



TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÍA

***“LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO
EVENTUAL ATENTADO A LA DIGNIDAD DEL
NIÑO”***

ALEJANDRA NAHIR ALÉ

Agradecimientos

Por estar y haber estado cuando más los necesité.

Por acompañarme.

Por alentarme y ayudarme a no rendirme jamás.

Por ser el refugio que cobijó mis sueños que hoy
comienzan a hacerse realidad.

Un especial y eterno agradecimiento a mi familia.

RESUMEN

Si se analizan en profundidad en materia de filiación tanto los fundamentos de la reforma al Código Civil y Comercial como los artículos 558, 560, 561, 562, 563 y 564 del mentado cuerpo normativo resulta evidente que las disposiciones proyectadas hacen referencia explícita a un derecho al hijo.

Y desde esta óptica es que se plantea el interrogante sobre si el deseo y la necesidad de procrear, más aún en casos de filiación por medio del uso de técnicas de reproducción humana asistida, están en sentido opuesto al interés superior del niño (llamativamente, principio recogido también por el CCivCom) lesionando, como correlato, la dignidad del hijo.

Sin duda alguna la temática planteada fue, es y será eje de apasionantes debates sobre este figura jurídica. La meta es brindar un aporte teórico y de conocimiento al lector para que pueda, una vez finalizada la investigación, tener su propia opinión crítica sobre el problema formulado.

Palabras claves: Técnicas de Reproducción Humana Asistida – Interés superior del niño – Derecho a la dignidad del hijo

ABSTRACT

If analyzed in depth the filiation field both the fundamentals of reform of the Civil and Commercial Code and Articles 558, 560, 561, 562, 563 and 564 of the aforementioned body of law are clear that the provisions designed explicitly refer to a right to a son.

And it is from this point of view that the question of whether the desire and the need to procreate, especially in cases involving through the use of assisted human reproduction, are in opposite direction to the interests of the child (remarkably principles also recognized by the CCivCom) injuring as a correlate, the dignity of the child.

No doubt the issue raised was, is and will be the axis of passionate debates, and this corresponds to the purpose for which it was chosen to analyze on the controversy surrounding this legal concept. The goal is to provide theoretical knowledge and contribution to the reader so he can, once the investigation is gone through have its own critical opinion on the formulated problem.

Keywords: Assisted Human Reproduction Techniques - Best interests of the child -
Right to dignity of the child

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I.....	7
BIOÉTICA, DERECHO Y FAMILIA.....	7
1. Bioética. Concepto y finalidad.....	7
2. Vinculación entre las Ciencias Médicas, el Derecho y la Bioética.....	9
3. El Código Civil y Comercial. Aspectos relevantes en materia de derechos personalísimos	11
4. Evolución histórica de la familia	13
5. Contribución de la tecnología médica en la constitución de las familias	15
Conclusión del capítulo.....	16
CAPÍTULO II	16
LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	16
1. Derecho Filial.....	17
2. Fuentes de filiación	17
Conclusión del capítulo.....	28
CAPÍTULO III.....	30
LA VOLUNTAD PROCREACIONAL.....	30
1. Voluntad procreacional. Generalidades	30
2. Voluntad procreacional como causa de discriminación.....	40
3. La voluntad procreacional en el mundo	44
Conclusión del capítulo.....	45
CAPÍTULO IV	47
EL NIÑO Y SUS DERECHOS	47
1. Convención sobre los Derechos del Niño	47
2. Interés superior del niño.....	51
3. El derecho a la dignidad del niño.....	53

4. Cuestiones jurídicas debatidas por la doctrina	58
Conclusión del capítulo.....	63
CONCLUSIONES	64
BIBLIOGRAFÍA	66

INTRODUCCIÓN

Una de las particularidades que destacan a los tiempos que se viven, especialmente en el ámbito de las familias, es la celeridad en los cambios que se producen los cuales a su vez, son constantes y profundos. Por consiguiente, el Derecho de Familia no ha quedado al margen de esta evolución y ha ido variando sus perspectivas a través de la sanción de diversas normas, si bien no a la par, pero tampoco soslayando la cuestión.

Con respecto al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual ha modificado sustancialmente muchas de las normas del Código redactado por Vélez, resulta imperioso señalar la transformación de varias figuras jurídicas hasta el momento levemente reglamentadas o, como el caso que atañe al trabajo que se propone, no reguladas hasta esta reforma legislativa.

Así pues, el Derecho de Familia ha sido objeto de notables modificaciones. A título ejemplificativo se mencionan la regulación de la voluntad procreacional como derecho que asiste a las personas a concebir un hijo, y asimismo – vinculado expresamente a lo dicho - la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida como novel fuente de filiación.

Es harto reconocido que los conceptos tradicionales en materia de Derecho de Familia han quedado obsoletos y truncos; no obstante también es aceptado que la propia evolución de la sociedad en conjunción con los avances tecnológicos en el campo de la Medicina han venido a aportar nuevos paradigmas y posibilidades a las familias que antaño no podían constituirse como tal. Y la órbita jurídica no podía más continuar ignorando estas realidades.

Resultó esencial por lo tanto que el legislador ampliara el espectro normativo y reconociera finalmente que las leyes locales en esta materia estaban aguardando la posibilidad de ajustarse a un contexto evolutivo familiar acorde a la situación actual. Es decir, las diversas coyunturas familiares que se venían presentando hasta el momento, como es el caso de la concepción de un hijo mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, no se encontraban legisladas concretamente como fuente de filiación ya que el Código Civil de Vélez solamente reconocía la fuente de filiación natural y la fuente por adopción.

A partir del 2015 las cosas cambiaron para el Derecho de Familia en este sentido. La voluntad procreacional podrá hacerse valer como derecho garantizado a los progenitores que

por cualquier causa física se vean imposibilitados de concebir a un hijo, practicando en un ámbito debidamente reglamentado la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Ahora bien, establecido el nuevo marco regulatorio de las técnicas de reproducción humana asistida y de la voluntad procreacional en el Código Civil y Comercial (arts.19/558/560 a 564) se suscitó una cuestión que fue, es y será debatida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y es aquella que hace referencia a la incidencia del interés superior del niño en todos los aspectos que lo tengan como eje. Siendo un principio esencial a hacer primar cuando se trate de la tutela de los derechos de los niños, el interés superior de éstos representa y garantiza al cúmulo de derechos que los asisten como sujetos de derechos que son. Por tal motivo la problemática prorrumpida se asocia a la idea de la afectación del derecho a la dignidad del niño que ha nacido como deseo de sus progenitores por medio de la ayuda que brindan las técnicas de reproducción humana asistida; deseo que la nueva codificación civil avala y ampara.

Se interpreta entonces que el interés superior del niño es un principio al que debe atenderse fundamentalmente para que éste reciba lo mejor y más conveniente para él, resulta ilógico que la ley en este caso específico anteponga el deseo de los padres al interés superior del hijo. Por tal motivo el trabajo de investigación tiene como objetivo discernir si la voluntad procreacional como fuente de filiación a través de la implementación de técnicas de reproducción humana asistida, ya sea por aplicación de inseminación artificial o fecundación in vitro, atenta y afecta a la dignidad del niño.

Para poder alcanzar el resultado que se propone en primer lugar se planteó como hipótesis de trabajo que el art.562 del CCivCom establece que es necesario a los fines de la gestación del hijo la voluntad procreacional, manifestándose la misma a través del consentimiento previo, informado y libre. Ahora bien, si lo que regula el CCivCom es la voluntad procreacional resulta notorio, a simple lectura, que el mismo se aparta del postulado de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que respecta al interés superior del niño y a la protección de sus derechos como sujetos de derechos que son los niños, niñas y adolescentes; derechos que reunidos conforman la dignidad humana.

Por lo analizado hasta el momento, se puede avizorar que las nuevas disposiciones civiles con respecto a las técnicas de reproducción humana asistidas presentan un matiz lesivo

de la dignidad del hijo, ya que éste encuentra su origen filiatorio en la voluntad procreacional de adultos quienes, según el CCivCom., tienen derecho a un hijo.

Con respecto a los objetivos propuestos se señala como objetivo general el analizar si la voluntad procreacional como fuente de filiación atenta contra la dignidad del hijo concebido por técnicas de reproducción humana asistida (fecundación in vitro o inseminación artificial). Como objetivos específicos también se refieren los siguientes: conceptualizar qué se entiende por técnicas de reproducción humana asistida; escindir las diferentes técnicas de reproducción humana asistida; analizar las disposiciones normativas con respecto a la filiación por medio de técnicas de reproducción humana asistidas; caracterizar la voluntad procreacional y detallar los requisitos previstos en el CivCom a los fines de materializarla; definir si es ajustado a derecho considerar a la voluntad procreacional como fuente de filiación; determinar si los hijos con filiación natural o adoptiva gozan de los mismos derechos en el CCivCom que aquellos hijos con filiación en base a técnicas de reproducción humana asistida; especificar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos más relevantes con respecto a niños, niñas y adolescentes; dilucidar la trascendencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y manifestar sus aspectos sobresalientes; interpretar el significado jurídico de dignidad humana y relacionarlo a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A los fines de desarrollar una investigación clara, sistematizada y concatenada que tenga como objetivo fundamental poder dar respuesta a la pregunta que motiva a la obra se dividirá la misma en cuatro capítulos:

Capítulo I: se abordará la investigación por medio de los tres conceptos fundamentales que la componen, es decir, se describirán minuciosamente las definiciones de Bioética, Derecho y Familia. *A posteriori* se explicará cómo la Bioética y el Derecho influyen en la evolución de la familia y cómo la esencia de la familia interviene en las transformaciones de las ciencias referidas.

Capítulo II: se examinará en profundidad la cuestión referida a la filiación (concepto, finalidad, tipos) y cómo el CCivCom la regula.

Capítulo III: se ingresará de pleno al estudio del concepto de voluntad procreacional en este capítulo tratando de definir qué debe entenderse por ella, cuál es su finalidad, qué

requisitos establece el CCivCom para que pueda ser ejercida la misma para, finalmente, exponer las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales que brindan su aporte teórico y práctico sobre esta voluntad como fuente de filiación.

Capítulo IV: último capítulo de la investigación que se abocará a analizar en la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del niño, el derecho a la dignidad de éste y fundamentalmente hará hincapié en el debate suscitado en la doctrina local respecto a ciertas cuestiones que atañen a la problemática.

Para finalizar, una vez concluido el derrotero de la investigación se vertirán las conclusiones pertinentes obtenidas por medio del estudio y análisis pormenorizado de la temática.

La metodología de investigación escogida para llevar adelante el trabajo de investigación consiste en un tipo de estudio descriptivo por medio de la utilización de técnicas cualitativas que permitan en conjunto con las fuentes utilizadas encontrar el material pertinente y adecuado para poder obtener la respuesta al cuestionamiento que motivó al desarrollo del trabajo.

CAPÍTULO I

BIOÉTICA, DERECHO Y FAMILIA

Este primer capítulo abordará un punto crucial en lo que hace al objetivo de la investigación y que es consistente con poner de manifiesto de qué manera se vincula el Derecho con la familia y la injerencia que tiene la Bioética en este nexo.

Es sobre esta relación (Bioética, Derecho y Familia) que pesa la responsabilidad de demostrar y validar la importancia que tiene el regular las pautas bioéticas sobre la decisión de conformar una familia por medio de la ayuda de las Ciencias Médicas.

Por tal motivo resulta indispensable iniciar el trabajo de investigación exponiendo los aspectos claves de los tres ejes de este capítulo: la regulación civil, la aplicación de la tecnología en el ámbito médico y la familia como núcleo central.

1. Bioética. Concepto y finalidad.

En el año 1970 Van Rensselaer Potter, creó el concepto bioética para hacer referencia por medio del uso el término *bios* (vida en griego) a los avances en las ciencias biológicas y *ethos* para señalar los valores que se pusieron en juego a partir de esos avances (Moreno Luce, 2010)

Rodríguez Merino (2003) creó, por su parte, otro término añadiendo la palabra *techne* para significar la aplicación de los conocimientos en ciencia, técnica y ética como componentes básicos e indispensables de la expresión biotecnética. “La diferencia entre estos dos nuevos términos bioética y biotecnética, es que el segundo añade un énfasis especial en la importancia de la técnica” (Rodríguez Merino, 2008, p.21)

La bioética tiene como finalidad brindar los instrumentos útiles para enfrentar los desafíos que se presentan en la actualidad. También permite la transformación del hombre, lo que incide tanto en la Medicina, en la moral y le causa serios problemas al Derecho.

De acuerdo a lo que señala Casado (1996) esta disciplina abarca extensas áreas: a) la esterilización; b) la eutanasia; c) los trasplantes; d) la confidencialidad de los datos; e) las

incapacidades y minusvalías; f) las posibles causas de discriminación; g) la psiquiatría, el sida, la tóxicodependencia; h) la ecología; i) en general, las relaciones entre Ética, Medicina, Derecho y Economía de la Salud. En su conjunto, las áreas que revela la autora citada, conforman el plexo de relaciones que se dan en el seno de la Bioética en aras de lograr avances en el campo médico- científico.

Por último es dable poner de relieve que “La bioética se va a decantar como una disciplina relativamente perfilada en la que confluyen especialistas de distinto origen, convergen profesionales de la medicina, la biología, con los especialistas en derecho, filosofía y moral” (Mateo, 2000, p.21)

Bioética pues, es dable interpretar, que se trata de una disciplina cuya función esencial consiste en el análisis de las conductas de los individuos en su relación con las ciencias o bien, cuando el hombre se vincula estrechamente con la misma. Estas conductas asumidas por las personas que trabajan en estas ciencias deben ser evaluadas siempre a la luz de ciertos valores y principios éticos y morales. Precisamente la Bioética es la encargada y responsable de dicha valoración.

1.1 Principios que la rigen

En cuanto a los principios que rigen a la Bioética como disciplina encargada de regular la vinculación del hombre con las ciencias, tienen su fundamento en el hecho de garantizar una armoniosa relación basada en la confianza mutua entre pacientes y profesionales de la salud; partiendo de esta intimidad que se crea entre ambos polos, es que pueden concretarse los procedimientos médicos que se decidan en conjunto.

Los principios que dan sustento a la Bioética son, según explica Rivas Muñoz (2013):

a. Principio de beneficencia: pone de relieve la obligación médica de poner todo su interés tanto en la atención del paciente como en su recuperación, o bien, en casos extremos, todo en cuanto esté al alcance del profesional de la salud para mejorar las condiciones y la calidad de vida del enfermo.

b. Principio de no-maleficencia: desde los tiempos hipocráticos, con la máxima latina *primum non nocere* (sobre todo no hacer daño) se intenta la evitación del daño por sobre el

hacer el bien. En este principio lo esencial es no causar un perjuicio al enfermo; el no dañar a otro se presenta como la valoración ética fundamental.

c. Principio de autonomía: refiere al debido respeto que ha de tenerse a la libertad y a la autonomía de la voluntad de las personas, más aún cuando las determinaciones que adopte se encuentren estrechamente vinculadas a decisiones vitales. Este principio es irrefutablemente un claro ejemplo de la influencia de los derechos humanos en el campo de las ciencias. El mismo se torna concreto cuando el paciente brinda su consentimiento informado para la realización de algún tipo de procedimiento médico.

d. Principio de justicia: representa dos cuestiones básicas, por un lado respecto a la obligación existente de brindar a todos los pacientes por igual el mismo tratamiento y respeto (servicios médicos adecuados y ajustados a cada paciente en particular); por otro, significa la distribución equitativa de recursos por parte del Estado a todo aquello que signifique atención médica, investigación, prestación de servicios, entre otros. Hasta aquí, los puntos esenciales que constituyen a la Bioética como disciplina fundamental y determinante en la problemática planteada.

2. Vinculación entre las Ciencias Médicas, el Derecho y la Bioética

La medicina es una ciencia que ha avanzado a pasos agigantados gracias al aporte continuo del desarrollo de la tecnología. Este proceso de crecimiento e innovaciones continuas en el área de la salud van acompañados por los principios, valores y ética que envuelven al ejercicio médico.

Tejera Concepción (2008) explica que el galeno en la actualidad debe resolver las situaciones patológicas que lo aquejan en el ámbito de su sistema de atención médica mucho más complicado que en el pasado. Esta atención global que el médico debe promover incluye necesariamente las explicaciones y recomendaciones clínicas que se deban hacer al paciente de forma que al momento de decidir, el enfermo sea plenamente consciente de la decisión adoptada, de sus implicancias y que ha sido correctamente informado por el profesional del arte de curar.

La actuación de los profesionales en el arte de curar se asienta en su saber científico, pero es innegable que debe encontrarse acompañada de una ética intachable la cual trabajará como sustento de los principios rectores en esta actividad. Además el galeno tendrá siempre

presente que su función se basa en proporcionar a los pacientes el bienestar, la conveniencia y de ser factible la complacencia y satisfacción de alcanzar un estado óptimo de salud. Y todas estas cuestiones, sin la ayuda de la tecnología médica, no hubiesen sido posibles.

Sin embargo, esta comunión entre la Medicina, la Ética y la Tecnología ha sido la precursora de innumerables debates que hasta la actualidad no han podido ser superados a pesar de la colaboración de la Bioética y los aportes que el Derecho ha brindado desde su óptica.

Estos debates radican en sustentar que la Ética es la disciplina que deberá guiar a la ciencia en su relación con el desarrollo de los hombres, que ella debe ser el norte a seguir en aras de juzgar oportunamente el avance tecnológico y sus aplicaciones (Tejera Concepción, 2008)

Al estar la ciencia a disposición del hombre, éste debe ser quien contribuya con la humanidad utilizando su poder sobre la tecnología. Pero precisamente la posibilidad de la mano del hombre actuando arbitraria y discrecionalmente con la tecnología fue, es y será el objeto de discusión cuando de ética, valores y principios en juego se trate. No puede negarse que la ambición de los seres humanos en muchas ocasiones y si no se encontraran reglamentadas jurídicamente ciertas actividades y comportamientos, hubiese excedido límites impensables, exponiendo a la sociedad a fenómenos que afectarían a la moralidad y las buenas costumbres.

Es natural que el Derecho imparta sus ideales rectores regulando normativamente las relaciones que se den en el contexto de la Medicina y la Tecnología, precisamente por tratarse valores en juego y siempre a los fines de que se pueda continuar avanzando científica y tecnológicamente en aras del beneficio de las personas pero por medio de un desarrollo responsable en todos sus sentidos.

En el derecho internacional, como en el derecho convencional son múltiples las convenciones, resoluciones, tratados y recomendaciones que han pactado diferentes proposiciones con el objetivo de reglamentar la aplicación de la Ciencia y tienen como meta, entre otras: el respeto por los derechos humanos, la consolidación de valores, la contribución a la paz social y a una justicia equitativa, el cuidado a la biodiversidad ambiental y al medio ambiente en sí, al acceso de todos al conocimiento y a la información, y esencialmente a la

libre investigación mediante criterios innovadores que no lesionen los derechos e intereses de terceros.

Como corolario puede sintetizarse que las relaciones entre las disciplinas que se plantean son sumamente necesarias y presentan múltiples ventajas para todas las partes. En primer lugar ya que permiten el avance tecnológico aplicado a las ciencias de una manera responsable y ajustada a lo que la ley manda; desde otra perspectiva, ya que las personas se encuentran frente a escenarios fructuosos y valiosos que les permiten acceder a muchísimos beneficios y a la información concreta que posteriormente ayudará en sus decisiones informadas.

3. El Código Civil y Comercial. Aspectos relevantes en materia de derechos personalísimos

El Código Civil y Comercial presenta muchos aspectos dignos de considerar con relación a la problemática que atañe a la obra. Esencialmente en lo que respecta a la protección que da a la persona humana y al régimen que establece con respecto a los derechos personalísimos (Flash, 2014)

Al respecto, el Código inicia la protección de la persona reglamentando sus derechos y a los actos personalísimos en el Capítulo 3, del Libro Primero; así lo primero que consagra expresamente es la inviolabilidad de la persona (art.51)¹ para continuar con la tutela efectiva a la dignidad del individuo (art.52)². Sin cabida a dudas, ambos artículos tienen en mira principalmente el irrestricto respeto a la dignidad de la persona y la coloca en la misma jerarquía que ya le había dado la Constitución Nacional.

Con respecto a la disposición de los derechos personalísimos (art.55)³, el Código admite el consentimiento de dicha disponibilidad siempre que no sea contrario a lo que dicta la ley, la moral y las buenas costumbres. Esto revela el respeto, tal como se mencionara anteriormente, tanto a la dignidad humana como a la autonomía de la voluntad, y a la libertad.

¹ ARTÍCULO 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

² ARTÍCULO 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

³ ARTÍCULO 55.- Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

Con referencia a este artículo 55, explica Fabio Cantabio (2012) que esta norma vino a confirmar y a garantizar el principio de disposición de los derechos personalísimos los cuales quedan en la órbita de reserva de cada individuo.

Otro artículo característico para con la problemática que se postula es el artículo 59⁴ encargado de regular los aspectos pertinentes al consentimiento informado y cuya trascendencia radica en la protección de los derechos de las personas en todas aquellas cuestiones que hagan referencia a la relación que deba mantener con el sistema de salud (Cantabio, 2012). A diferencia de lo que la Ley 26.742 de Salud Pública delimitaba, el avance normativo en este aspecto que presenta el Código es consistente tanto con la distinción que realiza sobre quién o quiénes pueden otorgar el consentimiento informado (algo que la ley mencionada no enumera), así como también especifica quiénes pueden subrogarse el derecho a otorgar dicho consentimiento (cuestión que tampoco toma en cuenta la normativa N°26.742).

A modo de síntesis, se puede insistir en destacar el gran avance que tuvo el ordenamiento jurídico argentino en todo aquello que ponga de relieve el respeto y la valoración de los derechos personalísimos.

⁴ ARTÍCULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. “2012 – Año de Homenaje al doctor D. MANUEL BELGRANO” Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

4. Evolución histórica de la familia

Marisa Herrera (2015) afirma que la familia en su naturaleza de tal es una institución social que preexiste a todo ordenamiento jurídico el cual no la ha acompañado en todo su recorrido histórico y no siempre la ha reconocido en su justa medida.

Las finalidades esenciales de las primeras familias⁵ han ido mutando en el derrotero del tiempo, y a la par se ha modificado el propio concepto jurídico de familia. En consecuencia, fue definida en sus inicios como el conjunto o grupo originario social; pero conformación como grupo que la realidad permite ver cómo ha evolucionado (Herrera, 2015). En términos más tradicionales, la familia se integraba con todas las personas con las cuales se comparten proyectos de vida y vínculos de parentesco, naciendo de la unión de la relación forjada entre hombre y una mujer y sus descendientes. “Así, el carácter de fenómeno universal de la familia venía dado, por un lado, por la suposición de una alianza — el matrimonio— y por otro una filiación —los hijos— a partir de la unión heterosexual” (Roudinesco, 2010, p.13/14)

Con el avance de las sociedades modernas, la concepción de la noción como institución social y las calificaciones de la institución *social* familia, recibieron el efecto de dicha evolución y se comenzó a comprender que la familia como tal no tiene una única realidad, sino que hay diversas coyunturas que se enlazan a ella. En conclusión, los años y distintas perspectivas sociales y culturales permitieron darse cuenta que no es la familia actual idéntica o similar a la familia de siglos pasados.

Basta recordar para alegar a favor de lo que se viene exponiendo que en sus orígenes la organización familiar se encontraba liderada por la autoridad patriarcal (Rousseau, 1762). Posteriormente, la familia moderna (Herrera, 2015) denotó con meridiana claridad el efecto de la aceptación del amor a través del matrimonio en primer lugar, la división del trabajo entre los esposos y la atribución de autoridad al padre (Roudinesco, 2010)

Hacia finales del siglo XIX, la organización familiar se apoyaba en tres pilares: “1) la autoridad del marido; 2) la subordinación de las mujeres y 3) la dependencia de los niños, en el marco de un re-diseño social fruto del hecho histórico de la revolución francesa” (Roudinesco, 2010, p.41)

⁵ Marisa Herrera (2015) señala que históricamente han sido 3: 1) la procreación y conservación de la especie; 2) el fin espiritual tendiente a crear lazos de afecto y solidaridad entre sus miembros; y 3) la finalidad económica relativa a la necesidad de sustento, alimentación y vivienda de sus integrantes.

Para la década del '60, la familia posmoderna tuvo como característica el aumento de divorcios, separaciones y recomposiciones de los matrimonios. (Herrera, 2015) Sin embargo estas contingencias no lograron que la familia mantuviese en pie sus principales funciones como grupo afectivo: educativa, asistencial, política y económica (Méndez Costa, 2009).

En la actualidad la noción de familia de aquellas primeras épocas ha quedado obsoleta y presenta una transformación sustancial sobre todo en los nuevos escenarios sociales en que ella se encuentra inmersa y en los que actúa cotidianamente. Entre estos cambios que se pueden mencionar, a título ejemplificativo, que ya no se encuentra integrada exclusivamente por cónyuges, sus descendientes y otros vínculos de parentesco. Y esto se ha dado porque “la dinámica social exige contemplar otras formas de relaciones humanas donde los miembros que la integran se vinculan y se unen por lazos de afecto, de respeto, convivencia y solidaridad” (Oliva Gómez y otra, 2014, p.14)

4.1 Acompañamiento jurídico

La perspectiva histórica anteriormente descrita, tuvo sus consecuencias en la órbita jurídica, precisamente en lo que hace a la regulación de la familia y los efectos que surgen de esta institución. Así, la función de la procreación exigía de una familia heterosexual, y monogámica.

El matrimonio entonces emergía como la institución jurídica que consagraba este objetivo y provocaba la diferenciación al momento de reconocer efectos jurídicos totalmente distintos a los hijos nacidos de una unión matrimonial y a los de una extramatrimonial (Herrera, 2015). De esta concepción clásica de familia apareció la distinción entre los llamados hijos legítimos, frente a los hijos ilegítimos.

No fue sino hasta el año 1985 con la sanción de la ley 23.264 que se inició el proceso de evolución hacia la igualdad de las filiaciones. A partir de aquel momento, la realidad biológica fue la base de referencia para la unificación de los hijos al eliminar su calificación como hijos matrimoniales o extramatrimoniales (Díaz de Guijarro, 1985).

Vale destacar también el impacto que tuvo la doctrina internacional de derechos humanos la cual vino a proponer nuevas definiciones en aras de diseñar otras concepciones para la institución familiar. Como se alegara: “nunca en la historia de las poblaciones, los

comportamientos familiares han cambiado tan profundamente, en tan poco tiempo, en áreas tan vastas" (Kemelmajer de Carlucci y otras, 2014, p.11) Se interpreta, por tanto, que el Derecho de Familia es una de las ramas que más cambios ha exigido en los últimos años.

Este escueto recorrido por las principales modificaciones que se han suscitado en la concepción de la familia, ha permitido reconocer pero especialmente comprender cómo ha evolucionado el concepto y de qué forma se ha ido entendiendo que los fines primigenios del núcleo familiar ya no son los mismos. Esto a su vez ha logrado ampliar la visibilidad de otras formas de organización familiar y las razones por las cuales el Código Civil y Comercial ha regulado a la familia tal como actualmente lo hace.

5. Contribución de la tecnología médica en la constitución de las familias

La tecnología aplicada al campo de la medicina ha permitido que quienes desearan completar su familia y no podían hacerlo por impedimentos netamente biológicos que obstaculizaban la procreación (no deseando tampoco optar por el instituto de la adopción) volviera realidad su anhelo.

Precisamente a través de procedimientos médicos específicos, los individuos de un tiempo a esta parte han podido cumplir su sueño de tener su familia, de dejar su propia descendencia.

Estos procedimientos mencionados *supra* son conocidos como técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) las cuales han permitido que una gran cantidad de niños hayan nacido en el mundo y se hayan convertido en el ser máspreciado por sus padres. El desarrollo de la ciencia médica, por tanto, ha logrado que en el país "entre los 12.000 tratamientos de fertilización asistida de todo tipo que se producen por año en la Argentina se estiman alrededor de 1000 nacimientos anuales que previamente requirieron donación de semen o de óvulos de terceros (...)" (Oliva, 2014, párr.3)

De lo antedicho se deriva una de las tantas notas características que pueden distinguirse en las TRHA y que es de suma importancia para comprender el por qué de la regulación actual en lo que respecta a la filiación de niños que nacen de este tipo de procedimiento médico: la utilización de material genético (óvulos y espermatozoides) de la propia pareja que se conoce como fertilización homóloga, o material genético proveído por un tercero (anónimo o conocido) y que se denomina fertilización heteróloga (Herrera, 2015)

Como es dable advertir, el aporte de la medicina ha sido fundamental para la concreción del sueño de conformar una familia. Sin la ayuda de la tecnología, resulta innegable que la medicina no hubiese alcanzado estos límites.

Conclusión del capítulo

Al hablar de la reproducción humanamente asistida, cuyas técnicas médicas otorgan la posibilidad de convertirse padres a algunas personas que sin la ayuda de estos procedimientos biotecnológicos no habrían tenido la chance de serlo, se habla también de una evolución social y jurídica. Si bien no han ido de la mano, ha llegado finalmente el tiempo en que los Estados, especialmente Argentina que se encontraba muy retrasada en este aspecto, normativizaron los problemas de bioética, nuevas tecnologías médicas y familia.

Cuestiones como el avenimiento de nuevos tipos de familia, el respeto por los derechos humanos y las implicancias que devienen de la tecnología aplicada al campo de la medicina, lograron que legislativamente se reconozca la imperiosa necesidad de reglamentar cuestiones que siguiendo la clasificación tradicional de familia, no tendrían aún hoy respuestas.

CAPÍTULO II

LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Este capítulo tiene como objetivo traer a consideración del lector todas aquellas cuestiones referidas al derecho filial, con especial atención al tipo actualmente regulado y conocido como Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La intención es esclarecer la trascendencia que reside en este tipo particular de filiación de naturaleza distinta a las filiaciones reconocidas en el ordenamiento jurídico local hasta la sanción del Código Civil y Comercial.

1. Derecho Filial

Una de las instituciones más importantes que existen en el Derecho de Familia es la relativa al derecho filial, en tanto fija su utilidad en determinar quiénes son los padres y las madres de un niño o niña y, por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos derivados de esta relación (Herrera, 2015). Esta institución señalada por ende es la filiación.

La filiación coloca a la persona en una situación familiar de la que no solo se derivan muchos derechos de los que gozan los miembros del grupo (alimentos, por ejemplo) sino que a su vez la conectan con sus antecesores, de tal forma que es un ser de pertenencia a un núcleo familiar determinado (Wainerman, 1996).

La filiación, por tanto, se correlaciona con la identidad de los integrantes del grupo familiar, con la interconexión entre ellos, con el vínculo que se forja entre los miembros de un núcleo familiar (Gherzi, 2015); se relaciona con la pertinencia a un ámbito integral que le permite disfrutar y ejercitar sus derechos al tiempo que le son impuestas ciertas obligaciones.

En el Código Civil y Comercial, el Título V "Filiación", del Libro Segundo "Relaciones de familia", se encuentra dividido en 8 capítulos en los que pueden distinguirse las reglas aplicables a la cuestión filiatoria que tan relevante es para el Derecho de Familia, y mucho más lo es para las personas, sobre todo porque a partir de la entrada en vigencia de las normas modificadas, se ha proyectado la filiación con las necesidades que requerían ser subsanadas y que no tenían respuestas en el Código de Vélez.

2. Fuentes de filiación

Hubo que aguardar muchos años para que el reconocimiento de la importancia que tiene la filiación en sus distintos tipos se haga efectivo. Cabe recordar que el Código

Civil originario sólo regulaba la filiación biológica o por naturaleza. Tras más de cincuenta años de vigencia de dicho Código, con la sanción de la ley 13.252 del año 1948, el Derecho argentino introdujo una segunda fuente filial: la filiación adoptiva. Por último, recién en el año 2014 con la sanción del Código Civil y Comercial que rige actualmente, el ordenamiento jurídico civil nacional se adecuó a la realidad al reconocer una tercera fuente de filiación producto del uso de técnicas de reproducción humana asistida (Herrera, 2015).

El art.558 del Código Civil y Comercial⁶ es el responsable de establecer estos tres tipos de causa fuente de filiación: biológica, por adopción y mediante la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. No solamente la importancia de este artículo reside en la regulación normativa de una tercera fuente de filiación sino que se dispone que los efectos derivados de este instituto son iguales para cualquiera de ellas y sin ser trascendente si se trata de filiación matrimonial o extramatrimonial. De esto puede interpretarse que el legislador argentino adoptó el criterio internacional de la protección al derecho humano a la igualdad; a lo que vale subrayar, esto no siempre fue una norma imperante en el derecho convencional.

Primigeniamente, el Código Civil establecía distinciones en materia de consecuencias jurídicas según fuese el vínculo filial entre un hijo y sus progenitores. Así, distinguía entre hijos legítimos, es decir, aquellos concebidos durante el matrimonio, e hijos ilegítimos, como aquellos concebidos extramatrimonialmente. Sin embargo, una de las tantas modificaciones que trajo consigo la ley 23.264, que introdujo cambios en el campo de la filiación y la entonces patria potestad en 1985 al Código Civil derogado, fue la extinción de esta inequitativa forma de regirse los efectos propios de la filiación adoptando así el principio de igualdad de los hijos, ya hayan nacido en el seno de un matrimonio o bien han sido concebidos por fuera de éste.

Es así que el vigente art. 558 del Código Civil y Comercial, logra estar en consonancia con el principio constitucional de igualdad de los hijos sin importar el estado

⁶ ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

civil de sus progenitores. Cabe al respecto señalar el tenor literal la redacción del art. 2° de la Convención de los Derechos del Niño en tanto establece la obligación de todo Estado de respetar los derechos enunciados en la misma y asegurar su aplicación a todo niño independientemente de su nacimiento o cualquier otra condición, como también la de sus padres o de sus representantes legales; se agrega en el inc. 2°:

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo a causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Como correlato se encuentra el art. 17, inc. 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el que establece: “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”. Y replicado lo anteriormente expuesto en la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de 2005 en su art.28, que dispone:

Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

En esta instancia es dable traer a colación la causa que llegó a manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) Vs Costa Rica”⁷.

Con fecha 28 de noviembre del año 2012 en el caso la CIDH se expidió en la causa “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” sobre un tema muy sensible tanto para las personas como innegablemente para el ordenamiento jurídico nacional del Estado demandado e internacional como lo son las técnicas de reproducción humana asistida, la naturaleza jurídica del embrión no implantado. Desde la Corte se afirmó que la concepción aludida por el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene lugar en el momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer, por lo tanto antes de dicha práctica el embrión no es susceptible de la protección que emana de la mencionada norma; en otras palabras, el embrión no implantado en el útero materno no puede ser considerado persona según surge palmariamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además la CIDH señaló enérgicamente que debe aceptarse y admitirse

⁷ CIDH (28/11/2012) “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica”. Recuperado el 20/09/2015 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

la utilización de la técnica de fertilización *in vitro*, sino que además debe reconocerse el derecho a gozar de las ventajas y de todos los aportes beneficiosos que provengan de la ciencia o del avance médico a los efectos de acceder al derecho a formar una familia.

A través del dictado de una sentencia muy extensa pero de gran riqueza jurídica, la Corte indagó sobre el sentido de algunos de los términos que se mencionan en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus arts. 1.2 y 4.1: persona, ser humano, concepción y en general.

En síntesis, la CIDH, cuya sentencia es parte del bloque de constitucionalidad federal y por tanto de obligatoria aplicación para la legislación argentina, la existencia de la persona humana comienza recién desde el momento en que se lleva a cabo con la implantación del embrión en el útero y, por ende el embrión no implantado no es ni puede ser calificado como persona humana. (Herrera, 2015)

Como puede analizarse, el derecho a la igualdad – entre otros derechos – en materia de familia, no puede ser soslayado, ya que implica que todos tienen idéntico derecho a conformar una familia, a proyectar una vida en común y nadie puede en lo absoluto ser privado de esto.

Tal motivo hace que se puede afirmar categóricamente la loable tarea legislativa que implicó la recepción de este derecho al ordenamiento jurídico local poniendo en pie de igualdad a todos los individuos en lo que hace a la filiación.

2.1 Las técnicas de reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) se vienen realizando en Argentina desde hace varios años (Herrera, 2015). Estas técnicas consisten en

el conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide (Santamaría Solís, 2000, p.37).

Dentro de las distintas técnicas que se pueden utilizar para lograr la procreación se debe hacer una distinción previa entre aquellas en las que se utiliza material genético perteneciente a la propia pareja y aquellos casos en los que se usa material genético obtenido por donación de terceros o donación ajena a la pareja. También puede darse el caso de una

persona que no tiene pareja, pero sí posee voluntad procreacional, la cual podrá aportar su propio material genético y el de un donante, ajustándose a los protocolos médicos establecidos para estos casos.

Cuando se hace referencia a la donación o aporte de material genético es factible escindir a la misma en dos tipos:

a) Donación Homóloga: es la de más larga data. Esta técnica es utilizada cuando el material genético pertenece a la pareja que está intentado procrear un hijo. Es sumamente beneficiosa en aquellos casos en que el hombre es impotente, cuando la mujer tiene patologías que le impiden la procreación como es el caso del vaginismo o bien ante la existencia de otros impedimentos de salud (por ejemplo se mencionan los trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales, entre otras) que conllevan la necesidad de una inseminación intracervical (colocación del semen en el cuello del útero) o a una inseminación intrauterina (colocación del semen en el interior del útero) (Escobar Fornos, 2007).

b) Donación Heteróloga: es la donación que se utiliza cuando el material genético es aportado por un tercero ajeno a la pareja o al hombre o mujer que desea convertirse en padre. Se aplica este sistema cuando el varón es estéril, o cuando existe el riesgo de transmisión de enfermedades o patologías hereditarias (Escobar Fornos, 2007). Se considera que este aporte de material genético es el que merece la mayor atención del legislador habida cuenta las diversas situaciones que pueden plantearse con relación a la filiación del hijo así concebido, en el estado actual de nuestra legislación porque dependiendo de la perspectiva con la que se lo analiza configuraría un caso de alquiler de vientres, no admitido por la legislación local.

Con respecto a los métodos de TRHA, existen variados como por ejemplo “la Inseminación intrauterina directa, Inseminación intraperitoneal, transferencia intraperitoneal de esperma y ovocitos. Transferencia intratubárica de gametos; inseminación artificial y fecundación in vitro.” (Santamaría Solis, 2000, p.39)

Por ser las más conocidas y las más utilizadas, acto seguido se desarrollan brevemente dos de los métodos mencionados *supra*:

a) Inseminación artificial: una de las técnicas más antiguas como también de las más sencillas es la inseminación artificial. Este procedimiento reemplaza la relación sexual en la

pareja y se la aplica como medio para lograr el embarazo. Especialmente es utilizada para superar algunos casos leves de infertilidad tanto femenina como masculina.

La inseminación artificial en los seres humanos se da por la utilización de métodos en los que interviene la tecnología introduciendo esperma en la mujer para lograr la penetración del óvulo por el espermatozoide con total prescindencia de los métodos naturales.

Existe otro procedimiento al que se denomina fertilización extracorpórea, que es la que se produce cuando se fertilizan los óvulos fuera del cuerpo de la mujer (Soto Lamadrid, 1990).

La inseminación artificial, vale advertir, se puede realizar con el esperma del hombre integrante de la pareja que busca un hijo a la cual se la llama homóloga, o con el de un donante externo a la misma, denominada heteróloga (Solano Castillo, 2001).

Un problema serio que se presenta con esta técnica es la posibilidad de embarazos múltiples. Con frecuencia, antes de inseminar artificialmente se dan drogas a la paciente para inducir la ovulación por lo que se produce la posibilidad de superovulación, incrementando el riesgo de embarazos múltiples.

b) Fecundación In vitro: esta técnica es más sofisticada que la anterior y existen diferentes variantes. Entre las más comunes se encuentran la que se realiza a través de la transferencia de óvulos frescos fecundados y que consiste en la extracción de los óvulos de la mujer que se colocan en una probeta la cual contiene un líquido similar al que existe en las trompas de Falopio de la mujer y se le agrega el esperma. Una vez que el óvulo ha sido fertilizado y después de unos días de estricto control se lo implanta en el útero de la mujer (Solano Castillo, 2001)

Otra alternativa es la transferencia de óvulos fecundados congelados. Se trata del mismo procedimiento anterior pero se utiliza material que ha sido crioconservado para evitar someter a la mujer a nuevos tratamientos (Solano Castillo, 2001).

El principal cuestionamiento que surge para esta técnica es con respecto a los embriones que se han conservado, lo que genera un problema moral sobre todo por el destino que se les da a esos embriones que no han sido utilizados, por lo que aquí entra en juego lo que en capítulos anteriores se analizara respecto de la intervención de la bioética.

Desde la doctrina se han ensayado distintos conceptos sobre la implicancia que acarrea la fertilización asistida, a la que se comenzó llamando inseminación artificial porque se la asimilaba la introducción de espermatozoides en la cavidad vaginal de la mujer a los fines de ser fecundada. Sin embargo existen en la actualidad múltiples técnicas, atendiendo a cada problema concreto que se presenta.

Para Perrino estas técnicas consisten en “un conjunto de procedimientos técnicos dirigidos a la concepción de un ser humano en la que existe ausencia de relación sexual entre el varón y la mujer” (2006, ps. 1890/1891).

Bossert y Zanoni (2005) se refieren a la inseminación artificial como el método por el cual la mujer puede ser fecundada sin mediar acto sexual y mencionan como posibles técnicas la inseminación intracervical y a la inseminación intrauterina excluyendo cualquier otra técnica, es decir sólo consideran las técnicas intra corpóreas sin hacer ninguna otra referencia a las técnicas extra corpóreas, que igualmente pertenecen al grupo de técnicas de fertilización asistida.

Asimismo, Soto Lamadrid (1990) realiza una conceptualización que atiende unívocamente al carácter biológico de la técnica por lo cual, según su criterio, la fertilización es la unión de dos células germinales, una masculina y otra femenina, prescindiendo de toda relación carnal, que sigue manteniendo el carácter sexuado, ya que este carácter se adquiere precisamente por provenir las células de distintos sexos y no del medio por el cual llegan a unirse.

Kemelmajer de Carlucci entiende que las “Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), no deben ser definidas legalmente porque quedarían obsoletas, generando interpretaciones diversas, contradictorias, todo lo cual atenta contra la seguridad jurídica” (2011, p.2). Agrega que si se debiera optar por un concepto más definitorio de la fertilización asistida se adoptaría aquél que refiere a la utilización de técnicas médico-biológicas para lograr la reproducción de un ser humano sin previa unión sexual de hombre o mujer.

2.1.1 Regulación normativa de las TRHA

En el ordenamiento jurídico nacional, la regulación de las TRHA se integra de un *corpus* o cuerpo de normas que se conectan entre sí. A continuación una síntesis del plexo normativo nacional que regula las cuestiones atinentes a las TRHA.

En primer lugar vale destacar que en junio del 2013 se sancionó la ley 26.862 de Acceso Integral a las TRHA, la que se dio como respuesta legislativa a la disparidad y contradicción de jurisprudencia que admitía o rechazaba pedidos de cobertura de prácticas de TRHA. Esta regulación, tuvo en cuenta la línea legislativa que observaba el entonces proyecto de reforma al Código Civil y Comercial al reconocer a las TRHA como una tercera fuente filial. En este sentido, ambos textos legales están en plena consonancia (Herrera, 2015).

A su vez, tanto la ley 26.862 como el Código Civil y Comercial han servido de base para el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados el 12/11/2014 y que está bajo estudio en la Cámara de Senadores. Este proyecto legislativo propone esencialmente regular todo lo que aún falta con respecto al uso de las TRHA como ser lo relativo a las donaciones, derechos y deberes de los centros médicos especializados, prohibiciones, y a la protección del embrión no implantado o in vitro (Herrera, 2015).

Una de las principales innovaciones que introduce el Código Civil y Comercial al Libro Segundo "Relaciones de Familia" es la incorporación de las TRHA como una tercera causa fuente de filiación (art.558). Como ha expresado Gil Domínguez (2014) las TRHA han significado un gran avance en la posibilidad de convertirse en madre y padre sin hacer uso de la discriminación en lo que hace al proyecto de vida o a la orientación sexual de las personas; por tanto, se le estaba debiendo una reglamentación acorde que finalmente se vio receptada en el CCivCom.

El CCivCom ha establecido en este aspecto tan particular una “categorización de la filiación que es de naturaleza mixta” (Famá, 2012, p.429) habida cuenta hace una combinación de los distintos elementos que surgen del modo en que el niño ingresó al grupo familiar con aquellos derivados del vínculo existente entre sus progenitores para la clasificación que propugna.

Una primera categorización, según señala Basset (2015) es la que clasifica entre los hijos nacidos por técnicas de reproducción humana asistida, aquellos que son propios de la concepción natural y aquellos hijos que se han convertido en tal por sentencia judicial que

decreta la adopción. Según la autora citada el criterio de esta clasificación es la forma en que el niño ingresó a una familia. No obstante, a partir de esas tres categorías se establecen disposiciones especiales para cada tipo de filiación según esta sea de origen matrimonial o extramatrimonial.

Resulta por tanto insoslayable distinguir esta doble clasificación de las filiaciones, si no se diferencia con claridad qué situación pertenece a cada órbita, se pone en riesgo el título de filiación por confundirlo con los requisitos de su establecimiento (Basset, 2015) por destacarse cierta ambigüedad en las normas.

Más allá de esto es loable la tarea del legislador de haber incluido finalmente a la TRHA como otra fuente de filiación siendo que en la actualidad son procedimientos médicos de vasta aplicación en quienes pretenden formar una familia y por el motivo que fuere no les resulta posible.

2.2 Requisitos legales

El Código Civil y Comercial regula la reproducción humana asistida y propone a la voluntad procreacional como causa para la aplicación de estas técnicas médicas que tienen como consecuencia la gestación de un hijo. Los hijos nacidos por dichas técnicas serán también hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre e inscripto en el Registro Civil, con independencia de quien haya aportado los gametos (Albornos, 2014).

El uso de las TRHA observa especificidades que requieren de un régimen jurídico propio, por ende lo esencial en su regulación es la disociación entre el elemento biológico y el volitivo, cobrando éste último primacía por sobre el otro. A su vez, con estas técnicas se producen situaciones de hecho que el Código Civil y Comercial ha previsto, por ejemplo se exige que el consentimiento informado sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético.

La determinación de la filiación es el eje central en los casos de TRHA. Así, la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado es el elemento necesario para la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante la utilización de las TRHA. Por lo tanto, los padres de un niño que nace

cuando se han utilizado estas prácticas médicas serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético (Herrera, 2014).

Con respecto al consentimiento informado, en la reglamentación de la ley 26862, se deja claro en su art.7 que éste deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. Si bien ni la ley 26.862 ni el CCivCom manifiestan de qué forma se recabará el consentimiento y cómo se dejará constancia de él, el art. 560 explicita quién lo recabará: el “centro de salud interviniente” (que realice las técnicas) (Basset, 2015)

En dicha regulación normativa también se regula que en los casos de utilización de alguna técnica de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio del tratamiento. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, sin embargo, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

Ahora bien, cuando hablamos del donante, también encontramos una perspectiva en cuanto al consentimiento. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante.

El Código Civil y Comercial por su parte, presenta reglas generales que han de cumplimentarse a los fines de encuadrar en el marco de la legalidad la utilización de las TRHA. Estas son:

a) Consentimiento (tal cual lo hace la ley 26.862) previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida (art.560). La instrumentación de este consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales del Código, con la finalidad de su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción que corresponda. Es de subrayar que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (art.561)

b) Voluntad procreacional la cual resalta que son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que han prestado su consentimiento previo, informado y libre y que ha sido

debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos (art.562).

c) Derecho a la información de las personas nacidas mediante las TRHA. La información relativa a la persona que ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art.563).

2.3 La cuestión normativa en el Derecho comparado

En algunos países europeos es posible observar un régimen legal específico sobre la cuestión que en este capítulo se trata. A continuación se referencian los más importantes y aquellos que han significado un gran avance en la relación que vincula al Derecho, a la Bioética, a la Medicina y a los avances tecnológicos en materia de conformación de familias por medio de la utilización de TRHA:

a) Suecia: Ley sobre la inseminación artificial (1984) y Ley sobre la fecundación in vitro (1988).

b) Dinamarca: Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos (1987).

c) Noruega: Ley sobre fertilización artificial (1987) y Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994).

d) España: Ley sobre técnicas de reproducción asistida y Ley sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (1988).

e) Alemania: Ley sobre protección del embrión humano (1990).

f) Inglaterra: Ley sobre fertilización humana y embriología (1991).

g) Francia: Ley relativa al respeto del cuerpo humano y Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

Explica Vega Gutiérrez (2004) que el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida se reduce al matrimonio legal en la ley noruega; matrimonio o pareja heterosexual en Suecia; en España, además del matrimonio o pareja heterosexual, puede acceder también la mujer sola; en Dinamarca, las recomendaciones publicadas en el año 1990

por el Consejo Ético también aceptan el acceso de la mujer sin pareja; en el caso de Francia el hombre y la mujer que forman la pareja deben estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de aportar pruebas de una vida en común de por al menos dos años; en Inglaterra y Alemania no se pronuncian al respecto.

En el aspecto referido al donante, siguiendo a Vega Gutiérrez (2004), el autor sostiene que la ley sueca reconoce el derecho del hijo nacido por estas técnicas a conocer la identidad de su padre biológico al alcanzar la mayoría de edad. Lo interesante y que vale poner de relieve en este punto es que Suecia se ha convertido con esto en el único país con legislación sobre procreación humana asistida que niega el derecho del donante de material genético al anonimato en aras de lo que considera un bien para el hijo y respetando así los derechos de la persona humana. La ley española y la inglesa, por su parte, reconocen y receptan el derecho al anonimato del donante, no obstante también contemplan el acceso del hijo que nazca como consecuencia del aporte del semen del donante a determinada información general acerca de éste al alcanzar la edad de 18 años.

En consonancia a lo expuesto anteriormente, resulta oportuno mencionar que el Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996, sostiene en su art.11: “Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.” A partir de ello se elimina toda forma de discriminación para con las personas debido a la carga genética que lleven.

Conclusión del capítulo

La biotecnología acompañada por el Derecho, han dado lugar a una nueva causa fuente del derecho filial fundado en la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado. Mientras en la filiación biológica el vínculo jurídico se asienta en el elemento biológico, en la filiación derivada de las TRHA el vínculo tiene su razón de ser en la voluntad de los individuos.

No existen dudas que la tecnología médica ha avanzado notablemente en los últimos tiempos y que a partir de ello se han generado cuestiones problemáticas que deben ser resueltas por el Derecho y la Bioética para preservar los derechos fundamentales de los individuos involucrados sobre todo en lo que refiere a la vida de niños nacidos por medio de las TRHA.

En la aplicación de estas técnicas es fácil de observar la presencia de distintos intereses y derechos que asisten a las personas, por lo que el debate en torno a esta realidad no debe agotarse con lo planteado hasta el momento, sino que debe extenderse a otras coyunturas tales como la eventual lesión a la dignidad del hijo nacido por medio de la utilización de estos procedimientos médicos a los cuales se tiene acceso por el simple hecho de la manifestación fehaciente de la voluntad de procrear.

CAPÍTULO III

LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

En este capítulo se abordará la cuestión de la voluntad procreacional como el origen del nacimiento de un niño por medio de la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Lo que se intenta es esclarecer qué implicancias acarrea el elemento volitivo cuando se decide continuar un proyecto de vida que incluye hijos y que tiene a la conformación de una familia como objetivo, cuando diversas circunstancias lo impiden.

1. Voluntad procreacional. Generalidades

El pilar sobre el que se asienta la determinación de la filiación de los niños nacidos a través de TRHA es la voluntad procreacional, es decir, la voluntad o intención de ser padres, con total independencia de si éstos aportan o no su material genético (Herrera, 2015). A criterio de Gil Domínguez, la voluntad procreacional "puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas" (2014, p.13).

En la actualidad y desde hace varios años se pueden dar las siguientes situaciones fácticas que denotan palmariamente la necesidad de regular las TRHA y de manera esencial cómo debe ser receptada la voluntad procreacional. Al respecto Marisa Herrera (2015) ha propuesto las siguientes situaciones:

a. Una pareja de distinto sexo se somete al procedimiento de TRHA porque patologías preexistentes en cualquiera de ellos o en ambos les obstaculiza la posibilidad de tener hijos naturalmente y ambos aportan el material genético (fertilización homóloga).

b. Una pareja de distinto sexo utilizan las TRHA pero deben recurrir a material genético de un tercero para suplantar los gametos femeninos y usando el espermatozoides de la propia pareja (fertilización heteróloga).

c. Una pareja conformada por personas de distinto sexo se someten a TRHA debiendo recurrir a material genético o gametos masculinos de un tercero y óvulos de la propia pareja (fertilización heteróloga).

d. Una pareja de distinto sexo se someten a este procedimiento médico para llevar adelante la procreación pero deben recurrir a material genético de terceros sin poder hacer uso del propio (fertilización heteróloga).

e. Una pareja del sexo femenino donde una de ellas gesta al niño y la otra aporta los gametos haciendo uso de esperma de tercero (fertilización heteróloga).

f. Una pareja de sexo femenino en la cual una gesta y aporta asimismo los óvulos que se unirán con esperma de tercero (fertilización heteróloga).

g. Una pareja del mismo sexo femenino donde una gesta y utilizan tanto los gametos como el esperma de terceros (fertilización heteróloga).

h. Mujer sin pareja que aporta su propio material genético pero que recurre a la donación de esperma de terceros (fertilización heteróloga).

i. Mujer sola que recurre a la donación de óvulo y esperma de terceros (fertilización heteróloga).

j. Pareja de mujeres que utilizan las TRHA y donde hay una tercera gestante que aporta también sus propios óvulos.

k. Pareja de mujeres que reciben el aporte de óvulos de una tercera y la gestación la lleva a cabo otra.

l. Mujer sin pareja que aporta sus gametos pero recurre a una tercera gestante.

m. Mujer sola que recibe la donación de los óvulos de la mujer que también serpa gestante.

n. Mujer que recurre a la donación de material genético femenino y a la gestación en otra mujer.

o. Una pareja conformada por dos hombres recurre al aporte de óvulos y a la de una tercera persona, pero el esperma es propio de uno de los miembros de la pareja (fertilización heteróloga).

p. Una pareja conformada por dos hombres utiliza las TRHA con aporte de gametos femeninos y gestación con una tercera persona más el aporte de esperma también de un tercero (fertilización heteróloga).

q. Una pareja conformada por dos hombres reciben el aporte de gametos femeninos de una persona, recurren a la gestación en otra persona (gestante) más el esperma de un tercero (fertilización heteróloga).

r. Hombre sin pareja que recurre al aporte de material genético femenino y a la gestación (por la misma persona) y aporta su esperma (fertilización heteróloga).

s. Hombre solo que recurre a las TRHA recibiendo los óvulos de una mujer, la gestación la lleva adelante otra pero el esperma es propio (fertilización heteróloga).

t. Hombre solo que recurre al aporte, gestación y donación de esperma, todo de terceros (fertilización heteróloga).

u. Hombre solo que recurre a la donación de gametos femeninos, a la gestación con otra mujer y a la donación de esperma de un tercero (fertilización heteróloga).

Todos los casos señalados tienen un común denominador y es el que determina respecto a quién es o quiénes son los padres del niño. Al respecto, vale traer a colación en esta instancia lo que vulgarmente se ha denominado como alquiler de vientres y que en la jerga jurídica es conocida como gestación subrogada.

La incorporación de las TRHA como tercera fuente filiatoria estaba destinada a dar respuesta a otros casos más polémicos que los mencionados *supra*, que fueron posteriormente eliminados de la redacción final del CCivCom; tal es el caso de la maternidad o gestación subrogada. El problema que se generó por esta figura está dado con base en la identidad del niño ya que si bien madre es la mujer que pare, el niño puede tener inscriptos elementos genéticos determinantes de relación con una madre que no lo ha dado a luz. Aun si la madre subrogada, es decir la madre gestante, no ha aportado el ovocito, la gestación produce alteraciones que pueden ser significativas a nivel genético y que perdurarán en el niño a lo largo de toda su vida, incluso así el derecho no reconozca el carácter maternal de la gestación (Basset, 2015).

Por haberse considerado que el embarazo es fundamental y decisivo en la formación de la identidad del niño y, por tanto, *a posteriori* puede alterar cuestiones que hagan a su normal evolución y desarrollo pleno e integral, es que la gestación subrogada o alquiler de vientres fue una norma finalmente erradicada de la versión final del texto del CCivCom promoviendo así el respeto a la dignidad de la mujer y del hijo.

El art. 562 regula, tal como anteriormente se analizara, la voluntad procreacional en los siguientes términos:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Explica la Dra. Marisa Herrera (2015) que la voluntad procreacional es el fundamento que sustenta todos los casos de filiación derivada de TRHA. Tal es así, que si no hay voluntad procreacional manifestada expresamente a través del consentimiento formal, informado y libre, no puede establecerse efectivamente el vínculo filial que nace de las TRHA.

La voluntad procreacional se hace primar a los efectos de determinar un vínculo filial frente al material genético aportado ya sea de un tercero o de la propia pareja; siendo ésta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA. Esto a su vez permite establecer el vínculo filial con toda persona que preste el debido consentimiento informado con los requisitos que prevé el Código Civil y Comercial. De esta manera, se recepta la voluntad procreacional que debe manifestarse fehaciente y expresamente.

El CCivCom reglamenta en tanto que los nacidos por las TRHA son hijos de la mujer quien dio a luz, independientemente de quien sea el que haya sido donante del material genético utilizado, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre y siempre que éste se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En otras palabras, la mujer que ha dado a luz al niño y la mujer y el hombre que haya otorgado el consentimiento para la implementación de las TRHA serán los progenitores del hijo. De aquí se advierte que la relación materna queda acreditada por el hecho biológico de dar a luz, más allá del consentimiento, por lo que la gestación llevada a cabo en una tercera persona quedaría excluida de la regulación. Esto a su vez se relaciona con lo que anteriormente se señalara con respecto a la maternidad subrogada.

El Código Civil y Comercial, trajo consigo la solución y derriba todo tipo de desigualdades dentro de la filiación homoparental (Herrera, 2015) al expresar en la Disposición Transitoria tercera que

los nacidos antes de la entrada en vigencia del presente Código por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y del hombre o la mujer que también ha prestado su

consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz, y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.

En definitiva, si bien la voluntad está también presente en la filiación adoptiva e incluso en la filiación biológica, lo cierto es que en las TRHA el elemento volitivo tiene un objetivo determinante y un peso específico al haberse convertido en el eje central sobre el cual se sostiene la determinación de la filiación con sus consecuentes efectos y resultados. Es que el surgimiento con los avances tecnológicos en el campo de la Medicina de las técnicas de reproducción humana asistida ha introducido un nuevo elemento, la voluntad procreacional, la cual es independiente del dato genético (Herrera, 2015) aunque no lo es el dato biológico habida cuenta el CCivCom no reconoce y, por tanto no ampara la intervención de un gestante subrogado, tal como se adelantara.

1.1 Concepto

El Código Civil y Comercial introdujo el concepto de voluntad procreacional como fuente de filiación cuando nazcan niños por medio de la implementación del procedimiento médico conocido como técnicas de reproducción humana asistida. Para determinar la filiación de un bebé nacido mediante TRHA, se tendrá en cuenta quienes tuvieron voluntad procreacional de darle vida, independientemente del aporte gamético, es decir, quien con su intención tomó la decisión de convertirse en progenitor.

El art. 562 del CCivCom establece que el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre o conforme lo dicta la regla el parto sigue al vientre, la cual establece que la filiación debería darse a través del vínculo que una madre tiene con su hijo durante el transcurso del embarazo (Basset, 2015). Esto a su vez remonta a la posición que adoptó el CCivCom con respecto a la explotación de las mujeres derivada de la subrogación de vientres.

Sobre la voluntad procreacional puede alegarse también que ésta hace radicar su utilidad en ser la causa concurrente o exclusiva del vínculo jurídico entre el otro progenitor (Berbere Delgado, 2012) y el niño nacida por TRHA. Es decir que la voluntad procreacional, así el legislador haya tenido este eje al regularla, no sirve para determinar la maternidad dado

que la misma, se insiste, se determina por quien dio a luz al hijo más allá del consentimiento otorgado.

Se ha sostenido que la voluntad procreacional es, en sentido amplio, la intención o el motivo que moviliza a una persona a los efectos de procrear, o bien de no hacerlo (López Codesal, 2011). De esto se advierte que una persona que proyecte una familia que incluya hijos y que se vea impedida por la naturaleza o por otras causales de tenerla, no encuentre obstáculos a su voluntad de la conformación de un grupo familiar.

La voluntad procreacional es el elemento fundante a los fines de la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos” (Zannoni y otros, 2015,p.185)

La base de la teoría de la voluntad procreacional entonces estaría sustentada por la idea de que la progenitura (materna como paterna) genética, biológica y de crianza de los hijos pueden o no coincidir en las mismas personas. La propuesta que presenta Díaz de Guíjarro (1965) es que, al igual que el peso jurídico que representa un acta de reconocimiento de filiación paterna, el consentimiento expreso del marido para que la mujer pueda realizarse alguna de las técnicas de reproducción asistida debe efectuarse de forma fehaciente exponiendo ostensiblemente su voluntad personal. Cuando, tanto el óvulo como el esperma sean ajenos al matrimonio que tiene la intención de convertirse en padres, ambos deberían manifestar su consentimiento en forma conjunta; por ende la manifestación expresa de voluntad procreacional tendría idénticos efectos que un emplazamiento en el estado de familia.

La teoría aludida ha tomado fuerza en los últimos años y basta para justificar esta afirmación la noción aportada por Rivero Hernández quien ha alegado

que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (o genéticos), pueden ser sustituidos todos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no, o de una mujer sola, y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y que no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial) del nacimiento en cuestión (1988, p.146).

Para ir cerrando con el concepto de voluntad procreacional, vale poner de relieve la enseñanza que deja Victoria Fama al respecto y que afirma que entendida la voluntad procreacional en el marco de la procreación por TRHA, ésta

se aparta de la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico (2011, p.55)

Es indubitable que debe priorizarse la voluntad procreacional como fuente de filiación a los fines de que las personas puedan materializar su deseo de conformar una familia cuando las diversas situaciones que presenta la vida se interpongan a este anhelo. Si no hubiese sido incorporada por el Código Civil y Comercial como fuente de filiación autónoma, se estaría negando la posibilidad de acceso a las TRHA dado que nadie podría someterse a ellas por el camino que demarca la legalidad. Asimismo, los terceros donantes tampoco aportarían su material genético atento el riesgo de una eventual futura acción de reclamación de paternidad en su contra.

1.2 Exigencias legales

Los requerimientos legales para dar curso a la voluntad procreacional como causa fuente de filiación se encuentran regulados en el art. 562⁸ del Código Civil y Comercial, haciendo referencia asimismo a los términos de los arts. 560 y 561 del mentado cuerpo normativo.

En rigor de verdad y señalando que las TRHA no son la causa fuente del nuevo vínculo filiatorio establecido por el Código Civil y Comercial sino que lo es la voluntad procreacional (Zabaleta, 2014), lo cierto es que se introdujo al Derecho local una fuente filiatoria distinta a las hasta el año 2015 existentes cuando finalmente entraron en vigencia las reformas civiles.

Pues bien, siguiendo con las pautas jurídicas dispuestas en el art.562, es dable destacar que resulta sustancial comprender en primer lugar, tal como se dijera anteriormente,

⁸ ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

que la voluntad procreacional es la causa fuente de la filiación en las TRHA. Al respecto es indispensable manifestar que en su redacción originaria, el art.562 (que llevaba el número de 561), disponía que

Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gameto.

Como puede apreciarse, la diferencia entre el artículo receptado y el propuesto primigeniamente, es sutil: en la redacción originaria se hablaba de los “hijos nacidos de una mujer”, mientras que el texto sancionado optó por hacer alusión a “quien dio a luz”. La mutación, explica Zabaleta (2014) es consecutiva a la supresión de la gestación por sustitución que regulaba el artículo 562 del Proyecto de reforma al Código Civil, quedando, de este modo explicitada la intención de excluir este tipo de prácticas del nuevo Código.

Haciendo foco en los presupuestos legales establecidos para poder verificar estar frente a la voluntad procreacional, es inevitable remitirse a lo normado por los artículos 560 y 561. Ambas normas refieren, por un lado, al consentimiento que debe prestarse para acceder a alguna de las TRHA, el cual tiene que ser otorgado previa y libremente con base en la información médica brindada a quien se someta a estas prácticas; y por otra parte a la instrumentación del consentimiento más su respectiva protocolización ante autoridad competente.

Como puede observarse dos son los consentimientos implicados para dar el marco legal a la voluntad procreacional y a la respectiva utilización de las TRHA: los exigidos a los fines de la implementación de las técnicas y los indispensables para convertirse en fuente u origen del vínculo filiatorio (Zabaleta, 2014).

Respecto al primer tipo de consentimiento requerido para la realización de la TRHA, el artículo 560 hace pesar sobre el centro de salud interviniente el deber de reunirlos. Los requisitos que debe cumplir son: a) ser informado, por lo que deberá revelarse toda la información relativa a la TRHA a realizarse y que la persona que a ella se someta comprenda dicha información; b) ser libre, lo cual implica la ausencia de vicios en la voluntad que han de prestar las personas que decidan recurrir a estas técnicas; y c) debe ser previo, anterior a la realización de la técnica (Zabaleta, 2014).

Una vez prestado, el consentimiento deberá protocolizarse por ante escribano público o certificarse ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción en que se realiza el

procedimiento, lo que deberá renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Cumplido tales recaudos taxativamente reglamentados en el Código Civil y Comercial, quien nazca por medio del empleo de una TRHA será considerado hijo de la mujer que da a luz y de la otra persona que prestó informada, libre y voluntariamente su consentimiento para que la técnica se lleve a cabo, aunque el vínculo filiatorio se destaque precisamente por el hecho biológico de quien dio a luz. Esta incorporación supone admitir a las TRHA homólogas y heterólogas descriptas en el apartado correspondiente y ya no solamente las TRHA homólogas, como supo acontecer en diversos proyectos presentados con anterioridad a la actual regulación civil⁹.

1.3 Derecho a procrear y a formar una familia

Los individuos suelen tener el convencimiento, entre los que este criterio se incluye, de que procrear implica una proyección de uno mismo de cara al futuro, es decir, la procreación implicaría trascender los muros de la propia mortalidad. No obstante, para otras personas la idea de la procreación no es más que un mero hecho biológico, posibilitado por la naturaleza, que permite el procrear. Se puede traer a colación también el mandato divino de la multiplicación del género humano y, por último los casos en que las personas tienen el profundo anhelo de convertirse en padres o bien en las circunstancias en que se requiera un donante de tejidos o células madres para un hermano vivo que padece una enfermedad para lo que a los efectos de su recuperación se requieran cualquiera de los dos elementos biológicos.

Existen posturas, por ejemplo, que adhieren a la idea de que el derecho a procrear y a conformar de esta manera una familia es un derecho natural, por tal preexistente al ordenamiento jurídico positivo. Como todo en la órbita del Derecho, esta línea de

⁹ El proyecto presentado por el senador Roberto A. Ulloa establece en el último párrafo del art. 2º que: "*En todos los casos deberán emplearse gametos de los cónyuges, encontrándose ambos con vida al momento de la inseminación o transferencia de los gametos o embriones.*" Es decir, no sólo se circunscribe a la fertilización homóloga, sino también a personas unidas en matrimonio y no a la convivencia o a progenitores sin parejas. También se halla en idéntico sentido el proyecto presentado por el senador Jorge A. Villaverde que, en su art. 2 expresa que: "*Estas técnicas podrán efectuarse en forma homóloga...*".

pensamiento ha tenido adeptos y detractores como ocurre con cuestiones tan sensibles que afectan directamente a las personas.

Entre los que sostienen esta postura se encuentra Cifuentes (1995) quien considera a la infertilidad como una enfermedad por lo que la libertad y el derecho a procrear debe abarcar todos los aspectos vinculados a la reproducción, es decir, a la fecundación, gestación, nacimiento e incluso crianza de los hijos. Este posicionamiento se fundamenta esencialmente en la creencia de que la autonomía de la voluntad es precisamente la libertad expuesta sin límite alguno al momento de tomar decisiones que afectan a las propias vidas y que por lo tanto pertenecen a la órbita de la privacidad de la persona siendo éste un derecho fundamental que no puede ser lesionado por ninguna norma de jerarquía inferior.

En idéntica línea de pensamiento se enrola Soto Lamadrid (1990) quien alega que el derecho a procrear es un derecho que forma parte del cúmulo de derechos personalísimos, por lo que se trata de un derecho indisponible tal como lo son el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física y a la libertad. Argumenta el referido autor que el derecho a procrear y a formar una familia como resultado, no debe ser entendido como un derecho de familia, sino de la propia persona y que justamente en el ejercicio de ese derecho a la procreación tiene su origen la familia. Concluye Soto Lamadrid (1990) que si el Estado no puede proscribir el hecho de tener hijos o no tenerlos tampoco puede imponer su voluntad sobre la admisión o no de los medios o técnicas médicas utilizados para la realización de un derecho que, tal como *supra* se refiriera, se encuentra englobado dentro de los derechos personalísimos y de las acciones privadas de los hombres.

Frente a la posición expuesta previamente, existe una corriente ideológica que interpreta que existe un derecho relativo a procrear el cual se encuentra condicionado al ejercicio de otros derechos. Entre quienes sostienen esta posición se encuentra Hidalgo (1993) quien sostiene que el derecho a procrear como un derecho absoluto importa ubicarlo al mismo nivel que otros derechos de naturaleza patrimonial. En el mismo sentido Gafo (1985) expresa que el derecho a procrear no integra al plexo de derechos personalísimos sino que debe ser éste considerado como un derecho humano que debe ser ejercido responsablemente y que está condicionado de manera unívoca por la naturaleza y no por el ejercicio de la libertad y la autonomía de la voluntad, ya que como todo derecho debe ser ejercido razonablemente.

De ambas corrientes puede traducirse que cualquier individuo puede ejercer sus derechos subjetivos; el ejercicio de su voluntad procreacional le permitirá, si es que lo desea, traer al mundo un hijo. No obstante la lógica jurídica debe interceder para que se tengan en cuenta los derechos que ese nuevo ser tiene también, sobre todo considerando que el ordenamiento jurídico argentino protege a la persona desde su concepción. De no reconocerse este límite, es decir, el del reconocimiento de los derechos de la persona por nacer, se ingresaría en un caos jurídico en el cual las personas en condiciones de ejercer plenamente su voluntad deciden lo que desean y los que son concebidos bajo esta circunstancia del deseo deberían soportar las consecuencias de aquellas decisiones previas.

Como corolario basta agregar que el derecho a tener una familia es un derecho humano fundamental, no obstante y según el criterio que se sigue desde esta tesitura, la procreación debe encontrarse de forma rigurosa reglamentada habida cuenta no lesione ni menoscabe los derechos de los por nacer, por ejemplo al vulnerar su derecho a la identidad al permitir excepcionalmente el conocer sus orígenes biológicos.

2. Voluntad procreacional como causa de discriminación

El Código Civil y Comercial ha venido a brindar reconocimiento legal a las TRHA y al nuevo concepto de progenitura a partir del acceso a las mismas.

Ahora bien, si hay una cuestión en este campo que presenta dudas es aquella que refiere al niño nacido por medio del uso de TRHA y la posibilidad de que éste sea objeto de discriminación a causa de su identidad biológica.

La identidad biológica, como resultado de los vínculos sanguíneos entre los parientes, constituye una prerrogativa intangible e intransferible de la persona (Urbina, 2014). Ésta se encuentra consagrada en la Constitución Nacional a través de los arts. 33¹⁰ y 75 inc. 22, que incorpora con raigambre constitucional a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Dicha Convención establece en los artículos 7°, 8° y 30¹¹ el derecho del niño a conocer

¹⁰ Artículo 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

¹¹ Artículo 7°: "el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado

su identidad y el deber que tiene todo Estado de respetar y asegurar dicha garantía. En la misma línea también se pronuncia la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de 2005, al consagrar en el artículo 11 que los niños "...tienen derecho a conocer a sus padres biológicos...".

Es que como lo ha señalado ya la CSJN,

...poder conocer la [propia] génesis, [la] procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón al presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única e irrepetible [...], es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura¹²

Cierta jurisprudencia ha sostenido también respecto a la identidad que la misma

tiene origen en la concepción misma del ser humano y está íntimamente vinculada a la libertad y a la dignidad personal. Todo el desarrollo somático, moral, psicológico, intelectual, cultural, social y espiritual, contribuye a la toma de conciencia de que el hombre es un ser único e irrepetible y, al mismo tiempo, lo caracteriza como diferente a los otros. La identidad personal surge, pues, tanto del peculiar código genético individual como de la personalidad que cada ser construye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencial¹³

Siguiendo con el razonamiento de estas pautas preexistentes a la vigencia del Código Civil y Comercial, se evidencia que el nuevo texto legal se presenta como cismático cuando refiere a los derechos subjetivos del niño cuya filiación tuvo origen en la figura de la adopción con respecto a los de un niño cuya filiación tiene su fuente en las TRHA (Urbina, 2014). El adoptado¹⁴ puede acceder al conocimiento de sus orígenes o identidad biológica. Sin

por ellos". El artículo 8° dice que el Estado debe, al menos, asegurar a los menores el derecho a conocer su origen biológico, prestando asistencia y protección apropiada cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad, con miras a restablecerlos y, lógicamente, prevenir cualquier afectación de dicho derecho a la identidad. Artículo 30: "En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma".

¹² CSJN, 13/11/1990, "M., J.", fallos 313:1113, considerandos 9 y 10, del voto del Dr. Petracchi. E.D. 141, p. 268

¹³ CNACAF, "C., E. M. y Otros c/ M. Salud s/Amparo Ley 16.986"

¹⁴ ARTICULO 596.- Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

embargo, el hijo nacido de una TRHA (obviamente en casos de donación heteróloga), necesita razones debidamente fundadas y evaluadas por el magistrado interviniente en la causa, no siendo suficiente su interés por conocer su identidad biológica, tal como sucede con el caso de los adoptados¹⁵.

Tras esta breve exposición es dable advertir en esta instancia que el Código Civil y Comercial al volver a distinguir los derechos que asisten a los hijos está discriminando a los nacidos a través de las TRHA heterólogas, es decir, se los está dejando al margen deliberadamente de la protección a sus orígenes, se les está impidiendo arbitrariamente al ejercicio de un derecho garantizado con motivo de haber nacido por medio de la utilización de TRHA (Urbina) Por lo tanto, no discriminar implicaría la tutela contra la diferenciación *contrario sensu* al principio de igualdad dispuesto en el art. 16 de la Ley Suprema.¹⁶, y en relación a lo que aquí importa: el haber nacido mediante la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (Urbina, 2014).

Vale destacar que, si bien se realiza la afirmación de que se puede violentar el derecho a conocer los orígenes de la persona nacida por medio de TRHA, el CCivCom aunque sensiblemente admite dos modalidades en las cuales se puede obtener información relativa al donante: cuando sea necesaria la información de datos médicos del donante para la salud de quien peticiona y cuando se requiera información relativa a la identidad del donante.

La no discriminación entre hijos está consagrada en numerosas disposiciones del derecho internacional con rango constitucional. Así, el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷; el art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

¹⁵ ARTÍCULO 563. Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. ARTÍCULO 564.— Contenido de la información.

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

¹⁶ Artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

¹⁷ Artículo 25.2: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"

Políticos¹⁸; el art. 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica¹⁹; y notoriamente esclarecido en el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰.

En el ámbito constitucional argentino, se destaca, se establece al mismo tiempo el amparo colectivo como defensa contra toda forma de discriminación (art.43)²¹, y se dispone la "...igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna" (art. 75, inc.19) y la obligación del Poder Legislativo de "...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (art. 75, inc. 23).

Finalmente, completa el plexo jurídico local vigente la ley N°23.592, "Derechos y Garantías Constitucionales. Actos discriminatorios. Sanciones para quienes los ejecuten"²² (artículo 1°) contra todo acto de discriminación.

Dicho esto, se desprende que el artículo 564, inc. b del CCivCom es discriminatorio por cuanto consagra que el acceso a los datos del donante le está restringido a los hijos nacidos por TRHA ante situaciones que involucren su salud o ante coyunturas que deberán ser fundadas ante la autoridad competente. Para este criterio, la segunda opción de revelación de la identidad del donante se adopta en el ordenamiento jurídico argentino con carácter

¹⁸ Artículo 24.1: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado"

¹⁹ Artículo 17.5: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

²⁰ Artículo 2.1: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole el origen nacional, étnico o social, la posición económica los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales"

²¹ Artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

²² Artículo 1°: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional..."; y aunque la enumeración no es taxativa, indica que "A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". Y también establece el derecho del damnificado a solicitar "...dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización [y] a reparar el daño moral y material ocasionados", entendido este, en nuestro caso, como toda exclusión de la posibilidad de acceder a conocer los orígenes por razones de haber nacido por técnicas de reproducción humana asistida.

restrictivo y se asienta también en cuestiones de salud o enfermedad del peticionante de los datos. Asimismo se trae a colación y haciendo referencia a la distinción que hace el Código respecto a los hijos nacidos por TRHA de aquellos que han sido adoptados que existen para ambos derechos diferenciados según se trate de una u otra filiación (Urbina, 2014)

A consecuencia de lo antedicho se advierte que el Código Civil y Comercial no fue condescendiente con sus propias normas, ya que por un lado impone a la voluntad procreacional como causa fuente de filiación y por otro niega ciertos derechos a los hijos nacidos mediante las TRHA. Se trata entonces de que lo que tutela (la voluntad procreacional) también lo toma implícitamente como causa de discriminación.

Resulta también factible señalar que los redactores del Código ciertamente han tenido sus motivos para esta diferenciación que se ha venido exponiendo y que no ha sido una decisión adoptada arbitrariamente. Al respecto, Cabaleri con quien se coincide, manifiesta que una de las posibles omisiones de no considerar los resultados que se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño en su relación con las TRHA tiene que ver con “no interferir con las técnicas” (2014, p.4). De esto se infiere que los redactores del CCivCom prefirieron hacer silencio frente a los posibles conflictos que surgieran conforme las discrepancias entre la regulación de las TRHA y las disposiciones de la Convención.

Para finalizar se pone de relieve asimismo respecto al derecho a la información sobre el donante de material genético que la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida tiene un importante vacío en este aspecto, ya que nada establece sobre los datos del dador que puedan revelarse al peticionante.

3. La voluntad procreacional en el mundo

En el mundo, la cuestión de la admisión de la voluntad procreacional como fuente de filiación es resuelta de las más variadas formas jurídicas. Es posible así distinguir dos grandes sistemas o modelos jurídicos: aquellos que tienden a que coincida la filiación biológica con la filiación jurídica y aquellos que otorgan prevalencia al elemento volitivo de aceptación de la filiación (Gil Domínguez y otras, 2006)

A título ejemplificativo, Francia hace primar a la voluntad procreacional en su máxima expresión, habida cuenta establece que la determinación de la filiación materna queda librada únicamente a la voluntad de la madre, por lo que es posible la inscripción de

hijos –ya sean matrimoniales o no- sin dejar constancia de la verdadera identidad biológica de la madre en la partida de nacimiento (López Codesal, 2011).

En los países que admiten la donación de material genético heteróloga, se advierte la colisión de derechos que se da cuando se trata de la manera de compatibilizar el derecho a conocer el origen del hijo nacido mediante TRHA con el derecho que asiste al donante a la preservación de su identidad a los efectos de que ninguna acción judicial lo emplace en el estado de familia de progenitor justamente por carecer de voluntad procreacional y por haber sido nada más que un mero dador de material genético, es decir, por haber sido quien prestó su semen en aras de la gestación de un niño al que él no tiene intenciones de reconocer como hijo (López Codesal, 2011)

Asimismo resulta más que interesante el ejemplo del *Mutual Consent Registry* o *Voluntary Registry*²³ propio del derecho norteamericano, país en el cual se ha disminuido el número de Estados que mantienen incólume el principio de confidencialidad y han aumentado los Estados que dan accesibilidad libre a la información a todas las personas mayores de edad que pretendan conocer su origen (López Codesal, 2011)

Como es posible señalar, resulta indispensable si se propugna una protección verdadera del derecho fundamental de los hijos a conocer sus orígenes y su identidad biológica, regular la voluntad procreacional en pos de esto y no con la única finalidad de cumplir con un deseo personal de autosatisfacción al poder procrear, entre las varias finalidades que fueron citadas anteriormente.

Conclusión del capítulo

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, son tres las fuentes de filiación: la filiación por naturaleza, la filiación por adopción y la novedad que radica en la recepción legislativa de la filiación por medio de técnicas de reproducción humana asistida. Estas últimas, tal como se afirmara, no son la causa fuente de este nuevo vínculo filiatorio sino que la voluntad procreacional, término cuyo significado se encuentra en el art. 562, lo es.

²³ Para mayor información dirigirse a: https://dhs.arkansas.gov/dhfs/heartgallery/mcvar_faq.htm; <https://dhs.iowa.gov/adoption-records>; <http://www.adopteeseach.info/coreg.html>; entre otros.

Para proteger los derechos de quien ha tenido la libre voluntad de procrear y quedar emplazado en el estado familiar de padre o madre, el Código Civil y Comercial tuvo que incluir a la voluntad procreacional como causa fuente suficiente para generar otro tipo de filiación que no fueran solamente aquellas que reconocía el Código de Vélez, algo que quedó plasmado en la regulación que el mentado cuerpo normativo realiza en sus arts. 560, 561 y 562.

Considerando la evolución social - de la familia en particular - y los cambios que conlleva la aplicación de la tecnología en el campo de la medicina, no es redundante afirmar que el Derecho no podía quedar excluido y por ende resulta más que provechosa la nueva reglamentación de la filiación por medio de técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando esta no se convierta en el punto de inflexión para la transgresión de otros derechos y garantías que asisten a los individuos.

CAPÍTULO IV

EL NIÑO Y SUS DERECHOS

Este último capítulo abordará los derechos de los niños, fundamentalmente el derecho a la dignidad, haciendo hincapié en la relevancia que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio del interés superior de éste a los fines de su protección.

Para poder alcanzar una respuesta al interrogante que motivó al desarrollo del presente trabajo es indubitable que el análisis en profundidad de estos aspectos *supra* mencionados debe quedar plasmado para que los lectores puedan comprender el por qué del cuestionamiento, la finalidad de la obra y qué se propone a los fines de salvaguardar la dignidad de los niños nacidos por medio de TRHA.

1. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue aprobada el 20 de noviembre del año 1989 y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York. El 27 de septiembre del año 1990, un año más tarde, Argentina sanciona la ley N°23.849 el 16 de octubre del mismo año que aprueba la Convención. En 1994 con la reforma a la Ley Suprema se le otorgó rango constitucional en virtud del artículo 75 inc.22, adoptando así el compromiso de reorganizar la legislación local con base en lo dispuesto en la Convención (UNICEF, 2004).

La CDN tiene como objetivo fundamental reconocer y afirmar los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, destacando que estos son sujetos de derecho y no objetos de tutela, focalizando de esta forma en el interés superior de los mismos por sobre toda otra cuestión que pueda presentarse en torno a esta franja etaria. Al respecto se trae a colación que niño es, según el art.1° de la Convención toda persona que no haya cumplido los 18 años con la salvedad de que no será así considerada si la ley que le resulta aplicable sostiene que con anterioridad ha alcanzado la mayoría de edad. Esto a su vez es coincidente

con lo regulado en el ordenamiento jurídico local a partir de la sanción de la ley 26.579 de Mayoría de edad cuando se disminuyó de 21 a 18 años.

Resulta indispensable poner de manifiesto que la Convención prevé que los Estados parte deben asegurar y garantizar a niños, niñas y adolescentes que todos sus derechos serán protegidos y que se velará por promoverlos, como así también que se verán beneficiados todos y cada uno de ellos con las disposiciones que de ella emanen.

La importancia de la Convención reside en la tutela enérgica que realiza de los derechos del niño en aras de lograr un desarrollo equilibrado de éste en todos los ámbitos donde se encuentre incluido (familia, amigos, colegios, entre otros) y siempre a los fines de no desproteger ningún derecho o garantía. Elena Highton (2015) al respecto argumentó que la Convención hace radicar su relevancia en la tutela que realiza de todos los derechos humanos así sean éstos civiles, políticos, económicos o culturales.

Algunas de las medidas reconocidas por la CDN son los derechos a la protección y asistencia, acceso a servicios educativos y de atención de la salud, desarrollo pleno e integral de la personalidad, motivación de habilidades, capacidades y talentos, ayuda al crecimiento en un ambiente de amor, contención y comprensión, información sobre los derechos que asisten a este grupo poblacional y la participación activa en la sociedad, entre otras medidas especiales. (UNICEF, s.f).

La CDN y la ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, impulsan una nueva institucionalidad en lo que refiere a la tutela de los derechos de niños, niñas y adolescentes, promoviendo una revisión en profundidad sobre la relación que se da en el contexto que vincula al Estado, la familia, la comunidad y las organizaciones civiles con las personas menores de edad (Herrera, 2015).

Se puede alegar que la Convención constituye un sistema de protección y promoción mundial de los derechos de niños, niñas y adolescentes con la finalidad de que estos puedan crecer y desarrollarse armoniosamente. Trata así de soslayar las eventuales transgresiones a los derechos fundamentales al tiempo que garantiza el pleno ejercicio de los derechos que refiere en sus disposiciones.

Es indudable pues que se está frente al documento jurídico propio del derecho internacional más importante y que por sus objetivos debería ser ratificado por todos los países del mundo, aunque esto no deja de lado que es el tratado internacional sobre derecho

humanos más ratificado en el mundo, en pos de los beneficios que conlleva para el sector más vulnerable de la población mundial y que requiere de los mayores esfuerzos legislativos para ser protegido como merece por esta misma naturaleza de fragilidad.

1.1 Derechos garantizados

El cuerpo de la Convención está compuesto por 54 artículos destinados a establecer la forma en la que se pueden y se deben proteger los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. Dichas normas se encuentran escindidas en tres partes; la primera de ellas hace referencia al niño como persona, sus derechos y las garantías necesarias para que pueda disfrutar de ellos. Aquí el niño aparece como un verdadero sujeto de derechos, titular de sus derechos y por los cuales el Estado ha de velar. Respecto a la segunda parte (artículos 42 a 45) la misma responde a la exposición y difusión de los principios y disposiciones que emergen de la Convención. Por último, la tercera parte, contempla las disposiciones generales.

Sin caer en una enumeración taxativa de los derechos que asisten al grupo poblacional protegido por la Convención, es indispensable hacer mención de algunos de ellos por la trascendencia que revisten; así por ejemplo se establece el deber de proteger al niño contra cualquier forma de discriminación sin excepción y se obliga al Estado a velar por ello. Asimismo se estipula que las medidas de carácter judicial o administrativo deberán ser tomadas siempre en favor del interés superior del niño.

Todo niño tiene el derecho a la vida y a que se le garantice su desarrollo pleno e intergal, a un nombre desde su nacimiento y a una nacionalidad. El Estado tiene el deber de proteger al niño contra toda forma de maltratos, abusos y explotaciones de todo tipo. También se encuentra obligado a asegurar que el niño conozca a sus padres y a ser cuidado por ellos; a garantizar que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y si así fuera tiene derecho a mantener contacto con ellos regularmente. Todo esto a los fines de un correcto acceso a la salud y a mantener un adecuado desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social²⁴

²⁴ CDN: Art. 6, 7, 8, 9 y 19

Un aspecto a destacar es que la Convención trajo consigo un derecho que le había sido negado durante mucho tiempo al niño y es su derecho a ser oído y a expresar su opinión en todo aquello que lo afecta; además que su opinión sea tenida en cuenta cuando los temas debatidos hagan referencia directa a su persona.²⁵

A partir de la sanción de la Convención es innegable que se evolucionó en la concepción tradicional del niño como miembro dependiente e invisible dentro de la familia y de la sociedad. Se transmutó hacia el paradigma vigente en el cual el niño se ha tornado visible a los ojos del mundo y ha comenzado a ejercer un rol mucho más participativo, rol que le permite ser oído y respetado, generando así nuevos retos para el Derecho.

Según la Convención, el Estado debe asegurar el reconocimiento del principio de que el padre y la madre tienen responsabilidades comunes en la educación del niño ya que son los primeros responsables; si los padres no pueden enfrentar esta responsabilidad será el Estado quien los ayude, principalmente con respecto a la nutrición, vestimenta y vivienda.²⁶ Asimismo se le reconoce al niño el derecho al descanso, al esparcimiento y a la realización de actividades recreativas según su edad. El niño también tiene derecho a ser protegido contra la explotación económica y contra todo trabajo que ponga en riesgo su salud, su educación o su desarrollo integral y contra toda otra forma de explotación que pueda perjudicar cualquier aspecto de su bienestar²⁷

Se ha afirmado oportunamente que la CDN “es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia” (Cillero Bruñol, 2007, p.126)

Como es dable advertir, la CDN establece las bases mínimas indisponibles para el desarrollo pleno e integral de los niños, niñas y adolescentes al tiempo que se destaca la promoción y protección de sus derechos tomando como eje rector al interés superior del niño como derecho *per se* y como pauta de interpretación para los restantes.

²⁵ CDN: Art.12 y 13

²⁶ CDN: Art. 18

²⁷ CDN: Art. 31, 32 y 33

2. Interés superior del niño

Elena Highton (2015) ha definido al interés superior del niño como el interés que merece el niño le sea reconocido por su naturaleza de persona y de sujeto de derechos. Asimismo explica la autora citada que este interés consta de dos aspectos esenciales que tienen que ver con las pautas que se adoptarán ante la toma de decisiones que tengan a los niños como protagonistas pero así también por constituir un criterio rector ante instancias donde se requiera de la intervención institucional a los efectos de proteger al niño.

Para Marisa Herrera (2015) el interés superior del niño es la base de la pirámide desde la cual se edifica la tutela integral de los derechos del niño.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación nro. 14²⁸, destaca que el interés superior del niño tiene una triple función: ser un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Esto significa que se trata de un derecho sustantivo que debe tener una consideración primordial y que al sopesar los distintos intereses en juego al momento de tener que tomar una decisión que afecte derechos o garantías de niños, niñas y adolescentes se opte siempre por lo que se reconoce como mejor y más beneficioso para ellos. En síntesis, se trata de una disposición jurídica que permite interpretar la manera más efectiva dónde reside el interés de mayor peso para el niño.

De acuerdo con la Observación General N°14 en análisis es posible afirmar que “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (párr. 4°).

La ley 26.061 también pretende definir qué debe interpretarse o entenderse por interés superior del niño. Para ello, admite que el interés superior del niño es “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (art.3). Resulta dable señalar que se trata entonces de una directriz que cumple la función de integración de las normas legales del país y que se constituye en pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses. También es posible enmarcarlo como el criterio a considerar ante la necesidad de intervención institucional destinada a la satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Grosman, 1993)

²⁸ Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3°, párr. 1°) (2013)

Por último, cabe poner de relieve que el principio del interés superior del niño está muy presente en la gran mayoría de los fallos que resuelven conflictos que involucran a niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la CSJN²⁹ ha sostenido que

la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño—art. 3°.1— impone a toda autoridad nacional en asuntos concernientes a menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, CN)...la atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos³⁰

Cabe concluir que según el conflicto que se intente resolver, las consideraciones generales expresadas *supra* resultan útiles para dar respuesta a todos los casos en que se encuentren involucrados derechos humanos de niños, niñas y adolescentes e intereses que les son propios.

Ahora bien, el interés superior del niño es un principio de neto corte garantista que contiene sub -principios que estructuran verticalmente a la CDN, entre los cuales pueden mencionarse: la no discriminación (art.2), efectividad (art.4), autonomía y participación (arts.5 y 12) y la protección (art.3). Dworkin (1989) al respecto instruye que se trata de disposiciones normativas que llevan implícitas derechos como la igualdad, la protección de los derechos y del ejercicio de los mismos y de la seguridad jurídica debida por los Estados y la sociedad en general para con los niños, la autonomía, la libertad de expresión, entre otros.

Puede colegirse tras lo manifestado hasta el momento que el principio del interés superior del niño tiene como finalidad la satisfacción plena y la garantía que se respetarán y harán valer sus derechos del grupo de personas de menos de 18 años por medio de decisiones jurisdiccionales que únicamente atiendan a mejorar su vida.

La protección integral de los derechos que asisten a niños, niñas y adolescentes, objetivo radical del principio bajo análisis, importa sin más la tutela del cúmulo de derechos que los asisten por su mera condición de seres humanos. Y esta protección merece no solo el reconocimiento y el compromiso de los Estados en ser garantizada, sino que requiere

²⁹ Para mayor información sobre resoluciones del Alto Tribunal donde se aplica el principio del interés superior del niño, consultar <http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>

³⁰ CSJN, 2/8/2005, "S., C. s/adopción", Fallos 328:2870

indispensablemente el compromiso de la sociedad toda en pos de asegurarle a los niños sus derechos e intereses no se verán vulnerados.

3. El derecho a la dignidad del niño

El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su preámbulo la necesidad de reconocer “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales inalienables”, ya que resulta prioritario sostenerla habida cuenta la dignidad tiene una dimensión subjetiva que se extiende en aras de la afirmación y protección del resto de los derechos que la asisten.

En este orden de ideas resulta indiscutible que la cualidad esencial de todo ser humano es precisamente su dignidad, por lo cual se alega que la misma debe ser interpretada y reconocida como “principio general del derecho” (Popper, 1972, p.289). En idéntico sentido, María Dolores Vila - Coro (1995) señala que la persona constituye un valor en sí misma. Por tanto la dignidad humana según la autora citada “es condición, índole calidad de la persona que expresa toda su valía” (1995, p.101).

Se puede afirmar pues que la dignidad como esencia propia de la humanidad es un principio general del derecho al cual deben ajustarse todos los demás campos del derecho (Gherssi, 2014) y como señala González Pérez (1986) el otro siempre ha de ocupar el rol de ser humano y por ende merece ser tratado, considerado y respetado como tal. Siempre que se olvide o excluya este principio en la relación con el otro, se atentará contra la dignidad. Por tanto, no es ni meramente concebible que una persona pueda ser considerada un objeto de relaciones, e incluso de protección jurídica si no se tutela ni valora a la dignidad en primera instancia.

La dignidad es entonces el principio general (Gherssi, 2014) que coloca a todos los individuos en pie de igualdad porque basta con ser persona para que la ley otorgue idéntico tratamiento e igual protección impidiendo así “que cualquier hecho, acto, situación o proceso que prescindiera de él, incluso actos legislativos y políticas o acciones de gobiernos” lo transgreda (Del Vecchio, 1978, p.7).

El profesor Eusebio Fernández explica que los derechos humanos son aquellos derechos fundamentales que en especial hacen a la dignidad de las personas y añade que deben ser reconocidos y garantizados tanto por la sociedad, el Derecho y el Estado sin ningún

tipo de discriminación sea cual sea la causa o motivo. Esos derechos son fundamentales porque “se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad” (1984, p.78).

Existen dos cuestiones indefectiblemente entrelazadas en lo que respecta a la dignidad de la persona: la primera, es innata al nacimiento del ser humano, ya que desde el mismo momento de su concepción (sea esta natural o por medio de procedimientos médicos) no exige ser demostrada y no puede ser cuestionada haciendo así a la esencia y existencia del ser digno. La segunda, es consecuencia de la anterior, e implica que todo ser humano, desde esa concepción, debe ser considerado siempre como digno y tratado con esa misma dignidad (Stenmetz, 2001). De esta forma se le permite a los hombres mantener una calidad de vida digna a lo largo de su existencia.

El ordenamiento jurídico nacional, con la Constitución Nacional a la cabeza como norma suprallegal, establece diferentes funcionalidades a la dignidad (Ghersí, 2014): el acceso a la vivienda digna, la dignidad de los trabajadores, la actuación de los medios de prensa y su relación con la dignidad de las personas, la dignidad en la prestación de servicios a consumidores y usuarios, el trato digno a pacientes, entre otras. Así es posible advertir cómo considera el sistema jurídico argentino y cómo respeta a la dignidad humana, elevándola a la categoría de derecho fundamental que merece toda la protección legislativa posible, tanto como el derecho a la vida, a la libertad o a la familia.

Con respecto al tema que se aborda en el trabajo, los niños, niñas y adolescentes no quedan excluidos del respeto a su dignidad, pues la misma los acompaña desde el instante en que hayan sido concebidos.

Ahora bien, ¿es factible afirmar que el Código Civil y Comercial al regular la voluntad procreacional plasmada en la utilización de TRHA a los fines de lograr la concepción de un hijo haya violentado la dignidad del niño por nacer al hacer prevalecer el deseo de convertirse en padres? En primer lugar y considerando que el hijo nacido por medio de TRHA es un hijo deseado, querido, buscado, no encuentra lógica el afirmar que su dignidad pueda verse menoscabada o lesionada por la voluntad de quien esperó por él.

Vinculado también a este derecho a la dignidad del niño, es posible traer a colación otro derecho que le asiste y que se relaciona a la dignidad y directamente al tema estudiado, este otro derecho es la identidad. Se ha sostenido que por identidad debe entenderse el

conjunto de atributos y características que individualizan a la persona dentro de la sociedad. (Fernández Sessarego, 1992, p.113)

En este punto también se acerca el art.52³¹ del CCivCom el cual protege a la dignidad humana y habilita al individuo afectado a reclamar por la reparación de los daños que ha sufrido. Esto supone la atribución que el ordenamiento jurídico argentino le ha otorgado a las personas para excluir a terceros de su intromisión o afectación en su dignidad humana (Basset, 2015)

Al respecto es factible poner de relieve en lo que hace al menoscabo de la dignidad humana cuando se trata de la aplicación de TRHA con la finalidad de procrear a un hijo para salvarla vida de otro. Señala Basset (2009) que en estos casos que ella considera de fabricación de hijos se expone claramente la antijuridicidad de la acción y la violación al derecho a la dignidad humana del embrión el que es utilizado como medio para lograr un fin.

Tanto el derecho internacional como el derecho convencional tienen incluido este concepto a través de distintas normas que lo han receptado como un derecho personalísimo que no puede ni debe bajo ningún aspecto ser restringido, suprimido ni negado absolutamente a ninguna persona.

Al respecto, la CDN señala a la identidad como un derecho humano fundamental y entre las normas que lo tutelan pueden referirse: el art.7 cuando dispone que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Asimismo, el art.8 manifiesta que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (...)”

No puede negarse de ninguna manera que este derecho tiene su origen en el inicio de la propia vida y se extiende luego de la muerte de la persona ya que es el responsable de conformarlo como ser humano y de presentarlo así a la sociedad. Tampoco puede dejar de afirmarse que debe ser considerado primordialmente por los jueces como el elemento

³¹ Art. 52. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

esencial a proteger por tratarse de una parte indivisible, en este caso concreto, del interés superior del niño al momento de resolver conflictos que tengan a los menores como protagonistas.

A pesar de lo útil que resulta la nueva regulación en materia de derecho de familia para todas aquellas personas que deseando la llegada de un hijo no pueden concebirlo, o para quienes resulta un camino a seguir cuando se trata de salvar la vida de otro hijo por medio de la donación de tejidos o células madres, por mera voluntad procreacional (Cabaleri, 2014) entre otros motivos, hay parte de la sociedad que no ve con buenos ojos la nueva reglamentación y reconocimiento legal. Así expuso Alicia J. Barrera (s.f) sus motivos en el Congreso de la Nación al sostener férreamente que la voluntad procreacional desfigura la calidad de madre y padre además de vulnerar la dignidad humana ya sea de la madre como del hijo a quien considera un inocente víctima del deseo ajeno a procrear. Alega además que se ve transgredida la identidad del hijo ya que no podrán conocer sus orígenes biológicos,

Mauricio Mizrahi (2010) por su parte ha defendido su postura alegando que la dignidad y privacidad del grupo familiar debe mantenerse por la vigencia del principio de la inviolabilidad de la persona pues en casos donde se acuda a las técnicas de reproducción humana asistida, no se estará en el terreno de los ideales autorreferentes sino en el campo intersubjetivo; esto implica que todo derecho invocado por quien desea procrear, haciendo uso de su voluntad procreacional, quedará automáticamente limitado cuando se afecten los derechos de los demás; en este caso concreto, los de los niños que nazcan mediante la implementación de estos procedimientos médicos. Más aún tendrán plena vigencia los límites que puedan imponerse a las pretensiones de los adultos cuando según las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece el principio rector del interés superior del niño (art.3) y su derecho a conocer a sus padres (esto es, al padre y a la madre) y a ser cuidado por ellos (art.7).

Como corolario de lo desarrollado queda por exponer que el derecho a la dignidad de los niños debe encontrarse guiado siempre y en todo momento y lugar a que esta franja etaria tan frágil y vulnerable no encuentre obstáculos para crecer plena e integralmente, como tampoco puede verse afectada al colisionar la dignidad con otro derecho como sería el caso de la voluntad procreacional.

Para ir finalizando este acápite se hace referencia en esta instancia a la problemática que acarrea el art.564³² CCivCom el cual hace referencia a las dos instancias en que se podrá obtener información del donante de material genético. Explica Basset que la mentada norma “contiene una serie de dificultades, que se resumen en la dudosa constitucionalidad de las restricciones al acceso a los orígenes del niño o adulto concebido por técnicas de reproducción asistida” (2015, p.507)

En primer lugar puede ponerse de manifiesto en lo que hace a la problemática del art.564 CCivCom es que se tendría que haber protegido la dignidad del niño mediante el establecimiento de un deber de los progenitores por TRHA de informarles este suceso como sucede en el caso de los hijos adoptados (art. 596). El acceso efectivo a la información que hace a la identidad de la persona nacida por medio de estas técnicas solo se garantiza si los hijos saben cómo fueron concebidos. En el caso de la fecundación heteróloga, que los padres callen implica en muchas oportunidades la negación al acceso a la justicia, al derecho a la identidad y a la dignidad sin ninguna duda (Basset, 2015)

En segundo lugar, salvo la excepción que sea en beneficio del niño no otorgarle información sobre sus orígenes genéticos, no puede negársele el acceso a la misma. Esto habida cuenta los sistemas jurídicos regulatorios que se apoyen en la protección de los intereses de los adultos por sobre los derechos fundamentales del niño, derechos de los adultos que no serán oponibles en estos casos concretos ya que la identidad de la persona concebida por técnicas de reproducción asistida es propia de ella y no de los padres y mucho menos del Estado (Basset, 2015) ya que “es una parte de su persona y de su biografía que no puede serle expropiada y cuyo acceso no puede ser restringido” (Perrino, 2011, p.1).

Tras lo expuesto se insiste con que es palmaria la contradicción entre lo reglamentado por el Código en materia de filiación por TRHA y lo regulado en materia de adopción (art. 595, art. 596); más aún con lo establecido para la filiación por naturaleza (art. 583). En base a esto se alega que se da una vulneración a la dignidad personal del hijo nacido por medio de

³² Art. 564.— Contenido de la información.A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

las técnicas de reproducción humana asistida; no obstante no se deja de reconocer los beneficios que ella conlleva y los que han sido advertidos por el legislador desde el momento en que decidió regularlas.

4. Cuestiones jurídicas debatidas por la doctrina

Los argumentos esgrimidos por parte de la doctrina local sobre la importancia y las consecuencias que traen aparejadas las técnicas de reproducción asistida a la luz del derecho de familia, pero sobre todo respecto a los delicados aspectos que involucran la protección de los derechos de niños nacidos por medio de la aplicación de estas técnicas fundamentadas en la voluntad procreacional, resulta indispensable traerlos a colación para ahondar en el debate jurídico sobre esta realidad.

Por tal motivo, a continuación, se hará una sintética presentación de las corrientes ideológicas que ha tomado cada posición sobre temas medulares con relación a las TRHA.

Estos temas comunes que movilizan a la doctrina en su debate sobre la filiación por medio de TRHA cuyo sostén es la voluntad procreacional son: la vigencia de las disposiciones de la CDN y el niño como destinatario del plus de seguridad jurídica que brinda la misma; el interés superior del niño; el derecho a la identidad, a la intimidad y a la dignidad; la verdad biológica frente a la voluntad procreacional; el derecho al anonimato del donante de material genético en las donaciones heterólogas (Cabaleri, 2014).

a) La vigencia de las disposiciones de la CDN y el niño como destinatario del plus de seguridad jurídica que brinda la misma: por unanimidad doctrinaria se considera la plena vigencia de la CDN sin ningún tipo de reparos. Al no existir cuestionamientos respecto de los principios consagrados en la Convención y de los derechos de niños, niñas y receptados en la misma, la órbita jurídica la reconoce y la protege fervientemente (Cabaleri, 2014).

Con respecto a la utilización de TRHA con el objetivo de procrear, los siguientes principios consagrados en la CDN no pueden ser omitidos al considerar la regulación normativa de las técnicas: “El niño, en virtud de su especial vulnerabilidad requiere una consideración especial” (Preámbulo CDN). En caso de conflicto, los derechos de los niños tienen primacía por sobre los de los adultos (art. 3 CDN). Derecho a la identidad, en sentido amplio (arts. 7, 8, 9, 10, 11, 16, 20, 22, 29, 30 CDN). En casos de disolución de matrimonio,

las decisiones que se tomen se harán sobre la base única del interés y conveniencia de los hijos (art. 17 inc. 4 CDN).

b) El interés superior del niño; el derecho a la identidad, a la intimidad y a la dignidad: tras la reforma de la Constitución Nacional en 1994, la CDN ha adquirido jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), algo que implicó entre otras cuestiones la consagración del principio de interés superior del niño (art. 3 CDN) como criterio rector y pauta fundamental en el ordenamiento jurídico argentino siempre que se trate de mejorar la calidad de vida de todos los menores de 18 años. Es tan así que en los casos de controversias entre los derechos de los niños y los derechos de los adultos, el conflicto debe resolverse haciendo primar la protección de los primeros.

Este principio también ha sido aceptado por toda la doctrina nacional, tal como ocurrió con la ratificación de la CDN. Sin embargo, cada sector le otorga diferente fundamentación y finalidad a este precepto.

Por un lado se agrupan los que afirman que con el uso de las TRHA no se menoscaba el interés superior del niño sino que se lo promueve ya que el interés del niño estaría representado por su propia existencia. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2011) sostienen que el interés superior del niño es la columna vertebral, el punto de inflexión de toda decisión relativa a la protección de los derechos de niños y adolescentes. Las TRHA, por el sólo hecho de ser tales y presentar un objetivo específico pues, no lo contradicen ya que el deseo de los adultos a procrear no se opone necesariamente a los derechos de los niños. Vale destacar que en el campo de la filiación biológica se observa frecuentemente una importante cantidad de niños que nacen cuando los progenitores lo deciden tras planear su llegada cuando las condiciones familiares son las adecuadas; por tal esta misma afirmación se extiende a la filiación por medio de las TRHA en la cual la voluntad procreacional constituye el elemento fundamental o el mejor camino para que una persona nazca, se desarrolle, se la proteja y especialmente se la desee.

Del sector opuesto se asegura que no es correcta la consideración que realiza la parte de la doctrina que sostiene que no se viola el interés superior del niño cuando éstos nazcan como consecuencia de las TRHA. Alegan la existencia de diversas cuestiones en juego, a saber: la dignidad de la persona, el derecho a la identidad, la imposibilidad de que un hijo sea objeto de un contrato, la integridad del niño, entre otras. Mizrahi (2011) quien ocupa un rol

importante en esta corriente explica que lo que puede ser afectado, en concreto, son los derechos del niño a tener una familia, a su integridad, a tener una identidad y, en definitiva, el derecho a que se respete su dignidad como persona.

c) El derecho a la identidad, a la intimidad y a la dignidad: Con respecto al derecho a la identidad, Ciruzzi (2013) señala que consiste en un derecho personalísimo, de raigambre constitucional, inalienable, innato, inherente y extrapatrimonial que tiende a preservar la calidad de ser uno mismo y no otra persona. Ahora bien, si no hay objeciones en la doctrina respecto a los elementos que conforman a la identidad, la cuestión cambia al momento de valorar los aspectos que lo involucran en cuestión de la aplicación de las TRHA. Según la postura que se adopte en torno a la viabilidad de las TRHA, se limitarán o no los alcances de este derecho. Así puede distinguirse el sector de la doctrina que se inclina por afirmar un derecho amplio de identidad el cual impacta en el derecho del niño a la protección de todos los elementos que conforman la identidad: el derecho a conocer a sus orígenes, el derecho al nombre, a la nacionalidad, el derecho a mantener las costumbres culturales y a su propia identidad cultural, idioma y valores, el derecho a la identidad étnica, religiosa y lingüística y a la identidad familiar fundamentalmente, entre otros (Basset, 2011).

Por otra parte, hay quienes parten de la premisa que el derecho a la identidad del niño es de tipo restringido (Cabaleri, 2014), ya que se lo respeta solamente con su inmediata inscripción luego de su nacimiento (Basset, 2011), sin considerar nada más que ese dato registral. Se puede alegar entonces que no se priva a la persona nacida mediante estas técnicas al derecho a conocer su origen genético ya que de alguna manera tiene la posibilidad de acceder a esa información aunque sea mediando un trámite judicial en el que deben encontrar tutela los otros intereses involucrados -los del donante por ejemplo- a la luz del principio de proporcionalidad (Kemelmajer de Carlucci y otras, 2011) Por lo tanto, si se cumplen ambos requisitos, la preservación del derecho de identidad del menor se encontraría ajustadas a las reglas judiciales y no se vería violado por la realización de las técnicas con el objetivo de su nacimiento.

Sobre el derecho a la intimidad, el art. 19 de la Constitución Nacional establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad

de los magistrados”. A partir de ello, “se afirma que el ejercicio de la procreación humana es parte integrante de la intimidad” (Cabaleri, 2014, p.8).

Ahora bien, no existen dudas que lo antedicho es aplicable cuando la procreación es natural o biológica, pero ¿qué ocurre cuando esta es derivada de medios artificiales? También aquí hay disidencia doctrinaria.

Por un lado se encuentran aquellos que sostienen que el derecho a la intimidad debe ser considerado en sentido amplio, entendiendo que tanto la procreación por medios naturales como la fertilización asistida forman parte de este precepto. Argumentan que no hay ninguna duda de que el ejercicio de los derechos reproductivos se enmarca en el ámbito lo reconocido en el art. 19 de la Carta Magna el que garantiza el desarrollo del proyecto de vida que se tenga sin interferencias arbitrarias de terceros ni del Estado (Ciruzzi, 2013).

Por el otro lado están quienes afirman lo contrario, ya que sostienen que las TRHA exceden a la esfera de intimidad de las personas. Aquí se asienta nuevamente la postura de Mizrahi (2011) quien alega al respecto sosteniendo que el Estado no debe interferir cuando se ejerce la libertad de procrear por medios naturales, pero no debe suceder lo mismo cuando se acuda a métodos artificiales ya que en este último caso está comprometida la responsabilidad de toda la sociedad, por lo que la cuestión de la mera privacidad se ve afectada en plenitud y se extiende mucho más allá.

Por último, respecto al derecho a la dignidad de las personas, ya se ha tocado el tema en reiteradas oportunidades, por lo que resta decir que también es un derecho que encuentra detractores y quienes lo apoyan en el marco referencial de las TRHA. Algunos, como se anticipara, encuentran oposición a la utilización de estas técnicas por ser eventualmente lesivas de la dignidad del niño por nacer y otros, *contrario sensu*, niegan la posibilidad de aplicación de las TRHA por comprometer seriamente a la dignidad humana, considerando en estos casos se vela por la autonomía personal del adulto y no se considera a la totalidad de los involucrados, es decir, al hijo por nacer.

Cabaleri deja esbozado que existe “una tendencia actual a absolutizar la voluntad personal” (2014, p.9), por lo que es dable interpretar que se invierte la secuencia lógica ya que partiendo de esta voluntad personal, los derechos a la vida, a la identidad, y a la dignidad quedan subordinados a la intimidad y la autonomía de cada individuo.

d) Verdad biológica frente a la voluntad procreacional: se ha acentuado en los últimos tiempos con la aparición de casos de reproducción humana médicamente asistida la “disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional” (Cabaleri, 2014, p.10) Siguiendo los razonamientos suscitados por la doctrina, se pueden distinguir nuevamente dos líneas de pensamiento. En primer lugar, el sector de la doctrina que afirma el provecho y la viabilidad jurídica absoluta de las TRHA. Se ha sostenido que lo determinante al momento de establecer la filiación es la voluntad procreacional. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2011) señalan que la biotecnología ha sido la responsable de dar origen a una nueva causa fuente del derecho filial la cual se encuentra fundada en la voluntad procreacional y en su exteriorización a través del consentimiento informado. En cambio, la filiación por naturaleza tiene un vínculo jurídico que se funda en el elemento biológico y no ya volitivo.

En síntesis, esta porción de la doctrina local consagra tanto el principio de la verdad biológica como al principio de la voluntad procreacional.

Por otra parte, el principio consagrado por la parte contraria de la doctrina *supra* expuesta es el de la verdad biológica (Cabaleri, 2014); principio reconocido e impuesto desde el derogado Código Civil y que no viene al caso profundizar por conocerse que su relevancia se asentaba en la remota idea de que el hijo era el fruto de la unión intersexual y en los tiempos en que la familia era considerada conformada por hombre y mujer unidos por el acto jurídico del matrimonio; no obstante posteriormente haberse incluido a los hijos extramatrimoniales.

e) El derecho al anonimato del donante de material genético en las donaciones heterólogas: la cuestión del derecho al anonimato del donador de gametos no es cuestión menor. También, en este aspecto, ambos sectores de la doctrina estudian y analizan la cuestión desde ópticas distintas.

Así pues están quienes defienden su viabilidad jurídica fundamentando su postura en las nociones del derecho a la intimidad y a la voluntad procreacional. Por el contrario, la negación por el otro sector de la doctrina surge a partir de la clara afectación del derecho de identidad del hijo, a su dignidad y de lo cual emergería la violación del interés superior del niño (Cabaleri, 2014).

Al respecto se destaca sobre este punto en particular que la ley previó el acceso a la información médica del donante; pero para lograr ese cometido el requirente deberá probar

que hay una “relevancia para la propia salud” (Basset, 2015, p.509) y que resulta indispensable el acceso a la información del dador de material genético. Supone, explica Basset (2015), la formación de un incidente privado ante el centro de salud o bien judicial aunque en este último caso se vería indefectiblemente afectada la identidad.

Sigue pareciendo inverosímil que quien tenga la carga de documentar y registrar sea el Centro de Salud, que podría quebrar o cerrar. Se trata de un derecho sujeto a la precariedad de una persona jurídica privada.

Esta posición se enrola en la corriente que afirma que el anonimato debe ser limitado, cuando no excluido, ya que se limita considerablemente el derecho de identidad del hijo, el principio de verdad biológica y, en definitiva, la dignidad del hijo y su interés superior.

Conclusión del capítulo

Cuando se aplican TRHA es fácil reconocer la presencia de distintos intereses y derechos en juego. Esto se manifiesta palmariamente a partir de las diferentes opiniones de la doctrina, como así también en diversas normativas propias del derecho internacional, fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño la que dio origen y sustento al interés superior del niño, las cuales han sido expuestas en el presente capítulo.

Es evidente que el debate en torno a la utilización de TRHA, cuyo fundamento reside en la voluntad procreacional, no finaliza con lo planteado hasta aquí ya que hay muchos principios, intereses y derechos que sirven como base tanto para atacar a las TRHA como para defenderlas. Por tal motivo si algo puede concluirse tras el derrotero de este capítulo, es que el debate debe continuar y permitirle a todas las personas interesadas en la temática acceder al conocimiento de las posturas que existan para poder obtener un criterio propio que les permita comprender las implicancias de todas las coyunturas involucradas.

CONCLUSIONES

Al inicio del trabajo se ha destacado la ayuda que ha significado la ciencia aplicada a la Medicina. No hay dudas, considerando las exposiciones, que el avance biotecnológico ha logrado grandes resultados en muchas cuestiones entre las que resalta la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida las cuales tienen varias finalidades entre las que se destacan procrear un hijo por la sola voluntad procreacional, para convertirse en padres, para que el hijo nacido mediante estas técnicas sea donante de un hermano vivo de células madres o tejidos, entre otras.

En lo que hace al Derecho, el ordenamiento jurídico local, venía mucho más atrás que las necesidades e interrogantes sin solución a la vista que planteaban estos cambios en materia de familia; sin embargo el año 2015 marcó el hito y consagró finalmente algunas respuestas que se venían requiriendo. Entre ellas se encuentra la recepción normativa y consecuente regulación de una tercera causa fuente de filiación que tiene su germen en la voluntad procreacional y que se plasma mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

Si bien hay que concordar que las nuevas disposiciones son conexas a una realidad indiscutida y que se condicen con la posibilidad que brinda la ciencia de tener un hijo sin necesidad del coito o de la figura de la adopción; atendiendo al interés superior del niño y al conglomerado de derechos fundamentales que asisten a todo niño, resulta indispensable recurrir al cuestionamiento sobre si existe colisión de derechos y si, por ende, se vulnera la dignidad del hijo por nacer cuando ha sido engendrado mediante algunas de las técnicas de reproducción humana asistida.

Vale aclarar en primer lugar que la dignidad es el sustrato sobre el que se asienta la persona y es el sentido de la dignidad como derecho fundamental lo que puede verse afectado considerando a la voluntad procreacional de los adultos. En este orden de ideas, vale recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos ya proclamaba que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

La dignidad, pues, reviste una importancia radical y es la base de los atributos que constituyen a la persona y sin la cual éstos pierden todo sentido, por ello este supuesto de

protección y preservación de ella obliga a valorarla y respetarla en las mismas condiciones y jerarquías que a los demás derechos humanos ya que, al fin, es una cualidad que pertenece de manera igualitaria a todas las personas. Y, al decir esto se advierte que desde el momento mismo de la concepción, se es ser humano por lo que merece el debido respeto y protección legislativa ya desde el primer momento en que se gesta. Una conclusión necesaria de lo expresado, es que el ser humano es merecedor del amparo del Derecho desde el momento mismo de la concepción, desde ese instante en que se convierte en un nuevo ser y como tal es acreedor al respeto por su vida y a que se le reconozca su derecho a vivir y a que se lo trate dignamente.

Retomando la cuestión de la regulación de la tecnología reproductiva es necesario tener en cuenta la preferente consideración primigenia de todo lo relativo a los intereses y derechos del niño por sobre los de los adultos, puesto que el ser humano que está por nacer y el nacido por su condición de niño debe ser una preocupación primordial debido a su naturaleza vulnerable y frágil.

Dentro del cúmulo de derechos que tienen los niños se encuentra el derecho a conocer sus orígenes y no se le puede impedir, por tanto, que conozcan o tengan información sobre quiénes son sus progenitores biológicos, puesto que de negarse esta posibilidad como consecuencia lógica se les priva del derecho fundamental referido y se atenta contra su dignidad como personas.

Al mismo tiempo que se estableció como derecho fundamental el derecho a la vida y la protección de aquel que está por nacer por ser considerado desde su concepción como ser humano, se impuso el deber al Estado de proteger a la familia. Si el niño por nacer ya no encuentra esta tutela al serle coartada su posibilidad de conocer su propia identidad y origen, no resulta factible observar el amparo a esta familia y mucho menos al niño. No obstante se señala que la información sobre el origen genético del hijo no ha sido absolutamente limitada por los redactores del CCivCom sino que se ha adoptado una posición intermedia en la cual si bien abiertamente no se informan los datos del donante de material genético, en situaciones que revistan ciertas particularidades para el hijo le serán revelados los datos que éste requiera.

En esta instancia no resta más que decir que frente al derecho a la dignidad del niño y frente al resto de los derechos que lo asisten, no puede sopesarse la voluntad procreacional de los adultos, ni siquiera la necesidad de procrear a un niño como salvación de otro porque de ser así implicaría, para este criterio, un desprecio por la vida humana y un atentado a esa dignidad señalada. La maternidad y la paternidad quedan desfiguradas con la voluntad procreacional al legitimar la crioconservación de embriones humanos por tiempo indeterminado, pudiendo ser éstos descartados o utilizados con fines comerciales y/o de investigación. Entonces, sintetizando, lesiona la dignidad de las personas toda forma de reproducción humana que no respete la vida inocente y ponga énfasis en la voluntad de los adultos.

Esta forma de venir al mundo, de comenzar a existir, no es compatible con la dignidad de la persona por nacer, ni del niño, ni del adulto nacido bajo esta modalidad procreacional voluntaria de los progenitores.

A modo de colofón no quiere concluirse el trabajo sin advertir el importante papel que debe jugar el Derecho ante los avances científicos y tecnológicos en el campo de la Medicina y que tengan relación con los derechos que asisten a las personas, fundamentalmente a los niños a quienes habrá de garantizar un desarrollo pleno y armonioso que incluya el conocimiento de sus orígenes y de su historia a los efectos de no vulnerar su dignidad. No hay dudas que en manos del Derecho está el adoptar determinaciones drásticas a los fines de regular las nuevas situaciones que se presenten y se vayan presentando con el correr del tiempo, con normas que se condigan a los derechos humanos fundamentales, especialmente cuando se trate de velar por el respeto y protección de los derechos esenciales de los niños.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

Albornós, S. (07/10/2014). Punto por punto, los cambios que llegan con el nuevo Código Civil para el argentino de a pie. IPROFESIONAL. Recuperado el 10/06/2015 de <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Codigo-Civil-para-el-argentino-de-a-pie>

Basset, U.C. (2011) “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, LL 16/11/2011

Basset, U. (2015) *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Buenos Aires: La Ley

Barrera, A. (s.f) Comisión Especial. CCYCN unificado. *Congreso de la Nación*. Recuperado el 28/06/2015 de http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/sanluis/pdf/SL_036_ALICIA_BARRERA.pdf

Berbere Delgado, J. (2012) "Derecho Filial en el proyecto de Código Civil y Comercial - Nuevos paradigmas", *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, julio de 2012

Bossert, G., Zanoni, E. (2005) *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea

Cabaleri, D. (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 07/10/2015 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf>

Cantabio, F. F. (2012) “La salud y los derechos personalísimos en el Proyecto de Código.” LL 2012-F, 988

Casado, M. (1996) *La Bioética*, Barcelona: Cedes

Cifuentes, S (1995) *Derechos Personalísimos*. (2da Ed.) Buenos Aires: Astrea

Cillero Bruñol, M. (2007) “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (nro. 9) Santiago de Chile

Ciruzzi, M.S. (2013) “El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial”, MICROJURIS 17/04/2013

Del Vecchio, G. (1978) *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch

Díaz de Guíjarro, E. (1965) “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, JA 1965-III-21.

Díaz de Guíjarro, E. "El concubinato como estado aparente de derecho y como base probatoria de la filiación", JA 1985-I-718.

Dworkin, R. (1989) *Los Derechos en Serio*. (2da.ed.) Barcelona: Ariel Derecho.

Escobar Fornos, I. (2007) Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro) *Revista de cuestiones constitucionales* (Nº16) UNAM. Recuperado el 22/07/2015 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm>

Famá, MV. (2010) *Filiación*. En Rivera, J.C y Medina, G.: *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley

Fama, M.V. (2011) Padres como los demás. Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario. RDF Nº 48. Buenos Aires: Abeledo Perrot

Famá, M.V. (2012) Filiación, en Rivera, J.C y Medina, G., (2012) *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley

Fernández, E. (1984) *Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos*. Madrid: DebateGafo, J (1985) *La fecundación artificial: ciencia y ética*. Madrid: P.S. Madrid

Fernández Sasserego, C. (1992) *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Astrea

Flah, L.R. (2014) “La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación.” *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial* 2014 (Noviembre), 1. LL AR/DOC/3837/2014

Garate, R.M. (2008) "El interés superior del niño como mandato de optimización", UNLP 2008-38-375.

Gherzi, C. (2014) "La dignidad como principio general del derecho" LL 2014-D, 1054

Gherzi, C. (2015) "El derecho a la identidad, la filiación y la identificación" DJ 07/10/2015, 9

Gil Domínguez, A., Famá, M.V., Herrera, M. (2006) *Derecho Constitucional de Familia* (t. II) Buenos Aires: Ediar

Gil Domínguez, A. (2014) *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Buenos Aires: Ediar, Buenos Aires

González Pérez, J. (1986) *La dignidad de la persona*. Madrid: Bosch

Grosman, C. (1993) "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", LL 1993-B-1095

Herrera, D., Lafferriere, J.N. (2013) "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida", LL 09/04/2013

Herrera, M. (2014) "Principales cambios en las Relaciones de Familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". DACF140723

Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. (1a Ed. 1a Reimp.) [Versión Thompson Reuters Proview] Buenos Aires: Abeledo Perrot

Hidalgo, S. (1993) "Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso?" LL - D-1112.

Highton, E. (2015) "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial." LL13/04/2015, 1.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2011) *La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*. Buenos Aires: La Ley

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. (2011) “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino.” LL20/09/2011.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N. (2014) *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni

López Codesal, Y. (2011) La Voluntad Procreacional como fuente de filiación en la actualidad. Recuperado el 20/09/2015 de <http://lopezcodesalfamilia.blogspot.com.ar/2011/12/1a-voluntad-procreacional-como-fuente.html>

Mateo, R. M. (2000) *El hombre una especie en peligro de descomposición*, España: Campomanes Libros

Méndez Costa, M.J. (2009) *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni

Mizrahi, M.L. (2010) “El niño y la reproducción humana asistida”, LL 30/08/2010

Moreno Luce, M. (2010) *Bioética, biotecnética, moral y derecho*. Buenos Aires: Astrea

Oliva, L. (18/05/2014) “Identidad desconocida: el lado no previsto de la fertilización asistida” La Nación. Recuperado el 16/09/2015 de <http://www.lanacion.com.ar/1691804%E2%80%9494identidad%E2%80%9494desconocida-el%E2%80%9494lado%E2%80%9494no-previsto-de-la-fertilizacion-asistida>

Oliva Gómez, E., Villa Guardiola, V.J. (2014) Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris* (vol. 10, nro. 1, enero- junio, 2014)

Perrino, J. (2006) *Derecho de Familia* (t. II) Buenos Aires: Lexis Nexis

Perrino, J. O. (2011) "Filiación. Anteproyecto del Código Civil", LA LEY, del 29/12/2011

Popper, K. (1972) *La lógica de las ciencias sociales*. Barcelona: Grijalbo

Potter, V.R. (1971) *Bridge to the Future*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall Pub

Rivas Muñoz, R. (2013) Introducción al estudio de la endodoncia. Principios de la Bioética. UNAM. Recuperado el 12/09/2015 de <http://www.iztacala.unam.mx/rrivas/NOTAS/Notas1Introduccion/etiaprincipios.html>

Rivero Hernández, F. (1988) *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Madrid: Trivium.

Rodríguez Merino, J. M., (2008) *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*. Madrid: Dykinson.

Roudinesco, E. (2010) *La familia en desorden*. (2 Ed.) México: Fondo de Cultura Económica

Rousseau, J.J. (1762) *El contrato social*. (trad.1993 Espasa Calpe) Madrid: Espasa Calpe

Santamaría Solís, L. (2000) Técnicas de reproducción humana asistida. Aspectos bioéticos. Recuperado el 12/08/2015 de http://www.ucc.edu.ar/documentos/bioetica_pdf/t.pdf

Solano Castillo, P. (2003). El Derecho a la Salud y la Reproducción Asistida. (vol.20 no.1) Costa Rica: Med.leg. Recuperado el 14/08/2015 de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152003000100003&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Soto Lamadrid, M. A. (1990) *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea.

Stenmetz, W. (2001) *Cosalo de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Libreria los advogados.

Suárez Rodríguez, G., Tovar Horta, M. (2012) Consideraciones sobre la dimensión ética en Ciencia y Tecnología. *EUMED*. Recuperado el 13/09/2015 de <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/srth.html>

Tejera Concepción, J.F. (2008) La ética y la medicina actual. Contribuciones a las Ciencias Sociales. *EUMED*. Recuperado el 15/09/2015 de <http://www.eumed.net/rev/cccss/02/jftc12.htm>

UNICEF (2004) Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Recuperado el 02/08/2015 de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNDerechos.pdf

Urbina, P.A. (2014) “La voluntad procreacional como causa fuente de discriminación”
DJ 19/11/2014, 18

Vega Gutiérrez, J. (2004) La Ley española de Reproducción asistida y el contexto europeo .
Bioeticaweb.

Recuperado el 12/08/2015 de <http://www.bioeticaweb.com/la-ley-espanola-de-reproduccion-asistida-y-el-contexto-europeo-drvega/>

Vila – Coro, M.D. (1995) *Introducción a la bioética*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid

Wainerman, C. (1996) *Vivir en familia*. Buenos Aires: UNICEF

Zabaleta, D. (2014) “La filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”
DC1E34

Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G. (2015) *Código Civil y Comercial Comentado. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente*. (2ºreimp.) Buenos Aires: Astrea

2. LEGISLACIÓN

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención sobre los Derechos del Niño

Argentina, Ley N°23.264 de Igualdad Ante la Ley de Hijos Extramatrimoniales y Ejercicio
Conjunto de la Patria Potestad (B.O. 23/10/1985)

Argentina, Ley N°23.592, Derechos y Garantías Constitucionales. Actos discriminatorios. Sanciones para quienes los ejecuten (B.O. 05/09/1988)

Argentina, Ley N° 26.061, Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (B.O. 26/10/2005)

Argentina, Ley N° 26.862, Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (B.O. 23/07/2013)

Argentina, Ley N° 26994, Código Civil y Comercial (B.O. 08/10/2014)

3. JURISPRUDENCIA

CIDH (28/11/2012) “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica”

CSJN, 13/11/1990, "M., J.", fallos 313:1113- DJ 19/11/2014, 18

CSJN, 2/8/2005, "S., C. s/adopción", Fallos 328:2870

CNACAF, "C., E. M. y Otros c/ M. Salud s/Amparo Ley 16.986"- DJ 19/11/2014, 18