

UNIVERSIDAD
SIGLO 21
La Educación Evoluciona



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
ABOGACÍA

**“VÍNCULO FILIATORIO DE NIÑOS ENGENDRADOS
MEDIANTE TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN NATURAL,
CON VOLUNTAD PROCREACIONAL NO BIOLÓGICA. EL
PROBLEMA DE LA INSEGURIDAD EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO”**

URQUIZA, ROCÍO ELIZABETH

2019

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, por diferentes motivos, está volviéndose frecuente que las parejas, especialmente las igualitarias femeninas, opten por engendrar un hijo a través de Técnicas de Inseminación Casera (en adelante TIC), o mediante coito, *previo acuerdo* con un tercero cuya única intención es *solo aportar los gametos necesarios para dicho proyecto de familia, pero sin quedar vinculado como progenitor*.

La Voluntad Procreacional de estas parejas está claramente manifiesta, como también lo está la postura del donante. No obstante el elemento volitivo pierde la partida ante el elemento biológico.

Esta situación incorrectamente atendida por el ordenamiento jurídico argentino, brinda un panorama de inseguridad para todos los sujetos intervinientes: donante, pareja receptora del material genético y concebido. Basta solo con pensar en las viables, y legítimas, acciones de impugnación y reclamación de paternidad posibles; y en la endeble posición en que se coloca a la institución de la familia. El supuesto que se plantea, se proyectó en la realidad en los autos: “V.M.P. C/ L.S. S/ Acción de Impugnación de la paternidad”¹, donde el caso se encuadró dentro de las reglas de la filiación biológica, sin importar la Voluntad Procreacional presente desde el inicio. En dicha causa, una pareja de mujeres acuerda, con la ex pareja de una de ellas, engendrar un niño. Verbalmente se conviene con el hombre que quedaría desvinculado de la paternidad del bebé. Mediante coito la mujer resulta embarazada. Al nacer el niño es inscripto en el Registro Civil de Estado y Capacidad de las Personas con el apellido de la esposa de la madre gestante. Pasado un tiempo, y atento que el tercero no había podido lograr descendencia propia decide reclamar que se emplace al concebido como su hijo.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula en su parte pertinente las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), planteando con ello una tercera verdad filiatoria, que se adiciona a las ya creadas (por naturaleza o adopción). Para su sostén se incorporan nuevas instituciones como el Consentimiento Informado y la Voluntad Procreacional, las cuales resultan suficientes para emplazar al concebido en el estado de hijo de la pareja que está llevando adelante un proyecto familiar, y para destruir la filiación basada en el elemento biológico respecto del donante.

Las nuevas reglas que se crean para regir a las TRHA son las adecuadas para tratar la situación problemática que se plantea, pues puede vislumbrarse que sus elementos característicos se aproximan más a estas (pareja que decide fundar familiar a pesar que el concebido no comparte nexo biológico con alguno de sus integrantes; y tercero que solo pretende aportar el material genético, pero sin intención de quedar vinculado como progenitor).

¹ Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3. Dpto. Judicial San Nicolás. V.M.P C/ L.S. S/ Acción de Impugnación de la paternidad. (Sin sentencia firme al 01/10/2018)

El inconveniente surge al analizar la situación en que se encuentran estas parejas. Pues dicho caso se regirá por las reglas de la filiación por naturaleza, aunque sus elementos demanden un tratamiento como el que se le profesa a la determinación de la filiación mediante TRHA.

Expuesto el escenario de trabajo, y la incoherente respuesta que le brinda el ordenamiento jurídico argentino. Puesto que al no existir la intervención de un centro médico que recabe el Consentimiento Informado que se prescribe en las TRHA, se ligará la filiación al elemento biológico, prescindiendo totalmente del volitivo.

Esta investigación se orienta hacia la siguiente Hipótesis de Trabajo. Buscará demostrar que, si en el caso expuesto, pudiera firmarse un Consentimiento Informado similar al utilizado para las TRHA, sea ante escribano o Registro de Estado y Capacidad Civil de las Personas, podría darse seguridad jurídica a estas formas de procrear.-

2. ARGUMENTOS

PRIMER ARGUMENTO

La Hipótesis de Trabajo es factible.

SUSTENTO LEGAL

Dicha factibilidad se fundamenta primordialmente desde la perspectiva de los arts. 560, 561 y 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN). Corresponde tratarlos individualmente.

La incorporación del art. 562 al CCyCN introduce una nueva verdad filiatoria.

A partir de su entrada en vigencia, con basamento en la Voluntad Procreacional, los concebidos mediante TRHA son hijos de la mujer que los da a luz y del restante integrante de la pareja (hombre o mujer) que haya prestado su consentimiento previo, libre e informado, *con independencia de quien haya aportado los gametos* (Alfón, 2015)².

Considerándose pues, que el Consentimiento Informado y la Voluntad Procreacional también son suficientes para determinar la filiación en la situación problemática en análisis. Corresponde específicamente fundamentar la Hipótesis de Trabajo.

El art. 560 establece que el Consentimiento previo, libre e informado debe ser recabado por el Centro de Salud *interviniente* (Alfón, 2015)³. Inmediatamente después

²Art. 562. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Poder Ejecutivo.

³Art. 560. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Poder Ejecutivo.

el art. 561 respecto de su contenido dice que, debe adaptarse a las exigencias de la legislación especial para *posteriormente* ser protocolizado por escribano público o certificado por la autoridad sanitaria correspondiente (Alfón, 2015)⁴.

Entonces, el art. 560 menciona que el Consentimiento debe ser recabado por el centro de salud interviniente. En el caso en análisis no intermedia ningún centro médico. Recordemos que la concepción se lleva a cabo mediante coito o Técnicas de Inseminación Casera, según las cuales la muestra seminal se deposita *sin intervención médica* en el tracto genital de la mujer mediante cánula o jeringa. No obstante, puede pensarse que la mera redacción del artículo no puede constituirse en impedimento del derecho⁵. Simplemente se elaboró el mismo en base a hechos determinados, sin contemplar en ese momento otros posibles supuestos. Al fin y al cabo cabe preguntarse si, ¿es determinante cómo se introduce la muestra genética?, o ¿es más importante la seguridad jurídica que se le da a la institución de la familia?.

Más aún puede sostenerse lo antes dicho si el paso siguiente prescripto por el art. 561 es la posterior protocolización ante escribano público o certificación por autoridad sanitaria. Estos últimos no dejarían de cumplir su función, simplemente se obviaría la intervención del centro de salud. El Consentimiento Informado sería suscripto directamente ante escribano o autoridad sanitaria, pudiendo ser revocado libremente previa acreditación de la inexistencia de embarazo.

Al establecerse un modelo marco de Consentimiento Informado. Cuyas ventajas, desventajas, alcances e implicancias puedan ser claramente explicadas por un abogado, escribano o funcionario de la autoridad sanitaria, de modo que pueda cumplir el objetivo para el cual se instituye; y que permita ser suscripto directamente por los interesados ante la autoridad o escribano antes mencionados, los cuales cuentan con la potestad suficiente, podría simplificarse el proceso de concepción, los trámites relacionados y otorgar seguridad jurídica a todas las partes.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. EL CÓDIGO DE LA IGUALDAD.

Nuestra Ley Fundamental habla en su art. 16 de la *igualdad ante la ley de todos los habitantes del suelo argentino*. Inclusive, en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (2012)⁶ se implementa un cambio de paradigma orientado a la Constitucionalización del Derecho Privado. Donde se emparentan los Principios Constitucionales con los del Derecho Público y Privado. El objetivo fue brindar a la sociedad argentina *un Código de la igualdad, no discriminatorio, coherente con los cambios sociales, y propio para la nueva realidad multicultural*.

⁴Art. 561. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Poder Ejecutivo.

⁵ De la Torre, N. (2017). Técnicas Caseras De Inseminación en Argentina: Cómo Resolver La Filiación. [Versión electrónica]. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. (35), 323–344.

⁶<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Es por ello que, siendo reglamentados por el ordenamiento jurídico para las TRHA estos nuevos institutos. Resultando claramente legítimos. Habiéndose elaborado previamente, y a fin de fundamentarlos, estudios doctrinarios que los sustentan. No puede pretenderse que dichas reglas sean confinadas solo a algunos integrantes del grupo poblacional.

Ello atentaría contra la nueva filosofía de la cual se está imbuyendo al ordenamiento jurídico argentino.

SEGUNDO ARGUMENTO

La Hipótesis de Trabajo no resulta factible.

LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y EL ABUSO DEL DERECHO.

Utilizar los institutos predispuestos para las TRHA a fin de determinar deliberadamente la filiación resulta un abuso del derecho.

Entablar libremente a un niño en posición de hijo, así como destruir el nexo biológico a libre voluntad trasladando la potestad filiatoria a un tercero, resulta un exceso en la utilización de la norma.

Ello, sin perder de vista el menoscabo al derecho del concebido de conocer su verdad biológica. La cual es manipulada por la pareja que desea fundar familia en base al nexo genético con uno de sus integrantes y la voluntad de ser progenitor del restante. Dado que resulta necesariodesplazar al tercero que ha aportado la muestra seminal, en base a la imposibilidad prescripta por el art. 558 de poseer más de dos vínculos filiatorio (Alfón, 2015)⁷.

LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE UN CENTRO MÉDICO.

A mayor abundamiento, debe resaltarse que la intervención del centro de salud no se circunscribe únicamente a realizar tratamientos de fertilización asistida, ni a recabar el Consentimiento Informado. Su labor es mucho más compleja y comienza desde el estudio del estado de salud del donante, su genética, inclusive la de los embriones que serán implantados.

Resta entonces preguntarse si: encontrándose vigente la Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida y su Dec. Reg. 956/2013, la cual brinda facilidades de acceso a las prácticas de fertilización asistida; siendo estas más seguras en cuanto refiere a la salud tanto del donante, como de la mujer receptora del material genético y del concebido; inclusive, hallándose a disposición todo el encuadre legal necesario para

⁷Art. 558. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Poder Ejecutivo.

determinar la filiación en esos casos excepcionales, brindando seguridad jurídica. ¿Resulta imperioso utilizar TIC o coito en los términos expuestos para concebir un niño?.

CONTRA ARGUMENTO

Se ratifica que la Hipótesis de Trabajo es factible.

Clarificando. En el argumento precedentemente expuesto se plantea que la Hipótesis propuesta no es viable, en base a cuatro puntos: 1) que la determinación deliberada de la filiación resulta un abuso de derecho, 2) un supuesto menoscabo al derecho del concebido a conocer su verdad biológica, 3) los riesgos para la salud que implican el evitar la intermediación del centro de salud; y 4) la falta de necesidad de utilizar un medio distinto a las TRHA.

Corresponde reflexionar sobre cada uno de estos apartados en particular.

APARTADO 1). LA DETERMINACIÓN DELIBERADA DE LA FILIACIÓN RESULTA UN ABUSO DE DERECHO.

Respecto del mismo, puede decirse que no se trata de un abuso de derecho el echar mano de institutos vigentes en el ordenamiento jurídico argentino. Se observa que siquiera están interpretándose los mismos desde una óptica distinta a la tenida en cuenta por el legislador, sino que, son traspolados a un nuevo escenario de actuación. Lo contrario sería afirmar: que los institutos en sí son ilegítimos, y que el legislador ha incurrido en un abuso del derecho al incorporarlos en nuestro ordenamiento.

Dice la Doctrina que en materia de filiación se presenta una disociación de tres verdades filiatorias: genética, biológica y voluntaria o consentida. En la primera de ellas el elemento determinante es la ligazón cromosómica, la segunda refiere a la fecundación de la mujer por el hombre mediante coito, y en la restante prima el elemento volitivo (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2010)⁸.

Esta escisión de los elementos biológico y volitivo, es la nueva perspectiva a través de la cual debe tratarse el tema de la determinación de la filiación. No puede ignorarse entonces, que si en las TRHA el elemento volitivo tiene suficiente entidad como para sobreponerse por ante el biológico claramente tiene la misma potestad para hacerlo en la situación problemática en análisis. Puesto que, ¿no sería un abuso del Derecho, interpretar las mismas leyes de distinta manera, según la forma en que se haya introducido la muestra seminal en el cuerpo de la mujer?.

⁸Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera M., Lamm E.. (2010). Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual. *Revista La Ley, Buenos Aires, 20/09/2010*, 1 y ss.-

Manifiesta la Dra. Marisa Herrera (2016)⁹ que en relación a las TRHA el elemento volitivo ocupa un lugar predominante, sin importar de quién provenga la muestra genética. Si la Voluntad Procreacional se encuentra debidamente manifestada mediante el Consentimiento Informado, inscripto en el Registro de Estado y Capacidad Civil de las personas, esto bastará para sustentar la filiación.

No resulta coherente afirmar que ello puede servir, o no, de fundamento para la determinación de la filiación, en dependencia al método escogido para la concepción.

APARTADO 2). EL MENOSCABO AL DERECHO DEL CONCEBIDO A CONOCER SU VERDAD BIOLÓGICA.

LA VERDAD BIOLÓGICA Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Puede afirmarse que dicho derecho no resulta menoscabado, mucho menos afectado. En la Hipótesis expuesta se plantea la firma de un Consentimiento Informado. El cual será suscripto por todos los intervinientes en el proyecto de familia, y que será protocolizado por escribano o certificado por la correspondiente autoridad sanitaria, para oportunamente ser debidamente asentado en el Registro Civil al momento de la inscripción del niño por ante dicho organismo. De modo tal que el concebido podrá acceder a dichos datos en las mismas oportunidades que prescribe el art. 564 del CCyCN, es decir, cuando sea relevante para su salud, o por razones debidamente fundadas sujetas a consideración judicial (Alfón, 2015)¹⁰. Por tanto, de resultar indispensable el concebido podrá hacer uso de su derecho.

APARTADO 3). LA FALTA DE INTERMEDIACIÓN DEL CENTRO DE SALUD Y LOS RIESGOS SANITARIOS.-

Ningún centro médico, ni profesional de la medicina, puede afirmar en un cien por ciento que va a evitarse con los controles de estilo realizados para las TRHA todas las enfermedades biológicas-genéticas, sea respecto del donante, del embrión y/o de la futura madre gestante.

La cotidianeidad demuestra que cuando una pareja decide concebir un hijo en forma natural, una amplia mayoría no se realiza ningún estudio que arroje información de ese tenor para, en base a los resultados, decidir si van, o no, a procrear. En la filiación por naturaleza, la más frecuente de todas las formas de concepción, pese a todos los avances de la medicina y los cuidados médicos que la pareja busque cubrir, nadie está exento de la posibilidad de contraer una enfermedad.

⁹Herrera M., Caramelo G. y Picasso S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (2° ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Infojus.

¹⁰Art. 564. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Poder Ejecutivo.

Inclusive, sin ir más lejos en la jurisprudencia analizada, en los autos L., M. Áy P., A. M. Jt. S/ Medida Autosatisfactiva¹¹, la niña concebida mediante TRHA nace no obstante con un síndrome genético.

APARTADO 4). LA FALTA DE NECESIDAD DE UTILIZAR UN MEDIO DISTINTO A LAS TRHA.

En cuanto a ello debe destacarse que, fácticamente estas prácticas no son realizadas gratuitamente en Hospitales Públicos, e inclusive la Ley de Reproducción Médica Asistida y su Decreto Reglamentario, cubren a *quienes poseen Obra Social o Medicina Prepaga una determinada cantidad de tratamientos anuales*. Agotados los mismos sin éxito debe dejarse transcurrir el tiempo que manda la ley para volver a utilizar dichos procedimientos.

Debe señalarse aunque resulte evidente, que el tiempo en estos escenarios, es un factor fundamental trascendencia.

Finalmente, la Constitución Nacional Argentina en su Art. 16 enuncia que *ningún habitante argentino está privado de llevar acabo aquello que la ley no prohíbe*. Lo que permite determinar que, aún cuando son las TRHA las que se encuentran reglamentadas específicamente, *no son el único método autorizado para concebir*. Inclusive, *ello no excluye que sus reglas puedan ser aplicadas a situaciones con elementos característicos similares*.

CONCLUSIÓN

Se concluye de la presente investigación que según lo autoriza el art. 2 del CCyCN, interpretando el ordenamiento en su parte pertinente conforme dicha norma (Alfón, 2015)¹², pueden utilizarse los institutos del Consentimiento Informado y la Voluntad Procreacional a fin de fundamentar la filiación de niños nacidos mediante TIC o coito con material genético de un tercero que solo aportará la muestra, sin intención de quedar vinculado como progenitor.

Resulta factible, inclusive conveniente, la implementación de un Consentimiento Informado Marco, con las especificaciones propias de cada caso particular. Brindando el profesional o funcionario interviniente la información necesaria, referida al procedimiento que se llevará a cabo, a todas las partes que deberán suscribirlo. Legalizándose dicho documento ante la autoridad correspondiente.

¹¹Juzgado de Familia N° 2 de Puerto Madryn. L., M. Á y P., A. M. Jt. S/ Medida Autosatisfactiva. Recuperado el 30/09/2018 de: <http://thomsonreuterslatam.com/2016/10/una-nina-con-dos-mamas-voluntad-procreacional/> (Sentencia de fecha: 18/08/2016).

¹²Art. 2. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Poder Ejecutivo.

Este Consentimiento Informado será asentado en el Registro de Estado y Capacidad Civil de las personas al momento de la Inscripción del Nacimiento del concebido.

De esta forma podrá anotarse debidamente al niño en base a dichos términos, con mayor celeridad y practicidad. Simplificándose un trámite de vital importancia para todos los implicados.

Se brindará de este modo seguridad jurídica a estas formas de procrear.

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

De la Torre, N. (2017). Técnicas Caseras De Inseminación en Argentina: Cómo Resolver La Filiación. [*Versión electrónica*]. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. (35), 323–344.

Herrera M., Caramelo G. y Picasso S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (2° ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Infojus.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera M., Lamm E.. (2010). Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual. *Revista La Ley, Buenos Aires, 20/09/2010*, 1 y ss..

2. LEGISLACIÓN

Código Civil y Comercial de la Nación. Arts. 2, 558,560, 561, 562 y 564.

Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Fundamentos. (2012)

Ley de Reproducción Medicamente Asistida N° 26.862. Arts. 2, 5, 6 y 8.

Decreto Reglamentario 956/2013. Arts. 1, 2, 7, y 8.

Constitución Nacional Argentina. Art. 16.

3. JURISPRUDENCIA

Juzgado de Familia N° 2 de Puerto Madryn. L., M. Á y P., A. M. Jt. S/ Medida Autosatisfactiva. Recuperado el 30/09/2018 de: <http://thomsonreuterslatam.com/2016/10/una-nina-con-dos-mamas-voluntad-procreacional/> (Sentencia de fecha: 18/08/2016).

Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3. Dpto. Judicial San Nicolás. V.M.P C/ L.S. S/ Acción de Impugnación de la paternidad. (Sin sentencia firme al 01/10/2018).