés - famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, T II, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp 833 y ss; Krasnow, Adriana N, “La verdad biológica y la voluntad procreacional”, LL 2003-F-1150; Kemelmajer De Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, LL del 20/9/2010 citado en: Holzman, Daiana M, “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 N° 86 - N N o D G M. B M s/inscripción de nacimiento - 2013-06-18, RDF 2013-VI-69, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2790/2013.

que un hombre o mujer no realizaron el aporte del material genético masculino o femenino, toda vez que lo obtienen de donantes y acuden a la gestación por sustitución, por lo cual y en estos casos, se configura una situación de asimetría absoluta similar a la que existe en la adopción.

De esta forma, observamos, cómo 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 multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como identidad en sentido dinámico.<sup>51</sup>

Lo cierto, de una u otra forma, 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*”.<sup>52</sup>

En derecho comparado, observamos que varios países reconocen expresamente la filiación a favor de quien hubiera expresado su voluntad procreacional.<sup>53</sup> Así, podemos mencionar al respecto, la Ley española 14/2006 (art 6°); el Código Civil de Tabasco, México (art 324); la “*Human Ferti-*

*lisation 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 1.839); 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 1.600, 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 muchos otros.

Ahora bien, 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*”,<sup>54</sup> 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 “*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*

51. Gil Dominguez, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa, “Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia”, 1° ed, Ediar, Buenos Aires 2010, pp 229; Famá, María Victoria, “Padres como los demás...”. Filiación y homoparentalidad en la Ley 26.618 de matrimonio igualitario”, RDF N° 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp 55.

52. Rivero Hernández, Francisco “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 Cecilia P Grosman, Nora Lloveras, Marisa Herrera, 1ª Ed, “Summa de Familia” Doctrina – Legislación – Jurisprudencia, Tomo II, Buenos Aires 2012, Abeledo Perrot, pp 1773.

53. Desde otra perspectiva, descartan la posibilidad de desplazar la filiación de quien ha consentido las TRA, 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 Famá, María Victoria, “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”.

54. El término parent es neutral, abarca madres y padres. Las autoras utilizan esta noción neutra. Para mejor recaudo ver en extenso: Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (*Bleu*)” ob cit Otros autores, por ejemplo, Nicholas 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.

*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”.*

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, tal como lo venimos mencionando 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 legal.<sup>55</sup>

Por último, es dable recordar que los arts 563 y 564 del citado cuerpo legal se ocupan del derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, reconociendo la particularidad que ostenta el derecho a la identidad en las TRHA heteró-

logas, y disponiendo, en el art 563 que “*a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local*”.

Desde este modo, nuestro CCyC vigente ha adoptado un sistema que podemos definir de anonimato relativo. Es decir, ha asumido un posicionamiento ecléctico entre dos polos opuestos: el anonimato absoluto y el levantamiento total del anonimato. En resumidas cuentas, la línea legislativa adoptada es intermedia y equilibrada, de conformidad con todos los intereses en juego. En particular, porque preserva la posibilidad de que las TRHA heterólogas se realicen y que ellas no se vean conculcadas o dificultadas debido a una disminución en las donaciones<sup>56</sup> con las consecuencias nocivas para el desarrollo de esta técnica médica y la posibilidad de que varios niños y niñas puedan nacer en virtud de ella, y que en definitiva replican en las parejas de igual o distinto sexo que acceden a este tipo de técnicas.

De esta forma, con este régimen de “anonimato relativo” de nuestra legislación civil y comercial, se garantiza: 1) la existencia de donantes y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad; y 2) el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético.

Ahora bien, y en relación al derecho del niños nacidos mediante el empleo de estas técnicas, a conocer su origen genético, la norma en análisis diferencia claramente dos aspectos: a) informa-

55. Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (*Bleu*)”, fecha: 12/4/ 2012, cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

56. Tal como ocurre en Inglaterra, que se registraron en el transcurso del año 2014, sólo hubo 9 donantes de semen. La consecuencia principal de haber eliminado el anonimato de la legislación es la disminución de la donación. Ver en extenso: Symons Xavier, “*No anonymity means fewer UK sperm donors*” del 5 de septiembre de 2015, publicado en BioEdge.org. Disponible *on line* en: <http://www.bioedge.org/bioethics/no-anonymity-means-less-sperm-in-uk/11559>

ción no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante); y b) información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante).

Para el acceso a una y otra arista de este derecho a la información genética del donante como proyección del derecho a conocer su origen, derecho derivado del derecho a la identidad en las TRHA, el código prevé un procedimiento diverso. En el primer caso, en referencia a la información no identificatoria, la persona nacida por TRHA puede recurrir directamente al centro de salud y solicitar los datos médicos y/o de salud de su donante (confr art 564 inc a).

En cambio, respecto al acceso a la información identificativa del donante, el mismo código en el inc b del art 564, 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.

De este modo, se asegura a los receptores de gametos de terceras personas ajenas al proyecto parental, que serán ellos quienes han prestado la voluntad procreacional, los padres legales de la persona nacida, otorgándoles la tranquilidad sobre su futuro vínculo legal y disipando cualquier temor a una eventual acción de impugnación de la filiación basada en la ausencia de vínculo genético.<sup>57</sup> También se protege a los donantes con quienes no se puede establecer vínculo de filiación alguno; es decir, en ningún caso podrían ser considerados padres legales ni exigírseles ningún tipo de obligación económica ni jurídica, toda vez que

de tal acto no resulta ninguna responsabilidad legal para ellos.

Por otra parte, la intimidad del donante queda, en principio, garantizada salvo que se encuentren fuertemente comprometidos derechos humanos del niño nacido por técnicas que ameriten levantar el anonimato del donante.

Es dable señalar lo que sostiene Roca Trías al respecto cuando dice que la cuestión del derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad y que ello nunca debe provocar una alteración en las relaciones paterno-filiales establecidas con los sistemas que la ley disponga. De aquí se deduce que lo que se propugna es que no existe un derecho fundamental a que la paternidad/maternidad, constatadas con los sistemas que legalmente se establezcan, coincidan con la realidad biológica. El hacer anónima la donación de gametos dificulta el conocimiento de quien fue el donante y puede llegar a impedir el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad/maternidad; pero esta dificultad es sólo esto y, dado que los datos médicos deben ser conservados, no puede impedirse el derecho a conocer el propio origen, aunque sin consecuencias para la filiación.<sup>58</sup>

### 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

57. Refuerza lo dicho el art 575 del mencionado cuerpo legal al establecer: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”; y el art 577 al disponer que “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”.

58. Roca Trías, E, “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/9 a 2/10/1987), en Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Ed Trivium, Madrid, 1988, pp 43.

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, 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 arts 575<sup>59</sup> y 577;<sup>60</sup> 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 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:

1) *Aporte de gametos para terceros y embriones*: regla general sobre técnicas con material genético propio o gametos de terceros (art 2); límite de edad para el aporte de gametos (art 3); controles previos a los aportantes de gametos (art 4); consentimiento del aportante de gametos y definición de centro de salud (art 5); carácter no lucrativo del aporte de gametos (art 6); carácter rescindible del convenio de aporte de gametos y uso de los gametos para fines propios (art 7); límite de aportes de gametos para un máximo de 6 personas o parejas (art 8); reglas sobre la confidencialidad del aporte de gametos o embriones (art 16).

2) *Crioconservación y destino de gametos y embriones*: regulación de la conservación de gametos y embriones en los centros autorizados (art 9); posibilidad de conservación de gametos para uso futuro en caso de enfermedad (art 10); límite en el plazo de conservación de gametos aportados para terceros (art 11); límite en la crioconservación de gametos o embriones de los beneficiarios y exigencia de contrato previo sobre el destino de los embriones (art 12); posibilidad de “donar” gametos o embriones a los centros de salud y de abreviar el plazo de crioconservación (art 13).

3) *Prohibiciones y legalizaciones*: prohibiciones y distinción entre embriones viables y no viables (art 14); prohibición de selección fenotípica de gametos o embriones (art 15); criterio médico para la determinación del número de ovocitos a fecundar (art 17); legalización del diagnóstico genético preimplantatorio (art 18).

4) *Disposiciones administrativas*: deber de información de los centros de salud a la autoridad de aplicación (art 19); funciones del Registro Único de Establecimientos establecido por el art 4 de la Ley 26.862 (art 20); el Ministerio de Salud como

59. 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”.

60. Este articulado se refiere a un principio obvio o propio de la filiación por TRHA: la inadmisibilidad de la acción de impugnación al disponer que “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”.



autoridad de aplicación (art 21); deber de conformar un Comité Asesor Honorario Ad Hoc (art 22); promoción de las técnicas en el país (art 23); elaboración de protocolos específicos (art 24).

5) *Responsabilidad e infracciones*: responsabilidad de los centros de salud y deber de contratar seguro (art 25); enumeración de infracciones (art 26); competencia de la autoridad de aplicación para sancionar (art 27); criterios para la graduación de las sanciones (art 28); sanciones previstas para las infracciones (art 29); procedimiento para los sumarios por infracciones (art 30); destino de lo recaudado por infracciones (art 31).

6) *Normas finales*: previsión presupuestaria (art 32); entrada en vigencia y derechos adquiridos (art 33); carácter de orden público de la ley e invitación a que las provincias adhieran (art 34); 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 a la implementación 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 N° 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 internacionales de derechos humanos a través del bloque constitucional federal por el receptados.

Cabe traer a colación las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas el pasado 1, 2 y 3 de octubre, en donde se advir-

tió por unanimidad la necesidad de que “*el Estado (Ministerio de Salud) cree y mantenga actualizado el Registro Único de donantes, eslabón necesario para efectivizar el derecho de acceso a la información contemplado en el art 564 del CCyCN en una ley especial*”.<sup>61</sup>

Quizás sea ésta una de las aristas más inmediatas y urgentes que posibilite 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, máxime la creación de Registro Único de donantes que permitirá efectivizar el derecho de acceso a la información, sobre todo teniendo en cuenta que ya contamos con precedentes jurisprudenciales. Nos referimos al caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, del 29/04/2014,<sup>62</sup> en el que los padres de dos personas menores de edad concebidas en virtud de técnicas de reproducción asistida heterólogas, 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 aquéllas, 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. La Cámara 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, a 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

61. Ver en extenso las conclusiones arribadas en la Comisión 6 sobre “Identidad y Filiación”, disponibles *on line* en: <http://jndcbahia-blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>

62. 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 N°: AR/JUR/30908/2014.

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 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.

### Palabras de cierre

Tras la sanción del matrimonio igualitario en Argentina, a mediados del año 2010, Kemelmajer y Herrera ya señalaban que la regulación de la procreación asistida no podía esperar<sup>63</sup> dado los cambios que se introducían en el marco del régimen de matrimonio civil, máxime cuando en materia de filiación se reflejaban las carencias normativas y axiológicas frente a las transformaciones sociales que se fueron sucediendo y que precipitaron una marcada distancia entre norma y realidad, aun después de la reforma constitucional del '94.

Lo cierto es que hemos recorrido un largo camino que fue abierto lenta y progresivamente, tan-

to por la jurisprudencia nacional como regional<sup>64</sup> como por los valiosos aportes de la doctrina, y que a partir de la sanción de la Ley 26.862 de cobertura médica de TRHA y su decreto reglamentario 956/2013, se visibilizó la complejidad del tema y nos obligó 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 la parejas de diferente sexo, pero no así en las de igual sexo.

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 familiar<sup>65</sup> mediante el reconocimiento de todos los tipos de familias.

En este marco, la legislación argentina, 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 aún frente a todo este avance legislativo, todavía queda un saldo pendiente, a pesar de los proyectos de ley recientemente presentados:<sup>66</sup> legislar en materia de gestación por sustitución y reproducción *post mortem*.

63. Para una mejor profundización del tema compulsar: Kemelmajer De Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, “Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, en LL del 4/6/2010.

64. En referencia particularmente a los fallos de la CIDH, Corte IDH “Fornérón e Hija vs Argentina”, “Atala Riffo y Niñas vs Chile” y “Artavia Murillo y Otros S/ Costa Rica”.

65. Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo “El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación” JA, 20-4-2005. Este paradigma postula la unidad y solidaridad familiar, igualdad de los cónyuges, democratización de las relaciones, corresponsabilidad de ambos progenitores, autonomía de niños y adolescentes, libertad, tutela especial a las personas vulnerables, autonomía en las relaciones familiares, etc.

66. La Senadora Laura Montero ha presentado el pasado 8 de septiembre en la Cámara Alta un proyecto de ley ingresado bajo el número 25.74/15, que tiene por objeto regular la gestación por sustitución a los efectos de garantizar el interés superior del niño que nace de esta técnica, proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen en él y básicamente brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica. Para más información, véase en extenso dicho proyecto en: <http://www.lauramontero.com/wp-content/uploads/2015/08/Proyecto-Ley-gestacion-x-sustituci%C3%B3n-Prensa.pdf>