

Universidad Empresarial Siglo21

Carrera de Abogacía



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Novedosa causa-fuente de filiación

Lucila Acevedo

2017

RESUMEN.

Los avances científicos, médicos y tecnológicos han posibilitado el desarrollo y la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida como medio para procrear.

Éstas, consisten en lograr la creación de una nueva vida sin la presencia de un acto sexual, sino mediante procedimientos ejercidos por grupos médicos especializados, sobre personas que física o patológicamente no pueden convertirse en progenitores.

Desde el reconocimiento de estas técnicas de fertilización como tercera fuente de filiación, se han revolucionado ciertos conceptos del derecho de familia, y existen varias posturas doctrinarias a favor y en contra de este suceso.

En Argentina, estas técnicas están siendo implementadas considerablemente en la actualidad, por lo que resulta de suma importancia conocer ciertos aspectos de éstas. Es por esto, que el presente trabajo final de grado pretende explicar cómo funcionan, cuáles son sus efectos jurídicos, cuál es su protección legal, qué derechos constitucionales involucra, quienes pueden beneficiarse con éstas, y demás.

Bajo una metodología cualitativa y mediante un análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial, con dicho trabajo se pretende brindarle a la sociedad aquellos conocimientos fundamentales para interpretar a las técnicas de reproducción humana asistida y aquellas herramientas necesarias para quien decide optar por una procreación asistida.

Palabras claves: Técnicas de reproducción humana asistida; fuente de filiación; voluntad procreacional; consentimiento informado; paternidad.

ABSTRACT.

Scientific, medical and technological advances have enabled the development and use of assisted reproduction techniques as a means of procreation.

These are to achieve the creation of a new life without the presence of a sexual act, but through procedures performed by specialized medical groups, people who physically or pathologically can not become parents.

From the recognition of these fertilization techniques as a third source of filiation, certain concepts of family law have been revolutionized, and there are several doctrinal positions for and against this event.

In Argentina, these techniques are being implemented considerably at present, so it is very important to know certain aspects of these. It is for this reason that the present final work of degree tries to explain how they work, what are their legal effects, what is their legal protection, what constitutional rights it involves, who can benefit from them, and so on.

Under a qualitative methodology and through a doctrinal, legislative and jurisprudential analysis, this work intends to provide society with the fundamental knowledge to interpret the techniques of assisted human reproduction and those necessary tools for those who decide to opt for assisted procreation.

Keywords: Assisted human reproduction techniques; source of filiation; procreational will; informed consent; paternity

ÍNDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.	4
1.1. Antecedentes históricos.	4
1.2. Concepto	5
1.3. Clases	5
1.4. Beneficiarios	7
CAPÍTULO 2: LEGISLACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	10
2.1. Ámbito nacional.....	10
2.2. Ámbito provincial	13
2.3. Proyecto de ley especial.....	16
CAPÍTULO 3: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA COMO TERCERA FUENTE FILIAL, SEGÚN EL CCyC.....	20
3.1. Antecedentes históricos.	20
3.1.1. Repercusiones doctrinarias sobre la inclusión de las TRHA en el CCyC.....	22
3.2. Filiación. Concepto. Clases.	23
3.3. Determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida según CCyC.	24
3.3.1. Voluntad procreacional. Forma de exteriorización.	26
3.3.2. Consentimiento informado. Instrumentación. Caracteres. Forma. Requisitos. Revocación.	28
3.4. Vínculos de filiación.....	30
3.5. Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.	31

3.5.1. Situación jurídica del donante.....	31
3.5.2. Derecho a la identidad, a la información y a la verdad biológica del niño.	33
3.6. Acciones de filiación.	36
CAPÍTULO 4: CASOS NO CONTEMPLADOS POR LA LEGISLACIÓN VIGENTE. ..	38
4.1. Casos de triplefiliación o pluriparentalidad.	38
4.2. Separación de la pareja o fallecimiento de un miembro de la misma, durante el desarrollo de una técnica de reproducción humana asistida.	41
4.3. Figuras de necesaria regulación normativa.....	42
4.3.1. Fecundación post mortem.	43
4.3.2. Maternidad por subrogación.....	45
CONCLUSIÓN	50
BIBLIOGRAFÍA	54

INTRODUCCIÓN

En Argentina, el desarrollo y la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante: TRHA), tienen una antigüedad de más de 30 años.

Se cree que muchas familias encuentran en ellas un magnífico medio para ponerle fin a su deseo truncado de ser padres, ya sea que se trate de personas de igual o diferente sexo, de avanzada edad e incluso de personas solteras. A raíz de esto, es inevitable percibir como se han ido ampliando las tipologías de familias que tradicionalmente se reconocían.

Siguiendo a la ley n° 26.862, se pueden definir a las TRHA como al conjunto de procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas bajo esta denominación, a aquellas de baja o alta complejidad, que incluyan (heterólogas) o no (homólogas) donación de gametos o embriones. A los fines de este trabajo, es de suma importancia el estudio de las TRHA como fuente de filiación. Con respecto a esto, las TRHA son consideradas como aquella causa generadora del vínculo jurídico que une a una persona con su progenitor.

En lo que respecta a su regulación, las bases de la misma se constituyeron siguiendo los derechos humanos contemplados en el texto de nuestra Constitución Nacional; el acceso integral a las TRHA y su cobertura médica fue determinada por la ley n° 26.862, sancionada en el año 2013; en el año 2015, fueron incorporadas en la última reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante: CCyC), como una de las causas-fuentes filiales junto a la biología y a la adopción; y actualmente se cuenta, además, con la media sanción por parte de la Cámara de Diputados de un proyecto de ley especial de TRHA, la cual aún se encuentra en tratamiento legislativo.

Dicho lo anterior, el presente trabajo final de graduación (en adelante: TFG), tiene como objetivo general analizar la regulación de las TRHA como fuente filial, en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

Para lograr el cumplimiento de este objetivo general, los objetivos específicos serán describir el proceso de TRHA, sus clases y beneficiarios; establecer la legislación de las

mismas en los diferentes ámbitos; aclarar cómo se determina jurídicamente la filiación por TRHA; analizar cómo se regula la instrumentación, los caracteres, la forma y los requisitos principales del consentimiento como exteriorización de la voluntad procreacional; investigar las diferentes posturas doctrinarias referidas a las TRHA, en cuanto a fuente de filiación; diferenciar y comparar las consecuencias jurídicas que se derivan de las TRHA homólogas y heterólogas; conocer ciertos conflictos jurídicos que se derivan del uso de éstas en cuanto a determinación de la filiación, como también analizar cómo se regula la filiación a través de TRHA en el derecho comparado.

Este trabajo, no sólo cuenta con una relevancia jurídica y académica, sino también social y comunitaria. Lo que se procura es dar a conocer a aquellas personas que recurren a estos tratamientos, las herramientas jurídicas con las que cuentan, informarle sobre los requisitos necesarios a cumplir y brindarles todo tipo de información indispensable respecto a las TRHA, para que de la concepción y posterior nacimiento del niño, nazca también un vínculo filial legalmente constituido, amparado por todos los derechos y con las responsabilidades y deberes que la actual legislación dispone. También se les ofrecerá argumentos de defensa y soluciones ante el acaecimiento de diferentes problemáticas jurídicas, analizándolas y desmenuzando la figura de filiación por TRHA.

Para el logro de los objetivos de este TFG, se plantearon las siguientes pautas metodológicas. El método a implementar es de tipo cualitativo y la información se obtuvo a través del análisis documental de fuentes primarias, secundarias y terciarias basadas en diferentes doctrinas, jurisprudencias y legislaciones.

A lo largo de la lectura de este TFG, se podrán identificar cuatro capítulos.

El primero de ellos consiste en una introducción a las TRHA, desde una mirada histórica y científica, necesaria para la comprensión de la temática bajo estudio.

El segundo apartado se aboca al análisis de la regulación normativa de las TRHA en sus diferentes ámbitos, esclareciendo así, la protección jurídica con la que cuentan quienes deciden optar por una procreación asistida.

El tercer capítulo desarrolla la materia bajo estudio propiamente dicha, conceptualizándola, estableciendo sus características básicas, y aclarando la situación

jurídica, los derechos y las obligaciones de cada una de las partes intervinientes en el uso de las TRHA, como causa generadora de un vínculo filial.

Finalizando el presente trabajo, el último capítulo consta de aquellos asuntos legales sobre relaciones de familia que pueden presentarse antes, durante o después de la implementación de una TRHA, intentando brindar soluciones ante el vacío legal existente sobre estos posibles.

CAPÍTULO 1: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

En el presente capítulo, se abordarán aquellos temas introductorios de la materia bajo estudio. Cumpliendo con uno de los objetivos específicos, se describirá el proceso de las TRHA, sus clases y beneficiarios, sumándole una visión histórica.

1.1. Antecedentes históricos.

En 1866, se consiguió por primera vez en Estados Unidos, un embarazo por inseminación artificial. Y en el año 1953, se produjo el nacimiento del primer niño concebido con espermatozoides criopreservados.

En 1978, en Inglaterra, se produjo el nacimiento mediante fertilización in vitro de Louise Brown, la cual fue conocida mundialmente como el primer “bebé probeta” de la historia de la humanidad. Este acontecimiento internacional marcó un hito en el desarrollo de las TRHA y constituyó un gran aporte para mejorar las técnicas utilizadas en aquel momento (Kemelmajer, 2014)

Desde entonces, el uso de las TRHA se convirtió en una realidad insoslayable, ya que múltiples personas se sometían a ellas con el objetivo de transformarse en progenitores.

En Argentina, el primer nacimiento a través de fecundación in vitro, se produjo en 1986, en la provincia de Tucumán. El matrimonio hacia 8 años que estaba en la búsqueda de un hijo y los doctores le sugirieron formar parte de esta nueva experiencia, advirtiéndole a la vez, que el procedimiento podía no prosperar. Luego de la aceptación de la pareja de someterse a esta técnica, se comenzó con el proceso, se obtuvieron 6 embriones en el laboratorio y se transfirieron todos al útero de la mujer, naciendo finalmente mellizos (Kemelmajer, 2014).

A partir de entonces, en nuestro país, las TRHA fueron avanzando y perfeccionándose y su implementación por parte de personas imposibilitadas para procrear, fue creciendo de manera inmensurable.

1.2. Concepto

La ley n° 26.862 en su artículo n° 2, define a las TRHA como aquellos procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. El párrafo final de este artículo, dispone que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrolladas mediante avances técnico-científicos, cuando sean avalados por la autoridad de aplicación y siempre que la misma demuestre la seguridad y la eficacia de estos nuevos procedimientos, a través de ensayos clínicos controlados y autorizados; siendo incorporados al listado de técnicas autorizadas, mediante normas complementarias dictadas por el Ministerio de Salud.

También las TRHA han sido definidas por varios autores, los cuales las han receptado en sus obras, brindando diferentes definiciones respecto de éstas, como: “el conjunto de procedimientos técnicos dirigidos a la concepción de un ser humano, utilizando una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer” (Perrino, 2006, tomo II, p. 1890/91).

Otros doctrinarios, hacen referencia a éstas, como todos aquellos métodos por los cuales se intenta llegar a la procreación, en aquellas personas que fisiológica o naturalmente no pueden ser padres (Melñichuk, 2010).

Por otro lado, Kemelmajer, Fama y Lamm, manifiestan que: “las técnicas de reproducción asistida, no deben ser definidas legalmente porque quedarían obsoletas, generando interpretaciones diversas, contradictorias, todo lo cual atenta contra la seguridad jurídica” (2011, p. 2).

1.3. Clases

El artículo 2 de la ley 26.862, al definir a las TRHA, también permite su diferenciación, distinguiendo allí aquellas técnicas de alta o baja complejidad que incluyan o no, la donación de gametos o embriones.

Las de baja complejidad son más sencillas y menos invasivas, se las denomina intracorpóreas y se puede mencionar a la inseminación artificial, que consiste en unir el óvulo y el espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino a través de la inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal. (Kemelmajer, 2014)

Las técnicas de alta complejidad son más intrusivas y costosas, son las extracorpóreas, como la fecundación in vitro que consiste en la unión del óvulo y el espermatozoide en un laboratorio, es decir, fuera del sistema reproductor femenino, refiriéndose también a la fecundación citrointracitoplasmática de espermatozoide, la crioconservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y la vitrificación de tejidos reproductivos. (Kemelmajer, 2014)

Si bien esta es una enumeración taxativa de las diferentes clases de TRHA, su ley de cobertura médica permite la posibilidad de incorporar nuevos tipos de procesos que vayan surgiendo debido al desarrollo y avance de la ciencia médica.

Ambas clases de técnicas nombradas supra, pueden realizarse con gametos de la pareja o de un tercero donante, de allí que se las puede denominar TRHA homólogas o heterólogas.

Las homólogas son las que implementan los cónyuges o parejas estables, ya que el gameto masculino que se le introduce a la mujer durante su periodo fértil, es el del esposo o pareja. Esta clase de TRHA resulta aplicable cuando la fecundación no se logra a través del acto sexual, aunque ambos sujetos sean fértiles. Generalmente se da en los casos en el que la mujer padece ciertas problemáticas como lesiones en el cuello del útero, obstrucción de trompas de falopio, trastornos endócrinos, alteración del moco cervical; y en el hombre en casos de problemas de movilidad y cantidad de espermatozoides (Bossert & Zannoni, 2004).

Las heterólogas consisten en lograr la fecundación mediante la donación por parte de un tercer sujeto, de gametos masculinos o femeninos y hasta de un embrión. En este tipo de técnicas existe una tercera persona que interviene en la concepción de un nuevo ser y es ejercida habitualmente en los casos de esterilidad.

1.4. Beneficiarios

Para el sometimiento a estas técnicas de fertilización, la ley 26.862 en su artículo 7, identifica que podrán ser beneficiarios aquellas personas mayores de edad, que hayan explicitado su consentimiento informado. A aquellos interesados no se les impone el cumplimiento de otros requisitos personales, aceptándose personas solteras o en pareja, en matrimonio o no, de igual o diferente sexo, de cualquier edad, con problemas de esterilidad o no. Sólo es suficiente que esté presente en el sujeto el deseo de convertirse en progenitor.

Vale esclarecer, que si bien una persona o pareja no sufrirá ningún tipo de discriminación personal en el momento de someterse a una TRHA, si podrá verse afectada por una discriminación económica debido al gran costo de estos tratamientos, puesto que puede ocurrir que no gocen de una obra social que se los cubra, o que ésta no le ofrezca una cobertura del 100%, por lo que le corresponderá al usuario solventar la otra parte del monto.

La indistinción de los beneficiarios de las TRHA, está fundamentada en los principios de igualdad y no discriminación, receptados en la Constitución Nacional y también en la ley n° 26.618 de matrimonio civil, donde se reconoce el matrimonio igualitario, extendiéndolo a todas las parejas con total independencia de su orientación sexual y permitiendo que nazcan niños en familias conformadas por personas del mismo sexo. También en el derecho a la autonomía personal, a la libertad, a la intimidad y a la vida privada, siendo los beneficiarios de las TRHA libres en cuanto a sus elecciones de planes de vida y decisiones personales. Igualmente, se le reconoce al beneficiario el derecho a la salud, que incluye la salud sexual y reproductiva; a la libertad de procrear, cuando, como y con quien se desee; y de gozar del desarrollo de la tecnología y los avances científicos. Cerrando con este abanico de derechos de los cuales goza un usuario de TRHA, el derecho a la vida familiar y el reconocimiento de nuevos tipos de familia, cobran importancia, a partir de la sanción de la ley n° 26.743 de identidad de género, que ha llevado al reconocimiento de nuevos tipos de organización familiar, permitiendo así, que cualquier persona pueda practicar una TRHA y formar una familia, sin importar su sexo o apariencia física (Herrera, 2015).

La presencia y ejercicio de estos principios y derechos humanos, garantizan el derecho de toda persona a formar una familia, dejando de lado estereotipos impuestos por la sociedad y dándole relevancia sólo al deseo y posibilidad de procrear, siendo éste el único objetivo que persiguen las TRHA.

Con la finalidad de ejemplificar lo dicho anteriormente, se cita a Marisa Herrera:

Así, parejas que no se casan, parejas del mismo sexo que deciden contraer matrimonio, hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida con material de la propia pareja o de un donante—que vuelve innecesaria la heterosexualidad para el nacimiento de un niño—, mujeres que deciden llevar adelante la maternidad sin la obligatoriedad de tener que contar con un compañero o compañera abriendo paso a las familias monoparentales, matrimonios que se divorcian y uno o ambos miembros de la ex pareja vuelven a conformar otro núcleo familiar dando lugar a las llamadas "familias ensambladas", personas cuya identidad auto percibida no se condice con el sexo con el que nacieron, personas o parejas que recurren a una tercera persona para que geste a su hijo, son algunas de las tantas realidades sociales que impactan de manera directa en la configuración de otras formas familiares con reglas propias y bien diferentes a la única tipología que ha estado presente desde siempre en la regulación civil y en la sociedad (2015, p. 9).

Sin embargo, es de suma importancia aclarar que no todos los ordenamientos jurídicos receptan esta amplitud de beneficiarios. En este apartado se habla de la normativa argentina, pero no ocurre lo mismo en otros países.

Se concluye que a lo largo de la corta historia de este fenómeno, el tratamiento del concepto de TRHA se ha ido adaptando a las necesidades sociales y culturales, ya que algunos autores le imprimen importancia a hechos biológicos y fisiológicos, aunque, otros deciden no cerrarse sobre una sola idea jurídica de TRHA, ya que los cambios sociales avanzan e influyen sobre éstas. A pesar de estas diferencias, la mayoría de los autores coinciden en distinguir dos clases de TRHA, las homólogas y heterólogas.

Con respecto a los beneficiarios de las TRHA, si bien la ley no exige requisitos personales específicos de acceso, salvo la mayoría de edad y la capacidad, existe un punto de exclusión que tiene que ver con los altos costos de estos tratamientos, lo que se convierte

en un aspecto discriminatorio que podría mejorarse en un futuro para que las TRHA sean verdaderamente universales.

CAPÍTULO 2: LEGISLACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

En este apartado se analizará la normativa de las TRHA, haciendo referencia al objetivo específico de establecer la legislación de las mismas en los diferentes ámbitos, adjuntando el estudio de una futura ley especial.

2.1. Ámbito nacional

Después de 30 años de vacío legal en la materia, lo cual generaba una práctica incontrolada por cada centro médico privado de fertilización, comenzó a construirse paulatinamente la regulación de las TRHA en Argentina. En el derecho europeo, varios países ya contaban con reglamentaciones sobre las TRHA, no existiendo el mismo auge legislativo en América Latina.

Las bases de nuestra legislación respecto a las TRHA, se cimentaron y fundamentaron en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, conjuntamente con el aporte de la jurisprudencia y la doctrina, receptando los principios de igualdad y no discriminación; el derecho a la autonomía personal; el derecho a la libertad, intimidad y vida privada; el derecho a la salud, que incluye la salud sexual y reproductiva; el derecho a la vida familiar; a gozar del desarrollo de la tecnología y los avances científicos; y el reconocimiento de nuevos tipos de familia. Esta base constitucional, posibilitó que las TRHA le pudieran cumplir el deseo de ser padres a ciertas personas, independientemente de su orientación sexual y sin ningún tipo de discriminación en cuanto a su plan de vida (Aizenberg, 2012).

Haciendo referencia a la protección del ejercicio de los derechos constitucionales, se puede citar el fallo de “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”¹, del año 2012, donde la sentencia de la Corte Suprema de este país declaró la inconstitucional del decreto que regulaba la técnica de fecundación in vitro, prohibiéndola y provocando que sus habitantes

¹ C.I.D.H., “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”. (2012). Recuperado el 1/6/17 de: www.saij.gob.ar

debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otros se vieran obligados a viajar a distintos países para poder acceder a este tipo de prácticas. Ante dicha decisión judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que esa prohibición de acceder a las TRHA violaba los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, declarando a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal en relación con la autonomía personal; a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; como también el principio de no discriminación, en perjuicio de los peticionantes.

Retomando con la legislación nacional con la que cuentan las TRHA, en los últimos años, se han producido variados y significativos avances legislativos. En el año 2010, la sanción de la ley n° 26.618 de matrimonio civil donde se recepta el matrimonio igualitario, y la sanción de la ley n° 26.743 de identidad de género en el año 2012, han llevado a revisar nuestra legislación en pos de adecuarla al reconocimiento de nuevos tipos de organización familiar (Iturburu, 2015).

Luego, en el año 2013, con la finalidad de erradicar la actual carencia normológica respecto a las TRHA, se sancionó la ley n° 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reglamentada por el decreto 956/13, la cual se centra básicamente en la cobertura médica integral de las TRHA por parte de los establecimientos asistenciales de los tres subsectores de la salud: el público, el de seguridad social (obras sociales) y el privado (medicina prepaga), cubriendo de esta forma la necesidad de convertirse en progenitores a aquellas personas que no pueden procrear y poniéndole un freno a la imposición de amparos solicitando protección médica, siendo uno de éstos por ejemplo, el caso de “S. M. J. y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo”², del año 2009, donde la Cámara Federal de Paraná, condenó a la demandada a brindar la cobertura del 100% de un tratamiento de inyección intracitoplasmática de

² C.F., “S. M. J. y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo”. (2009). Recuperado el 5/6/17 de: www.microjuris.com

espermatozoides, ya que al padecer el accionante de una infertilidad, sólo es posible la implementación de esta técnica para tratar de combatirla. Ordenó también, la actualización de las prestaciones de acuerdo a los avances científicos y tecnológicos, ya que la circunstancia de que ciertos procedimientos no figuren en el programa médico obligatorio, provoca una limitación para las personas afectadas, donde se les vulnera su voluntad procreacional y su derecho a formar una familia.

A lo largo del articulado de la ley 26.862, se determinan aquellas cuestiones generales como el alcance, la forma y los requisitos necesarios para someterse a las TRHA. Se crea un registro donde deben estar inscriptos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para llevar a cabo estas técnicas de reproducción y se establece como autoridad de aplicación y contralor al Ministerio de Salud de la Nación, especificando sus funciones. Se nombran como beneficiarios a todo individuo mayor de edad, sin discriminación de su orientación sexual o estado civil; se exige al sector público de la salud y a las obras sociales reguladas y prepagas a que incorporen como prestaciones obligatorias y brinden a sus afiliados la cobertura integral de las TRHA, abarcando el abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos (Kemelmajer, 2010).

Finalmente, motivado por el gran empleo de estas prácticas y como consecuencia, el nacimiento de una gran cantidad de niños, la sanción de las leyes nombradas supra y la aparición de conflictos derivados del uso de las TRHA, ameritó a que en el año 2014 se incorporaran a las mismas en la sanción del nuevo CCyC como un tercer tipo filial.

Bajo su Título V, a partir del artículo 558, se regula todo lo referido al ámbito de filiación, haciendo referencia también a los aspectos más relevantes de las TRHA, a saber: la instrumentación, los requisitos y la forma del consentimiento como también su posible revocación; la voluntad procreacional; la cantidad de vínculos filiales que pueden tener los hijos nacidos bajo estos procesos médicos; la situación jurídica y el anonimato relativo del donante como también el derecho a la información del nacido, en el de técnicas heterólogas; la determinación de sus progenitores, de la maternidad y de la filiación matrimonial y extramatrimonial; la inadmisibilidad de la demanda de acciones filiales en casos de impugnación de la filiación o del reconocimiento; entre otros (Iturburu, 2015).

Estas cuestiones del CCyC sobre TRHA, serán analizadas en profundidad en el capítulo 3.

2.2. Ámbito provincial

Varias de las provincias del país también se encargaron de regular a las TRHA dentro de su ámbito territorial o de adherirse a la ley nacional n° 26.862, alguna de estas son:

En el año 2011, Santa Cruz, a través de la ley n° 3.225, considera a la infertilidad como una enfermedad y la incorpora dentro de las prestaciones de las obras sociales y de medicina prepaga, brindándole una cobertura de las TRHA a sus afiliados que tengan una residencia mínima de dos años en la provincia. Establece al Ministerio de Salud como la autoridad de aplicación y tiene como objetivo posibilitar el acceso de la comunidad al diagnóstico y tratamiento de patologías sobre la fertilidad dentro del ámbito de la provincia y fomentar la capacitación de los efectores públicos y privados, supervisándolos en sus tareas relacionadas a los tratamientos de infertilidad y a los diferentes procedimientos de fertilización asistida (Aizenberg, 2012).

Rio Negro, en el año 2010, con la ley n° 4.557, reconoce el derecho a la reproducción como integrante de los derechos personalísimos de una persona. Le atribuye al Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación, el deber de llevar a cabo campañas de información y difusión sobre todo lo relacionado a las TRHA y de garantizarles a sus beneficiarios el derecho igualitario de acceder a éstas (Aizenberg, 2012).

La Pampa bajo la ley n° 2.342 sobre “Derecho del paciente a la preservación de sus gametos” del año 2007, hace respetar el derecho de aquellos pacientes que van a ser sometidos a una cirugía o tratamiento que pueda afectar su aptitud reproductiva, a que se preserven sus gametos. Es una obligación prestacional brindar antes de la intervención, información sobre las características del tratamiento, la forma y método de preservación, como también arbitrar los medios necesarios para que esto sea posible.

A partir de una modificatoria en la ley n° 9.277 se crea la Administración Provincial de Seguro de Salud, en el año 2010, en Córdoba, esta obra social le reconoce a sus beneficiarios la cobertura, atención, diagnóstico y tratamiento de la infertilidad a través

de la implementación de TRHA, con el fin de promover el desarrollo familiar (Aizenberg, 2012).

Neuquén con la ley n° 2.258, de año 1998, crea la “Comisión Provincial Permanente de Fecundación Asistida e Investigación Genética” con el objetivo de asesorar en cuanto a la reglamentación de la práctica de las TRHA, estableciendo prohibiciones con sus respectivas sanciones ante posibles incumplimientos.

La Provincia de Buenos Aires, en diciembre del 2010, promulgó la ley n° 14.208 de fertilización asistida, reconociendo a la infertilidad como una enfermedad y brindándole una cobertura médico asistencial para los afiliados del Instituto de Obra Médico Asistencial, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Garantizando también, la atención y tratamiento en hospitales públicos para personas que no cuenten con una cobertura de salud. Enumera como objetivos asegurar el mejor nivel de tratamiento médico a las personas que padezcan de infertilidad; regular y supervisar los establecimientos sanitarios y los procedimientos que realizan; impulsar campañas de información y prevención con el fin de informar a la comunidad de las posibles causas de esta enfermedad y de los tratamientos con los que cuentan para combatir a la misma y poder lograr un embarazo; entre otros. Exige para la autorización de la cobertura que la mujer de la pareja que se someta al tratamiento tenga entre 30 y 40 años, prevaleciendo a las parejas sin hijos, y que los cónyuges tengan dos años de residencia en la provincia. Conceden un máximo de dos tratamientos de alta complejidad, uno por año (Aizenberg, 2012).

Sin embargo, antes de la sanción de esta ley, se dictaron en Buenos Aires varios fallos solicitando cobertura médica respecto a las TRHA. Por ejemplo, en los casos “L, H. A, y otra vs Instituto de Obra Médico Asistencial y otra”³ del año 2009 y “C, A. N. y otro/a c/ I.O.M.A. s/Amparo”⁴ del año 2010, se obligó a las obras sociales a que brinden cobertura a un tratamiento de fertilización in vitro para que una pareja pueda tener un nuevo hijo que sea compatible con su hermano para poder salvarle la vida, ya que éste padecía una

³ C.F.A., “L, H A y otra vs Instituto de Obra Médico Asistencial y otra”, (2009). Recuperado el 10/6/17 de: www.eldial.com

⁴ J.C.A., “C, A N y otro/a c/ IOMA”, (2010). Recuperado el 10/6/17 de: www.lavoz.com.ar

enfermedad terminal. Estos fallos tomaron como argumento al derecho de estas familias de gozar de los avances y desarrollo de la ciencia médica, considerando que las TRHA no son sólo una práctica que hace posible el acceso a la maternidad/paternidad, sino que también son eficaces para prevenir y curar enfermedades.

Catamarca, por su parte, cuenta con un proyecto de ley de adhesión a la ley nacional de TRHA n° 26.862, con el fin de garantizar el acceso igualitario de aquellas personas que sufren de este problema de salud como es la infertilidad, promoviendo campañas de información sobre las distintas técnicas de fertilización, sus efectos y alcances y obligando al sector público de salud y obras sociales provinciales a brindar una cobertura integral de estos tratamientos.

Buenos Aires, Río Negro, Córdoba, Entre Ríos y Chubut son las que se destacan entre las provincias con mayor cantidad de fallos a favor del otorgamiento de la cobertura de las TRHA.

Se puede mencionar el caso de “R., N. B. c/ I.O.M.A.”⁵ en el año 2009 en Mar del Plata, donde la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo hizo lugar a la acción de amparo instada con el fin de que la obra social demandada se haga cargo de las erogaciones que surjan del tratamiento de fertilización asistida indicado a la actora, ya que la demandada se negaba a brindar esta cobertura alegando motivos burocráticos, demostrando de esta manera una negativa viciada de arbitrariedad, mientras que por razones de urgencia vital y repercusiones en la integridad física de la actora, la demandada se veía obligada a otorgar una respuesta fundada a su afiliada.

Otro caso fue el de “M., V. A. y otro”⁶ en Río Negro, en el año 2008, donde el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia hizo lugar a la acción de amparo incoada por un matrimonio, con el fin de conseguir por parte de su obra social la cobertura de un tratamiento de fertilización, ya que ésta se negaba al considerar que el costo excesivo de la prestación requerida, podía dejar insatisfechas las necesidades de otros afiliados.

⁵ C.A.Cont.Adm., “R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ Amparo” (2009). Recuperado el 13/6/17 de: www.lavoz.com.ar

⁶ T.S.J., “M., V. A. y otro” (2008). Recuperado el 13/6/17 de: www.microjuris.com

2.3. Proyecto de ley especial.

Las legislaciones nombradas supra, apuntan a las TRHA desde un criterio amplio y general, quedando sin reglamentar varios temas y asuntos de suma importancia. Como considera Kemelmajer (2014), si bien el CCyC asevera que las TRHA presentan elementos propios que ameritan una regulación autónoma, sigue la línea de Chile, cuya legislación no regula de manera especial el empleo de las TRHA. Sin embargo, el CCyC hace referencia a la necesidad de la sanción de una ley especial de TRHA al remitirse a ésta en varios artículos, ya que al mismo no le corresponde ahondar sobre ciertas cuestiones relacionadas con estas técnicas, sino que las mismas deben ser reguladas de manera concreta y autónoma a través de una ley propia.

Tal es así, que se encuentra en tratamiento legislativo un proyecto de ley especial de TRHA que tiene como objeto regular específicamente los alcances, efectos y aquellas cuestiones que se derivan del uso e implementación de las TRHA, el cual ya fue sancionado por la Cámara de Diputados el 12 de noviembre del 2014 y actualmente se encuentra bajo tratamiento legislativo en el Senado de la Nación.

El proyecto de ley especial de TRHA, tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las mismas y la protección del embrión no implantado, de forma complementaria y en concordancia con lo dispuesto en CCyC y en la ley 26.862. Nombra al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (Iturburu, 2015)

Dicho proyecto de ley consta de 35 artículos, los cuales regulan diferentes aristas de la temática en cuestión, como la admisión de la fertilización homóloga o heteróloga; el ámbito de aplicación subjetivo, señalando quienes puede ser donantes de gametos según su edad y capacidad; la necesidad de que los donantes se sometan a controles clínicos previos a la realización de la TRHA, con el fin de detectar enfermedades genéticas hereditarias; la materialización de la donación de células sexuales a través de un convenio en el que se exprese el consentimiento del donante de gametos; la gratuidad del acto de donación de gametos, previendo otorgar una compensación económica por molestias sufridas al aportante; la posibilidad del donante de células sexuales de rescindir el acuerdo, siempre que éstas todavía no hayan sido utilizadas; el límite de aportes de gametos que puede

realizar un mismo donante, para un máximo de 6 personas o parejas; el carácter reservado y confidencial de la donación de gametos o embriones; la regulación de la conservación de gametos y embriones en los centros de salud autorizados; la posibilidad de conservación de gametos para uso futuro en caso de enfermedad (Kemelmajer, 2014).

Siguiendo con lo expuesto en el final del párrafo anterior, si bien al embrión no se le puede dar la misma protección que a una persona humana, ya que éste no es considerado como tal, tampoco se lo define como una cosa. Por lo tanto, esta ley en trámite brinda una gran protección al embrión in vitro, a diferencia de la legislación comparada. Establece que si los gametos o embriones aún no han sido utilizados en una TRHA, podrán ser conservados por un plazo de 10 años, contados a partir del aporte del material genético. A través de la manifestación expresa de los beneficiarios o por el mero paso del tiempo, los gametos y embriones podrán ser donados al centro de salud, descartados o destinados a la investigación, y la crioconservación cesará. Se exige un convenio previo sobre el destino de los mismos y se prevé la posibilidad de abreviar este plazo de crioconservación o prorrogarlo por 5 años más. También se prevé el destino de los embriones en caso de separación, divorcio, nulidad de matrimonio o muerte de alguno de los integrantes de la pareja (Lafferriere, 2015)

El tema que se viene desarrollando, da lugar para hacer referencia al fallo “Rabinovich Ricardo s/ Medidas Precautorias”⁷ del año 1999, donde el Tribunal Civil consideró que los embriones son personas humanas, por lo cual decidió extender la protección judicial a los que se hallaban congelados, prohibiendo también cualquier acción que implicará su destrucción o una experimentación sobre éstos. Ordenó que toda disposición de embriones fuera realizada con autoridad judicial e intervención del Ministerio Público y le reclamó al Ministerio de Justicia de la Nación por una urgente legislación que reconozca los principios constitucionales y de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

⁷C.N.C., “Rabinovich Ricardo s/ Medidas Precautorias”, (1999). Recuperado el 10/6/17 de: www.eldial.com

Continuando con esta línea protectora de los embriones y sumándole la intención de evitar su abuso en el uso de las TRHA, en varios de sus artículos, la ley especial en trámite enumera diversas prohibiciones, limitaciones y conductas vedadas como el impedimento de llevar a cabo una selección fenotípica de gametos o embriones por parte del centro de salud autorizado; de diferenciar entre embriones viables y no viables; la prohibición de comercializarlos; el impedimento de alterar la genética del embrión que se pueda transmitir a su descendencia; limitaciones para implementar una investigación sobre embriones viables; la restricción de crear embriones somáticos con fines reproductivos, lo que se conoce como clonación reproductiva o de utilizar una TRHA con fines de generar embriones para experimentación; entre otros (Lafferriere, 2015).

Dicho proyecto de ley, otorga una definición de centro de salud y le reconoce a éste el deber de elaborar un legajo donde conste información personal y clínica sobre el donante; habilita al centro a practicar diagnóstico genético preimplantatorio; le asigna el deber de informar a la autoridad de aplicación; le impone responsabilidad solidaria por daños ocasionados por profesionales o personal que se encuentre bajo su dependencia y el deber de contratar un seguro o garantía financiera para asegurar su solvencia.

También le amplía las funciones y facultades al Registro Único de Establecimientos; obliga al Estado a crear un Comité Asesor Honorario Ad Hoc que colabore con la autoridad de aplicación y motive a promocionar a las TRHA en el país.

Ante la posibilidad de incumplimiento de alguna de estas normas, se le reconoce competencia a la autoridad de aplicación para aplicar sanciones administrativas a los responsables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le pudiere corresponder (Iturburu, 2015).

Como dice Lafferriere (2015), hubo un cambio de esencia en la motivación del legislador en el momento de regular a las TRHA, ya que, hace 30 años lo que importaba era resolver la cuestión de la infertilidad o esterilidad, mientras que en la actualidad podemos percibir en este proyecto de ley, que al legislar se trabaja en pos de satisfacer el deseo reproductivo de las personas.

En un futuro, con la plena sanción y entrada en vigencia de esta ley especial, quedaría cubierto el ámbito normativo, necesario y fundamental para que el país cuente con una regulación integral sobre el uso de las TRHA.

En forma de conclusión del apartado 2, se puede desatacar el esclarecimiento que éste nos brinda sobre la protección legal con la que cuentan las TRHA y el camino que tuvo que transitarse para lograrlo. Basándose en los derechos constitucionales y en la sanción de leyes relacionadas con el tema, se llega a la ley 26.862 de cobertura médica de las TRHA, la cual ampara aquellos que tienen dificultades para procrear, y a la inclusión de éstas en el CCyC como una tercera fuente filial.

En el ámbito provincial se destaca lo trabajado por Buenos Aires, Córdoba, Santa Cruz, Rio Negro, entre otras, cuyas obras sociales reconocen a las TRHA como un tratamiento médico y le brindan una cobertura a sus afiliados. Sin embargo, son muchas las provincias que aún están tratando el tema. Algunas de ellas ya han llegado a la instancia de presentar proyectos, ideas, etc., y muchas otras apenas lo están mencionando.

También, en la actualidad se cuenta con el proyecto de ley especial de TRHA, del cual se espera con ansias su sanción definitiva, ya que ayudaría de sobremanera a completar definitivamente la regulación de éstas.

CAPÍTULO 3: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA COMO TERCERA FUENTE FILIAL, SEGÚN EL CCyC.

Este es uno de los capítulos más importantes, ya que en él se desarrollará en profundidad la materia bajo estudio propiamente dicha. Abordando algunos de los objetivos específicos de este TFG, se identificará la instrumentación, caracteres y forma del consentimiento informado como exteriorización de la voluntad procreacional; se explicará cómo se determina la filiación por TRHA; se compararán las consecuencias jurídicas derivadas de las TRHA homólogas y heterólogas; se expondrán diferentes posturas doctrinarias al respecto, entre otros.

3.1. Antecedentes históricos.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, sólo reconocía dos fuentes de filiación: la biológica y la adopción. Sin embargo, aquellas personas que veían imposible cumplir con el deseo de ser padres, ya sea por motivos patológicos o fisiológicos, se sometían a determinadas técnicas de fertilización que arrojaban como resultado la concepción y el posterior nacimiento de un hijo. Esta situación se iba tornando cada vez más dificultosa por el aumento de este tipo de prácticas sin ningún respaldo legal, por ende, la justicia al no contar con legislación al respecto, tuvo que llenar este vacío legislativo pronunciándose en cada caso concreto, adoptando una labor hermenéutica, aplicando los principios generales del derechos, cumpliendo con los derechos constitucionales de los que goza la persona, empleando la analogía, el derecho comparado y la sana crítica racional de sus jueces, con el fin de completar dicha laguna. (Kemelmajer, 2014).

El caso de las TRHA homólogas, no provocaba grandes dificultades con respecto a los lazos filiales, ya que estaba presente el nexo biológico que unía al hijo con sus padres. El problema aparecía con la implementación de las TRHA heterólogas, donde la filiación no podía determinarse mediante componentes genéticos de la pareja, ya que también participaba de la práctica un tercero donante (González, 2015).

Ante la falta de legislación, la doctrina fue exponiendo sus diferentes posturas para dar un fundamento legal y suplir ese vacío, elaborando teorías sobre el consentimiento informado, la firma y sus efectos, en el momento de la aplicación de una TRHA heteróloga, con el fin de determinar la filiación del niño.

Al observar esta realidad social se podía identificar una nueva fuente filial, pero como ésta no estaba contemplada aún, inscribían en el registro a los hijos nacidos bajo estos tratamientos galenos, bajo la clase de filiación natural. Pero el inconveniente aparecía cuando el niño era fruto de la implementación de una TRHA por una pareja homosexual, donde el registro se negaba a inscribir al nacido. Haciendo referencia a este asunto, se trae a colación el caso de “V. A. F. y otros v. GCBA s/amparo”⁸, del año 2011, en el cual un matrimonio de mujeres incoa una acción de amparo contra el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, en pos de que se deje sin efecto la disposición del registro civil que rechazó el pedido de inscripción de reconocimiento por una integrante de la pareja, del hijo nacido por TRHA. El Tribunal concluyó ordenar al registro a que inscriban el reconocimiento por parte de la otra madre, argumentando que no se puede perder de vista el interés superior del niño y sus derechos.

La sanción de la ley n° 26.618 de matrimonio civil, donde se contempla al matrimonio igualitario, la lucha de aquellas personas que no tenían la posibilidad de concebir, la aprobación de la ley n° 26.862 de acceso integral a la reproducción médica asistida, el desarrollo de la ciencia médica en cuanto al perfeccionamiento de estos tratamientos y varios proyectos de ley para la reforma del Código de Vélez, fueron algunos de los acontecimientos que reflejaron la necesidad de contemplar a las TRHA como una tercera causa fuente de filiación, quedando satisfecha la misma con la sanción del CCyC, el cual las recepta en su artículo 558.

⁸ J.Cont.Adm.Trib. “V. A. F. y otros v. GCBA s/amparo”. (2011). Recuperado el 12/6/17 de: www.microjuris.com

3.1.1. Repercusiones doctrinarias sobre la inclusión de las TRHA en el CCyC.

La incorporación de las TRHA en la reforma del CCyC, generó un debate social y doctrinario, donde hubo varias manifestaciones en contraposición y a favor del uso de éstas. Se ha apartado de la visión binaria de filiación biológica y por adopción y de los esquemas tradicionales del modelo de familia.

Por su parte, Jorge Azpiri (2015) expresa su disconformidad con el tratamiento que se le ha otorgado a esta nueva fuente de filiación, ya que según él disocia el vínculo genético del vínculo jurídico en aquellos casos de TRHA heteróloga, por lo que a su parecer supone que se podría haber implementado otra alternativa legislativa como es la adopción, sin la necesidad de distorsionar, según él, los elementos esenciales del vínculo filial. Este autor, ejemplifica lo dicho con una pareja de dos hombres, donde uno de ellos podría someterse a una TRHA junto con una mujer donante, promoviendo luego el otro hombre integrante de la pareja, una adopción por integración del menor y de esta manera constituirse ambos en progenitores.

Refutando la opinión del autor anterior, Kemelmajer, Herrera y Lamm diferencian a la filiación por TRHA de la filiación por adopción, manifestando:

“en la filiación por TRHA el niño nace y existe como consecuencia de la voluntad procreacional, en la adopción, la voluntad se expresa y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento de éste. Es decir, en la adopción, esa voluntad no actúa como causa fuente del origen y existencia de la persona”.
(2014, p. 427)

Si bien, estas dos fuentes filiales se asemejan ya que en ambas la filiación se determina por el elemento volitivo, la principal disimilitud es la oportunidad del vínculo genético que confieren las TRHA, no siendo posible en la adopción. Por lo tanto, queda al libre arbitrio de aquellas personas que quieren ser padres pero se encuentran imposibilitados, de conseguirlo a través de las TRHA o mediante la adopción.

No es en vano que la integración de las TRHA a la lista de fuentes de filiación haya generado tanto revuelo social y doctrinario, ya que como dice Marisa Herrera (2016), sólo estas técnicas son capaces de disociar el elemento genético, biológico y volitivo, causando resistencia y grandes discusiones al respecto.

Kemelmajer, Herrera y Lamm expresan: “las TRHA han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad” (2012, p. 7).

Sin embargo existe una tendencia opositora con respecto a las TRHA, formando parte de ésta, el doctor Sambrizzi (2011) quien considera que las mismas no deberían haber ingresado al mundo jurídico del derecho filial, sosteniendo que la procreación asistida no constituye una forma distinta de filiación que aquella cuya fuente es la naturaleza, ya que sea que la fecundación se produzca por una relación sexual o mediante una TRHA, es la naturaleza la que en ambos casos participa para generar la concepción y como natural consecuencia, la existencia de un nuevo ser.

Apoyando esta postura, Azpiri expresa:

“estimo que es un error incluir a las TRHA como una especie de filiación, porque tanto en ésta como en la filiación por naturaleza existe un óvulo que fue fecundado por un espermatozoide. Es decir, que en ambos supuestos el nuevo ser se gesta de un modo natural” (2015, p. 152).

No obstante, quienes refutan las declaraciones de Sambrizzi y Azpiri por estar a favor de las TRHA, consideran la importancia del ingreso de las mismas al plano jurídico/legislativo y hacen una distinción de las fuentes filiales, expresando: “que mientras en la filiación biológica el elemento naturaleza es definitorio para determinar el vínculo jurídico, en la filiación por TRHA, observa un rol secundario, siendo la voluntad procreacional el principio fundamental” (Kemelmajer, Herrera y Lamm, 2012, p. 10)

3.2. Filiación. Concepto. Clases.

Bossert y Zannoni, definen a la filiación como: “el vínculo jurídico determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos” (2004, p. 439).

El CCyC inaugura su Título V del Libro Segundo referido a la filiación, con el artículo 558 donde determina que el vínculo filial puede resultar de tres fuentes: por naturaleza, por la adopción y por TRHA, otorgándole a éstas los mismos efectos jurídicos.

Con el mero fin de facilitar la comprensión de los tres tipos de filiación, se los puede diferenciar de esta forma: la filiación por naturaleza tiene su origen en un acto

sexual, donde el vínculo jurídico se funda en el elemento genético; la filiación por TRHA, surge de la voluntad de ser padres por lo que el vínculo jurídico nace por la presencia del elemento volitivo. Lo mismo ocurre con la filiación por adopción, aunque con una diferenciación, ya que en las TRHA la voluntad es manifestada en forma previa a la gestación del niño a través de los consentimientos legales, mientras que en la adopción, el elemento volitivo aparece respecto a una persona ya nacida y la filiación se constituye a través del juez, mediante una sentencia (Kemelmajer, 2012).

Otra característica a tener en cuenta es que en la filiación biológica y en las TRHA, existe la posibilidad de que esté presente el vínculo genético entre los padres y el niño, mientras que en la adopción este posible se encuentra ausente (Lamm, 2012).

3.3. Determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida según CCyC.

El CCyC en su artículo 562 contempla esta temática, estableciendo en estos casos que el vínculo filial se constituye entre el niño, quien lo dio a luz y el hombre o la mujer que presto su consentimiento, con total independencia de que haya habido o no donación de material genético.

Sólo quien exterioriza su voluntad procreacional por medio de la expresión de su consentimiento libre, previo e informado necesario para someterse a una TRHA, será considerado progenitor del niño que nazca con todos los todos los derechos y deberes que emergen del vínculo filial, sin la necesidad de exista un lazo de sangre entre ellos. Es por esto que en las TRHA, la determinación de la filiación y su régimen de impugnación es diferente al de la filiación biológica (Kemelmajer, 2014).

En el caso de una TRHA heteróloga, con el donante de gametos sólo nacerá en cabeza del niño el derecho a conocer sus orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo. Como en éstas no está presente el elemento genético, el consentimiento otorgado legalmente por una persona para proceder a una TRHA, basta para vedar la posibilidad de impugnar el vínculo filial constituido una vez nacido el niño. Lamm (2012) comenta al respecto que mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta

del vínculo biológico y su prueba habilita la procedencia de la demanda, el legislador no permite que la pareja de la mujer que dio a luz y prestó su consentimiento para la aplicación de una TRHA heteróloga, impugne el vínculo jurídico constituido una vez nacido el niño, alegando no ser su progenitor biológico, ya que esta filiación no se basa en el elemento genético, sino en el volitivo.

El artículo 565 del CCyC relativo a la determinación de la maternidad, expresa que la misma se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, pero este apartado rige para los supuestos de filiación biológica, no así para los tipos de filiación por TRHA o adoptiva, cuyos vínculos jurídicos nacen por aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

En cuanto a la determinación de la filiación matrimonial, en la clase biológica rige la presunción de filiación de los hijos nacidos dentro de un matrimonio o hasta los 300 días posteriores a la interposición de la demanda, nulidad del matrimonio, separación de hecho o muerte. Pero en los supuestos de filiación por TRHA, esta presunción aparece sólo si los cónyuges prestaron el correspondiente consentimiento previo al sometimiento de una TRHA, debidamente inscripto en el Registro Civil. Si faltase éste, no habría lazo filial (González, 2015).

Lo mismo ocurre en lo concerniente a la determinación de la filiación extramatrimonial, donde es necesario para su configuración el consentimiento informado, proporcionado por aquellas personas que implementaron una TRHA, adecuadamente inscripto en el Registro Civil junto con la inscripción del nacimiento. De lo contrario no habría emplazamiento filial (González, 2015).

Sin embargo, se han dado algunos conflictos referidos a este tema, pudiéndose mencionar el fallo “M. del P. C. y otra vs. GCBA”⁹ del año 2011, donde una pareja de mujeres se convirtieron en madres al someterse a una TRHA heteróloga, pero en el momento de inscripción del niño, el registro civil le admitió consignar como progenitora

⁹ J.Cont.Adm.Trib. “M. del P. C. y otra vs. GCBA”. (2011). Recuperado el 16/6/17 de: www.saij.gob.ar

sólo a quien había dado a luz. Por esta razón, ambas mujeres solicitaron una medida cautelar tendiente a que el registro civil deje sin efecto dicha negativa. Finalmente el Tribunal ordenó al registro civil a que proceda a la rectificación de la inscripción del nacido, anotándolo con un doble vínculo filial conforme su realidad familiar, sosteniendo que dicha denegatoria revelaba una discriminación por la condición sexual de la pareja, vulnerándose el derecho a la identidad del niño.

3.3.1. Voluntad procreacional. Forma de exteriorización.

Siguiendo a Fama (2012), se puede definir a la voluntad procreacional como el deseo o la intención de crear una nueva vida. Consiste en una expresión de voluntad, plena y libre, a través de la cual una persona o una pareja decide asumir una relación parental y provocar una gestación, independientemente de que en esa TRHA, este presente la donación de gametos o no.

Se la considera como el elemento fundamental y más importante para la determinación de la filiación por TRHA, como ya se lo ha expresado durante el desarrollo del capítulo. En estos casos, el niño nace por la exclusiva decisión de que así sea, siendo la voluntad procreacional causa eficiente e insustituible, ya que sin ésta ese hijo no hubiera existido. Por lo tanto, no se tendrá como progenitor ni al que demuestre matrimonio con la mujer que dio a luz, ni al que argumente un lazo genético, sino sólo a aquel que voluntariamente lo ha deseado y ha asumido una parentalidad voluntaria, como dice Lamm (2012). Una vez más, queda demostrado como en estos supuestos, el elemento volitivo cuenta con mayor envergadura que el componente genético.

Una de las características más importantes y llamativas de las TRHA, es su capacidad para provocar una diferenciación entre los elementos genético, biológico y volitivo, que por muchos años estuvieron unidos y coincidían en el momento de dar origen a un vínculo filial. El componente genético tiene relevancia cuando la fecundación se ha logrado mediante la unión de los gametos propios de cada integrante de la pareja, por lo que el niño va a llevar la sangre de sus padres. El biológico, aparece cuando el hombre fecunda a la mujer mediante un acto sexual y el embarazo se desarrolla en el vientre de la

misma. Y el elemento volitivo, surge a partir de la intención de procrear, exteriorizando la misma por medio de la prestación del consentimiento informado (Herrera, 2015).

El artículo 562 del CCyC hace alusión a la voluntad procreacional y deja en claro cuál es su forma de exteriorización, determinando que los nacidos bajo la implementación de las TRHA serán hijos de quien lo dio a luz y de quien prestó su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el registro civil, con independencia de quien haya aportado los gametos.

Azpiri (2015), siendo fiel a su postura opositora, sostiene que la voluntad procreacional sólo tendrá trascendencia cuando se haya implementado una TRHA heteróloga, ya que la prestación del consentimiento será irrelevante si ésta se ha realizado con gametos de la pareja.

En este punto se disiente con este doctrinario, puesto que como lo expresa el mismo CCyC, si una persona desea convertirse en padre, esa voluntad y su correspondiente exteriorización deberá estar presente de forma previa, cada vez que se procede a una TRHA, sin importar si medió donación de gametos o no.

En aquellos casos donde el progenitor no cuente con un vínculo genético con el niño, pero que haya prestado su consentimiento para someterse a esa TRHA, se constituye una filiación irrevocable que no podrá ser impugnada por inexistencia del elemento genético o biológico, ya que la ley no admite acciones de emplazamiento o desplazamiento filial por TRHA.

Al igual que Argentina, varios países apoyan y comparten en sus legislaciones el reconocimiento de la filiación a favor de quien exprese su voluntad procreacional, como la Ley española 14/2006; el Código Civil de Tabasco, México; la “Human Fertilisation and Embryology Act”, inglesa; el Código Civil de Brasil; el decreto 24029-S de regulación TRHA de Costa Rica; el Código Civil de Portugal; el Código Civil de Venezuela; el Código de Familia de Bolivia; el Código Civil holandés; el Código Civil alemán; entre otros.

Haciendo referencia a este tema, se puede mencionar la causa de "B. M. y Otros"¹⁰ de la provincia de Buenos Aires, en el año 2016, la cual tiene origen en una demanda ante el Poder Ejecutivo por parte de dos mujeres, que reclaman por la negativa del Registro Civil de inscribir a su hija con una doble filiación materna. Esta acción tuvo su argumento en la vulneración de los derechos a la identidad, a la no discriminación, a tener una doble filiación, a formar una familia, como también al interés superior del niño. Las demandantes consideraron que aplicando la nueva normativa vigente, basándose en el artículo 562 del CCyC, habiendo éstas prestado su consentimiento libre e informado y expresando de esta forma su voluntad procreacional y su proyecto de pareja en común, era suficiente para la inscripción de la niña en el Registro. En virtud de los agravios señalados, la pareja le solicita a la Corte que proceda a dictar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, que posibilite la inscripción del nacido como hijo de éstas.

3.3.2. Consentimiento informado. Instrumentación. Caracteres. Forma. Requisitos. Revocación.

El consentimiento es la exteriorización por excelencia de la voluntad procreacional necesaria para que una persona o pareja se someta a un tratamiento de reproducción y se constituya una filiación una vez producido el nacimiento del niño. El otorgamiento del consentimiento es personal ya que pertenece al área de los derechos personalísimos de un individuo, no pudiendo ser suplido por otra persona en su lugar (Basset, 2015).

Debe ser solicitado por el centro de salud interviniente, es decir, por el establecimiento médico especializado y debidamente inscripto y debe ser renovado cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, o sea, antes de cada procedimiento de reproducción, tal como lo expresa el artículo 560 del CCyC y la ley 26.862.

¹⁰ C.S.J., "B. M. y Otros. Filiación". (2016). Recuperado el 25/7/17 de: www.eldial.com

Con respecto a sus caracteres, el consentimiento debe ser previo, informado y libre. Previo, porque debe ser recabado antes de iniciar cada tratamiento de fertilización; informado, porque la persona que se va a exponer a ese tratamiento debe tener conocimiento y comprender cuál es su estado de salud, cual es el procedimiento que se va a implementar, cual es el alcance del mismo, cuales son los beneficios esperados y los riesgos que se corren; y libre, ya que debe ser otorgado sin la presencia de coacción. De esta forma, se le da la posibilidad al paciente a decidir libremente una vez obtenida toda la información necesaria, como dice Caramelo (2012).

El consentimiento debe ser formal, esto quiere decir que como mínimo debe prestarse por escrito. El CCyC en su artículo 561, brinda los requisitos básicos del consentimiento, remitiéndole a las disposiciones especiales la enumeración de otras diligencias específicas que deban tenerse en cuenta. Aquí surge una vez más la necesidad del dictado de una ley especial de TRHA.

Resulta necesario además de la instrumentación del consentimiento, su protocolización. El Ministerio de Salud, es el organismo encargado de organizar como debe llevarse a cabo ésta, estableciendo que el consentimiento será legitimado ante escribano público o certificado ante autoridad sanitaria competente. Para que opere como constancia de la filiación, este consentimiento informado protocolizado debe ser inscripto en el registro civil, es decir, debe formar parte del legajo base del cual surge la posterior inscripción de nacimiento del niño (Caramelo, 2012).

Se debe hacer mención a la libertad y posibilidad del paciente de revocar el consentimiento prestado, mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión. Asimismo, tanto el consentimiento como su revocación, deberán ser certificados en cada caso por la autoridad de aplicación y constar en la historia clínica del paciente, con la firma del mismo.

Vale dejar en claro la necesidad e importancia de cumplir con los requisitos, instrumentación y protocolización de esta manifestación de voluntad, ya que como expresa el artículo 575 del CCyC, en los casos de TRHA, el consentimiento prestado es el fundamento de la filiación que se va a determinar una vez que nazca el niño, independientemente de quien haya aportado los gametos.

3.4. Vínculos de filiación.

Debido a la utilización de TRHA heterólogas, donde interviene un tercero donante, cabe preguntarse ¿Cuántos vínculos jurídicos puede tener una persona nacida bajo estas técnicas de fertilización?

Respondiendo a esta pregunta, el CCyC brinda una respuesta en su artículo 558 donde plantea que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

En otros tiempos, hubiera sido innecesario llevar a cabo esta limitación de vínculos filiales, ya que sólo se contemplaba el binomio clásico de padre y madre. Pero con la regulación de las TRHA y especialmente de las prácticas heterólogas, resultó de suma importancia esta limitación, dado que si se aceptara la concurrencia de elementos genéticos y volitivos, podría ocurrir que una persona ostentara más de dos vínculos de filiación.

De este modo, y siguiendo la línea legislativa de otros países, quedan afuera las llamadas familias pluriparentales, es decir, aquellas donde un niño posee más de dos vinculo filiales, producto de una relación de pareja formada por dos personas del mismo sexo que planean llevar adelante un proyecto parental con otra persona allegada del sexo opuesto, que aparte de donar su material genético, también colaborará con la crianza y educación del niño (Caramelo, 2015). Sin embargo, se han dado casos excepcionales de triplefiliación, los cuales serán analizados en el capítulo 4.

Por lo tanto, como expresa el artículo 578 del CCyC, en el supuesto de que se reclame una filiación que implique dejar sin efecto otra anteriormente establecida, se debe ejercer de forma previa o simultánea la correspondiente acción de impugnación, con la intención de que la persona no supere en ningún momento la limitación de vínculos filiales que establece el CCyC.

Por otro lado, resulta importante aclarar la firmeza e igualdad del vínculo filial surgido de una TRHA, respecto de las dos fuentes de filiación restantes. Así lo dispone el CCyC en sus artículos 558 y 559 manifestando que la filiación surgida de cualquiera de las tres fuentes, surten los mismos efectos y que los certificados de nacimiento deben redactarse por el registro civil de forma tal que de ellos no resulte si el niño ha nacido en el

seno de un matrimonio, mediante una técnica de fertilización o ha sido adoptado (Caramelo, 2015).

3.5. Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.

Éstas ya han sido definidas y explicadas en el capítulo 1, apartado 1.3. Pero al tratarse de aquella clase de técnica donde la fecundación se logra por medio de la intervención de un tercero donante que aporta los gametos necesarios, surge cierta incertidumbre y algunos interrogantes respecto a determinadas cuestiones que se contemplan y explican a continuación.

3.5.1. Situación jurídica del donante.

Uno de los temas centrales en el uso de las TRHA heterólogas y que influye en la cuestión filial, es la importancia de diferenciar al progenitor, del donante de gametos. El primero es quien mediante la manifestación de su voluntad procreacional asume el rol de padre con todos los derechos y obligaciones parentales que eso genera, independientemente de que no haya aportado su material genético por cuestiones de infertilidad médica o estructural. El segundo, es aquel que simplemente dona el material genético que el futuro progenitor necesita, pero sin pretender entablar ninguna relación jurídica-filial con el niño que nazca (Iturburu, 2016).

La donación de gametos se puede tratar tanto de espermatozoides como de óvulos y el rol del donante se limita y se agota sólo en este aporte.

El donante solamente dona células sexuales, no ofrece su paternidad. Por esto, nuestra legislación dispone expresamente en su artículo 575 del CCyC que no se genera vínculo jurídico alguno entre el tercero donante y los nacidos, excepto a los fines de impedimentos matrimoniales. Como también el artículo 577 establece que tampoco será admisible el ejercicio de ninguna acción de filiación ni cualquier otro reclamo de alimentos, comunicación, etc. hacia el donante, debido a que en estos casos de TRHA la determinación de la filiación se basa en la presencia del elemento volitivo de una persona o

pareja que desea traer un hijo al mundo, con independencia de quien haya aportado el material genético.

El decreto reglamentario 956/2013 regulador de la ley 26.862, en su artículo 8 dispone que la donación de gametos y/o embriones nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. A partir de esto, se puede identificar la postura que ha tomado el ordenamiento jurídico argentino respecto al carácter gratuito que le atribuye al acto jurídico de otorgar gametos, al considerarlo como una donación

Tanto la doctrina como la legislación hacen referencia a esta gratuidad, ya que se trata de elementos de reproducción humana que se encuentran desvinculados de la comercialización. Sin embargo, los donantes pueden ser compensados económicamente por las molestias ocasionadas, el tiempo invertido, los gastos de desplazamiento, pero nunca se podrá tomar este resarcimiento como un incentivo pecuniario para practicar la donación. Este criterio es compartido por España por ejemplo, pero no ocurre lo mismo en Estados Unidos (Cabrera, 2014).

La donación se materializa mediante la confección de un contrato gratuito, formal, escrito, confidencial y revocable, concertado entre el donante y el centro autorizado. Por el carácter personalísimo del derecho que tiene el donante sobre sus células sexuales, la donación debe ser libre y voluntaria, pudiendo ser revocada hasta antes de la extracción. El donante debe ser mayor de edad y deberá prestar su consentimiento por escrito con las formalidades previstas para los instrumentos públicos, por considerarse ésta, la mejor forma de brindarle autenticidad y seguridad a su voluntad (Iturburu, 2016).

Otro aspecto significativo es el anonimato del donante. El CCyC recepta un sistema de anonimato relativo según lo previsto en los artículos 563 y 564. Por un lado se resguarda la identidad e intimidad del donante, ya que de lo contrario se correría el riesgo de que pocas personas estuvieran dispuestos a llevar a cabo esta práctica. Y por otro lado también se trata de respetar el derecho que tiene el niño de saber que ha nacido bajo la implementación de una TRHA y la posibilidad de acceder a cierta información sobre el donante (Caramelo, 2015).

Como sostiene Kemelmajer (2014), sólo el día en el que aquellos que les cuesta disociar la paternidad de la donación, entiendan su diferenciación, y los donantes se concienticen de que no se les reclamará ningún vínculo filial ni nada relativo a ello, se contará con la confianza suficiente para animarse a donar sin ser anónimo.

En el derecho comparado, se observan distintas regulaciones que van desde una anonimato absoluto, como es el caso de Francia e Italia, hasta el levantamiento total del mismo, como en Suecia y Alemania. Pero también existen sistemas intermedios como el que adopta Uruguay y Argentina, receptando un sistema de anonimato relativo donde se procura garantizar tanto la existencia de donantes, los cuales son sumamente necesarios, como también el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético. (Iturburu, 2016).

Cerrando dicho apartado y haciendo referencia a la urgencia de la sanción de la ley especial de TRHA, se cita a Caramelo, el cual expresa: “todo lo relativo a la donación y en especial, al resguardo de la información, es materia a ser regulada con mayor profundidad en la ley especial mencionada por el CCyC en varias oportunidades” (2015, p. 317)

3.5.2. Derecho a la identidad, a la información y a la verdad biológica del niño.

Uno de los problemas que surgen ante la implementación de una TRHA heteróloga, es la colisión entre dos derechos con jerarquía constitucional como son el derecho a la identidad del niño y el derecho a la intimidad y privacidad del donante de gametos.

Ante este supuesto donde dos principios de contraponen, uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que eso signifique tildar como inválido a aquel principio desplazado, más bien lo que sucede es que bajo estas circunstancias, uno de los derechos va a preceder al otro (González, 2015)

Dicho esto, la postura que adopta nuestro CCyC es una intermedia, receptando el sistema de anonimato relativo considerándolo como el que mejor garantiza todos los derechos en juego, pues por un lado respalda la existencia de donante y por el otro, asegura

el derecho de niño nacido bajo una TRHA heteróloga a conocer su origen genético mediante el acceso a datos del donante (Herrera, 2014).

El doctrinario Fernández Sessarego, define jurídicamente a la identidad personal como “el conjunto de atribuciones características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo ello lo que hace que cada cual sea uno mismo y no otro” (1992, p.113).

El derecho a la identidad se encuadra como uno de los derechos personalísimos de un individuo digno de tutela, ya que toda persona tiene el derecho de conocer el modo en el que fue concebido, su carga genética y la oportunidad de identificar y localizar a aquellos que le dieron la vida. Éste, además, tiene raigambre constitucional puesto que se encuentra reconocido de manera implícita por el artículo 33 de la Constitución Nacional, como también por otros Tratados Internacionales que gozan de la misma jerarquía. La idea de identidad comprende además al derecho de todo niño de ser inscripto en el registro civil, de tener un vínculo filial, un nombre, una nacionalidad y siempre que sea posible, de conocer a sus padres y estar bajo el cuidado de ellos (Herrera, 2014).

Fama (2012), recomienda dejar en claro que el derecho a conocer los orígenes como una proyección del derecho a la identidad, y el emplazamiento filial, son dos aspectos diferentes y autónomos ya que indagar sobre la verdad biológica, no implica un desplazamiento en el estado de familia. Conocer su origen biológico, no le crea al niño un vínculo jurídico con el donante, por primar la voluntad procreacional en estos casos de TRHA.

En cuanto al derecho a la información, el CCyC establece en sus artículos 563 y 564 que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de TRHA con gametos de un tercero, debe constar en el correspondiente legajo base donde se realiza la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando sea relevante para la salud; o relevarse la identidad del donante, mediante autorización judicial, acreditando razones debidamente fundadas, que serán evaluadas judicialmente por el procedimiento más breve que prevea la ley.

Esto último nos lleva a distinguir entre dos clases de información a la que podrá acceder el nacido de una TRHA heteróloga. La no identificatoria, que se refiere a los datos genéticos o de salud del donante, la cual se puede obtener dirigiéndose al centro de salud, sin necesidad de judicialización. La información identificatoria, que alude a los datos personales que permiten individualizar al donante y que sólo podrán ser revelados mediante autorización judicial, acreditando razones fundadas. alguna de éstas podría ser la existencia de un riesgo para la vida o salud física o psíquica del nacido, detectar algún impedimento matrimonial o el simple ejercicio del derecho a conocer sus orígenes, entre otros. El fundamento por el que se deben esgrimir motivos que ameriten levantar el anonimato del donante y alcanzar esa información identificatoria, es resguardar el interés general sobre la continuidad de las TRHA heterólogas, evitando que se produzca una merma en las donaciones de gametos (Iturburu, 2016).

Como dice Caramelo: “todo registro en el que conste información sobre el donante, es materia de regulación especial a la cual remite el CCyC en varias oportunidades” (2015, p.294).

Haciendo referencia a uno de los antecedentes jurisprudenciales referidos a esta temática, aparece el caso de autos caratulados “C, E M y Otros c/ EN-M. Salud s/ amparo”¹¹ del año 2014, en la provincia de Buenos Aires, donde los padres de dos menores de edad nacidas en virtud de una TRHA heterólogas, promovieron un amparo con el objetivo de que el Estado Nacional cree un registro con aquellos datos respecto a la identidad de los donantes de gametos que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos del país, para preservar esa información a fin de que sus hijas y todas las personas nacidas a través de las TRHA con material heterólogo, al cumplir la mayoría de edad puedan ejercer su derecho a la identidad biológica si así lo quisieran, accediendo a esa información con autorización judicial. La Cámara ordenó al Ministerio de Salud, que preservara esa información sobre el donante, estando disponible sólo para el nacido y garantizando así la posibilidad de gozar del derecho a conocer su origen genético.

¹¹ C.N.A.Cont.Adm.Fed., “C, E M y Otros c/ EN-M”, (2014). Recuperado el 9/8/17 de: www.saij.gob.ar

3.6. Acciones de filiación.

En palabras del doctor Azpiri:

“las acciones de filiación son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para constituir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar. Lo que se persigue es establecer un vínculo que antes no había trascendido al plano jurídico o destruir un emplazamiento que no coincide con la realidad biológica” (2015, p. 171).

Podemos diferenciar varias clases de acciones receptadas por el CCyC a partir de su artículo 576 y sucesivos, como las acciones de reclamación de filiación y las de impugnación filial.

Las disposiciones generales que dispone el CCyC en materia de TRHA, establecen que no es admisible la impugnación o reconocimiento de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante TRHA, siempre que haya estado presente la voluntad procreacional debidamente exteriorizada en un consentimiento instrumentado y protocolizado, pues ésta es la forma en la que se determina la filiación en estos casos y este vínculo filial constituido no puede ser pasible de ningún tipo de acción filial. Esta regla, es un elemento básico en el campo jurídico de este tercer tipo filial, sin importar quien haya aportado los gametos (Kemelmajer, 2014).

En el caso de que no haya mediado el consentimiento informado y protocolizado en el momento del sometimiento a una TRHA, no será posible reclamar filiación a quien no consintió. Es el caso típico del donante de gametos, el cual no es considerado progenitor desde el punto de vista jurídico porque no expresó una voluntad procreacional capaz de generar un vínculo filial, ergo, tampoco podrá ejercer acciones de reclamación de vínculo ni reconocer al niño nacido bajo esa TRHA heteróloga (Azpiri, 2015).

Siempre que haya mediado el correspondiente consentimiento, no existe la posibilidad, en el caso de haberse implementado una TRHA heteróloga, de alegar la falta de vínculo genético con el fin de impugnar un vínculo filial. En estos supuestos, el elemento genético es irrelevante, no tiene una función decisiva por lo que una persona no puede impugnar un vínculo porque no comparta la misma sangre con el niño, ni puede reclamar una filiación en el caso contrario (Caramelo, 2015).

También puede ocurrir que esté presente la voluntad procreacional, pero que no se haya acompañado con el consentimiento protocolizado, es decir, que la voluntad no se haya formalizado, ante esta situación la regla sería la admisibilidad de la acción de impugnación fundando tal pretensión en la ausencia del consentimiento. Sin embargo, el juez deberá estudiar el caso concreto y evaluar si hace lugar a esta acción, analizando a fondo la cuestión (Kemelmajer, 2014).

Para concluir este capítulo, puede decirse que, tomando los antecedentes históricos y la incorporación de las TRHA como nueva fuente filial, los doctrinarios han generado un gran debate sobre el tema con diversas repercusiones. Entre estas posturas pueden encontrarse algunas similitudes y algunas diferencias. La mayoría de los autores coinciden en que la incorporación de las TRHA en el CCyC ha llenado varios vacíos legales sobre el tema, facilitando su tratamiento. Sin embargo hay algunos que no coinciden con esta postura, como Azpiri (2015) y Sambrizzi (2011) quienes han expresado ideas polémicas al respecto, considerando que las TRHA heterólogas provocan una disociación del vínculo genético con el vínculo jurídico. También expresan que las TRHA no deberían haber ingresado al campo filial, ya que no constituyen una forma distinta que la filiación por naturaleza, concibiendo a la adopción como la mejor alternativa al problema de la imposibilidad para procrear.

Es de destacar también, la importancia del elemento volitivo que supera al genético en el momento de determinar la filiación de un niño nacido de una TRHA. Esta voluntad procreacional, se exterioriza mediante el consentimiento informado. Será finalmente la protocolización de éste la que le otorgue la validez al vínculo filial constituido.

Con respecto a los derechos del anonimato del donante y de la identidad del niño, puede concluirse que se contempla una contraposición a la hora de ejercerlos, ya que si el niño desea conocer su verdad biológica, el derecho a la intimidad y privacidad del donante deberá ceder.

CAPÍTULO 4: CASOS NO CONTEMPLADOS POR LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

En este apartado, haciendo referencia a uno de los objetivos especiales, se darán a conocer ciertos casos o conflictos jurídicos que se derivan del uso de las TRHA y que pueden ocurrir dependiendo la ocasión. Estas problemáticas, aun no cuentan con un respaldo legal, siendo objeto de un vacío o laguna legislativa.

4.1. Casos de triplefiliación o pluriparentalidad.

La pluriparentalidad es aquella que se da en los casos en que una persona ostenta más de dos vínculos filiales.

Como se planteó en el capítulo 3, el CCyC en su artículo 558 impone la máxima de que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales. Sin embargo, a partir de los avances científicos y tecnológicos y de la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario, ya se había comenzado a plantear una discusión jurídica en torno a la filiación, poniéndose en crisis dicho instituto, ya que al visibilizar estas nuevas realidades había surgido la duda de que si podían generarse vínculos filiales tripartitos dado, por ejemplo, el caso de una pareja de dos mujeres, donde un hombre le dona sus gametos, pretendiendo también ejercer un rol de padre (Kemelmajer, 2010).

No obstante, el CCyC al regular a las TRHA como tercera fuente filial, mantuvo de manera expresa dicha máxima. Pero al otorgarle a la voluntad procreacional una función tan primordial como la determinación de la filiación, se dio lugar al interrogante de que si esta voluntad no podría ser también generadora de un tercer vínculo de filiación y no sólo una mera fuente de filiación dual (Lamm, 2011).

Vale aclarar que esta novedosa situación jurídica de la triplefiliación, surge sólo cuando se implementa una TRHA con donación de gametos no anónima, es decir, cuando quien aporta el material genético es una persona conocida y allegada a la pareja, y elegida por ésta. Aquí la intención del tercero de prestar sus gametos no se circunscribe sólo a ser donante, sino que éste exterioriza su voluntad procreacional para además ser reconocido

como progenitor. En este supuesto, los elementos genético y volitivo coinciden y no quedan disgregados como ocurre con la donación de gametos anónima. Se podría considerar a esta dualidad de elementos, la pionera en el camino hacia la multiparentalidad (Herrera, 2014).

En palabras de Kemelmajer: “son varias las situaciones fácticas que se presentan en este mundo globalizado y tecnológico, hábiles para poner en tela de juicio la máxima binaria en materia de determinación filial” (2014, p.724). Esta crisis del principio de doble vínculo filial se está percibiendo de manera incipiente, tanto en el derecho comparado como en nuestro país.

El primer caso que se presentó en el extranjero, fue en Canadá, donde una pareja de dos mujeres, llevaron adelante una técnica de inseminación casera con material genético proporcionado por un amigo. Éstas expresaron que le había parecido buena la idea de que alguien ocupe la figura paterna, de manera que redactaron un acuerdo formal donde establecían las reglas de esta moderna familia formada por tres adultos y un niño. La legislación de este país reconoció y admitió esta nueva forma de organización familiar, permitiendo la inscripción de este niño con tres padres (Kemelmajer, 2014).

En igual sentido, en Brasil, el Segundo Tribunal de Familia de la región admitió en forma previa que un bebé por nacer tenga derecho a que en el certificado de nacimiento figure su padre y sus dos madres, fundando dicha decisión en las nuevas formas de composición familiar multiparental.

Asimismo, en el año 2013 en Londres, hubo un caso similar pero bastante complejo, el de autos “S. vs. E. y D.”¹², el cual comprende a tres parejas, dos de mujeres y una de hombres. Esta pareja de hombres, se presenta ante el Tribunal solicitando un régimen de comunicación con los niños nacidos con el material genético de ellos al habérselos donados a las parejas amigas de mujeres. Estas parejas de mujeres y madres de los niños se opusieron al pedido, alegando la existencia de un acuerdo donde éstos renunciaban a cualquier tipo de derecho hacia las criaturas. Los peticionantes negaron la existencia de este acuerdo y reclamaron su derecho de padres. El tribunal expresó, que si bien los accionantes

¹² T.S.L., “S. vs. E. y D.” (2013). Recuperado el 14/8/17 de: www.microjuris.com

no son padres legales, se le reconoce igualmente el derecho a tener contacto con los niños, sosteniendo que las parejas de mujeres tenían la opción de utilizar la vía del anonimato y sin embargo, no lo eligieron.

Este breve tratamiento del derecho comprado permite deducir que los supuestos de pluriparentalidad son una realidad mundial, donde el derecho les ha tenido que hacer frente ya sea de manera jurisprudencial o incorporándolos en sus ordenamiento jurídicos.

Por su parte, Argentina, también cuenta con casos de triplefiliación. El primero de ellos aconteció en Mar del Plata, mediante la inscripción de Antonio con los apellidos de sus madres Susana y Valeria junto con el apellido de Hernán, su padre bilógico, quien también participa de la crianza del niño. El pedido de esta triple inscripción fue solicitado al registro civil por parte de las madres y fue autorizado por el gobierno bonaerense. Otro de los hechos (y el más famoso), ocurrió en el registro civil de la ciudad de Buenos Aires, donde se estableció una triple filiación para Furio, hijo de la periodista Marta Dillon, de la cineasta Albertina Carri y del diseñador Alejandro Ros. Se pudo advertir que claramente los tres progenitores se pusieron de acuerdo previamente en iniciar un plan familiar conjunto y en ejercer las obligaciones de la responsabilidad parental que derivaran del mismo (Herrera, 2015).

Frente a estas realidades, corresponde indagar acerca de cuál debería ser la respuesta jurídica si quien ha aportado gametos no quiere ser un simple donante sino integrar un proyecto parental, es decir, hacer valer su “no anonimato” para sumar su vínculo. Más allá del reconocimiento por parte de la vía administrativa, es necesario sentar jurisprudencia en pos de modificar el derecho de fondo. Porque más allá de que el registro civil resuelva o le permita a algunas familias la inscripción del niño, no existe un sistema nacional de registros civiles, por lo cual las distintas respuestas que cada provincia decida brindar según el caso podría crear un clima de injusticia, disparidad e incertidumbre en la sociedad (Kemelmajer, 2014).

Sin embargo, se sostiene que la regulación del binarismo que expresa el CCyC, no es óbice para impedir la apertura hacia los vínculos filiales triples. Esto es así, ya que por aplicación de los artículos 1 y 2 del CCyC, de una interpretación extensiva de la voluntad

procreacional y de un análisis sistémico del derecho, se puede trascender esta máxima filial y permitir la adición de un tercer vínculo en una relación paterno filial.

Frente a este panorama se considera que la noción de socioafectividad, el interés superior del niño, el derecho a formar una familia, a vivir en libertad y a que se respete la realidad familiar de cada uno, juegan un papel fundamental (Kemelmajer, 2014).

4.2. Separación de la pareja o fallecimiento de un miembro de la misma, durante el desarrollo de una técnica de reproducción humana asistida.

Durante el transcurso y desarrollo de una TRHA, pueden presentarse alguna de estas contingencias. Ergo, la solución jurídica que surge del CCyC y de la doctrina es la prevalencia del elemento volitivo ante estos supuestos, donde resulta suficiente que antes de separarse o en vida, los miembros de la pareja hayan exteriorizado su voluntad procreacional a través del consentimiento previo, informado, libre y formal, debidamente protocolizado, necesario para comenzar con una TRHA y posteriormente determinar la filiación del nacido. De esta forma, a pesar de haber sufrido la pareja una separación o un fallecimiento, se podrá proseguir con la técnica, quedando reprimida la posibilidad de interrumpirla alegando alguna de estas dos causas (Herrera, 2015).

Distinto es el caso de la fecundación post mortem, la cual será analizada en el próximo apartado.

Se estima provechoso hacer referencia a una situación especial que contempla el CCyC en su artículo 567, el cual expresa que aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si ambos comparten esa intención, haya nacido éste por naturaleza o mediante el uso de TRHA. En este último caso y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre necesario para someterse a una técnica de fertilización (Caramelo, 2015).

Se trata de aquellos casos en los que a pesar de estar casados pero separados de hecho, dos personas llevan adelante una TRHA. Esta separación provoca el cese de la

presunción de filiación establecida en el artículo 566 del CCyC, por lo tanto, a partir de entonces la voluntad de los cónyuges adquiere total relevancia, pues para que se pueda constituir una filiación matrimonial respecto al nacido, éstos deberán acreditar como dice Kemelmajer: “un doble consentimiento, primero el relativo a las TRHA que permite determinar la paternidad y/o maternidad, y segundo el que permite inscribir al nacido como hijo de cónyuges separados” (2014, p. 628).

Por último, cabe citar un fallo al respecto, como es el caso de “P., A. c/ S., A. C. s/medidas precautorias”¹³ de la provincia de Buenos Aires, del año 2011, donde la Cámara Nacional de Apelaciones confirma que debe autorizarse a una mujer a implantarse los embriones que se encuentran crioconservados en un instituto médico especializado, ya que la negativa de su marido, de quien se encuentra separada de hecho, no puede ser considerada, pues éste se sometió voluntariamente a las consecuencias del contrato de consentimiento informado firmado al iniciar el tratamiento de fecundación asistida, en el que se acordó específicamente la continuidad del procedimiento en caso de disolución del matrimonio.

4.3. Figuras de necesaria regulación normativa.

Bajo esta sección, se hará alusión a dos figuras jurídicas pendientes de reglamentación legislativa, encontrándose inmersas en un vacío legal. Se trata de dos núcleos problemáticos que se derivan de las TRHA y que como el CCyC no resuelve, se encuentra abierto un debate sobre su interpretación.

Sin embargo, son fenómenos que están presentes en la realidad social, por lo cual, la jurisprudencia nacional ha tenido que ir resolviendo conflictos referidos a estos casos, tratando de ir supliendo la laguna jurídica existente.

Aunque son temas muy requeridos por la sociedad, si bien estuvieron presentes en el anteproyecto de reforma y unificación del código civil, nunca llegaron a poder dar el último paso de ingreso al sistema jurídico vigente, a causa de una fuerte controversia en la doctrina nacional y bastante presión por parte de la Iglesia Católica (Herrera, 2015).

¹³ C.N.Civ. Sala J, “P., A. c/ S., A. C. s/Medidas Precautorias”, (2011). Recuperado el 20/7/17 de: www.lavoz.com.ar

4.3.1. Fecundación post mortem.

En consideración de Sambrizzi: “el supuesto de fecundación post mortem se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida” (2012, p. 325).

El anteproyecto del CCyC, regulaba de manera expresa este fenómeno especial en su artículo 563, donde establecía como principio general que en caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no había posibilidad de que exista vínculo filial entre el nacido por uso de las TRHA y la persona fallecida, si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. Sin embargo, también regulaba una excepción a este principio siempre que se cumplieran dos requisitos: que la persona antes de morir haya consentido de manera expresa que después de su fallecimiento, los embriones producidos con sus gametos pudieran ser transferidos en la mujer; o que la concepción en la mujer o implantación del embrión se produjera dentro del año siguiente al deceso (Herrera, 2015).

Empero, esta decisión legislativa generó intensas críticas en la doctrina nacional.

Sambrizzi y Basset (2012) por su parte, consideran que la fertilización post mortem es una forma de traer al mundo a niños huérfanos colocándolos en forma voluntaria en un hogar disgregado, ya que esta práctica provoca que el niño nazca con un solo padre vivo privándolo de la relación con el otro, lo que puede causar un daño en su personalidad y desarrollo. No obstante, refutando este pensamiento, Herrera (2015) plantea que la fertilización post mortem es una causa-fuente de las familias monoparentales, abaladas por nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente, Sambrizzi (2012) sigue sosteniendo que en estos casos el principio de la libertad resulta inaplicable al llegar al límite de invadir el derecho de otros, como es el derecho del niño a nacer en una familia constituida por sus dos progenitores. Este doctrinario expresa: “la fecundación post mortem implica un ejercicio desorbitado del derecho a procrear” (p. 330).

Actualmente, el proyecto de ley especial de TRHA hace alusión de manera implícita a esta figura de fertilización post mortem y refuerza el consentimiento, estipulando en su

artículo 7 que el consentimiento informado que las personas firman antes de iniciar un tratamiento, debe contener disposiciones expresas sobre el destino de los gametos o embriones criopreservados, en caso de fallecimiento del titular (Berbere Delgado 2012).

Con respecto a si se constituye o no la doble filiación del niño nacido por fecundación post mortem, se observa una discusión por parte de la doctrina. La mayoría se inclina hacia la postura de Sambrizzi (2012), quien estima que el nacido será hijo biológico de la mujer que lo gestó y del prefallecido, sin importar si la fecundación fue consentida en vida o no, ya que el nacido va a estar vinculado genéticamente con éstos.

Luego del conflictivo debate que se ocasionó en el Senado, se decidió quitar el contenido del artículo 563 del anteproyecto con la finalidad de excluir esta práctica. A pesar de esto y del vacío legal existente, la filiación post mortem es un hecho que se observa en la realidad, de allí que se han planteado varios supuestos en la jurisprudencia nacional, sentando importantes precedentes.

Se puede mencionar el caso de “G., A.P.”¹⁴ del año 2011, en el que un matrimonio se somete a una TRHA prestando sus consentimientos para criopreservar los gametos del marido para proceder con el tratamiento en un futuro, pero en el mismo año el marido fallece. Ante dicho acontecimiento, el centro de salud se niega a proseguir con la TRHA, por lo que la mujer interpone una demanda con el objetivo de que el Tribunal autorice el implante del material criopreservado y se continúe con la técnica. La jueza, en esta oportunidad, hizo lugar a la acción incoada por el cónyuge supérstite, permitiendo la utilización del semen del marido premuerto, argumentando dicha decisión en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en la existencia del consentimiento expreso del marido antes de morir, de crioconservar su esperma para ser utilizado luego.

Otro hecho fue el de autos caratulados “S., M. C. s/medida autosatisfactiva”¹⁵, del año 2014, donde la mujer de un matrimonio, luego de haber fallecido su marido, le solicita

¹⁴ Trib. Fam. Morón. “G., A.P.”. (2011). Recuperado el 16/8/17 de: www.eldial.com

¹⁵ C. Civ. y Com. Minas de Paz y Trib. Mendoza. “S., M. C. s/medida autosatisfactiva”. (2014). Recuperado el 16/8/17 de: www.rubinzalonline.com.ar

a la justicia autorización para implementar una TRHA con las células sexuales de su esposo muerto, cuya extracción ya había sido autorizada con anterioridad por la misma. En primera instancia le negaron la petición, por lo que la mujer apeló el fallo, donde finalmente la Alzada revoca el decisorio otorgándole el permiso para utilizar el material de su marido prefallecido, fundando dicha resolución en que no existe una regla de derecho de fondo que prohíba esta práctica.

Por último, haciendo un breve recorrido sobre el derecho comparado concerniente a esta temática, nos encontramos con países que prohíben taxativamente la fecundación post mortem, como Francia, Alemania, Portugal, Canadá, Suecia, Italia, entre otros; y por otro lado con algunas naciones que son más flexibles, permitiendo su aplicación siempre que se cumplan con ciertos requisitos, como ocurre en España, Bélgica, Estados Unidos.

4.3.2. Maternidad por subrogación.

La también llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada, es una práctica por medio de la cual una mujer (gestante), acepta someterse a una TRHA con la intención de llevar adelante un embarazo en beneficio de una persona o pareja (comitentes) con quienes se compromete, mediante un contrato, a entregarles al nacido sin que se produzca vínculo de filiación alguno con ella, sino con el o los padres comitentes (Herrera, 2015).

En Argentina no existe una regulación normativa sobre esta materia, por lo que no se la prohíbe pero tampoco se la permite legalmente. Hubo un intento de incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico en el momento de la reforma del código civil, ya que el artículo 562 del anteproyecto hacía referencia a la misma, expresando que se iba a tratar de la única TRHA que iba a necesitar, de manera previa, contar con una autorización judicial, por lo que ningún centro especializado iba a poder llevarla adelante sin la misma. A través de un proceso judicial especial, el juez competente en asuntos de familia iba a tener que analizar diferentes elementos para permitir o no dicha práctica, como: el interés superior del niño nacido; la plena capacidad, buena salud física y psíquica de la gestante; el aporte de gametos de al menos uno de los comitentes; la imposibilidad de concebir de uno o ambos

comitentes; que la gestante no haya aportado sus gametos; que se trate de una práctica altruista; que la gestante tenga al menos un hijo propio, entre otros (Kemelmajer, 2012).

Pero luego de varios puntos de vista antagónicos, tanto jurídicos como morales y éticos, la Comisión Bicameral decidió eliminar esta norma evitando que forme parte del nuevo CCyC.

Ante el silencio legal, la maternidad subrogada no ha quedado expresamente prohibida, por lo que si ésta se lleva a cabo, la filiación del nacido quedará sujeta a la discrecionalidad judicial. Sin embargo, resulta evidente que sería mucho más beneficioso contar con un tratamiento legislativo que brinde una seguridad jurídica tanto a los usuarios de esta técnica como a los niños nacidos a través de la misma, evitando o resolviendo aquellos conflictos que emergen de estas prácticas.

Gran parte de la doctrina argentina, rechaza la institución bajo análisis considerando que mediante la implementación de la maternidad subrogada, se transforma a la maternidad en una actividad económicamente rentable y se explota a la mujer gestante, utilizándosela como a una cosa, sin pensar en los daños psicológicos y emocionales que a largo plazo puedan surgirle. Se produce una dicotomía entre la madre biológica y la gestante, provocándose un conflicto en cuanto a la determinación de la maternidad. También se piensa que se vulnera el derecho a la identidad del nacido, al despojarlo arbitrariamente de su primer contexto natural como es el medio ambiente uterino. Con respecto a los contratos que se celebran entre la gestante y los comitentes, se estima que al niño se lo identifica como el objeto de la relación contractual, es decir, como la cosa debida, considerándose un acto ilícito (Sambrizzi, 2012).

Una posición a favor de la maternidad subrogada de la que forma parte Kemelmajer (2014), no advierte inconvenientes y promueve la figura de maternidad por sustitución, apoyándose principalmente en una noción amplia y extensiva de voluntad procreacional, como también en el artículo 19 de la Constitución Nacional, sosteniendo que mientras las personas intervinientes sean mayores de edad y capaces, podrán actuar de acuerdo a como lo deseen, siempre que no afecten a terceros. También considera a la maternidad por subrogación como un remedio para aquellas parejas homosexuales masculinas que no pueden concebir un hijo o para aquellas mujeres que carecen de ovarios o útero. Asimismo,

también se fundamenta en lo que llaman el “derecho al hijo” del cual goza todo individuo que aspira a ser padre o madre. Sin embargo, Sambrizzi (2012) afirma que de esta manera se tiene en cuenta sólo el interés de los padres biológicos, dejándose de lado el interés del niño.

Apoyando a la postura partidaria de la maternidad subrogada, Lamm (2012) y Herrera (2015), sostienen que la regulación de ésta sería la solución que mejor satisface el interés superior del niño, ya que desde el momento de su nacimiento cuenta con una familia que lo espera con amor. También advierten que a pesar del vacío legal, estas prácticas igualmente se llevan a cabo al margen de la ley, utilizándose muchas veces estrategias ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados mediante una regulación que las controle y garantice una filiación acorde a la verdad volitiva.

Es importante destacar también, que este fenómeno coloca en crisis a la máxima “madre cierta es” del derecho filial, ya que en este caso no se va a considerar madre a la mujer que da a luz, porque ésta no cuenta con el elemento necesario para el surgimiento de un vínculo filial en el caso de TRHA, como es la voluntad procreacional.

La gestación por sustitución, se realiza en una gran cantidad de países, por lo que las personas que cuentan con recursos económicos tiene la posibilidad de viajar al exterior y se someterse a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. No obstante, Alemania, España, Italia, por su parte, prohíben esta práctica; mientras que en Grecia, Rusia, Ucrania, Estados Unidos, la permiten. Otros países como Irlanda y Bosnia comparten la posición de Argentina, al no existir regulación al respecto (Kemelmajer, 2012).

La falta de regulación fue generando jurisprudencia a favor de la práctica, tratando de subsanar de alguna manera esta laguna normativa. Cabe mencionar el caso de “B., M. A. vs. F. C., C. R.”¹⁶ del año 2010, donde un matrimonio que había llevado a cabo una práctica de maternidad subrogada, planteó una acción de impugnación de maternidad en contra de la mujer gestante, la cual se encontraba inscripta como la madre del niño. La finalidad que

¹⁶ C.Civ.Com.Lab. “B., M. A. vs. F. C., C. R”. (2010). Recuperado el 18/8/17 de: www.laleyonline.com.ar

perseguían era que el nacido pase a ostentar vínculo filial con ambos miembros del matrimonio, alegando que el elemento genético y volitivo necesario para determinar la filiación, estaba en cabeza del matrimonio y no de la gestante que sólo cumplió ese rol sin aportar gametos ni intención. El juez de primera instancia rechazó el planteo, pero al apelar los actores, la Cámara revocó dicho decisorio.

Como conclusión puede pensarse que, si bien son numerosos los ejemplos de triple filiación a nivel internacional y nacional, Argentina aún no cuenta con una legislación clara respecto a esta temática, ya que aunque no la prohíbe tampoco hace alusión a la misma de forma concreta. Para el tratamiento objetivo de la multiparentalidad, desde este trabajo se considera importante el derecho a formar una familia desde la socioafectividad, contemplando el interés superior del niño y las realidades familiares de la actualidad.

Más allá de los avances en materia jurisprudencial y de las adaptaciones administrativas realizadas ante cada caso, urge la necesidad de modificar el derecho de fondo pretendiendo una delimitación más específica de los derechos y obligaciones de las partes involucradas en estos supuestos.

Con respecto a la ruptura de la pareja, ya sea por separación o fallecimiento de uno de ellos, no se expresa con claridad ni de manera específica como abordar jurídicamente esta temática. Hasta el momento, la legislación sólo presenta soluciones paliativas frente a estas situaciones especiales, acompañadas por aquellas respuestas surgidas de la jurisprudencia.

Continuando con la conclusión de este capítulo, cabe mencionar la existencia de dos figuras jurídicas pendientes de regulación legislativa como son la fecundación post mortem y la maternidad subrogada. Si bien se intentó que éstas formaran parte del nuevo texto del código civil estando presentes en el anteproyecto, no pudieron ingresar al sistema jurídico vigente, debido a la gran influencia ejercida por los pensamientos de la Iglesia Católica como así también de los debates doctrinarios contrapuestos.

A pesar de la persistencia de este vacío legal, estas figuras están presentes en la realidad social, por lo que el surgimiento de cada caso hizo necesaria la aplicación de

soluciones desde la jurisprudencia, sentando de esta manera importantes precedentes para un futuro tratamiento legal.

CONCLUSIÓN

Para concluir, cabe decir que el tratamiento de las TRHA en la historia legal de Argentina se ha ido adaptando a las necesidades sociales y culturales, considerándose a éstas como las más influyentes sobre las decisiones legislativas.

Además, estos movimientos sociales y culturales han sido apoyados por destacados doctrinarios quienes han colaborado en la formación de la concepción jurídica de las TRHA, dándole importancia no sólo a hechos biológicos y fisiológicos que no se habían contemplado hasta el momento, sino también a los avances sociales referidos a la familia, sin limitarse a una sola idea jurídica de TRHA.

Dentro de esta nueva concepción filial derivada de las TRHA, se amplió el espectro de sus beneficiarios, quienes sólo deben cumplimentar algunos requisitos básicos. Actualmente la ley sólo exige para el acceso a estas técnicas, requisitos personales de mayoría de edad y capacidad. Sin embargo, aún queda visible un punto de exclusión que tiene que ver con los altos costos de estos tratamientos, lo que se convierte en un aspecto discriminatorio que debería mejorar en un futuro para que las TRHA sean verdaderamente universales.

Como se expresa en el primer párrafo las cuestiones sociales son las que han ido marcando el derrotero para el desarrollo legal de las TRHA, este camino ha comenzado a recorrerse a partir del año 2010 con la sanción de la ley n° 26.618 de matrimonio igualitario y ha continuado en el año 2012 con la ley n° 26.743 de identidad de género, siempre basándose en los derechos constitucionales. Como resultado de este recorrido se han provocado cambios en materia de filiación así como nuevas formas de organización familiar, por lo que en el año 2013 se sancionó la ley n° 26.862 de cobertura médica de las TRHA, la cual ampara monetariamente a aquellos que tienen dificultades para procrear y ayuda a la posterior inclusión de éstas en el CCyC como una tercera fuente filial.

A partir del año 2015, el CCyC ha incorporado a las TRHA como una tercera causa-fuente de filiación, junto con la biológica y la adopción. Sin embargo, éste sólo hace referencia a ellas de manera general, por lo que se manifiesta urgente la necesidad de contar con una ley especial de TRHA. Por esto mismo, desde el año 2014, luego de obtener media

sanción en la Cámara de Diputados, se encuentra en tratamiento legislativo la ley especial de TRHA, la cual pretende regular el alcance, los efectos y cuestiones específicas referidas a éstas. Aunque ya han pasado tres años desde esta media sanción y todavía son numerosos los casos que no cuentan con una certeza respecto a diferentes aristas de estos procesos de fertilización.

Lo anteriormente mencionado, hace referencia al ámbito legislativo nacional. En cuanto al nivel provincial, son varias las provincias que están tratando el tema. Algunas de ellas han llegado a la instancia de presentar sus propios proyectos e ideas y otras se limitan sólo a adherirse a la ley nacional.

Por otro lado, cabe destacar que el surgimiento de las TRHA, en el ordenamiento jurídico argentino, como nueva fuente filial, ha movilizó de manera permanente algunas máximas tradicionales del derecho filiatorio. Sin embargo, este movimiento no fue más que un intento de acercar el derecho a la realidad social, provocando la disociación del vínculo genético con el vínculo jurídico, criticado por varios doctrinarios.

Esto puede explicarse a través de la importancia que adquirió el elemento volitivo, llegando a superar al elemento genético al momento de determinar la filiación de un niño nacido de una TRHA. Es decir, que de esta forma, la voluntad procreacional alcanzó un lugar protagónico.

Desde este trabajo, se considera válido este cambio socio-cultural en la concepción de lo que es ser padre y de las formas de llegar a serlo, dándole suma importancia a la voluntad procreacional y apoyando a todos los cambios jurídicos surgidos recientemente en materia filial.

Pasando a otro tema, se concluye que en los supuestos de TRHA heteróloga se identifica una contraposición a la hora de ejercer el derecho al anonimato del donante junto con el derecho a la identidad del niño, ya que si éste desea conocer su verdad biológica, el derecho a la intimidad y privacidad del donante deberá ceder.

Con respecto a lo mencionado, el CCyC adopta un sistema de anonimato relativo al cual considera como el que mejor garantiza el conjunto de derechos en juego, ya que de no

existir, se reducirían la cantidad de donaciones y como consecuencia el acceso a la paternidad.

Cabe aclarar, que no se deben confundir los conceptos de progenitor y donante, ya que progenitor es aquel que asume dicha función impulsado por la voluntad procreacional; mientras que el donante se limita a aportar material genético sin la intención de asumir un rol filial posterior y adquiriendo el derecho al anonimato. Este TFG tiene la intención de realizar esta aclaración conceptual, ya que dichos términos no están claramente diferenciados en la legislación vigente, lo cual puede prestarse a confusión.

Por otro lado, a pesar de los avances sucedidos en relación a las TRHA, dentro de la legislación argentina, siguen existiendo casos que se encuentran fuera de la misma. Éstos son la triple filiación, la ruptura de la pareja durante el tratamiento, la fecundación post mortem y la maternidad subrogada.

Si bien son numerosos los ejemplos de los casos mencionados a nivel internacional y nacional, Argentina aún no cuenta con una legislación clara respecto a éstos, ya que aunque no los prohíbe, tampoco hace alusión a los mismos de forma concreta. Para su tratamiento objetivo, desde este trabajo se considera importante el derecho a formar una familia desde la socioafectividad, contemplando el interés superior del niño y las realidades familiares actuales.

Más allá de los avances en materia jurisprudencial y de las adaptaciones administrativas que puedan realizarse ante cada caso, urge la necesidad de modificar el derecho de fondo, pretendiendo una delimitación más específica de los derechos y obligaciones de las partes involucradas en estos supuestos.

Hasta el momento, la legislación sólo presenta soluciones paliativas frente a estas situaciones especiales, acompañadas por aquellas medidas provenientes de la jurisprudencia, las cuales han sentado importantes precedentes para su futuro tratamiento legal.

Cabe destacar que dos de estas figuras jurídicas como son la fecundación post mortem y la maternidad subrogada, intentaron formar parte del nuevo texto del CCyC, estando presentes en el anteproyecto. Sin embargo, no pudiendo ingresar al sistema jurídico

vigente, debido a la gran influencia ejercida por los pensamientos de la Iglesia Católica, como así también de aquellos surgidos de los debates doctrinarios contrapuestos.

Desde este trabajo, se considera que deben primar las ciencias naturales y sociales ante la mirada doctrinaria de diferentes cultos religiosos u opiniones particulares, siempre en pos de la ampliación de derechos.

Como conclusión general de este TFG, se considera que, no obstante los avances en materia filial de TRHA, todavía queda mucho camino por transitar, apuntando siempre a lograr una sociedad cada vez más inclusiva e igualitaria, respaldada por un amplio derecho con estas mismas características.

Haciendo referencia exclusivamente a las TRHA como fuente de filiación, a lo largo de este trabajo se pudo advertir la complejidad que presenta el tema. A partir de este estudio, se propone considerar a las TRHA como un medio para satisfacer el derecho a formar una familia, dejando de lado la mirada antigua que sólo las concebía como una resolución a los problemas de infertilidad.

Partiendo de esta postura, se hace necesario asemejar algunos conceptos. Entre ellos se encuentra el concepto de hijo, poniendo en pie de igualdad a los nacidos por un acto sexual, por una TRHA o a los adoptados. Es el caso también de los padres, reconociéndole a éstos, igualdad de condiciones sin importar si son parejas homo o heterosexuales o personas solteras. De esta manera se refuerza la idea de la importancia que tiene la prevalencia de cumplir con el rol de padre y avanzar en un proyecto paternofilial, sobre el elemento genético-biológico.

Para cerrar, se cree que como sociedad nos estemos acercando a una paternidad social más que a una genética.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Aizenberg, M. (2012). “El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina”. *Revista de Derecho Privado*. [Edición Digital]. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120033-aizenberg-tratamiento_legal_jurisprudencial_las.htm
- Azpiri, J. (2012). “La filiación en el Proyecto del Código Civil”. *Revista del derecho de familia y personas*. [Edición Digital]. Recuperado de: <http://www.rubinzal.com.ar>
- Azpiri, J. (2015). *Incidencias del código civil y comercial. Derecho de familia*. 1. Buenos Aires: Hammurabi.
- Basset, U. (2014). “La democratización de la filiación asistida”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/ursula-basset-democratizacion-filiacion-asistida-dacf160478-2014-10-16>
- Basset, U. (2015). El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/ursula-basset-consentimiento-informado-filiacion-procreacion-asistida-codigo-civil-comercial-dacf160480-2015-07-14>
- Belluscio, A. C. (2004). *Manual de derecho de familia. Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.
- Berbere Delgado, J. (2012). “Fecundación post mortem. ¿Hacia una forzada orfandad parental?”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. [Edición Digital]. Recuperado de: <http://koha.senado-ba.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-analysis.pl?bibnum=16511&bibnumitems=71518>
- Bidart Campos, G. (1986). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Edigraf.
- Borsset, G; Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Cabrera, R. (2014). “La donación de gametos en las técnicas de reproducción asistida: breve comentario sobre la responsabilidad de los donantes”. [En línea] Documento inédito.

Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/donacion-gametos-tecnicas.pdf>

-Caramelo, G. (2012). “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”. *Revista de Derecho Privado*. [Edición Digital]. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120036-caramelo-ninos-consentimiento-informado-para.htm>

-Caramelo G; Picasso S; Herrera M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus.

-Carrera, C. (2016). “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista In Iure*. [Edición Digital]. Disponible en: <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/viewFile/311/293>

-Fama, M. (2012). “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnica de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista de Lecciones y ensayos*. [Edición Digital]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>

-Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

-Gil Domínguez A; Fama M; Herrera M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia. Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.

-González, M. (2015). “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Disponible en: <http://www.marcelamascotena.com.ar/documentos/44.pdf>

-Herrera, M; Lamm, E. (2014). “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Disponible en: http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/MH_EL.-De-identidad-e-identidades.-Derecho-a-la-informaci%C3%B3n.pdf

-Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

-Herrera, M. (2016). “Cuando los Derechos Humanos interpelan las relaciones de familia: La legislación civil al banquillo”. *Revista de Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*. [Edición Digital]. Disponible en: http://trabajosocial.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/13/2016/07/06_Herrera.pdf

-Iturburu, M. (2015). “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad”. *Revista SAMeR*. [Edición Digital]. Disponible en: http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf

-Iturburu, M. (2016). “El anonimato del donante en las técnicas de reproducción asistida. Sistema adoptado por el Código Civil y Comercial”. [Entrada de blog]. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-anonimato-del-donante-en-las-tecnicas-de-reproduccion-asistida-sistema-adoptado-por-el-codigo-civil-y-comercial-por-mariana-rodriguez-iturburu/>

-Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Lamm, E. (2010). “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uRACT9z4sb8J:ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/biblioteca/MATRIMONIO%2520CIVIL/LEY%252026618/DOCTRINA/KEMELMAJER%2520DE%2520CARLUCCI%2520%2520Filiaci%25F3n%2520y%2520homoparentalidad.doc+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>

-Kemelmajer de Carlucci, A; Fama, M; Lamm, E. (2011). “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es>

-Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Lamm, E. (2012). “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino”. *Revista de Derecho Privado*. [Edición Digital]. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-ampliando-campo-derecho-filial-derecho-argentino-texto-contexto-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-dacf120032-2012/123456789-0abc-defg2300-21fcanirtcod>

-Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Lamm, E. (2014) “Hacia la ley especial de reproducción asistida”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Disponible en:

http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC_MH_EL.-Hacia-la-ley-especial-de-reproducci%C3%B3n-asistida1.pdf

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

-Lafferriere, J. (2015). “Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Recuperado de: http://www.academia.edu/11728728/An%C3%A1lisis_de_la_media_sanci%C3%B3n_sobre_t%C3%A9cnicas_reproductivas

-Lamm, E. (2011). “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”. *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. [Edición Digital]. Recuperado de: http://sbibsisx.justiciasalta.gov.ar/biblioteca/opac_css/index.php?lvl=bulletin_display&id=5428

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

-Sambrizzi, E. (2011). “La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Recuperado de: <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=36551>

-Sambrizzi, E. (2012). “La fecundación posmortem” [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf>

-Sambrizzi, E. (2012). “La maternidad subrogada (gestación por sustitución) [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>

-Sambrizzi, E. (2015). “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”. *Revista La Ley*. [Edición Digital]. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/formLogin>

-Yuni, J. y Urbano C. (2006). *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*. 2° Ed. Córdoba: Brujas.

LEGISLACIÓN

-Código Civil y Comercial de la Nación.

-Constitución Nacional.

-Ley n° 2.258 de la provincia de Neuquén.

-Ley n° 2.342 sobre derecho del paciente a la preservación de sus gametos de la provincia de La Pampa.

-Ley n° 3.225 de la provincia Santa Cruz.

-Ley n° 4.557 de la provincia de Río Negro.

-Ley n° 9.667 de APROSS de la provincia de Córdoba.

-Ley n° 26.618 de matrimonio civil.

-Ley n° 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

-Proyecto de ley especial de TRHA.

JURISPRUDENCIA

a) Extranjera:

-C.I.D.H., “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”. (2012). Recuperado el 1/6/17 de: www.saij.gob.ar

-T.S.L., “S. vs. E. y D.” (2013). Recuperado el 14/8/17 de: www.microjuris.com

b) Nacional:

- C.A.Cont.Adm., “R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ Amparo” (2009). Recuperado el 13/6/17 de: www.rubinzalonline.com.ar
- C.Civ.yCom. Minas de Paz y Trib. Mendoza. "S., M. C. s/medida autosatisfactiva". (2014). Recuperado el 16/8/17 de: www.rubinzalonline.com.ar
- C.Civ.Com.Lab. “B., M. A. vs. F. C., C. R”. (2010). Recuperado el 18/8/17 de: www.laleyonline.com.ar
- C.F.A., “L, H A y otra vs. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra”, (2009). Recuperado el 10/6/17 de: www.eldial.com
- C.F., “S. M. J. y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo”. (2009). Recuperado el 5/6/17 de: www.microjuris.com
- C.N.A.Cont.Adm.Fed., “C, E M y Otros c/ EN-M”, (2014). Recuperado el 9/8/17 de: www.saij.gob.ar
- C.N.Civ. Sala J, “P., A. c/ S., A. C. s/ Medidas Precautorias”, (2011). Recuperado el 20/7/17 de: www.rubinzalonline.com.ar
- C.N.C., “Rabinovich Ricardo s/ Medidas Precautorias”, (1999). Recuperado el 10/6/17 de: www.eldial.com
- C.S.J., "B. M. y Otros s/ filiación". (2016). Recuperado el 25/7/17 de: www.eldial.com
- J.C.A., “C, A N y otro/a c/ IOMA”, (2010). Recuperado el 10/6/17 de: www.lavoz.com.ar
- J.Cont.Adm.Trib. “M. del P. C. y otra vs. GCBA”. (2011). Recuperado el 16/6/17 de: www.saij.gob.ar
- J.Cont.Adm.Trib. “V. A. F. y otros v. GCBA s/amparo”. (2011). Recuperado el 12/6/17 de: www.microjuris.com
- Trib. Fam. Morón. “G., A.P.”. (2011). Recuperado el 16/8/17 de: www.eldial.com
- T.S.J, “M., V. A. y otro” (2008). Recuperado el 13/6/17 de: www.microjuris.com

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	ACEVEDO, LUCILA BELÉN
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	36.366.390
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. NOVEDOSA CAUSA-FUENTE DE FILIACIÓN.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	<u>LUCILA390@HOTMAIL.COM</u>
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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

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

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

Lugar y fecha: LAS VARILLAS, 20/OCT/17.

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____ certifica que
la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

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