



TFG

PROYECTO PIA

ABOGACIA

“Reproducción Asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial Unificado”

DECANA: MARIA EUGENIA CANTARERO

ALUMNO: MARIA LAURA AGUIRRE NAHIEM

LEGAJO: VABG5596

AÑO: 2016

PALABRAS CLAVES: reproducción asistida, gametos, conflictos, derechos, niño

KEY WORDS: assisted reproduction, gamete, conflicts, rights, child

ABSTRACT

La aplicación de técnicas de reproducción asistida en seres humanos ha creado un nuevo espacio de discusión ética y jurídica en cuanto a sus implicaciones en el derecho. Su uso se deriva de los avances científicos para lograr la fertilización en parejas que sufren patologías de infertilidad, aunque también se ha extendido a la satisfacción de otros intereses. Este trabajo tiene por objeto investigar cuáles son los problemas jurídicos más relevantes y los eventuales conflictos de derechos que pueden surgir como consecuencia de la utilización de las técnicas de reproducción asistida entre las personas que participan de ellas. Partiendo de la base de que el derecho a la procreación no es ilimitado, como no lo es ningún derecho subjetivo, y su límite esencial está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear, se toma como pauta rectora del análisis, el interés superior del niño. El objeto de estudio es la regulación legal de las TRA en Argentina, en el marco del Unificado Código Civil y Comercial, evaluando la proporcionalidad de sus normas y confrontando la misma con otras posturas existentes en el derecho comparado.

The application of assisted reproduction techniques in humans has developed a new space for ethical and legal discussion about their implications for the law. Its implementation is derived from scientific advances to achieve fertilization in couples suffering from infertility pathologies. Although its use has been extended to satisfy other interests. This work aims to investigate what are most relevant legal issues and possible conflicts of rights which may arise from the use of assisted reproduction techniques among people who participate in them. Starting from the base that the right to procreate is not unlimited, as it is not an individual right and its essential limit is in the right of others, especially on the potential rights of the child to be born, it is taken as the governing pattern of analyzing the interests of the child. The object of study is legal regulation of ART in Argentina, under the Unified Civil and Commercial Code, to assess the proportionality of its rules and confronting it with other existing positions in comparative law.

INDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPÍTULO I | 12 |
| Contexto y conceptualización de las técnicas de reproducción humana asistida | 12 |
| 1. Breve análisis de las técnicas de reproducción asistida y su evolución | 12 |
| 2. Fundamento normativo que dio origen a su regulación y necesidad de su existencia | 14 |
| 3. Marco metodológico | 15 |
| 4. Importancia de la voluntad procreacional en las técnicas de reproducción asistida | 18 |
| 5. Reflexiones finales | 19 |
| CAPÍTULO II | 20 |
| El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina..... | 20 |
| 1. Estudio de los instrumentos normativos que conforman el marco jurídico argentino | 20 |
| 1.1 Ley N° 14. 208 de la Provincia de Buenos Aires. Decreto Reglamentario 2980/10..... | 20 |
| 1.2 Ley Nacional N° 26.862 de reproducción médicamente asistida. Procedimientos y técnicas médico asistenciales. Decreto 956/13 Reglamentación Ley 26.862..... | 21 |
| 1.3 Jurisprudencia Nacional respecto de la aplicación de la Ley 26.862 y Decreto 956/13 . | 23 |
| 1.4 Unificación del Código Civil y Comercial de la República Argentina | 25 |
| 2. Reflexiones finales | 28 |
| CAPÍTULO III..... | 29 |
| Problemas jurídicos relevantes que acompañan a las TRA. Posibles conflictos de derechos entre sus partícipes..... | 29 |
| 1. Análisis de los supuestos en que pueden verse vulnerados los derechos de las personas que utilizan TRA..... | 29 |
| 1.1 Derecho a la vida e integridad física del niño concebido por TRA..... | 30 |
| 1.2 Derecho a la intimidad de los donantes de gametos. Anonimato e identidad. | 31 |
| 1.3 Derecho del niño a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. Derecho a la identidad del menor: Posturas doctrinarias al respecto (derecho amplio o derecho restringido)..... | 34 |
| 1.4 Maternidad por subrogación..... | 38 |
| 2. Filiación por TRA | 40 |
| 3. Reflexiones finales | 42 |

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO IV | 44 |
| Diferentes soluciones normativas: Derecho comparado y Derecho argentino | 44 |
| 1.Derecho comparado | 44 |
| 2.Derecho Argentino | 45 |
| 3.Vacíos legales en el derecho argentino: gestación por sustitución y filiación post mortem. Posturas en derecho comparado al respecto | 46 |
| 4.Reflexiones finales | 50 |
| CONCLUSIONES | 51 |
| LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA | 54 |
| Doctrina..... | 54 |
| Jurisprudencia..... | 60 |
| Legislación | 62 |

INTRODUCCIÓN

Una de las características de los tiempos en que vivimos, es que las relaciones familiares están siendo objeto de profundos y permanentes cambios; que se han trasladado a todo el derecho de familia.

Si bien este derecho ha estado siempre en constante evolución, los cambios a los cuales se enfrenta actualmente, como consecuencia de las nuevas tecnologías reproductivas, van más allá: lo transforman. Muchas de sus figuras jurídicas han cambiado radicalmente, no siendo ya las que eran. A su vez, muchos de los conceptos clásicos del derecho de familia han quedado obsoletos o se han visto desbordados como consecuencia de estas nuevas formas de reproducción (Lamm, E. 2012, pg. 78)

Por cierto, es cada vez mayor el número de personas que para cumplir el deseo de ser padres acude a la reproducción asistida. La misma comprende los procedimientos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo que por diversas razones no puede lograrse naturalmente.

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida (en adelante TRA) consisten en un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr el embarazo, e incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo.”¹

Los tratamientos de reproducción asistida encierran múltiples aspectos con claras proyecciones bioéticas, sociales y psicológicas y demandan la reformulación de los principios tradicionales sobre los cuales se asienta el régimen filial argentino a la luz de los avances biotecnológicos que dan cuenta de la utilización creciente de TRA. Demandan también, la tolerancia y reconocimiento social de las nuevas realidades que han transformado el derecho de la familia de este milenio (Cubillos, J. 2013, pg. 23).

¹ CIDH (2012) “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”. Recuperado el 25/06/15 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Pero lo cierto es que la armonización de los derechos en juego, y la adaptación de un sistema normativo a los nuevos modelos de familia no es una labor sencilla, y genera profundos debates e intercambios de opiniones, formuladas desde la diversidad de disciplinas que toca una temática compleja.

La ardua tarea del legislador consiste, entonces, en “desarrollar soluciones justas y lógicas a los problemas que surgen cuando los derechos de las personas entran en conflicto con las nociones tradicionales de familia” (Lamm, E. 2012, pg. 79).

Si bien en nuestro país en los últimos dos años se produjeron grandes avances normativos al respecto, el reciente aval legislativo no deja de generar interrogantes, en un entretejido de derechos e intereses en el cual los roces aparecen como situaciones inevitables.

La problemática de las TRA con frecuencia se analiza desde la perspectiva del hombre o mujer que acuden a ellas en la búsqueda de un hijo; del tercero que aporta gametos, o de la mujer que presta su vientre para la gestación en el caso de la maternidad por subrogación. Y muchas veces se posterga la protección del hijo, quien justamente es el que mayor amparo requiere dada su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo. El presente trabajo visualiza los eventuales conflictos entre los partícipes de las TRA, proponiendo soluciones a ellos, tomando como pauta rectora del análisis el interés superior del hijo concebido (Turner, S, Molina, M, Momberg, R 2000).

El examen se realiza a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados internacionales con jerarquía constitucional, tomando como guía el principio de proporcionalidad, el cual responde a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la regulación legislativa (Sánchez Gil, R. 2007).

Corresponde señalar que el primer valor y derecho que está expuesto en la realización de las TRA es la vida de la persona humana que se busca concebir y su inviolabilidad absoluta. Vida que comienza en el momento de la fecundación, por medio de la unión de un gameto femenino (ovocito) con uno masculino (espermatozoide), con independencia del lugar en donde se produzca (ya sea dentro o fuera del seno materno).

Comprender ello nos permite abordar las cuestiones que supone el uso de las biotecnologías en la transmisión de la vida humana desde un enfoque jurídico, a fin de garantizar que el uso de las mismas no destruya lo que constituye el primordial derecho del hombre.

Es importante destacar que la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/13 tiene como único objeto garantizar el acceso integral a las TRA, y el vacío existe respecto del primordial bien que debe resguardarse: la vida e integridad de los niños que sean concebidos a través del uso de las técnicas.

Se considera que las situaciones que pueden poner en riesgo este derecho tienen que ver con la manipulación de embriones, con el descarte de los que no fueron implantados transcurrido el tiempo estipulado por los institutos de fertilidad para mantenerlos crioconservados, y sin que los padres hayan renovado su consentimiento.

También con la limitación de concebir únicamente la cantidad de embriones que vayan a ser transferidos al útero de la mujer en el mismo tratamiento que se realiza, por lo general no más de tres, ya que en mayor cantidad la tasa de mortalidad es mucho más elevada. Y esta limitación no debe ser interpretada como un atentado al derecho a la salud reproductiva, sino tan solo una limitación razonable conforme el artículo 28 de la Constitución Nacional.²

Continuando con los derechos involucrados, entran en juego además la intimidad de los donantes de gametos, cuyo resguardo se vincula con que otras personas no tengan conocimiento del empleo que deciden hacer éstos de sus aptitudes genésicas, y está íntimamente relacionado con la preservación, o no, del anonimato que adopta cada legislación.

Respecto de la pareja que consintió en la TRA, la intimidad se vincula con la posibilidad de que la identificación del donante traiga como consecuencia develar la ineptitud para concebir que tiene aquel cuyos gametos son suplidos por el tercero y, la relación puramente formal que une ya sea a uno, o a ambos, con el niño (Turner et al, 2000).

Motivo por el cual pueden querer preservar este dato al conocimiento de su hijo, punto en el cual se alza el derecho del menor a conocer su origen genético.

Además, el derecho a formar una familia constituye uno de los derechos naturales básicos inherentes a la condición humana y como tal, encuentra reconocimiento constitucional en diversos instrumentos internacionales de igual jerarquía. Comprende tanto la facultad de elegir la cantidad

2 Cám. 4ta Apel. Civ, Com, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (2014) "B., I. G. y otros c. OSEP s/ acción de amparo." LA LEY. Recuperado el 14/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000014fcbd7ff1c26213a29&docguid=iE74959A2205CFBABBCC9C97498DD705E&hitgu id=iE74959A2205CFBABBCC9C97498DD705E&spos=3&epos=3&td=521&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&cont ext=46&crumb-action=append>. (Sentencia de fecha 29/12/14)

de hijos, como regular el tiempo entre cada nacimiento o decidir no tener descendencia. Por lo tanto, siendo el derecho a formar una familia la base para garantizar el acceso a las TRA, los derechos reproductivos deberían interpretarse en relación directa con el mismo. La vulneración puede darse ante la negativa de las obras sociales y prepagas de brindar cobertura para los tratamientos, ya que esta decisión dejaría sin la oportunidad de fundar una familia y de tener hijos a quienes por razones de salud, no puede engendrar naturalmente.³

Respecto del derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico que tiene toda persona, puede presentarse el choque de dos intereses: el deseo de la persona que nació por TRA con donación de gametos de conocer su origen genético. Y por otra parte, el derecho del donante a que se mantenga su anonimato, ya que éste no prestó su voluntad para ejercer la filiación de ese niño, si no que aportó su material genético para que otras personas con voluntad procreacional lo hagan.

En las TRA no existe vínculo jurídico alguno entre el niño con el donante de gametos, porque quienes nacen a través de ellas ya tienen un vínculo jurídico y es el que los une con quienes prestaron la correspondiente voluntad procreacional.

En cuanto a la filiación, el conflicto puede presentarse en el supuesto de que la persona concebida por TRA heterólogas, es decir realizadas con gametos de un tercero, pretenda ejercer acciones filiatorias respecto del mismo. Lo que ocurre en este supuesto es que siempre falta el vínculo genético; la filiación se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado, y éste blinda la posibilidad de impugnar. Como consecuencia de ello, tanto la determinación de la filiación como el régimen de impugnación de la filiación deben ser diferentes (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012).

Ante los posibles conflictos de intereses que se mencionaron y con el objeto de hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales, es el interés del hijo el que debe primar, teniendo

3 Cám. 4ta Apel. Civ, Com, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (2014) “B., I. G. y otros c. OSEP s/ acción de amparo.” LA LEY. Recuperado el 14/09/15 <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000014fcbd7ff1c26213a29&docguid=iE74959A2205CFBABBCC9C97498DD705E&hitgu id=iE74959A2205CFBABBCC9C97498DD705E&spos=3&epos=3&td=521&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&cont ext=46&crumb-action=append>. (Sentencia de fecha 29/12/14)

siempre presente que ello no puede llevarnos a considerar sus derechos como absolutos frente a los demás involucrados (Turner et al, 2000).

En Argentina la Ley N° 26.862 garantizó el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida. Luego, en 2014, la unificación del Código Civil y Comercial estableció modificaciones sustanciales en materia de filiación, inspiradas fundamentalmente en la necesidad de adecuar el régimen vigente a los principios constitucionales, a los tratados internacionales de derechos humanos y a los progresos médicos y científicos.

Por último, si bien nuestra normativa no reguló aún la figura de la maternidad subrogada, resulta un aporte interesante a esta investigación analizar los problemas jurídicos que se vinculan a ella, y las soluciones adoptadas al respecto en otras legislaciones.

Ya que con los avances de la tecnología y su repercusión en la sociedad se producen las llamadas “disociaciones” entre concepción, gestación y parto, pudiendo la mujer que da a luz ser simple gestante, sin ningún vínculo genético con el nacido, si en su útero fue implantado un embrión obtenido en laboratorio con material genético de otra mujer que aportó sus óvulos, o inclusive, puede darse el caso de que esté implicada una tercera mujer, que tiene la voluntad de convertirse en madre pero sus óvulos no son aptos para concebir ni su estructura uterina para gestar. También será necesaria la intervención de una mujer ajena a la pareja en el caso de uniones homosexuales masculinas, ya sea aportando o no sus propios óvulos para combinarlos con el semen de unos de los hombres integrantes de la pareja o de un tercero (Valdés Díaz, C., 2015).

Por lo tanto la certeza sobre la maternidad deja de ser indubitada, resultando imperioso que nuestro derecho civil encuadre esta figura.

Respecto de los aspectos regulados por nuestra normativa, nos atrevemos a adelantar que si bien preserva el anonimato de los donantes de gametos para la realización de TRA, indica los supuestos de acceso del hijo a la información genética, y declara inadmisibles el reconocimiento ni el ejercicio de acción o reclamo alguno de vínculo filial respecto de donantes de gametos; existe una esfera íntima entre padres e hijos, donde cada progenitor es el principal artífice de la identidad del niño así concebido.

“Además no se priva a la persona nacida mediante TRA del derecho a conocer su origen genético; tiene la posibilidad de acceder a esa información, pero mediante un trámite judicial en el

que deben encontrar protección los otros intereses involucrados, los del donante, todo a la luz del principio de proporcionalidad” (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012, pg. 2).

Por lo expuesto, se considera que en un marco donde existe colisión de derechos de envergadura constitucional, el régimen legal argentino logra un adecuado equilibrio entre los derechos a formar una familia, a la intimidad de la pareja y de los aportantes de gametos, y a la identidad del menor concebido por estos métodos, resguardando el interés superior del hijo y asegurando la protección de vínculos estables como así también la manutención del orden general de la filiación.

Para la demostración de la hipótesis de trabajo resulta fundamental analizar exhaustivamente la regulación legal de la reproducción asistida en el marco jurídico argentino, siempre bajo la óptica del principio directriz: el interés superior del niño.

Se examinará el contenido y recepción de la protección integral que tiene el hijo como sujeto de derecho en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con igual jerarquía, los supuestos en los que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación permite el acceso a la información genética de la persona concebida por técnicas de reproducción asistida heterólogas, diferenciando conceptualmente el derecho a conocer el origen genético del derecho a la información genética. La figura de la voluntad procreacional como fuente de la filiación merece también el estudio, dada la importancia de su incorporación en la materia.

Además, será necesario referirse a las tendencias en derecho comparado respecto del anonimato de los aportantes de gametos y derecho a la identidad del menor, para poder realizar un cotejo de las distintas soluciones legales que se presentan en el contexto mundial e identificar la adoptada por nuestra normativa.

El desarrollo del TFG comprenderá cuatro partes fundamentales. La primera de ellas es a modo introductorio y contiene los conceptos técnicos y médicos necesarios para poder comprender, luego, los problemas jurídicos derivados de la temática de la reproducción asistida. Se conceptualizará la infertilidad, las diferentes técnicas de reproducción asistida que existen actualmente, sus comienzos y evolución, el fundamento normativo que dio origen a su regulación, y el porqué de la necesidad de su existencia. Además se incluyen los aspectos metodológicos que se utilizaron en la presente investigación.

La segunda parte se refiere al régimen normativo, al estudio de cada uno de los instrumentos que regulan la temática de esta investigación, y a la observación de las problemáticas derivadas de su aplicación a través del análisis de la jurisprudencia nacional. Es que ante los grandes cambios producidos en la noción tradicional de familia, los juristas argentinos se vieron obligados a repensar este concepto, como así también a revisar la concepción de filiación.

Se comenzará con el análisis de la Ley Provincial 14.208 y su Decreto Reglamentario 2980/10 sancionados ambos en el año 2010, con vigencia exclusivamente la Provincia de Buenos Aires, los cuales brindaron una cobertura médica acotada y con varios requisitos.

Continuando con el estudio de la Ley Nacional N° 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13. Si bien ambos regularon la cobertura médica obligatoria de los tratamientos de reproducción asistida para todo el territorio de la República Argentina, lo hicieron de manera amplia, omitiendo pronunciarse sobre algunos aspectos trascendentales. Los debates generados a partir de su sanción abarcan desde cuestiones económicas (límites impuestos a las coberturas de los tratamientos y los prestadores habilitados), a cuestiones bioéticas (aspectos derivados de las prácticas de donación de gametos y criopreservación), y otras cuestiones no tratadas, como filiación y al derecho a la identidad de los concebidos.

La jurisprudencia representa un claro reflejo de la necesidad de adecuar las legislaciones a los grandes cambios producidos en los paradigmas familiares. A través del análisis de la reciente y abundante cantidad de fallos, se analizarán los problemas prácticos que presenta en su aplicación la normativa.

Posteriormente, se estudiará la unificación del Código Civil y Comercial, el cual introduce en el Título V Capítulo 2, normas atinentes a la reproducción humana asistida, y a partir de ello cambios sustanciales en materia de filiación al incorporar la figura de la “voluntad procreacional” como nueva fuente de la misma.

Analizado el marco jurídico, la tercera abarcará el examen de los distintos supuestos en que se pueden ver vulnerados los derechos del menor concebido por TRA, como así también las situaciones en las que se confrontan los sujetos de derecho que participan en ellas, incluyendo las opiniones doctrinarias al respecto. La cuarta y última parte examinará las tendencias en derecho comparado identificando dentro del escenario internacional la postura adoptada por la legislación argentina.

CAPÍTULO I

Contexto y conceptualización de las técnicas de reproducción humana asistida

En el presente apartado se pretende realizar un acercamiento a la temática de las TRA, para poder luego adentrarnos en los aspectos involucrados en torno a su aplicación. Lo cual implica no sólo entender en qué consisten desde el punto de vista científico, si no principalmente vislumbrar las cuestiones jurídicas que de ellas surgen, punto sobre el que gira este trabajo de investigación.

Es evidente que este asunto en las últimas décadas dejó de ser patrimonio exclusivo de la medicina, de la investigación científica y de la legislación, para adquirir verdadera relevancia social.

Y como suele pasar con todos los temas que invitan a revisar conceptos tradicionales, la mirada sobre las TRA no es ni puede ser igual para todos. Nuestro punto de partida es explicar la necesidad de su regulación, reconociendo que no sólo están presentes en la realidad social, sino que ameritan un enmarque legal, con principios, reglas y soluciones jurídicas propias. (Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M, Lamm, E., 2012)

1. Breve análisis de las técnicas de reproducción asistida y su evolución

El primer nacimiento de un ser humano mediante inseminación artificial ocurrió en Inglaterra, en el año 1790, por la iniciativa de John Hunter. Luego, en los años 1953 a 1955, gracias a la labor de médicos norteamericanos se logra un dominio de estas técnicas posibilitando los tantos embarazos que se registran hasta hoy.

A partir de 1978, con el nacimiento de Louise Brown, en Gran Bretaña, comienza una verdadera revolución biológica ya que la concepción de la primer bebé de probeta fue posible por la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro (FIV) realizada por los doctores Patrick Steptoe y Robert Edward, su valioso aporte abrió las puertas a todo el conjunto de técnicas que hoy conocemos como reproducción asistida (Aizenberg, M., 2012).

En doctrina, las TRHA han sido definidas como “el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos -extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y

su combinación con el esperma- conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. (Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M, Lamm, E., 2011, pg.1)

Las mismas pueden ser de baja complejidad, como la inseminación artificial, que consiste en colocar espermatozoides previamente seleccionados en el laboratorio dentro de la cavidad intrauterina en el momento en que la mujer está ovulando. Se utiliza mayormente en parejas que tienen dificultades en el trayecto de los espermatozoides desde la vagina hasta el interior del útero o en aquellos casos en los que el semen requiere ser tratado o seleccionado previamente por distintos motivos.

O bien pueden ser de alta complejidad, como la fertilización in vitro (FIV), en el cual se fertilizan los gametos (óvulos y espermatozoides) en el laboratorio (in vitro) para luego transferir los embriones al útero con el objeto de que continúen su desarrollo natural, hasta adquirir la capacidad de implantarse en la capa interna del útero que es el endometrio. Este procedimiento está especialmente indicado para parejas con infertilidad de larga data, aquellas con causas severas de infertilidad, o para las que han intentado sin éxito otros tratamientos previos, de menor complejidad.

Un hito en la evolución de la reproducción asistida lo constituye la criobiología. La misma estudia la congelación de células y tejidos, lo que permite la preservación de células por tiempos prolongados manteniendo sus propiedades biológicas una vez descongeladas. Se han desarrollado protocolos eficientes de congelación y descongelación que posibilitan preservar células y tejidos a temperaturas de hasta -160°C sin afectar su estructura y funcionalidad. En la actualidad existen dos técnicas de criopreservación: la criopreservación lenta y la vitrificación. Esta última es la más nueva y la que se utiliza en la actualidad permitiendo una evolución embrionaria muy similar a la que ocurre en fresco.⁴

También puede utilizarse el controvertido procedimiento de la maternidad sustituta o subrogada, el cual permite que una mujer desarrolle el embarazo y dé a luz entregando luego al recién nacido a la pareja comitente, que es la que tiene la voluntad procreacional. Hoy también es

4 [Tratamientos, alta y baja complejidad en la reproducción asistida] *Pregna Medicina Reproductiva*. (s.f) Recuperado el 04/09/15 de <http://pregna.com.ar/tratamientos/>

la vía que utilizan parejas homosexuales masculinas para materializar su deseo de ser padres (Valdés Díaz, C. 2015).

Las TRA, como se puede apreciar, dan lugar a situaciones que sin duda movilizan los cimientos sobre los cuales se asienta la familia tradicional. Permitiendo el embarazo de mujeres a edades avanzadas, de mujeres solas, con óvulos provenientes de otra mujer o con material genético masculino proveniente de una persona distinta de su pareja; e incluso el embarazo de una mujer, con o sin óvulos propios, para una persona o pareja comitante heterosexual u homosexual, como ocurre en la maternidad subrogada (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012, pg.7).

2. Fundamento normativo que dio origen a su regulación y necesidad de su existencia

En las últimas décadas una serie de circunstancias pusieron en crisis la familia tradicional matrimonial, centrada en la procreación por naturaleza, desde que socialmente conviven otros modos de vivir en familia y otras formas de procreación, todos fundados sobre el mismo eje central: el afecto (Kemelmajer de Carlucci A, Herrera, M, Lamm, E. 2012, pg. 5).

La Ley N° 26.618 por ejemplo, introduce modificaciones sustanciales en nuestra ley positiva al permitir el matrimonio a todas las parejas, con independencia de su orientación sexual.

“Estas circunstancias imponen que el legislador acorte la brecha existente entre derecho y realidad y termine de adecuar la ley interna a los valores superiores marcados por el derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012, pg. 4).

Ante la constatación de que las TRA han puesto en crisis los principios del derecho filial, se requiere un derecho civil que no guarde silencio ante lo que hoy es fácticamente posible. En la elevación de la propuesta de reforma y unificación del Código Civil y Comercial se expusieron los lineamientos y principios que la inspiraron, los que se traen a colación ya que nos permiten entender los fundamentos de la misma, y la necesidad de aceptación y regulación de los nuevos modelos de familia.

Los pilares de la reforma son: el principio del interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3 de la ley 26.061); el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 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 art. 11 de la ley 26.061); la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, y el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012, pg. 44-45).

3. Marco metodológico

Del tipo de estudio que se pretende realizar depende la estrategia de investigación y tanto los datos que se recolectan, como así también la manera de obtenerlos son distintos en cada uno de ellos. En la práctica, cualquier estudio puede incluir elementos de más de una de estas cuatro clases de investigación. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010)

Los estudios pueden ser exploratorios, descriptivos, correlacionales y explicativos. Los primeros investigan problemas poco estudiados, desde una perspectiva innovadora. Cuando nuestro conocimiento del tema es impreciso, de modo tal que nos impide sacar conclusiones sobre qué aspectos son relevantes y cuáles no, se requiere en primer término explorar e indagar.

Al momento de realizar este trabajo de investigación se determinó que el mismo es principalmente exploratorio, con ciertos elementos descriptivos, dado que la temática de la reproducción asistida es muy novedosa en cuanto a su regulación legal, y el reformado Código Civil y Comercial recientemente entra en vigencia, por lo cual resulta necesario explorar y analizar las fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales. Con tinte descriptivo, ya que en esta investigación, como enseña Hernández, Fernández y Baptista (2010), se busca también especificar propiedades, características y rasgos importantes del fenómeno objeto de análisis.

Como estrategia metodológica se utilizó el método cualitativo, el cual se enfoca en comprender y profundizar los fenómenos y tiene como principal objetivo científico la comprensión de los hechos.

Creemos que por ello resulta el más adecuado, teniendo en cuenta además de que es recomendable cuando el tema del estudio ha sido poco explorado (Hernández et al 2010).

Tal como manifiestan Yuni y Urbano (2006), la búsqueda de información bibliográfica, implica la detección y selección de materiales significativos para el investigador, en función del/los interrogante/s que se plantean.

Según los mencionados autores, las fuentes de información se pueden definir como aquellas obras o productos de comunicación científica, y en el presente trabajo se emplearon tanto primarias, como secundarias y terciarias.

Las fuentes primarias son aquellas en las que los autores informan directamente de los resultados de sus estudios, a través de libros, artículos en revistas especializadas, monografías, e incluso tesis. En el presente trabajo se utilizaron fuentes primarias tales como el plexo normativo existente en la materia (leyes, decretos reglamentarios, Código Civil y Comercial, Tratados Internacionales), jurisprudencia nacional, trabajos de tesis de diferentes universidades y artículos de revistas especializadas.

Las fuentes secundarias se denominan así porque someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias. Las organizaciones académico-científicas encomiendan a expertos en el tema que recopilen y analicen la producción realizada en ese campo en un lapso determinado de tiempo. En esta investigación se utilizaron numerosos artículos de doctrina y manuales, los cuales permiten tener rápidamente una visión del estado actual del debate en ese tema y detectar hallazgos relevantes.

Las fuentes terciarias o de referencias generales son documentos que compendian nombres y títulos de revistas y otras publicaciones periódicas, así como nombres de boletines, conferencias y simposios, catálogos de libros básicos, lista de nombres de centros de investigación, universidades y fundaciones que pueden haber realizado trabajos sobre el tema. Estas fuentes son una ayuda invaluable ya que permiten acceder rápidamente a una serie de referencias, en base a las cuales se detectan las fuentes anteriores (Yuni y Urbano, 2006, pg. 85-86).

En el presente se emplearon bases de datos, sobre todo aquellas del ámbito legal como por ejemplo Infojus, Infoleg, La Ley on line, que contienen listados de doctrina, jurisprudencia y legislación. Se consultan bibliotecas jurídicas virtuales como la de la UNAM, que facilita listado de libros y publicaciones periódicas, la biblioteca digital de la UNCUIYO que permite acceder a

listados de revistas y trabajos de tesis, como así también a libros electrónicos, el Centro de información judicial, que provee jurisprudencia y noticias sobre los fallos más recientes.

Ya que los documentos son una fuente de datos cualitativos muy valiosa se utilizó en este trabajo la técnica de recolección de datos llamada revisión documental, haciendo revisión de la legislación nacional, jurisprudencia y doctrina.

Respecto a las estrategias de análisis, existen diversas técnicas cualitativas que resultaron útiles para el desarrollo de la investigación como el análisis de contenido, el cual se utilizó al momento de ahondar e investigar sobre la regulación legal que presenta el tema en estudio.

“Con esta técnica se pretenden analizar las ideas expresadas en el texto, siendo el significado de las palabras o frases lo que intenta cuantificarse. Se sitúa en el ámbito de la investigación descriptiva y pretende descubrir los componentes básicos de un fenómeno determinado extrayéndolos de un contenido” (Figueras Rábano et al, 2005).

El estudio de casos es otra de las técnicas cualitativas empleadas, “es un instrumento o forma de investigación que implica el examen intensivo y profundo de un mismo fenómeno u objeto de interés lo que supone un proceso de indagación sistemática que se caracteriza por el examen detallado y comprensivo del caso objeto de interés” (Figueras Rábano et al, 2005, pg. 2).

Se recurrió a éste durante el examen de los casos jurisprudenciales de distintos órganos judiciales, en la búsqueda de interiorizarnos en la aplicación práctica que presenta en nuestro país la normativa en reproducción humana asistida.

Se utilizó también la entrevista cualitativa, que a diferencia de las entrevistas cuantitativas, estructuradas y estandarizadas, son más íntimas, flexibles y abiertas. Consisten en “una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (entrevistador) y otra (entrevistado) u otras (entrevistados)” (Hernández et al, 2010, pg. 418).

Las mismas permiten obtener información personal detallada, por lo cual puede resultar de suma utilidad entrevistar a personas que posean conocimientos específicos sobre la temática abordada. En este trabajo se empleó una entrevista realizada por una periodista al Dr. Pasqualini, especialista en fertilidad de la Clínica Halitus, Buenos Aires y a la Sra. Estela Chardon, psicóloga y fundadora de la Fundación Concebir, ente que presta apoyo a personas con problemas de

fertilidad, y además, como protagonista de la temática abordada en esta investigación, brinda su testimonio junto a su hija, concebida través de TRA con ovodonación.⁵

Respecto de la delimitación temporal y nivel de análisis, el estudio de la regulación de la reproducción asistida en la Argentina comienza a nuestro juicio, con el análisis de la Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida, sancionada en 2013 y del pertinente decreto reglamentario 956/13. Hasta ese momento en nuestro país no estaba regulada la materia a nivel nacional. Para luego continuar con el análisis del reformado Código Civil y Comercial el cual entró en vigencia el 1 de agosto del corriente y dedica un capítulo a la reproducción asistida.

El nivel de análisis comprendió el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia del ámbito nacional, con reseña de las tendencias adoptadas en derecho comparado.

4. Importancia de la voluntad procreacional en las técnicas de reproducción asistida

La filiación por naturaleza y por adopción son reguladas en la mayoría de las leyes, la primera atribuye la paternidad en base al matrimonio con la madre o la prueba genética de que alguien es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial. Pero cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, los problemas que surgen no se identifican con ninguna de las dos situaciones anteriores (Kemelmajer de Carlucci et al 2012).

Antes de la aparición de las TRA, sólo existía la procreación por medios naturales, a través del acto sexual. Consecuentemente, lo biológico necesariamente comprendía lo genético, ya que aquel que dejaba embarazada a la mujer era quien aportaba su material genético, y la mujer que gestaba a ese niño lo concebía con óvulos propios (Lamm, E. 2012).

Hoy, como consecuencia de la aparición de las TRA, se produce una disociación, y ya lo biológico no comprende necesariamente lo genético, y a la inversa.

⁵ Gametas donadas: el testimonio de los hijos. Estela Chardon Asociación Concebir y su hija Iara. Recuperado el 18/06/15 de https://www.youtube.com/watch?v=RKAG9KS_eA

Por ello el Código Civil y Comercial Unificado regula un tercer tipo de filiación derivado de la reproducción asistida, donde el elemento decisivo lo constituye un tercer criterio: la voluntad.

Así, en la filiación por naturaleza el conflicto puede presentarse entre lo biológico y lo volitivo, en cambio en la filiación derivada de las TRA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. Y allí es donde nuestro ordenamiento jurídico da preponderancia a la voluntad procreacional, por sobre el elemento genético o biológico (Lamm, E. 2012).

5. Reflexiones finales

Las TRA han transformado los paradigmas de la familia tradicional y la filiación, por lo tanto merecen una regulación jurídica específica y la correspondiente aceptación social, no sólo en la Argentina sino también en el resto de los países, ya que constituyen un fenómeno que no escapa a la globalización. Así como la noción de familia está en constante movimiento, los campos relacionados a ella no pueden ser ajenos a ese dinamismo. La prueba de ello es que dichos procedimientos de reproducción asistida no sólo han entrado a un nuevo campo de estudio con reglas, principios e interrogantes propios, sino que también han ensanchado la generación de núcleos familiares (Kemelmajer de Carlucci et al 2012, pg. 5-6)

La nueva forma de filiación derivada de las TRA tiene a la voluntad procreacional como elemento fundamental, y es este elemento volitivo, ajeno a todo vínculo genético, la base para para que a una persona se la desee, nazca, se la cuide y proteja.

CAPÍTULO II

El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina

Seguidamente pasaremos a analizar el marco legal vigente en nuestro país, así como los pronunciamientos judiciales y las diferentes posturas adoptadas por nuestros tribunales acerca de los conflictos que se derivan del empleo de las TRA, tales como la concesión o rechazo de los recursos de amparo que solicitan la cobertura de las mismas.

Procuraremos poner de manifiesto algunos de los dilemas más relevantes que enfrenta y enfrentará nuestro sistema legal frente a la aplicación de las TRA, sobre todo teniendo en cuenta las transformaciones socioculturales operadas en nuestra sociedad (Aizenberg, M., 2012).

1. Estudio de los instrumentos normativos que conforman el marco jurídico argentino

1.1 Ley N° 14. 208 de la Provincia de Buenos Aires. Decreto Reglamentario 2980/10

La regulación legal en la Argentina respecto de la reproducción asistida fue postergada durante muchos años.

En el año 2010 en la Provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley N° 14. 208, en la cual se reconoció la infertilidad como una enfermedad, y se garantizó la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización, aunque sólo eran beneficiarios los residentes en la provincia de Buenos Aires, con al menos dos años.

El 29 de diciembre del mismo año se reglamentó la misma a través del Decreto N° 2980/10. Los requisitos que se imponían según el Art. 4 eran: el acceso a la cobertura para mujeres cuya edad se encontrara comprendida entre los treinta (30) y cuarenta (40) años; prioridad para parejas que no tuvieran hijos producto de dicha relación, brindando la posibilidad de un (1) tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos (2); presentación de una declaración jurada, que debía contener: datos personales, copia certificada del documento de identidad; composición del

núcleo familiar, partidas certificadas emitidas por la autoridad competente; manifestación de cobertura médico asistencial integral en el sistema de seguridad social o medicina prepaga.

De lo expuesto surge que la cobertura médica era sólo para parejas, por lo cual no se garantizaba el mismo derecho a familias monoparentales.

1.2 Ley Nacional N° 26.862 de reproducción médicamente asistida. Procedimientos y técnicas médico asistenciales. Decreto 956/13 Reglamentación Ley 26.862

A nivel nacional, pese a haber proyectos de ley que proponían su regulación, el vacío normativo respecto a la materia existió hasta 2013, año en el cual se sanciona la Ley N° 26.862, de aplicación en todo el territorio de la República Argentina, reglamentada por decreto 956/13.

Si bien brinda una cobertura más amplia, la misma no logra cubrir la totalidad de las cuestiones involucradas en un tema tan complejo. Fundamentalmente garantiza el acceso a las TRA con la oportuna cobertura médica a toda persona que sea mayor de edad y haya expresado su consentimiento.⁶

Además la normativa obliga a los agentes de salud a incorporar como prestaciones ineludibles la cobertura de los procedimientos que la Organización Mundial de la Salud considera como de reproducción médicamente asistida; entre ellos el abordaje, diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo, etc.⁷

La cobertura obligatoria también incluye la guarda de gametos o tejidos reproductivos para aquellas personas que aunque no deseen la inmediata consecución de un embarazo, deciden acceder a estos servicios porque pueden ver comprometida su capacidad de procrear en el futuro. A diferencia de la Ley de la provincia de Buenos Aires, con criterio más amplio y en consonancia con la regulación que dio la Ley 26.618 al matrimonio para todas las parejas, con total independencia de su orientación sexual; la Ley Nacional de reproducción médicamente asistida

6 Art 7 Ley 26.862 Honorable Congreso de la Nación Argentina

7 Art. 8 Ley 26.862 Honorable Congreso de la Nación Argentina

establece que no se podrán introducir requisitos o limitaciones que excluyan a los destinatarios de la cobertura en virtud de su orientación sexual o estado civil.⁸

En tal sentido se expidió el Tribunal en lo Criminal de La Plata N° 4 al fallar que impedir el acceso al tratamiento de fertilización a una pareja del sexo femenino es discriminatorio y perjudicial, por lo cual corresponde hacer lugar a la acción de amparo por ellas interpuesta. El mismo expresó: “IOMA deberá cubrir los gastos que insume el tratamiento de fecundación in vitro (FIV) a las actrices -integrantes del matrimonio igualitario- a quienes les resulta imposible por cualquier otro medio concebir por diversas razones.”⁹

Posteriormente, en julio de 2013 se sanciona el Decreto Reglamentario de la Ley 26.862. Entre otras cosas determina cuáles son los agentes obligados a brindar la pertinente cobertura médica y garantiza la misma a todos los argentinos o habitantes que tengan residencia definitiva en nuestro país, y no posean otra cobertura de salud.¹⁰

Dicho Decreto además establece el máximo de tratamientos anuales a los que una persona podrá acceder, y el requisito previo de empezar por técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas justifiquen recurrir directamente a técnicas de mayor complejidad. En comparación con la Ley Provincial 14.208, actualmente se amplió el número de tratamientos posibles por año, la cobertura incluye CUATRO (4) tratamientos anuales de baja complejidad, como máximo, y hasta TRES (3) tratamientos anuales con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.¹¹

La autoridad de aplicación de la Ley 26.862 recae en el Ministerio de Salud y en la Superintendencia de Servicios de Salud. Y en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos

8 Art. 8 Ley 26.862 Honorable Congreso de la Nación Argentina

9 Tribunal en lo Criminal de La Plata N° 4. “N. V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ amparo”. Recuperado del 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/07/11/ioma-debe-cubrir-el-tratamiento-de-fecundacion-in-vitro-a-la-pareja-de-mujeres/> (Sentencia de fecha 18/06/14)

10 Artículo 8 Decreto 956/13 Reglamentación de la Ley 26.862

11 Artículo 8 Decreto 956/13 Reglamentación de la Ley 26.862

de Salud (ReFES) funcionará el Registro de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos de reproducción asistida y los bancos de gametos y/o embriones.¹²

Hasta la sanción del marco regulatorio en estudio, la doctrina fue insistente en la necesidad imperiosa de dar respaldo legal a la realización de las TRA. Pero el debate doctrinario después de que ello ocurriera, lejos de desaparecer se profundizó, con una técnica legislativa pobre, la Ley 26.862 no cubrió la totalidad de las cuestiones involucradas en el tema sino que se limitó a darle un enfoque desde la cobertura médica y no logró llenar todas las lagunas en torno a la aplicación de las TRA (Cabaleri, D., 2014).

Y pese a estar reglamentada dicha ley, muchas personas que buscan tener hijos no logran el cumplimiento de la normativa por parte de las prestadoras de salud sin previamente interponer un reclamo judicial.

1.3 Jurisprudencia Nacional respecto de la aplicación de la Ley 26.862 y Decreto 956/13

La vigencia del problema se ve claramente a través de la jurisprudencia citada, la cual es de fecha muy reciente. Los entes encargados de brindar la cobertura esgrimen variedad de argumentos para evadirla, además, la norma reglamentaria resulta insuficiente para dejar en claro varios aspectos regulados por la Ley 26.862, como por ejemplo determinar cuál es el contenido de esa cobertura integral. Surgen los interrogantes de si la misma comprende otros servicios indispensables en tratamientos de este tipo, como el apoyo psicológico, la criopreservación de embriones o algunos estudios diagnósticos que también deberían ser cubiertos por las Obras Sociales y las Prepagas.¹³

El 10/04/2015 en la provincia de Mendoza se emitió un fallo que obligó a una prepaga a dar cobertura a una mujer soltera, que requiere donación de gametos, fundándose en que la ley no hace distinción alguna sobre la necesidad de contar con una pareja para obtener la cobertura social tal como argumentaba el ente de salud.¹⁴

12 Arts. 3 y 4 Decreto 956/13 Reglamentación de la Ley 26.862

13 IGLESIAS M. (2015/04/03) La ley de fertilización no se cumple bien: ocho de cada 10 parejas tienen quejas, *Clarín*, Recuperado el 26/04/15 de http://www.clarin.com/sociedad/fertilizacion-ley_0_1332466770.html

En otro fallo del mes de abril del corriente, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal de Buenos Aires con las firmas de los jueces Guarinoni y Medina, otorgó una medida cautelar invocando el peligro en la demora dada la edad de 46 años de la paciente, y ordenó a una empresa de medicina prepaga a otorgar cobertura para un tratamiento complejo de fertilización asistida.¹⁵

Respecto de qué se entiende por cobertura integral por ejemplo, dos pronunciamientos judiciales permiten vislumbrar la amplitud del término y la necesidad de que la Ley haga más precisiones al respecto. En marzo de 2014, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario modificó el decisorio de primera instancia haciendo lugar integralmente al amparo planteado por la actora, conforme las disposiciones de la Ley 26.862 y Decreto Reglamentario N° 956/2013, tendiente a que la demandada asuma la totalidad del costo que insumiera el tratamiento, medicación, honorarios y seguimiento del método ICSI, y no limitada al 50% como determinara el *a quo* de primera instancia, sin determinación del número de intentos, ya que en ningún momento del proceso la actora o la contraria solicitaron la cobertura de una cantidad determinada de éstos.¹⁶

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en agosto de 2014, determinó la obligación de la empresa de medicina prepaga de brindar la cobertura del 100% de la cobertura integral de dos tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad, luego de que en primer instancia se le otorgara sólo el 50 % de la prestación requerida. Pero precisó que los mismos deberían efectuarse en instituciones que pertenecen a la cartilla de sus prestadores y no en el lugar requerido por los actores.

Los jueces expresaron que “no habiendo los actores acreditado en ningún momento la insuficiencia de los prestadores ofrecidos por la demandada a los fines de la cobertura requerida, deberán efectuar el tratamiento de fertilización con profesionales e instituciones de la cartilla

14 DE VITA, V. (2015/04/27) Fallo: Mujer soltera tendrá cobertura por fertilización, *Los Andes*. Recuperado el 17/04/15 de <http://www.losandes.com.ar/noticia/fallo-mujer-soltera-tendra-cobertura-por-fertilizacion>

15 CNApel. Civ. y Com. Federal, Sala II. “L. C. C., M. P. c/ OSDE” Causa n° 5218/2014 del 17/04/15. Recuperado el 27/04/15 de <http://www.diariojudicial.com/fuerocivilcomercial/Fertilizacion-Asistida-y-cautelar-20150422-0001.html> (Sentencia de fecha 17/04/15)

16 CFApel. de Rosario, Sala A. “R. D. M. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo”. Recuperado el 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/03/21/la-obra-social-debe-brindar-el-100-de-la-cobertura-del-tratamiento-de-fertilizacion-asistida-de-alta-complejidad-sin-limite-de-intentos/> (Sentencia de fecha 20/12/13)

(conforme a su plan), debiendo la empresa de medicina prepaga sólo en forma subsidiaria y ante la falta de idoneidad de éstos para afrontar dicha prestación, cubrirlo con un prestador ajeno.”¹⁷

1.4 Unificación del Código Civil y Comercial de la República Argentina

Los aspectos que el Derecho Civil debe considerar, salvaguardando los intereses de la persona y de la sociedad, sin poner obstáculos innecesarios al desarrollo de la ciencia, pero tampoco olvidando los límites necesarios para una convivencia en armonía, tienen que ver con regular el acceso a esas técnicas, su ámbito de aplicación, la responsabilidad que se asume con su práctica y la protección de los derechos inherentes a la personalidad que pudieran ser vulnerados con su aplicación, como la vida, integridad física, libertad, intimidad, la identidad, y, sobre todo, los derechos del nuevo ser que nace (Valdés Díaz, C. 2015).

Así, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sancionado por Ley N° 26.994 el 1/10/2014, y con vigencia a partir del 1/08/15, dentro del Título “Filiación” contempla reglas generales relativas a la misma cuando se produce por TRA, ya sea con material genético propio (fertilización asistida homóloga), o bien con material genético perteneciente a terceras personas (fertilización asistida heteróloga).

Y respecto de esta última regula otra cuestión que se desencadena: el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de ellas. De éste deriva la noción de identidad, derecho humano con fundamento constitucional y de considerable peso en la historia argentina.¹⁸

Es que la admisión de TRA heterólogas, conlleva la posible vulneración del derecho a la identidad del recién nacido, a quien la norma otorga la posibilidad de acceso a la información relativa a los datos médicos del o la donante de gametos, aunque en los casos que ella determina:

¹⁷ CNApel. Civ y Com. Federal, Sala III. “G. C. I. M. y otro c/ OSDE s/ sumarísimo”. Recuperado el 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/08/28/prepaga-debe-cubrir-el-100-de-dos-tratamientos-de-fertilizacion-los-que-deberan-efectuarse-en-instituciones-que-pertenecen-a-la-cartilla/> (Sentencia de fecha 22/04/14)

¹⁸ Fundamentos del Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Pág. 77. Recuperado el 27/04/15 de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

cuando hay riesgo para su salud o por razones debidamente fundadas, que serán evaluadas por la autoridad judicial.¹⁹

Esa facultad del hijo de acceder a una información, incluso cuando se refiera a un solo dato, se vincula con su persona, su dignidad, su identidad, y no implica una reivindicación de lo genético.

En el Artículo 240 Código Civil y Comercial de la Nación se definen las especies de filiación, donde mediante la reforma del mismo “se establece que todas las especies de filiación surten los mismos efectos y se añade que ninguna persona puede tener más de dos vínculos cualquiera que sea la naturaleza de la filiación a fin de evitar la multiplicidad de vínculos que pueden surgir como consecuencia de la aplicación de las técnicas” (Bueres A., 2014, pg. 396).

Además, el nuevo texto legal introduce en el Artículo 562 como elemento determinante de la filiación por TRA la denominada "voluntad procreacional", la cual prevalece por sobre el vínculo biológico. Los niños son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quién haya aportado los gametos.²⁰

En cuanto a la instrumentación de dicho consentimiento, el Artículo 561 Código Civil y Comercial de la Nación establece que el mismo debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Al respecto “es de destacar que cada vez que se procede a utilizar los gametos o embriones debe renovarse tal consentimiento poniendo fin a situaciones que se pueden presentar entre el momento en que se han aportado esos elementos y el momento en que se pretenden fecundar o implantar, como por ejemplo, el divorcio de los aportantes del material genético o el fallecimiento de uno de ellos” (Bueres A., 2014, pg. 397).

19 Art. 564 Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/04/15 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

20 Art. 562 Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/04/15 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

Respecto de la la filiación, cuando es por naturaleza la misma reconoce su origen en un acto sexual, en cambio, la filiación derivada de las TRA no tiene esa característica. Además, en las TRA heterólogas, el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo. Esto conduce a una tercera diferencia: mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico, en la filiación derivada de las TRA el mismo existe en virtud de la voluntad procreacional. Como consecuencia de ello, tanto la determinación de la filiación como el régimen de impugnación de la filiación deben ser diferentes (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012).

Así, “mientras que en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica; las TRA provocan la disociación del elemento genético, biológico y volitivo en distintas personas, pasando a ser este último el decisivo en la determinación de la filiación” (Lamm, E. 2012, pg. 87).

Por ello se torna inadmisibile el ejercicio de acción de vínculo filial contra el donante de gametos como así también la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos por estas técnicas.²¹

De este modo, el que prestó el consentimiento no puede impugnar el vínculo establecido porque estaría actuando en forma contradictoria con sus propios actos y el donante de gametos tampoco puede hacerlo, porque al haber aportado los mismos para que sean utilizados en TRA se desprendió de la posibilidad de establecer un vínculo jurídico con el nacido (Bueres A., 2014).

Además, el Artículo 559 del Código Civil y Comercial establece respecto de los certificados de nacimiento expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que deben ser redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Antes de la unificación del Código Civil y Comercial, no debía constar si el hijo había sido concebido o no durante el matrimonio o si había sido adoptado plenamente. Y este principio se mantiene hoy agregando las TRA, tendiendo de este modo a evitar que una persona pueda ser discriminada en razón de las constancias del acta matrimonial (Bueres A., 2014).

21 ART. 577 Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/04/15 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

2. Reflexiones finales

La ley 26.862 dio el primer paso para la regulación de las TRA en el derecho argentino, y se ocupó de un tema central en la materia, como es la cobertura médica para los tratamientos.

Esta centralidad se puede observar a la luz de los tantos precedentes jurisprudenciales que se encargan de admitir o rechazar el pedido de cobertura que llevan adelante mujeres y hombres que desean ser padres y necesitan para ello de la colaboración de la ciencia (Herrera, M. 2013).

Pero éste era sólo el silencio legislativo más básico respecto de todas las cuestiones involucradas en la utilización de TRA, y la regulación integral llega con la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente entrado en vigencia.

Si bien el avance es sumamente importante, ya que la reforma adapta la normativa a los nuevos modelos de familia e incorpora la reproducción asistida como nueva forma de filiación, no deja de ser una realidad que los pronunciamientos judiciales persisten, no sólo respecto de las trabas que continúan poniendo las obras sociales y prepagas para brindar la cobertura médica integral obligatoria; si no también respecto de cuestiones no abordadas por la misma, como ocurre con la técnica de la controvertida maternidad por subrogación y la determinación de pautas uniformes para la crioconservación e implantación de embriones. La aplicación con efectos retroactivos del nuevo tipo de filiación a relaciones y situaciones jurídicas familiares existentes, es otro de los temas resueltos por fallos recientes. Es destacable el progreso legislativo, pero aún hay situaciones que requieren ser reguladas.

CAPÍTULO III

Problemas jurídicos relevantes que acompañan a las TRA. Posibles conflictos de derechos entre sus partícipes

En la aplicación de las TRA, podemos distinguir claramente diversos intereses y derechos involucrados, correspondientes a cada una de las personas que participan en ella: el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre. Si interviene un tercero ajeno a la pareja, como ocurre en el caso de la inseminación heteróloga o de la maternidad subrogada, aparece otro interés en juego, que podrá ser concordante con el de la pareja que desea tener un hijo o no, si, en definitiva, el tercero deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo (Turner et al 2000).

En ocasiones se analiza la problemática de las TRA desde la perspectiva de los intereses o derechos del hijo cuando se trata de aplicar las mismas a situaciones excepcionales, como en las parejas homosexuales, en la procreación artificial post mortem o en mujeres solteras. Pensamos que si bien son justamente esos casos los más conflictivos, los intereses de los hijos no sólo son relevantes en los casos excepcionales si no que deben primar en todos los casos de aplicación de TRA, aun cuando se trate de parejas heterosexuales (Turner et al 2000).

El interés superior del menor adquiere especial importancia, operando de garantía en aquellos casos en que existe colisión de derechos de un niño y de un adulto.

Por lo cual, en el presente capítulo se analizan esas diversas situaciones de conflicto que pueden surgir, teniendo en cuenta que los niños concebidos son titulares tanto de los derechos humanos que se les reconocen a los adultos y además, de otros propios de su condición de tales, y son los más desprotegidos en el escenario de la reproducción médicamente asistida.

1. Análisis de los supuestos en que pueden verse vulnerados los derechos de las personas que utilizan TRA

La tendencia contemporánea de tutelar los derechos fundamentales de las persona es creciente, y los niños también reciben los beneficios de ser considerados sujetos plenos de tales derechos. El desarrollo en la protección de los derechos humanos ha servido de base para la formulación de la “doctrina de protección integral de los niños”, donde el instrumento más representativo lo constituye la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CIDN). La misma, manifiesta un profundo respeto en sus normas hacia la relación niño-familia,

limitando la intervención del Estado a una de carácter subsidiaria y destacando el interés superior del niño consagrado en el art. 3 CIDN.

A continuación, se analizarán los derechos de las personas involucradas en las TRA que pueden resultar afectados por el empleo de las mismas, focalizando el estudio en el tratamiento que da nuestro ordenamiento jurídico a cada uno de ellos.

1.1 Derecho a la vida e integridad física del niño concebido por TRA

Los derechos a la vida y a la integridad psicofísica, se encuentran tutelados implícitamente en el Art. 33 de la Constitución Nacional Argentina, y en forma expresa en Tratados Internacionales con jerarquía constitucional tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, que reconocieron el derecho a la vida desde la concepción.

En el contexto de las TRA, el derecho a la vida se asimila a una sola de sus manifestaciones, el derecho a nacer, quedando excluidos tanto el aspecto de la conservación y protección de la actividad substancial del embrión o feto en su vida anterior al nacimiento, como el referido al hijo una vez producido el nacimiento. La criopreservación de embriones, para una posterior implantación, conduce a que los embriones no utilizados deban ser descongelados, transcurrido un tiempo que en las diversas legislaciones va desde uno hasta 5 años. Este proceso implica un alto riesgo de mortalidad. (Turner et al 2000)

Si bien los centros de fertilidad exigen la firma por los pacientes de un consentimiento donde estos aspectos están contemplados, la Ley 26.862, más allá de garantizar su cobertura social, es deficiente en cuanto la regulación de cuestiones sumamente importantes involucradas. En su Artículo 4 contempla el congelamiento de embriones en bancos receptores; y en el Artículo 7 determina que el consentimiento de la persona que recurra a las técnicas "es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer."

Pero no prevé cuál será el destino de los embriones revocados, o queridos y luego no queridos; tampoco define el inicio de la existencia humana, pero hace una distinción entre los embriones concebidos en la madre y los embriones no implantados. El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial presentado en 2012, en su Artículo 19 al respecto proponía: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de

técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

Sin embargo, la redacción definitiva que dio el sancionado Código Civil y Comercial de la Nación al Artículo 19 fue: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción." No discriminó si esto ocurre intra o extra uterinamente; por lo cual se puede concluir que se optó por reconocer a los embriones producidos in vitro los derechos inherentes a todas las personas. (Quintana, E. 2014)

"La vida humana entonces comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide que significa la aparición de una realidad celular con fenotipo cigoto, con una identidad genética propia y un ciclo vital definido" (Quintana, E. 2014, pg. 2).

Este es el principal reparo que merece la utilización de TRA indiscriminada o sin los debidos parámetros de control, particularmente en la técnica de fecundación in vitro (FIV), en la cual el embrión puede ser seleccionado, investigado y experimentado. En general se producen numerosa cantidad de embriones, de los cuales se seleccionan los más aptos y luego se congelan a la espera de la primera transferencia (Quintana, E. 2014).

Ni la ley de TRA ni el Unificado Código han contemplado el problema que significan los embriones sobrantes, es decir aquellos que por diversos motivos no fueron implantados, ya sea por el éxito en la primer transferencia y abandono posterior de los progenitores al haber logrado un embarazo, por desinterés o bien, por muerte o separación de la pareja, ya que se necesita el consentimiento de ambos para una nueva implantación (Quintana, E. 2014).

Es ahí donde el derecho a la vida se ve vulnerado, y requiere en nuestro ordenamiento jurídico la pronta regulación.

1.2 Derecho a la intimidad de los donantes de gametos. Anonimato e identidad.

Siguiendo con el análisis de los intereses en conflicto presentes en las TRA, aparecen la salvaguarda de la intimidad familiar y el anonimato de los donantes de gametos por una parte y, por otra, el derecho de toda persona (incluidos los nacidos a través de estas técnicas) a conocer el propio origen o ascendencia biológica. El derecho de identidad encuadra dentro de los llamados "derechos de la personalidad", y no se trata de simples derechos subjetivos, sino de situaciones o

posiciones jurídicas subjetivas que llevan consigo un poder o derecho subjetivo, con deberes y restricciones acerca de su ejercicio (Turner et al 2000, pg. 16).

De acuerdo con Quesada González, puede distinguirse en cuanto a su contenido:

- El poder jurídico que tiene toda persona para reclamar ante los tribunales su verdadera filiación, o bien para impugnar la que ostenta, para luego determinar la verdadera y poder exigir los derechos personales y patrimoniales que ello conlleva.

- Los límites que necesariamente debe reconocer este derecho, consistentes en respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como el honor y la intimidad personal y familiar; o bien principios jurídicos fundamentales como el de la seguridad jurídica (Quesada González, cit. por Turner, S, Molina, M, Momberg, R 2000).

El problema de admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico cobra especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas TRA, especialmente cuando la técnica implica la donación de gametos por parte de un tercero. Para estos efectos, se entiende por donante a aquella persona, hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales con donante o in vitro (Turner et al 2000, pg. 16-17).

La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto (Turner et al 2000, pg. 16-17).

A continuación se exponen los principales argumentos esgrimidos a favor de mantener el anonimato de los donantes:

1. Estimular la donación de gametos: Los defensores de esta postura, pertenecientes en mayor medida al estamento médico, consideran que de no asegurarlo se inhibiría a los posibles donantes de aportar su semen u ovocitos para la realización de TRA, ante el temor de posteriores reclamos de paternidad, lo cual conduciría a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para su realización.

2. Proteger el derecho a la intimidad: tanto del donante, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que éste hace de sus aptitudes genésicas; como así también

de la pareja receptora que prestó su voluntad procreacional para recibir gametos de terceras personas.

3. Evitar la interferencia afectiva de una persona ajena a la familia en la que el hijo se halla inserto.

4. El conocimiento por parte del hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo (Turner et al 2000, pg. 17).

Por ser fundamental en el desarrollo psíquico y emocional de una persona gozar del derecho a conocer sus orígenes; y tratándose de que el hijo es la parte más desprotegida en todas estas relaciones, debe primar este interés por sobre los del donante y el de los padres.

Por lo tanto, la posibilidad de que conocer la identidad del donante traiga aparejado la disminución de las personas dispuestas a aportar gametos no puede tener mayor valor que un derecho fundamental relacionado con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad.

Quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, de modo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar. En cambio, el niño o adulto concebido por TRA ha sido ajeno al acto por el cual se accedió a la procreación y no ha prestado su consentimiento a tales fines (Famá, M. 2012, pg. 189).

En cuanto a la vulneración de la intimidad del donante y de los padres, no parece que ella sea perturbada por la posibilidad del hijo de conocer su origen. La protección de la intimidad de estas personas tiene relación con la prohibición de dar conocimiento a cualquiera de su participación en la reproducción asistida; pero respecto del hijo, la refutación tiene la misma base que en el punto anterior, este derecho debe ceder ante otro preferente: el de toda persona a conocer su identidad biológica (Turner et al 2000, pg. 16-17).

Respecto del eventual perjuicio psíquico y afectivo que podría recibir el niño al saber que su nacimiento fue producto de una TRA, no parece un argumento con sustento suficiente. La Dra. Luisa Barón, médica psiquiatra especialista en fertilidad, realizó un estudio sobre un grupo de once

niños, y en base a los resultados del mismo se expresa a favor de la revelación de la identidad de los donantes.²²

La especialista manifiesta que la tarea comenzó con el ingreso de los padres a los centros de reproducción asistida, continuó durante las etapas de decisión acerca del tratamiento, aplicación, embarazo, parto, puerperio y primera infancia. El resultado del seguimiento de estos niños es que han tenido una evolución acorde con las pautas madurativas y psicológicas esperables para la edad. Tanto a nivel del desarrollo individual como a nivel de los vínculos familiares no se ha observado ningún elemento relacionado con la técnica de ovodonación que nos lleve a pensar que este procedimiento por sí mismo genere disfunciones, síntomas o patología en mayor grado que en el caso de los niños nacidos de la combinación genética de la pareja parental.

Concluye que no hay motivos para esperar mayores dificultades en el acceso de estos niños a la subjetividad adulta. En el ser humano la maternidad, la paternidad y la filiación no pueden reducirse a un criterio exclusivamente biológico ya que el hombre está marcado por lo simbólico mucho antes de nacer y lo fundante de nuestra identidad se encuentra en el cumplimiento de las funciones paterna y materna y en la prohibición del incesto.²³

1.3 Derecho del niño a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. Derecho a la identidad del menor: Posturas doctrinarias al respecto (derecho amplio o derecho restringido)

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, por un lado, el derecho a tener un vínculo filial, y por otro, el derecho a conocer los orígenes. Ambos derechos van de la mano cuando se trata de la filiación por naturaleza, pero no ocurre lo mismo cuando ésta tiene lugar por adopción o por TRA.

22 SELSER, C. "La donación no debería ser anónima", *Clarín*. 07/05/11. Recuperado el 15/06/15 de http://www.luisabaron.com/?page_id=283

23 BARÓN, L. "Aspectos Psicológicos en Ovodonación". Asociación Psicoanalítica Argentina Sociedad de Fertilidad. Recuperado el 15/06/15 de http://www.luisabaron.com/?page_id=283

Cabe hacer una distinción entre estas tres fuentes de filiación: cuando ocurre por naturaleza, los niños desarrollan con los padres el derecho a conocer los orígenes, en tanto ellos forman parte de esos orígenes. En la adopción, en cambio, se produce un desmembramiento entre el vínculo jurídico de ese niño con los adoptantes y el derecho a conocer los orígenes que lo une a la familia biológica. Las situaciones fácticas afectivas del niño pueden haber sido diversas, puede haber tenido con la familia biológica una historia más o menos larga; haber vivido algunos años con sus padres biológicos u otro familiar; haber estado en un hogar donde era visitado esporádicamente por algún miembro de la familia; mantener o no algún lazo afectivo con sus hermanos; haber sido criado por uno de sus padres hasta el fallecimiento, etc. (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012).

La tercera causa de fuente filial es la derivada del uso de las TRA, cuyo material genético puede provenir de la pareja comitente (homóloga) o de un tercero (heteróloga). En este último supuesto, la comprensión del derecho a conocer los orígenes implica analizar la faz estática y dinámica del mismo.

La identidad estática comprende el derecho a saber quiénes son los padres; en tanto que la dinámica se refiere a la historia de ese niño. Por lo tanto, en la adopción son ambos aspectos los que pueden ver afectados, a diferencia de la filiación por TRA, en donde el derecho a conocer los orígenes se circunscribe al conocimiento del dato genético (identidad estática) (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012).

En el apartado anterior se analizaron las bases argumentativas respecto de la conveniencia o no de mantener el anonimato de ese dato genético que vincula al dador con el niño en la reproducción asistida heteróloga. Las posibilidades susceptibles de ser adoptadas por la legislación respecto del conocimiento de su propio origen por parte del nacido y, consecuentemente, de las relaciones de éste con el donante pueden apreciarse a través del derecho comparado:

1. Hay países que han eliminado la figura del anonimato del donante, consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético, permitiendo al así nacido reclamar la paternidad o maternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de tal determinación. La legislación argentina, por su parte, rechaza toda acción de reclamación de filiación derivadas de TRA. Eleonora Lamm manifiesta: “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 (Lamm, E, 2012, pg. 81).

2. Preservar el anonimato total del donante, de manera que el nacido nada pueda conocer de su origen genético, la cual es rechazable por las razones expuestas anteriormente.
3. Países que prevén la doble ventanilla, sistema que permite a los donantes de gametos de ambos sexos optar entre efectuar una donación anónima o no, y a la pareja beneficiaria, la opción entre gametos anónimos o identificables (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012, pg. 3).
4. Soluciones intermedias: Que el nacido sólo pueda conocer datos biogénéticos del donante; o bien que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica.

Muchos autores consideran que con el solo conocimiento de los datos genéticos del dador no queda resguardado adecuadamente el derecho del hijo a conocer su propio origen (Quesada González, cit. por Turner, S, Molina, M, Momberg, R 2000).

En el derecho argentino, autores como Úrsula Basset pertenecen al sector de la doctrina que se inclina por un derecho amplio de identidad, afirmando que es indudable que con la fertilización asistida se “impacta directamente en el derecho del niño a la protección de la unidad de todos los elementos de la identidad. El ideal sería que la identidad estática y la identidad dinámica confluyan en el mismo núcleo social, es decir, en la familia de origen” (Basset, Ú. C. 2011).

La idea de una protección amplia al derecho a la identidad se orienta sobre todo hacia la prohibición de las técnicas heterólogas, es decir, las que involucran la dación de gametos de terceros. Pero, en caso que no se haya limitado tal posibilidad de dación, a partir de esta concepción, se rechaza de manera categórica el anonimato de los dadores de gametos (Cabaleri D, 2014, pg.7).

La postura doctrinaria que se inclina por un derecho restringido a la identidad (Kemelmajer de Carlucci, A, Herrera, M, Lamm, E.) considera que existe un debido respeto al derecho a la identidad del niño nacido mediante el uso de TRA. Parten de la premisa de que a este derecho se lo respeta solamente con su inmediata inscripción luego de su nacimiento y del conocimiento del dato genético. En suma, no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana

asistida del derecho a conocer su origen genético; tiene la posibilidad de acceder a esa información, pero mediante un trámite judicial en el que deben encontrar protección los otros intereses involucrados, los del donante, todo a la luz del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, si se cumplen ambos requisitos, el derecho de identidad del menor no se vería violado por la realización de las técnicas (Cabaleri D, 2014, pg.7-8).

Profesionales que trabajan en la temática también comparten la postura de adoptar un anonimato relativo, con el fin de mantener el equilibrio entre todos los derechos en conflicto, incluido el de tener acceso al desarrollo de la ciencia médica y el derecho a formar una familia mediante la reproducción humana heteróloga, que implica la existencia de donantes. (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012).

El nuevo Código Civil y Comercial en el Art. 564 “adopta una postura intermedia, frente a un panorama dispar en el derecho comparado. Se sigue de cerca la legislación española (Ley n° 14/2006) pero se abre la posibilidad de abandonar el anonimato frente a razones fundadas que deben ser valoradas judicialmente. Por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio” (Lorenzetti, R, Highton de Nolasco, E, Kemelmajer de Carlucci. A. 2015, pg. 77).

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de TRHA con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de dichas técnicas, puede: obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; o bien, por razones debidamente fundadas evaluadas por la autoridad judicial puede revelarse la identidad del donante.²⁴

Kemelmajer de Carlucci, en su crítica al caso “Odièvre con France”, sostuvo respecto de la solución adoptada por el Tribunal Europeo: Tengo el convencimiento que la solución aceptada por el prestigioso Tribunal Europeo es equivocada, explicaré por qué: Hace prevalecer la voluntad

24 Art. 563 y 564 Código Civil y Comercial de la República Argentina

de quien realizó un acto generalmente consciente (salvo el caso de la mujer violada) sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer. Por eso, se ha sostenido que la Corte Europea ha dado una verdadera “patente” a la autonomía de la voluntad materna. Por el contrario, la mujer que decide tener un niño, especialmente en los países en los que abortar es lícito en las condiciones previstas por la ley, sabe que está generando un nuevo ser, una persona que, nacida, tiene derechos inalienables que ella no puede suprimir, entre otros, saber cuál es su origen (Kemelmajer de Carlucci A., 2003).

Por último, cabe la posibilidad de conceder al hijo el derecho a conocer la identidad personal del donante, sin que ello acarree consecuencias jurídicas derivadas de dicho nexo biológico. Un sector considera que se trata de la opción más adecuada, de acuerdo con la prevalencia que debe darse al interés superior del hijo, y al derecho que tiene a conocer su propio origen, el cual no debe limitarse al acceso a simples datos biogénéticos del dador. Aunque estiman que ese derecho sólo podría ejercerse por el hijo una vez llegado a la mayoría de edad (Turner et al 2000, pg. 19).

En las regulaciones de Reino Unido, Holanda, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, Noruega y Suecia se privilegia el derecho del niño a conocer su origen. Por su parte, en Bulgaria, Bélgica e Islandia se permite que la elección sea llevada adelante por los donantes o receptores. Portugal y Brasil siguen una posición intermedia, en virtud de la cual se permite conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias. En cambio, en las legislaciones de Francia, Dinamarca y Rusia se mantiene el anonimato del donante.²⁵

1.4 Maternidad por subrogación

La redacción del Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial regulaba en su articulado la llamada gestación por sustitución. En esta técnica, la mujer es la simple gestante del feto concebido in vitro con los gametos de una pareja requirente, o bien de uno de los padres y de un tercer donante. Resulta una opción para ser madres a aquellas mujeres por algún problema en

25 CNApelac. Cont. Adm. Fed. Sala V. “C. E. M. y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud s/ amparo Ley 16.986”. Recuperado el 1/07/15 de <https://docs.google.com/document/d/1AAym3-tXVvK7QbuENQoCQ4c0d07nbRCOQuOa-HP5y7I/edit?pli=1>

su útero o porque su salud corre riesgo en caso de quedar embarazadas. O bien para parejas del mismo sexo masculinas.

La falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas fue el motivo de la posterior exclusión del texto definitivo aprobado por el Congreso de la Nación. Las cuestiones éticas y morales involucradas, como así también las conjeturas sobre los posibles conflictos derivados de estas técnicas representan todavía obstáculos para dar sanción concluyente a un tema sensible.

Sin perjuicio de ello, la falta de regulación expresa de este instituto en el unificado Código, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni mucho menos su prohibición, lo que a nuestro entender deja espacio a una peligrosa laguna legal cuyas consecuencias definitivas aún no pueden establecerse con claridad (González Magaña, I. 2014).

Luisa Barón, psiquiatra especialista en fertilidad, consideró que “la manera en que se forman las familias está cambiando”, y que “usualmente hay una brecha entre el momento en que las cosas suceden y el momento en que la ley se adapta. El vacío legal existente trae, a los que deben hacer este tratamiento, problemas económicos, emocionales y legales”.²⁶

En Mendoza un reciente fallo admitió una acción declarativa de filiación, a fin de que se reconozca la misma respecto de un niño recién nacido mediante una TRA con sustitución de vientres, con sus padres genéticos y procreacionales.

El Juez interviniente determinó el otorgamiento de la partida de nacimiento y DNI del bebé, con el apellido de los padres biológicos luego de realizarles una muestra de ADN determinando que la filiación paterna y materna corresponde a los comitentes. La pareja oriunda de la provincia de Buenos Aires se había puesto en contacto con una mujer de Mendoza dispuesta a llevar 9 meses de embarazo, en forma altruista y gratuita, de un embrión concebido in vitro con el espermatozoides y el óvulo del matrimonio que no podía gestar dado que la comitente había sufrido un histerectomía

26 TÉLAM (19/07/15). “La Justicia argentina autorizó dos casos de inscripciones a favor de padres biológicos-procreacionales” Recuperado el 15/10/15 de <http://www.telam.com.ar/accesible/notas/201507/113309-inscripcion-padres-biologicos-procreacional-maternidad-subrogancia.html>

subtotal de útero. Las partes suscribieron un acuerdo, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

En un fallo que sienta importantes precedentes, el a quo realizó una distinción entre maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, ya que ha manifestado su libre consentimiento al respecto.²⁷

Además el juez manifestó expresamente su posición respecto de que se debe remunerar el servicio de gestación, lo cual generó críticas e intercambio de opiniones en diferentes sectores.

2. Filiación por TRA

Otro aspecto importante de la reforma de nuestro Código Civil y Comercial fue la incorporación de la voluntad procreacional como nueva fuente de la filiación, la cual puede tener lugar por naturaleza, por TRA, o bien por adopción (Art. 558 Código Civil y Comercial de la Nación).

El elemento determinante de la filiación cuando se ha producido por TRA se centra en el consentimiento previo, informado, formal, y libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. De este modo el material genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas (Lorenzetti et al 2015, pg. 76).

En consonancia con el valor otorgado a esa voluntad procreacional, el Código Civil y Comercial unificado no admite la impugnación de la filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, de los hijos nacidos mediante el uso de TRA cuando medió el consentimiento

²⁷ Primer Juzgado de Familia de la Provincia de Mendoza. “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación.” Recuperado el 08/10/15 de <http://www.infojus.gob.ar/gestacion-sustitucion-filiacion-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-suu0014344/123456789-0abc-defg4434-100usoiramus> (Sentencia de fecha 29/07/15)

previo, informado y libre a la utilización de dichas técnicas, independientemente de quién aportó los gametos. Tampoco es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto del aportante de gametos.²⁸

En las acciones de filiación cuando se llega a la procreación a través de estas técnicas, el dato genético o biológico, como uno de los elementos de la identidad, se debilita frente al elemento volitivo o voluntad procreacional (Famá, M, 2012).

La imposibilidad de desplazar la filiación de quien ha exteriorizado tal voluntad a través del consentimiento informado y, como consecuencia de ello, la de emplazar un vínculo jurídico con el tercero que ha aportado los gametos, se alza como una restricción al derecho a la identidad (en los términos del art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en referencia a la obtención del emplazamiento en el estado de familia que se corresponda con el dato genético o biológico (Famá M. 2012, pg. 178-179).

Sin embargo, la Corte IDH ha observado que las restricciones a los derechos consagrados en la Convención “deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma, que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan, y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”.²⁹

Tales requisitos y condiciones se evalúan a partir de la aplicación de ciertos criterios:

La legalidad, lo cual significa que la norma que establece una restricción debe ser una ley en sentido formal y material, y responder a un fin legítimo, relacionado con la protección de un bien jurídico tutelado. Se considera que el impedimento de obtener un emplazamiento filial acorde al dato biológico o genético resulta legítimo, puesto que la protección de la identidad socio-afectiva del niño se vincula con la circunstancia de integrar una familia determinada, componente esencial en la conformación de su subjetividad. Además la restricción impuesta también tiende a garantizar derechos de los adultos involucrados en las TRA, como el respeto sobre las decisiones que los mismos toman en un ámbito de la vida privada, el derecho a formar una familia e, incluso, la

28 Art. 577 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

29 CIDH, OC- 5/85 del 13/11/1985, Serie A N°. 5, párr. 37. Recuperado el 04/07/15 de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

paternidad emergente de la voluntad procreacional que también se alza como un elemento del derecho a la identidad (Famá M. 2012, pg. 180-181).

Otro criterio que da la CIDH para evaluar si la restricción afecta el derecho a la identidad es el de la idoneidad, que implica determinar si existe una relación lógica de causalidad entre la medida que interfiere o restringe el ejercicio de un derecho y el fin que pretende perseguir. La medida resulta idónea en tanto desestima la posibilidad de obtener un emplazamiento filial acorde al dato genético y biológico con el fin de resguardar el derecho fundamental a la identidad en sentido dinámico de niños y adultos involucrados, así como el derecho a conformar e integrar una familia y a repeler las injerencias en las decisiones en orden a la vida privada y familiar, derechos que se verían frustrados si pudiera dejarse sin efecto el vínculo jurídico emergente de la voluntad procreacional (Famá M. 2012, pg. 181).

La existencia de alternativas menos restrictivas por su parte, conduce a evaluar si el Estado contaba con otros medios menos prohibitivos e igualmente idóneos para contribuir a lograr el fin legítimo. No se verifica la existencia de otras alternativas de tales características, de lo que da cuenta la uniformidad de soluciones brindadas en el derecho comparado en el sentido de prohibir las acciones de emplazamiento y desplazamiento cuando se accede a la filiación por TRA.

La proporcionalidad en sentido estricto se conecta con la ponderación entre el sacrificio del derecho restringido, y los beneficios de la misma en términos del logro del fin perseguido. De ello se concluye que resulta proporcional sacrificar la identidad derivada de un emplazamiento filial acorde con la realidad genética y biológica, en pos de los beneficios que subyacen del derecho a la identidad en su faz dinámica, del derecho a formar una familia y de la toma de decisiones libres en relación con la vida privada y familiar (Famá M. 2012, pg. 181-182).

Puede afirmarse entonces, que el impedimento de obtener un emplazamiento filial acorde con el dato genético o biológico interpuesto por el Art. 577 del Código Civil y Comercial resulta proporcional y legítimo.

3. Reflexiones finales

Cabe concluir que las TRA permiten que quien quiere ser padre o madre pueda serlo, habiendo brindado una solución a muchos supuestos de infertilidad. Ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico: es querer ser padre o querer ser madre; y eso es

precisamente lo que permite la filiación derivada de TRA al prever un sistema basado en la voluntad (Lamm, 2012).

La incorporación al Código Civil y Comercial de las TRA y de la voluntad procreacional como fuente de filiación implica un gran avance en el desarrollo de los derechos fundamentales y los derechos humanos de las personas involucradas en las mismas.

Sin embargo continúa siendo necesaria una mayor precisión de algunas cuestiones como así también la regulación de otras que por falta de consenso quedaron en un vacío legal, como la maternidad por sustitución.

CAPÍTULO IV

Diferentes soluciones normativas: Derecho comparado y Derecho argentino

La Unificación del Código Civil y Comercial en Argentina introduce importantes cambios en el Derecho de familia enmarcándose en una visión constitucionalizada del Derecho privado y representa la coronación de un proceso de cambio que se inicia con la reforma constitucional de 1994. La mirada puesta en la protección de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares es el punto de partida para avanzar hacia un derecho de familia más humano y respetuoso de la tolerancia, la diversidad, la igualdad y la participación (Krasnow, A., 2013, pg.1).

En este marco de valores superiores marcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se conocerán en este apartado las distintas soluciones normativas adoptadas en el derecho comparado y, puntualmente, las posturas adoptadas en relación a los dos importantes vacíos legales aún existentes en el derecho argentino: gestación por sustitución y filiación post mortem.

1. Derecho comparado

España fue el primer país que reguló de manera integral el uso de las TRA a través de la ley 35/1988, derogada luego por Ley 14/2006 que es la que rige actualmente. La norma supuso un avance científico y técnico respecto al resto de legislaciones de nuestro entorno.

La misma establece la no impugnación de filiación por parte de los progenitores cuando la fecundación se ha producido con su consentimiento previo y contribución de donantes (Art 8.1 Ley 14/2006). Es decir que el vínculo queda determinado exclusivamente por el consentimiento libremente prestado, con independencia del elemento biológico o genético y lo hace extensivo a las parejas del mismo sexo.

Cabe decir que dentro de los sistemas permisivistas del empleo de TRA, varían las exigencias para el acceso a las mismas.

Respecto de los requisitos impuestos a las personas, Suiza por ejemplo, requiere que estén casadas y que tengan alguna esterilidad o enfermedades hereditarias transmisibles. Suecia exige la mayoría de edad de los solicitantes, que se trate de mujeres casadas o cohabitando, que alguno de

los dos haya aportado sus gametos. Austria tiene como condición subjetiva que los requirentes sean un matrimonio o una pareja que formen una comunidad de vida de diverso sexo siempre y cuando todo otro tratamiento haya fracasado. En Italia rige un principio de gradualidad, por el cual sólo se admiten en el caso de haber agotado los caminos de la filiación natural. Se prohíbe el recurso a la fecundación heteróloga, y sólo se admite a las parejas de mayores de edad de sexo diverso en edad fértil si ambos están vivos (Quintana E. 2014).

Y con respecto a los requerimientos en cuanto a las técnicas en sí mismas, Italia impide la fecundación heteróloga en todos los casos. Austria prohíbe la fecundación heteróloga, salvo en el caso de que el esposo o compañero no tenga posibilidad de engendrar, prohibiendo la donación de ovocitos. En los países que admiten la fecundación heteróloga, con frecuencia se establecen mecanismos de acceso a la identidad del donante. Suiza prohíbe la donación de ovocitos y de embriones. Otra serie de medidas para proteger la identidad del niño tienen que ver con restricciones o prohibiciones a la anonimidad del donante, en los casos en los que se admiten supuestos de fecundación heteróloga. Alemania por ejemplo, prohíbe el anonimato (Quintana E. 2014).

2. Derecho Argentino

Cabe destacar que el grupo de juristas encargados de la elaboración del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial se nutrió de esos avances operados en otros países, que vienen ocupándose del tema hace varios años. Siendo el derecho español la principal fuente en la que se sustenta, además de la copiosa jurisprudencia existente al respecto.

Resumiendo, y a los efectos de no caer en la redundancia, el sistema adoptado por nuestro país admite ampliamente la utilización de TRA homólogas y heterólogas (tanto con gametos femeninos como masculinos), como así también el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, en pos de consagrar el respeto a la dignidad de los individuos en condiciones de igualdad y sin discriminación y a los fines de que el sistema filial esté en plena coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio. En las técnicas heterólogas, si bien conserva el anonimato del/los aportantes puede revelarse la identidad genética en los supuestos indicados en la Ley y a través de un procedimiento judicial.

3. Vacíos legales en el derecho argentino: gestación por sustitución y filiación post mortem. Posturas en derecho comparado al respecto.

Respecto de la gestación por sustitución el derecho comparado reconoce tres posiciones: abstención, prohibición o regulación. Si bien el Anteproyecto de reforma se inclinó por la tercera opción, al momento de dar sanción definitiva se dio marcha atrás adoptando una postura abstencionista al eliminar el Artículo 562 que la regulaba.

Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con el fin de realizar allí el procedimiento. De hecho, muchos niños argentinos ya nacieron a través de la maternidad por sustitución, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres.³⁰

A partir de la sanción de la Ley 26.862 resulta imposible impedir el acceso a un matrimonio compuesto por dos mujeres a TRA de carácter heterólogas (que son las únicas que pueden realizarse) con semen de donante y a la ovodonación de una de ellas a la otra para que lleve adelante el embarazo; y en el caso de parejas heterosexuales que se interprete que solo es posible la realización de las técnicas homólogas y no a las heterólogas (González Magaña I., 2014, pg. 7).

La ley 26.618 autoriza los matrimonios entre personas del mismo sexo, pero en relación a la capacidad de procrear un hijo, reconoce al matrimonio constituido entre dos mujeres la posibilidad de someterse a una técnica de fertilización asistida de carácter heteróloga con semen de donante anónimo, en virtud de las prerrogativas dispuesta por la ley 26.862 ya reseñada.

Ahora bien, ante la misma situación un matrimonio compuesto por dos hombres no posee la misma protección legal, pues para poder concebir un hijo propio, con semen de uno de los cónyuges y ovodonación, debería recurrir a una tercera mujer que geste ese embrión, práctica que no fue expresamente reconocida por el nuevo Código Civil Argentino (González Magaña I., 2014, pg.7).

30 Fundamentos del Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 24/10/15 de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Resulta más beneficioso contar con una normativa clara, que brinde seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ya que ni la postura abstencionista adoptada por nuestro reciente Código Civil y Comercial, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición.³¹

Los doctrinarios que se muestran a favor de la gestación por sustitución en nuestro país (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, Dreyzin de Klor, entre otros) argumentan que la misma importa una manifestación del derecho a procrear. Consideran que la dignidad humana no es el único valor fundamental que debe asegurarse frente a la gestación por sustitución, sino también debe salvaguardarse el matrimonio y la familia, en su tradicional función procreadora.³²

En el derecho comparado la gestación por sustitución o maternidad subrogada posee escaso reconocimiento legal, la mayoría de las legislaciones opta por no regular este instituto o bien prohibirlo en forma expresa, siendo pocas las legislaciones que se expiden en sentido positivo.

A su vez, dentro de los países que admiten la figura, existen por un lado aquellas legislaciones que autorizan la gestación por sustitución comercial, es decir aquella en la cual se admite que la mujer gestante reciba retribución económica, en contraposición a otro grupo que solo admite el desarrollo de estas prácticas cuando se realizan sin fines de lucro (González Magaña I., 2014).

Por ejemplo se encuentra prohibida en forma expresa en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia, entre otros. Al igual que en Argentina, su legalidad es incierta en países como Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Rumania y San Marino. También encontramos naciones en las cuales la gestación por sustitución está permitida por ley como Australia, Albania, Grecia, los Países Bajos, India, el Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos (Delaware, Arizona, Texas y Wyoming entre otros). En la mayoría de ellos

31 Fundamentos del Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 24/10/15 de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

32 Juzgado Nacional de 1era Instancia en lo Civil Nro. 102. “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad.” LA LEY. Recuperado el 28/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=i6DC8B5FA443ED3498A7F9745E3C222AE&spos=&epos=1&td=&openLocator>. (Sentencia de fecha 18/05/2015)

prevalece la "gestación por sustitución altruista", es decir que incluye la posibilidad de compensación, aunque también en países como Georgia, Rusia y Ucrania es posible la gestación por sustitución de carácter onerosa (González Magaña I., 2014).

Filiación post mortem

Respecto de la filiación post mortem, otro punto en el cual el derecho argentino aún mantiene una postura abstencionista, cabe destacar que el Proyecto de Unificación del Código también daba regulación a esta figura. En el Artículo 563 disponía que en caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no había vínculo filial alguno entre la persona nacida del uso de las TRA y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

Pero agregaba que no regía lo dispuesto anteriormente si se cumplía con los siguientes requisitos: La persona manifiesta en el mismo documento donde presta el consentimiento informado o en su testamento, que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. Y la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se producen dentro del año siguiente al deceso.³³

Con la media sanción del Senado de la Nación en 2013, y sin mayores fundamentos, se eliminó la filiación post mortem contemplada en el proyecto originario. En su reemplazo se desdobló parte del texto original del mencionado Artículo 563, de manera que el párrafo 1º pasó a ser el nuevo Artículo 562 (voluntad procreacional) y el párrafo 2º queda como texto del nuevo Artículo 563 (derecho a la información de las personas nacidas por TRA).

Con esta supresión y al establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin más aclaraciones, la situación se vuelve compleja, quedando similar a la que existía antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

33 Medina, G. "El derecho de sucesiones y los principios del Código Civil y Comercial." 2015. Recuperado el 25/10/15 de www.gracielamedina.com/assets/.../SUCESIONES-PRINCIPIO-final.doc

En efecto, como se requieren dos consentimientos: uno para la realización de la técnica en sí y otro cada vez que se va a utilizar el material genético o implantar embriones. A modo de ejemplo, si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del embrión, el consentimiento inicial que prestó queda privado de efectos y la mujer impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido como una cosa inservible, o destinado a la investigación, privándolo de su derecho a la vida.³⁴

La posibilidad de que los nacimientos ocurran, ya que de todos modos es técnicamente posible, nos lleva a concluir que se debería haber dado una respuesta clara a los derechos sucesorios de los embriones no implantados y a los de las personas que nacen después de la muerte de quien aportó los gametos.

La jurisprudencia vigente en nuestro país hasta la actualidad siempre permitió la utilización del material genético post mortem, en base al principio de que todo aquello que no está prohibido está permitido, apartándose de la misma el nuevo Código Civil y Comercial (Medina G., 2015).

Graciela Medina afirma que ante este panorama debe interpretarse el mismo en forma integral: quienes nazcan por TRA realizadas post mortem no tienen derechos hereditarios, cuando al momento de su muerte el progenitor fallecido no hubiera renovado el consentimiento para la utilización de gametos o de embriones. Y que no es válido que en un testamento se autorice la utilización de gametos congelados, ni de embriones no implantados, porque el testamento tiene efectos post mortem y la voluntad procreacional debe ser otorgada antes de la muerte del causante (Medina G., pg. 12, 2015).

Por último, cabe señalar que en la mayoría de las legislaciones Europeas la aplicación de las técnicas procreativas post mortem está prohibida, y si no obstante ello se utilizan, sus consecuencias se rigen por el derecho común.

34 Ferrer, F. "Personas que pueden suceder al causante" (2015). LA LEY. Recuperado el 25/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000150a146a8f212f0434b&docguid=iED4F147DC5EBDA194BD7B889337DC383&hitguid=iED4F147DC5EBDA194BD7B889337DC383&spos=5&epos=5&td=36&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=16&crumb-action=append>

4. Reflexiones finales

De lo expuesto surge que para alcanzar la mentada igualdad a la que se aspira aún quedan ciertos aspectos vinculados a las TRA que ameritan ser acogidos normativamente.

Se advierte que ante determinadas situaciones de hecho, la ley argentina no otorga los mismos efectos ante situaciones similares. Como ocurre en el caso de las parejas homosexuales masculinas, que impedidos de acceder por las vías legales a la gestación por sustitución, ven descartada la única alternativa para poder gestar un hijo con gametos de alguno de los dos integrantes de la pareja.

Además, una regulación clara de los derechos hereditarios de los embriones no implantados al ocurrir la muerte del causante resulta imperiosa a los efectos de evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica.

CONCLUSIONES

El nuevo Código Civil y Comercial unificado de la Nación aspira a ser un código de igualdad, y resulta innovador, al receptor la constitucionalización del derecho privado estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

En el presente trabajo se analizó en profundidad este nuevo marco jurídico, que acoge ampliamente la utilización de técnicas de reproducción asistida. Los principios que inspiraron dicha Reforma fueron presentados al comienzo del mismo, y se traen a colación nuevamente a los efectos de reflexionar sobre su efectivo acogimiento:

El principio del interés superior del niño, eje rector de esta investigación, y a cuya luz se analizan todas las situaciones de conflicto que pueden surgir de la temática abordada. Al respecto, se considera que no obstante se introdujeron importantes normas destinadas a garantizarlo, sobre todo referidas a la protección de su derecho a la identidad en el caso de las TRA heterólogas, la regulación continúa siendo deficiente respecto de algunos puntos. Sería positivo que exista una legislación más minuciosa, por ejemplo, respecto del destino y manipulación de embriones crioconservados no implantados, o del número de embriones susceptibles de ser implantados, a los efectos de que todos los centros habilitados para realizar TRA y bancos de gametos funcionen en base a las mismas reglas brindando la debida protección al desarrollo vital.

Además, la postura abstencionista adoptada respecto de los derechos sucesorios de los embriones no implantados y respecto de la gestación por sustitución, acarrea serios problemas que ya son palpables a través de jurisprudencia reciente. Es que en los hechos resulta perfectamente posible que una pareja contrate en forma privada con una mujer gestante que dé a luz un hijo que aquellos tienen la voluntad de procrear. Y los inconvenientes que pueden surgir de esta situación no son menores, ya sea al momento de inscribir en el Registro Civil a ese niño, que figura en la partida de nacimiento hijo de una mujer y en virtud de un acuerdo privado, hijo de quienes expresaron su voluntad procreacional en el mismo. Como así también puede ocurrir que la madre portadora se niegue a cumplir con lo pactado y no quiera entregar el niño a los progenitores, etc.

Resulta técnicamente posible que se produzca la implantación de un embrión luego de la muerte de uno de los miembros de la pareja y al no estar normados los derechos hereditarios de

ese niño en forma expresa, ello conduzca, sin duda, a situaciones de conflicto donde los derechos del menor son los que primordialmente se ven vulnerados.

Respecto del principio de igualdad de todos los hijos se considera que es consagrado adecuadamente, al crear el Código Unificado un tercer tipo de filiación basada en la voluntad procreacional y establecer que no existen diferencias de ningún tipo entre la filiación por naturaleza, por adopción, o bien por TRA.

Además, se mantiene el sistema binario, por el cual ninguna persona puede tener más de dos vínculos cualquiera que sea la naturaleza de la filiación a fin de evitar la multiplicidad de vínculos que pueden surgir como consecuencia de la aplicación de las técnicas.

En la filiación por TRA no se admite la impugnación de la filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, de los hijos nacidos mediante las mismas cuando medió el consentimiento previo, informado y libre a la utilización de dichas técnicas, independientemente de quién aportó los gametos. Tampoco es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto del aportante de gametos. Y esta restricción resulta equilibrada al ser analizada a la luz del principio de proporcionalidad: se da prevalencia a los beneficios que ofrece la identidad del niño en su faz dinámica, al derecho a formar una familia y a la toma de decisiones libres en relación con la vida privada y familiar, por sobre la identidad derivada del nexo únicamente genético.

Respecto de otro principio sobre el que se inspiró la Reforma, el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción, se adopta un sistema equitativo, ya que si bien la normativa preserva el anonimato del dador en las TRA heterólogas no lo hace de modo absoluto, protegiendo de manera proporcionada tanto los derechos del donante como los del niño. Tal como expresa el Código Civil y Comercial la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de las mismas con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo para la inscripción del nacimiento. Y a petición de las personas nacidas a través de dichas técnicas, puede obtenerse información relativa a datos médicos del donante, cuando sea relevante para la salud del niño concebido; o bien, puede revelarse la identidad del donante por razones debidamente fundadas evaluadas por autoridad judicial

En cuanto al acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica, la normativa en análisis establece los requisitos a esta información genética, como se

expuso en el punto anterior. De este modo no se priva a la persona nacida mediante TRA heterólogas del derecho a conocer su origen genético, ya que puede acceder a esa información mediante un trámite judicial. Lo cual resulta una solución que se considera equilibrada, que salvaguarda los derechos en juego: derecho a la identidad del menor e intimidad de quien aportó gametos.

Del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, y el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella; el acceso a las TRA con una cobertura integral por parte de las obras sociales y prepagas, en condiciones de igualdad tanto para parejas homosexuales, heterosexuales o personas solteras, garantizados por la Ley N° 26.862 a nuestro entender, preservan en Argentina su goce. No obstante, la observación en este punto es respecto de lo que ocurre en su aplicación práctica; los prestadores de salud en reiteradas ocasiones, continúan poniendo obstáculos para brindar las prestaciones obligatorias y la única alternativa para quienes no cuentan con los medios económicos para poder acceder a los tratamientos resulta recurrir a la justicia.

Finalizando este trabajo de investigación, y atreviéndonos a hacer un balance de este marco jurídico actual, se concluye que tanto legislación que existía en la materia desde el año 2013, sumada al valioso aporte que introduce la Reforma de la unificación del Código Civil y Comercial en 2014, dan por resultado un escenario jurídico que se pone a tono con valores superiores marcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De este modo, Argentina adapta sus normas a una realidad respecto de la cual el derecho ya no podía permanecer ajeno. Reconociendo así, que la regulación legal basada en la familia tradicional matrimonial centrada en la procreación por naturaleza, como único modelo posible, resultaba insuficiente y obsoleta para dar protección a los diferentes modos de vivir en familia y a las nuevas formas de procreación de hoy.

Nociones de cambio y desarrollo inspiran que el acogimiento del núcleo de nuestra sociedad sea en condiciones de igualdad y no discriminación.

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AIZENBERG, M. (2012). “*El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina*”. *Revista Derecho Privado*. Año I, (N°1), 47-72. Infojus. Recuperado el 11/09/15 de http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120033-aizenberg-tratamiento_legal_jurisprudencial_las.htm
- BASSET, Ú. C. (2012). “*Filiación: consideraciones generales. Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012.*” Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina. Recuperado el 27/04/15 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/filiacionconsideraciones-generales-basset.pdf>
- BASSET, Ú. C. (2011) Derecho del niño a la unidad de toda su identidad, LA LEY, nro. 219.
- BASSET, Ú. C. (2014) “*La democratización de la filiación asistida*”. LA LEY. Recuperado el 18/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000014fe0a68a1d5e9bc70e&docguid=i661574BFA942193BFD825C9061AD1796&hitguid=i661574BFA942193BFD825C9061AD1796&spos=23&epos=23&td=1856&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append>
- CABALERI, D. A. (2014). “*Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica. Documento inédito*”. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Recuperado el 25/04/15 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf>
- CABRERA, R. (2014). “*La donación de gametos en las técnicas de reproducción asistida: breve comentario sobre la responsabilidad de los donantes. Documento inédito.*” Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Recuperado 25/04/15 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/donacion-gametostecnicas.pdf>

- CIRUZZI, M. (2011). “*La procreación: ¿derecho o deber? El avance tecnológico como imperativo categórico: beneficios, perjuicios y prejuicios.*”. Recuperado el 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2011/07/04/la-procreacion-¿derecho-o-deber-el-avance-tecnologico-como-imperativo-categorico-beneficios-perjuicios-y-prejuicios/>
- CUBILLOS, J.M (2013). “*Técnicas de reproducción asistida. Status jurídico del embrión humano*”. Trabajo de investigación. Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas. Recuperado el 04/05/15 de http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
- DE VITA, V. (2015/04/27) Fallo: Mujer soltera tendrá cobertura por fertilización, *Los Andes*. Recuperado el 17/04/15 de <http://www.losandes.com.ar/noticia/fallo-mujer-soltera-tendra-cobertura-por-fertilizacion>
- FAMÁ, M. V. (2012) “*El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.* Lecciones y Ensayos, Nro. 90, Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 22/04/15 de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>
- FERRER, F. “*Personas que pueden suceder al causante*” (2015). LA LEY. Recuperado el 25/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000150a146a8f212f0434b&docguid=iED4F147DC5EBDA194BD7B889337DC383&hitguid=iED4F147DC5EBDA194BD7B889337DC383&spos=5&epos=5&td=36&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=16&crumb-action=append>
- FIGUERAS RÁBANO, E., GARCÍA LASSO, I. HIGUERAS PAREJA, P. (2005) “*Técnicas de investigación en pedagogía social. Fuentes de documentación e información*”. Curso de Pedagogía Social. Recuperado de http://recursos.salonesvirtuales.com/assets/bloques/agustin_moron_tecdeinvestigacion.pdf
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (2015). “*El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial*” LA LEY. Recuperado el 15/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818160000014fd0ef3b9d168d5d97&docguid=iC53FC287A324E5E8B8883B4A2707F1C8&hitguid=iC53FC287A324E5E8B8883B4A2707F1C8&spos=2&epos=2&td=185&ao=i0ADFAB>

[87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=14&crumb-action=append](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000001503d7878679b6a0719&docguid=i234FDEC0B6863B70E2477C0AC5496E4F&hitguid=i234FDEC0B6863B70E2477C0AC5496E4F&spos=3&epos=3&td=40&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=14&crumb-action=append)

- GONZÁLEZ MAGAÑA, I. (2014) “*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. Recuperado el 06/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000001503d7878679b6a0719&docguid=i234FDEC0B6863B70E2477C0AC5496E4F&hitguid=i234FDEC0B6863B70E2477C0AC5496E4F&spos=3&epos=3&td=40&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=69&crumb-action=append>

- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, F. y BAPTISTA, M.P. (2010) “*Metodología de la investigación, 5ta Edición*” México D.F: McGraw- Hill.

- HERRERA, M. “*La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas*” (2013) LA LEY. Recuperado el 19/9/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000014fe7f6b88bc150b7a5&docguid=i3F9D59A68FDA4234D920E3BB833F4D34&hitguid=i3F9D59A68FDA4234D920E3BB833F4D34&spos=2&epos=2&td=47&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=79&crumb-action=append>

- IGLESIAS M. (2015/04/03) La ley de fertilización no se cumple bien: ocho de cada 10 parejas tienen quejas, *Clarín*. Recuperado el 26/04/15 de http://www.clarin.com/sociedad/fertilizacion-ley_0_1332466770.html

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “*El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odièvre c/France”*”. Recuperado el 07/05/15 de http://www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA_KEMELMAJER.htm

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, HERRERA, M, LAMM, E. (2011) “*La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación.*” LA LEY.

Recuperado el 11/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad60079000001505819e79d055864e2&docguid=i473960EDF1888C3395C972204BF977A4&hitguid=i473960EDF1888C3395C972204BF977A4&spos=23&epos=23&td=28&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append>

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. (2012) “*Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico.*” LA LEY. Recuperado el 9/9/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000014fb4cf40e81f163582&docguid=i7BC7F8100F5FB2A8AF5E509DBE5ACE32&hitguid=i7BC7F8100F5FB2A8AF5E509DBE5ACE32&spos=4&epos=4&td=9&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=14&crumb-action=append>
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. (2012) “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”. *Revista Derecho Privado Año 1 (Nº1)*, 3-45. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado el 3/09/15 de <http://www.infojus.gob.ar/ediciones-infojus/revistas/revista-derecho-privado>
- KRASNOW, A. (2013) “*La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación*”. LA LEY. Recuperado el 27/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a00000150ab4bd688a76bd983&docguid=i32D4A143123B988B3085464EADF7B3BA&hitguid=i32D4A143123B988B3085464EADF7B3BA&spos=2&epos=2&td=3&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append>
- LAMM, E. (2012) “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida” [Versión electrónica] *Revista de Bioética y Derecho (Nº 24)*, Observatorio de Bioética i Dret, Barcelona, p. 76-91. Recuperado el 15/06/15 de http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf
- LORENZETTI, R.L, HIGHTON DE NOLASCO E., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “*Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”. Recuperado

- el 27/04/15 de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- MEDINA, G. “*El derecho de sucesiones y los principios del Código Civil y Comercial.*” Recuperado el 25/10/15 de www.graciamedina.com/assets/.../SUCESIONES-PRINCIPIO-final.doc
 - MIZRAHI, M. “*Observaciones al Proyecto en materia de filiación*” (2012). LA LEY. Recuperado el 19/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000014fe7dfb8b96791c2a0&docguid=i83AE927B8CF02B94EF4B14057E963862&hitguid=i83AE927B8CF02B94EF4B14057E963862&spos=29&epos=29&td=234&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append>
 - MIZRAHI, M. (2010) “El niño y la reproducción humana asistida”. LA LEY. Recuperado el 19/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000014fe7dfb8b96791c2a0&docguid=iC8699603F542702EE5CCDB4B702A3797&hitguid=iC8699603F542702EE5CCDB4B702A3797&spos=52&epos=52&td=234&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=33&crumb-action=append>
 - MUSCOLO, ISABEL. (2015) “*Técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial: ¿voluntad procreacional vs. derecho a conocer la identidad biológica?*” LA LEY. Recuperado el 15/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818160000014fd0ef3b9d168d5d97&docguid=i442E5C6420885A6FA30092152A6909FF&hitguid=i442E5C6420885A6FA30092152A6909FF&spos=5&epos=5&td=185&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=14&crumb-action=append>
 - PERRINO, Jorge Oscar. (2007). “*El derecho a la vida en el Derecho Civil Constitucional*”. 1er Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina.
 - QUINTANA, Eduardo. (2014). “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial Unificado.” LA LEY. Recuperado el 2/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001502914d138240a34cf&docguid=i2D4D7A6A8BB2D2D8EC1CC0DD9D84FA34&hit>

- [guid=i2D4D7A6A8BB2D2D8EC1CC0DD9D84FA34&spos=19&epos=19&td=512&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/7.pdf)
- SÁNCHEZ GIL, R. *El principio de proporcionalidad*. Recuperado el 14/05/15 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/7.pdf>
 - SÁNCHEZ ZORRILLA, M. (2011) “*La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho*”. [Versión electrónica]. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (Nº 14), pp. 317-358.
 - TURNER SAELZER S., MOLINA PEZOA, M., MOMBERG URIBE, R. (2000) “Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo”. [Versión electrónica]. *Revista de Derecho Valdivia*, (Vol. 11), 13-26. Universidad Austral de Chile.
 - URBINA, P. (2015) “*La identidad a partir del Código Civil y Comercial. Promoción y protección de los derechos de niños y niñas*”. LA LEY. Recuperado el 16/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000014fd69dd30ee67148a4&docguid=i11346150E687DBFD240C1FF688A06C63&hitguid=i11346150E687DBFD240C1FF688A06C63&spos=7&epos=7&td=547&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=6&crumb-action=append>
 - VALDÉS DIAZ, CARIDAD. (2015) “*La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas*.” LA LEY. Recuperado el 15/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818160000014fd0ef3b9d168d5d97&docguid=iBE093F7A9E4D0E75AABF5F396E528ACB&hitguid=iBE093F7A9E4D0E75AABF5F396E528ACB&spos=13&epos=13&td=185&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=14&crumb-action=append>
 - VIEYTES, R. (2004). “*Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad*”. Buenos Aires: De las ciencias.
 - YUNI, J.A y URBANO, C.A. (2006) “*Técnicas para investigar recursos metodológicos para la preparación de proyectos de Investigación*”, Vol 1. Córdoba: Brujas

Jurisprudencia

- CCivComyLaboralGualeguaychu. “Bernardini, Mariel Aurora c. Flores Cardenas, Cindy Rocio” Recuperado el 05/10/15 de LA LEY <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000015038370e213bccb7e7&docguid=i74F0EDCD86EE07AFF1ABAB61C46C844B&hitguid=i74F0EDCD86EE07AFF1ABAB61C46C844B&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=7&crumb-action=append> (Sentencia de fecha 14/04/10)
- CFApel. de Rosario, Sala A. “R. D. M. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo”. Recuperado el 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/03/21/obra-social-debe-brindar-el-100-de-la-cobertura-del-tratamiento-de-fertilizacion-asistida-de-alta-complejidad-sin-limite-de-intentos/> (Sentencia de fecha 20/12/13).
- CNApel. Civ y Com. Federal, Sala II. “L. C. C., M. P. c/ OSDE” Causa n° 5218/2014 del 17/04/15. Recuperado el 27/04/15 de <http://www.diariojudicial.com/fueroCivilcomercial/Fertilizacion-Asistida-y-cautelar-20150422-0001.html> (Sentencia de fecha 17/04/15).
- CNApel. Civ y Com. Federal, Sala II. “A.P .K Y OTRO C/OBRA SOCIAL DE LA POLICIA FEDERAL ARGENTINA Y OTRO S/SUMARISIMO”. Recuperado el 11/05/15 de <http://www.cij.gov.ar/nota-11096-Exigen-a-una-obra-social-brindar-cobertura-integral-a-un-tratamiento-de-fertilizacion-asistida.html> (Sentencia de fecha 22/03/13).
- CNApel. Civ. Com. y Lab. de Rafaela. “S. A. F. Y O. C/ OSDE S/ AMPARO”. Recuperado el 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2015/06/22/obligacion-de-la-empresa-de-medicina-prepaga-de-brindar-a-los-amparistas-la-continuidad-del-tratamiento-de-fertilizacion-asistida-de-alta-complejidad-y-hasta-lograr-el-embarazo-a-traves-del-prestado/> (Sentencia de fecha 9/04/15).
- C4ta Apel. Civ, Com, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza . “B., I. G. y otros c. OSEP s/ acción de amparo.” LA LEY. Recuperado el 14/09/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000014fcbd7ff1c26213a29&docguid=iE74959A2205CFBABBCC9C97498DD705E&hitgui>

[d=iE74959A2205CFBABBCC9C97498DD705E&spos=3&epos=3&td=521&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=46&crumb-action=append](http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf). (Sentencia de fecha 29/12/14)

- CSJN, Secretaría de Jurisprudencia. “Interés superior del niño” (2012). Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>
- CNApel. Civ y Com. Federal, Sala III. “G. C. I. M. y otro c/ OSDE s/ sumarísimo”. Recuperado el 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/08/28/prepaga-debe-cubrir-el-100-de-dos-tratamientos-de-fertilizacion-los-que-deberan-efectuarse-en-instituciones-que-pertenecen-a-la-cartilla/> (Sentencia de fecha 22/04/14).
- CIDH (2012) CIDH (2012) “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”. Recuperado el 25/06/15 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (Sentencia de fecha 28/11/12).
- CNApel. Cont. Adm. Fed. Sala V. “C. E. M. y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud s/ amparo Ley 16.986”. Recuperado el 1/07/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/07/24/a-fin-de-que-sus-hijas-puedan-ejercer-el-derecho-a-conocer-su-identidad-biologica-se-crea-un-registro-sobre-donantes-de-gametas/> (Sentencia de fecha 29/04/14).
- Tribunal en lo Criminal de La Plata N° 4. “N. V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ amparo”. Recuperado del 29/06/15 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/07/11/ioma-debe-cubrir-el-tratamiento-de-fecundacion-in-vitro-a-la-pareja-de-mujeres/> (Sentencia de fecha 18/06/14).
- Juzgado Nacional de 1era Instancia en lo Civil Nro. 102. “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad.” LA LEY. Recuperado el 28/10/15 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=i6DC8B5FA443ED3498A7F9745E3C222AE&spos=&epos=1&td=&openLocator>. (Sentencia de fecha 18/05/2015)
- Primer Juzgado de Familia de la Provincia de Mendoza. “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación.” Recuperado el 08/10/15 de <http://www.infojus.gob.ar/gestacion-sustitucion-filiacion-tecnicas-reproduccion-humana->

asistida-suu0014344/123456789-0abc-defg4434-100usoiramus. (Sentencia de fecha 29/07/15)

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/04/15 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>.
- Código Civil y Comercial de la Nación comentado 2014. Bueres A., Tomo 1. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- Constitución de la Nación Argentina. 2011. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Decreto Reglamentario N° 2980 Reglamentación de la Ley de Fertilización asistida de la Provincia de Buenos Aires.
- Decreto 956/13 Reglamentación de la Ley de reproducción médicamente asistida. Procedimientos y técnicas médico asistenciales.
- Ley 26.862 Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley 14.208 Honorable Legislatura de la Provincia de Buenos Aires.
- Ley 14/2006 de España sobre Técnicas de Reproducción humana asistida.
- Ley 26.618 Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Reproducción asistida: Deudas de una ley que cumplió un año. *Infobae*. Recuperado el 04/05/15 de <http://www.infobae.com/2014/06/12/1572405-reproduccion-asistida-deudas-una-ley-que-cumplio-un-ano>.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

| | |
|--|--|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | AGUIRRE NAHIEM, MARIA LAURA |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 30.586.545 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | Reproducción asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial Unificado |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | mlaura_ag@hotmail.com |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |
| Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

| | |
|---|-----------|
| <p>Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i></p> | <p>SI</p> |
| <p>Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i></p> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Buenos Aires, 12 de julio de 2016

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.