
La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad*

▮ ADRIANA NOEMÍ KRASNOW**

RESUMEN: Este artículo describe los aportes y cambios que el Código Civil y Comercial argentino introduce en la filiación. En particular, la atención se traslada a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida en vinculación con el consentimiento informado como exteriorización de la voluntad procreacional. Asimismo, se destina un espacio al estudio de dos procedimientos que fueron silenciados en la norma: la gestación por sustitución y la fecundación *post mortem*.

PALABRAS CLAVE: filiación, técnicas de reproducción humana asistida, consentimiento informado, gestación por sustitución, fecundación *post mortem*.

The Filiation by Assisted Human Reproductions Techniques in the Argentinian Civil and Commercial Code. An Advance that Allows to Harmonize the Rule with the Reality

ABSTRACT: This article describes the contributions and changes that the Argentinian Civil and Commercial Code introduce in the filiation. The focus of at-

* Fecha de recepción: 10 de febrero de 2017. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2017. Para citar el artículo: KRASNOW, A. N., "La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 175-217. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.132.07>

** Doctorado en Derecho. Investigadora independiente, CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina). Profesora asociada de Derecho Civil v (Derecho de las Familias), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina. Contacto: adrikrasnow@gmail.com y adrikrasnow@arnet.com.ar

tention is moved to the assisted human reproduction techniques in relation with the informed consent as an exteriorization of the will to procreate. Moreover, it is intended a study space about two proceedings that were silenced in the norm as the gestational surrogacy and the *post mortem* fertilization.

KEYWORDS: Filiation, assisted human reproduction techniques, informed consent, gestational surrogacy, *post mortem* fertilization.

SUMARIO: Introducción. Un marco previo necesario. I. La filiación y sus fuentes en el Código Civil y Comercial argentino. A. La norma se acerca a la realidad. B. La filiación y sus principios. C. El derecho a la identidad y el derecho a la filiación. II. El consentimiento informado y su trascendencia en la filiación por TRHA. A. Marco introductorio. B. El consentimiento informado como exteriorización del principio bioético de autonomía. III. La gestación por sustitución como procedimiento proyectado que finalmente fue silenciado. A. Su reconocimiento en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. B. El silencio en el Código Civil y Comercial no implica prohibición. C. La respuesta favorable en la justicia nacional. D. La fecundación *post mortem* y su reconocimiento implícito en el derecho argentino. Cierre. Bibliografía.

Introducción. Un marco previo necesario

En este trabajo, nos proponemos introducir al lector en el tratamiento del instituto de la filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN), derivando la atención a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, filiación por TRHA).

Ingresar en el estudio que proponemos exige un previo encuadre del cómo y el porqué se instala un CCyCN en perspectiva constitucional y convencional. La respuesta la encontramos en el proceso de transformación que se precipita en Argentina con la reforma constitucional en el año 1994, momento a partir del cual se introduce una modificación en la estructura del sistema de fuentes interno que armoniza con la doctrina internacional de los derechos humanos.

Una particularidad del actual sistema es que no responde a una pretensión de completud, sino que su aspiración es la de ser un código de principios y valores. Este importante cambio supone para el operador un mayor desafío, puesto que deberá abordar cada caso atendiendo a su particularidad, siguiendo para ello una labor de interpretación e integración de las normas que resulten de aplicación en armonía con los valores y principios que iluminan el sistema.

El método seguido se corresponde con su espíritu, al incluir un Título Preliminar en el cual se refleja su impronta constitucional y convencional en los artículos 1 a 3, con el complemento de los principios generales reconocidos en los artículos 9 a 14. Seguidamente, la estructura se completa con seis libros para

cada sector: Parte general, Relaciones de familia, Derechos personales, Derechos reales, Transmisión de derechos por causa de muerte y Disposiciones comunes a los derechos personales y reales. A lo largo de los 2.671 artículos que componen el actual código se comprueba cómo los principios y valores están presentes en cada libro.

La descripción que precede se visualiza en toda la extensión que se asigna al libro segundo, “Relaciones de familia”. Allí se contemplan los institutos atendiendo a la protección de la persona en su unicidad, en sus relaciones de familia y en sus relaciones con los demás. Desde esta visión, que atiende a la pluralidad y el respeto a la diversidad, se regulan los institutos considerando las distintas formas de vivir en familia que coexisten hoy, situación que motiva referir al “Derecho de las familias” en reemplazo de su denominación tradicional “Derecho de familia”.

Como una muestra de la apertura descrita, en la filiación se observan importantes cambios y aportes que armonizan con el nuevo modelo. A modo ilustrativo de lo que seguidamente será objeto de abordaje, cabe citar: reconocimiento de la filiación por TRHA como fuente que se suma a las reconocidas desde hace tiempo, como la filiación por naturaleza y la adopción; distinción entre verdad biológica y voluntad procreacional como elementos que definen el vínculo filial en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA, respectivamente; definición del vínculo con prescindencia del género; introducción de términos provenientes de la bioética, como, entre otros, el consentimiento informado y la competencia; diferenciación y no asimilación del derecho a la identidad y el derecho a la filiación.

Tras este encuadre general, nos abocamos a describir el objeto seleccionado, desde un análisis que, enlazando norma y realidad, procura reflejar el criterio de interpretación, integración y aplicación de la norma en la doctrina y en la justicia argentinas.

I. La filiación y sus fuentes en el Código Civil y Comercial argentino

A. La norma se acerca a la realidad

Las disposiciones generales del instituto se encuentran contenidas en el capítulo 1 inserto en el título V, “Filiación”, del libro segundo, “Relaciones de familia”.

El artículo 558 precisa las fuentes: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

Seguidamente y en resguardo del principio de igualdad, declara que la filiación por naturaleza o por TRHA matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos.

En igual sentido, el artículo 559 dispone: “El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redac-

tados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada”.

Cuando se trate de una filiación por TRHA, se precisa en el artículo 561 cómo se define el vínculo:

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

Del texto surge que deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado cuando se trate de una filiación por TRHA, al momento de atribuir el doble vínculo a un/a niño/a como hijo/a matrimonial o extramatrimonial de una pareja casada o conviviente –de distinto o igual sexo– o asignar un solo vínculo cuando se trate de una mujer sola que recurrió a material genético de tercero/s dador/res.

En sintonía con el reconocimiento de la filiación por TRHA en igualdad de condiciones con la filiación por naturaleza y la filiación por adopción, se conserva la regla que consagrara el código derogado al declarar que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (art. 558, *in fine*).

La limitación al doble vínculo en la filiación por TRHA protege y al mismo tiempo fortalece el elemento volitivo, en aquellos supuestos en que se recurra a material genético de tercero dador anónimo o conocido sin voluntad procreacional. Sin embargo, el problema puede presentarse cuando la voluntad procreacional abarca a más de dos personas, manifestación que ha recibido el nombre de pluriparentalidad o triple filiación¹. Esta situación, como otras, se enmarca en lo que se conoce como la socioafectividad.

En Argentina se registran dos antecedentes previos a la entrada en vigencia del CCyCN. Acompañamos una breve reseña.

Un matrimonio integrado por dos mujeres y un amigo en común comparten el deseo de tener un hijo a través del empleo de una TRHA. Como la voluntad procreacional concurría en los tres, pretendían que respecto del niño –Antonio– existiera el triple vínculo. A través del patrocinio de la Federación Argentina de

1 Sobre el tema ver, entre otros, DE LA TORRE, N., “Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?”, *Abeledo Perrot online*, AP/DOC/1075/2015; GIL DOMÍNGUEZ, A., “La triple filiación y el Código Civil y Comercial”, *La Ley online*, AR/DOC/1010/2016; SAMBRIZZI, E. A., “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”, *La Ley* 2015-C, 881; SOLARI, N., “Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo”, *La Ley online*, AR/DOC/1075/2015; FERRARI, G. y MANSO, M., “La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado”, *La Ley* 2015-D, 811.

Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans –*FALGBT*– y la Defensoría *LGBT*², solicitaron en el Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires la inscripción de la triple filiación. Dicho Registro dictó entonces la resolución 2062/2015 que dispuso hacer lugar al reconocimiento de la triple filiación respecto de Antonio, con especial sustento en el derecho a la identidad y la ausencia de prohibición expresa de la triple filiación en la norma.

Al poco tiempo, el Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hizo lugar a la triple filiación de Furio Carri Dillon Ros.

En este contexto, el Registro Nacional de las Personas –*RENAPER*– adaptó los formularios de datos de niñas y niños a la situación que plantea la triple filiación, reemplazando los campos Padre/Madre por Progenitor 1, Progenitor 2 y Progenitor 3.

Si trasladamos ambas historias de vida al marco del *ccycn*, como oportunamente señalamos, se advierte que de acuerdo con este se ha de conservar el doble vínculo. Esto motiva preguntarnos si la decisión del legislador fue correcta o denota un retroceso que aleja a la norma de la realidad.

Nos inclinamos por una respuesta que revaloriza el avance que representa el *ccycn* en el derecho privado argentino. Siendo así, compartimos la decisión legislativa de la regla del doble vínculo para las tres fuentes de la filiación captadas en la norma, sin perjuicio de que en ciertas situaciones particulares resulte legítimo admitir la triple filiación.

El razonamiento que esbozamos se corresponde con lo expuesto al introducir el tema, donde partimos de caracterizar el *ccycn* como un código de principios y valores. Con esta dimensión, cuando corresponda decidir en un caso se deberá partir de las particularidades que lo integran para así definir los derechos comprometidos y, en función de ello, encarar una labor de interpretación e integración que posibilite el diálogo de fuentes (arts. 1 a 3 *ccycn*).

Seguidamente y por entender que la descripción que precede se nutre y encuentra sostén en los principios, destinamos el apartado que sigue al abordaje de los mismos.

B. La filiación y sus principios

Introducimos en los principios de la filiación en el régimen vigente exige acompañar una breve reseña de los principios que actúan como sostén de todo el sistema para que el lector pueda apreciar los cambios sustantivos que se introducen en el *ccycn* y cómo cada uno de ellos impacta particularmente en la filiación.

2 La Defensoría *LGBT* de la Ciudad de Buenos Aires es un organismo dependiente de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, la cual nace a partir de un convenio celebrado entre la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans el 29 de octubre de 2014.

Principio de pluralidad: desde una visión tolerante y respetuosa de la diversidad, se regulan los institutos en función de la multiplicidad de manifestaciones familiares, con el objeto de garantizar el derecho de toda persona a vivir en familia. Con relación a la filiación, su impacto se observa tanto en el reconocimiento de la filiación por TRHA como tercera fuente, como en la institucionalización de la pareja casada o conviviente de distinto o igual sexo, que se completa con la definición de los vínculos filiales que se originan en el seno de estos tipos de familia.

Principio de autonomía: se corresponde con la voluntad procreacional como elemento que define el vínculo en la filiación por TRHA. Sin embargo, cabe aclarar que vincular autonomía con voluntad procreacional no implica un desplazamiento total del orden público. Por el contrario, surge de la interpretación del conjunto de los enunciados del CCyCN destinados a la regulación de esta tercera fuente que se establece un régimen que, en resguardo del estado de familia como atributo de la persona, reposa en un juego armónico entre autonomía de la voluntad y orden público. Además, dado que la TRHA es una práctica médica cuya implementación se origina en la relación médico-paciente, debe analizarse este principio en correspondencia con el principio bioético de autonomía. Este exige al médico el deber de informar, para que el paciente esté en condiciones de prestar un consentimiento pleno y libre. Es por ello que su abordaje debe hacerse atendiendo a la alianza necesaria, en este aspecto, entre bioética y derecho.

Principio de solidaridad: actúa como protector del emplazamiento filial, además de servir de fundamento al conjunto de deberes-derechos propios de la responsabilidad parental, que nace como derivación del vínculo jurídico filial. Con relación a lo expuesto en el principio de autonomía, el principio de solidaridad es el que abre las puertas al orden público, en aspectos que trascienden el interés de quienes resultan involucrados en las TRHA.

Con este marco estamos en condiciones de abordar los principios propios de la filiación.

El principio de igualdad. Conforme a lo dispuesto en el artículo 558 CCyCN, este principio puede ser analizado desde dos perspectivas:

– Todos los hijos cuyo origen repose en la procreación natural, adopción plena, procreación asistida matrimonial o extramatrimonial son iguales en derechos.

– Todos los hijos, cualquiera que sea el origen, tienen derecho a un emplazamiento en el doble vínculo filial.

El principio de voluntad procreacional. Puesto que en el sistema anterior se regulaba la filiación por naturaleza y se guardaba silencio respecto a la filiación por TRHA, el régimen denotaba un fuerte apego al principio de respeto por la verdad biológica, omitiendo toda referencia a la voluntad procreacional, situación que conducía a interpretar que el legislador consideraba la concurrencia conjunta de

ambos principios. Pero esta alianza no resultaba posible en aquellos supuestos de TRHA donde el elemento biológico –presente total/parcialmente y/o ausente– perdía el lugar que representaba en la filiación por naturaleza, para ser reemplazado por el elemento volitivo que debía actuar en esta fuente como elemento definitorio del vínculo filial.

De esta aclaración previa, que resulta necesaria para comprender el desarrollo que sigue, se desprende que la captación en la norma de la filiación por naturaleza y la filiación por TRHA hizo necesaria una regulación diferenciada que guarde armonía con los principios que sostienen cada fuente.

Completa y facilita la comprensión de lo expuesto la distinción de tres aspectos que se vinculan con el acto procreacional: 1) la voluntad de la unión sexual; 2) la voluntad procreacional y 3) la responsabilidad procreacional³.

La voluntad de la unión sexual es la libertad de mantener relaciones sexuales, que puede estar unida o no al deseo de procrear.

La voluntad procreacional es el deseo e intención de crear una nueva vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no un hijo.

La responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación (natural y/o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce. Si la unión sexual produce la fecundación, nace en cabeza de los progenitores una responsabilidad directa respecto de la persona por nacer que se exterioriza en el ámbito normativo en el instituto de la responsabilidad parental, cuyo contenido abarca un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto a la persona y bienes de sus hijos mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (art. 638 CCyCN).

Ahora bien, mientras que en la filiación por naturaleza este conjunto de deberes-derechos recae en quienes serán emplazados como padres por la correspondencia genética con su descendencia, en la filiación por TRHA los mismos recaerán en quien/quienes hubiera/n exteriorizado su voluntad procreacional a través del consentimiento informado.

Es por ello que cuando se observa el funcionamiento de estos aspectos se detectan diferencias según se integren en un proceso de procreación natural o de procreación asistida.

Así, en el marco de la filiación por naturaleza, los tres aspectos pueden estar presentes (voluntad de la unión sexual, voluntad procreacional, responsabilidad procreacional) cuando la pareja –casada o conviviente– decide en el ámbito íntimo tener un hijo –unión sexual y voluntad procreacional–, asumiendo los deberes y derechos que le corresponden a cada uno en su carácter de titulares de la responsabilidad parental. Pero, también puede presentarse el

3 DÍAZ DE GUIJARRO, E., “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, *Jurisprudencia Argentina* 1965-III-21.

caso donde la voluntad y la responsabilidad procreacional concurren solo en uno de los progenitores, como en el del hijo extramatrimonial no reconocido. En este último caso, como la filiación y la responsabilidad parental son institutos diseñados en el interés de la persona del hijo, y este interés se efectiviza en el marco de esta fuente con un emplazamiento completo que guarde concordancia con la verdad biológica, la norma civil prevé recursos que permiten sortear la ausencia de reconocimiento, como la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

En cambio, en la filiación por TRHA la presencia de los tres elementos se analiza sin considerar el elemento biológico. Asimismo se observan particularidades que reflejan las diferencias con la filiación por naturaleza, como: 1) la disociación entre unión sexual y procreación en la inseminación y/o fecundación asistida, situación que deriva en una disociación entre voluntad de la unión sexual y voluntad procreacional; 2) el vínculo no se reduce a la pareja (casada o conviviente), sino que comprende al equipo médico que colabora desde su saber en el proceso reproductivo; 3) la disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional cuando una pareja recurre a material genético de tercero dador/a, primando para la determinación del vínculo la voluntad por sobre lo biológico; 4) la concentración en una sola persona de la voluntad y responsabilidad procreacional sin unión sexual, cuando una mujer sola decide someterse a un proceso de inseminación o fecundación asistida; 5) la probable disociación entre quienes aportan el material genético, mujer gestacional y progenitor/es legal/es; 6) el proceso vital discontinuo en el supuesto de embriones crioconservados. A esto se suma que la manifestación de la voluntad y responsabilidad procreacional se exterioriza en el consentimiento informado, dejando de pertenecer la procreación al ámbito íntimo para trascender al ámbito público.

El encuadre precedente deja en claro que las realidades comprendidas en cada fuente dependían de un despliegue legislativo que culmina felizmente con la entrada en vigencia del CCyCN.

Así logra plasmarse un régimen legal a través del cual se brinda un tratamiento diferenciado y respetuoso de las notas típicas de cada fuente en total armonía con los componentes culturales y valorativos de la sociedad en el presente.

C. El derecho a la identidad y el derecho a la filiación

1. El derecho a la identidad

a. Encuadre

La identidad acompaña a la persona durante toda su existencia y es por ello que se la puede caracterizar como un proceso que nace con la concepción y culmina con la muerte. El hecho de que se proyecte durante la existencia de la persona

indica que el origen es un aspecto sustantivo de este derecho pero no lo agota⁴⁻⁵, puesto que se suman durante el devenir de la vida otros elementos como el nombre, la filiación, la religión, las ideologías, los pensamientos, entre otros.

A pesar de lo expuesto, no podemos desconocer la trascendencia que tiene el origen en la construcción de la personalidad, afirmación que conduce a preguntarnos si en los casos de filiación por TRHA que reconocen como antecedente el empleo de material genético de tercero dador anónimo resulta afectado este elemento de la identidad. Podemos, en esta instancia del trabajo, brindar una respuesta a este interrogante, diciendo que no resulta vulnerado en el supuesto de un vínculo que encuentre su origen en el empleo de una TRHA, que estará definido por el elemento volitivo, si en paralelo se garantiza el derecho de acceso a la verdad de origen por una vía autónoma. Además, corresponde señalar que el dato biológico es el eslabón con el que se inicia la construcción de la identidad, sumándose en el devenir de la vida otros elementos que participan del despliegue dinámico de la identidad.

Entonces, si entendemos a la identidad como un proceso que no se reduce al dato biológico, sino que comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona a lo largo de su existencia, debemos seguir la distinción que hace Fernández Sessarego⁶ entre dimensión estática y dimensión dinámica.

-
- 4 KRSANOW, A. N., “El derecho a la identidad en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA”, en KRSANOW, A. N. (dir.), DI TULLIO BUDASSI, R. y RADYK, E., *Tratado de derecho de familia*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2015, 373-410; “Derecho a la identidad y filiación”, en FERNÁNDEZ, S. E. (dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, 489-532, “La filiación y sus fuentes en el derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asistida”, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, año V, vol. 57, enero, 2009, 6205-6218; “El derecho a la identidad en la procreación humana asistida”, *La Ley* 2007-F, 1224; “La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?”, *La Ley Litoral* 2007, 834 y “El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo”, *La Ley* 2007-F, 1224; “La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la realidad de origen sin impactar en el vínculo filial”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 39, Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, 2008, 45-58; *Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
 - 5 Sobre derecho a la identidad ver, entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2007 y *Derecho constitucional de familia*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 2006; BÍSCARO, B., “El derecho a la identidad, el nombre y la familia”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) y HERRERA, M. (coord.), *La familia en el gil nuevo derecho*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, 93-111; HERRERA, M., *El derecho a la identidad en la adopción*, Buenos Aires, Universidad, 2008; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso *Odievre c/France*”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 26, Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, 77-99; LÓPEZ FAURA, N., “El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción”, en GROSMAN, C. (dir.), *Los derechos del niño en la familia*, Buenos Aires, Universidad, 1998, 151-164.
 - 6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

La dimensión estática se compone de aquellos elementos que no se modifican sustancialmente en el tiempo y que refieren a la identificación del individuo, como la filiación, el nombre, los datos respectivos a su nacimiento; mientras que la dimensión dinámica comprende el conjunto de atributos y características que permiten diferenciar al sujeto en la sociedad y que resultan variables en el tiempo, como los pensamientos, las creencias, las convicciones morales y religiosas, las ideologías, entre otros componentes. Advertimos que ambas dimensiones funcionan de manera interdependiente, no siendo posible su escisión por conformar juntas la identidad de un sujeto.

Completa este encuadre la clasificación que hace Zannoni⁷, quien desde una perspectiva jurídica entiende que la identidad comprende tres aspectos:

a) Identidad personal en referencia a la realidad biológica: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica. En este ámbito distingue: 1) identidad genética: abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible; y, 2) identidad filiatoria: resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación con quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

b) Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona: comprende los rasgos externos que la individualizan e identifican, como los atributos de la personalidad, la propia imagen, entre otros.

c) Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona: realización del proyecto existencial, como creencias, pensamientos, ideologías, costumbres⁸.

El desarrollo que precede nos permite sostener que el dato biológico es uno de los elementos que hacen al contenido del derecho a la identidad, pero no el único. En igual sentido, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos expresa en su artículo 3:

Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como

7 ZANNONI, E. y CHERI, P., *Prueba del ADN*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

8 Desde otro lugar, Cifuentes señala que la identidad biológica que se integra a la faz estática conforma uno de los presupuestos del concepto de persona. Entiende a la identidad como un elemento que le da contenido al atributo del estado civil en virtud del cual se originan y proyectan las relaciones de familia. Como puede observarse, este autor no participa de la posición que entiende el derecho a la identidad como un derecho subjetivo personalísimo. CIFUENTES, S., "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", *La Ley* 1998-C, 1179.

los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad⁹.

La descripción que hicimos del derecho en estudio muestra que la prerrogativa que tiene una persona de acceder a un emplazamiento filial en el doble vínculo, puede insertarse en cualquiera de las tres fuentes que el CCyCN legitima. Entre las variables que se detectan pueden mencionarse: doble vínculo filial en concordancia con la verdad biológica (filiación por naturaleza y/o filiación por TRHA cuyo antecedente se encuentre en una fecundación o inseminación homóloga); doble vínculo filial en concordancia parcial con la verdad biológica (filiación por TRHA cuyo antecedente repose en una fecundación o inseminación heteróloga y/o adopción de integración); doble vínculo filial que no responde a la verdad biológica (filiación por TRHA cuyo antecedente responda a una fecundación o inseminación heteróloga y/o adopción).

La apertura que se observa, exige analizar el derecho a la identidad –y dentro del mismo el derecho de acceso a la verdad de origen– a la luz de los cambios que introducen las TRHA y en relación con las situaciones que se presentan con las puertas que abre el CCyCN.

Para completar el abordaje de este derecho acompañamos una reseña de cómo fue captado en el derecho argentino a través de normas de fuente constitucional y convencional.

En la Constitución Nacional corresponde citar lo dispuesto en el inciso 19 del artículo 75, que comprende dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación el dictado de normas orientadas a la protección de la identidad y la pluralidad cultural. Entre las normas de fuente convencional cabe referir a la Convención de los Derechos del Niño que en sus artículos 7, 8 y 9 contempla el derecho a la identidad¹⁰.

En el ámbito interno corresponde citar la Ley nacional 26061, de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuyo artículo 11 acoge este derecho en sus dimensiones estática y dinámica¹¹. También dispone

9 De fecha 16 de octubre de 2003, disponible en: www.portal.unesco.org

10 “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7.º); “Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8.º) y “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, ...” (art. 9.º).

11 “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho [...] al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen...”.

que recaerá en el Estado la responsabilidad de garantizar la efectividad de este derecho (arts. 11, 2.º párr., y 29)¹².

Si bien el marco legal descrito fue pensado en su alcance para el universo que se integra con niños y adolescentes, entendemos que, desde una visión constitucional y convencional del derecho privado, toda persona tiene derecho de acceder a su verdad de origen por tratarse de un derecho humano personalísimo cuya efectividad debe ser protegida por el Estado como garante de los derechos de todo ciudadano.

b. Derecho a la identidad y derecho a la información, ¿refieren a lo mismo?

Introducimos en esta cuestión exige partir de lo dispuesto en los artículos 563 y 564 CCyCN. En estos se garantiza, en los supuestos de prácticas heterólogas, el derecho de la persona nacida a través de una TRHA a ser informada, pero con una proyección que desde lo literal se presenta como limitada en sus alcances. En este sentido, el artículo 563 establece: “La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”; mientras que el artículo 564 prevé los supuestos de acceso a la identidad: “*Contenido de la información.* A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

Con esta solución, la norma adhiere a lo que en el derecho comparado recibe el nombre de anonimato relativo¹³.

Analizando los supuestos comprendidos en el artículo 564, nos vemos en la necesidad de trasladar nuestras apreciaciones.

12 “... Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar...” (art. 11, 2.º párr.); “... Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (art. 29).

13 En el derecho comparado se observan distintas tendencias: a) Anonimato total: Francia, Rusia y Dinamarca, entre otras. El anonimato está expresamente protegido por ley; b) “Doble ventanilla” “Double Track”: Islandia (1996), Holanda (hasta 2004), Bélgica (2007), estados de Estados Unidos. Se permite, a elección del donante, el anonimato o la identificación; c) Anonimato relativo: España (2006), Uruguay (2013) Portugal y Brasil. En principio anónima, salvo circunstancias previstas por ley: grave riesgo de salud del niño; d) No anónima: Reino Unido, Holanda (2004), Austria, Australia (Victoria, 1995; Australia del Sur, 2010), Nueva Gales del Sur (2007), Nueva Zelanda (2004), Finlandia (2006), Noruega (2003), Suiza (1999) y Suecia (2006). Se privilegia el derecho de acceso al origen.

En relación con el primer supuesto, la versión original de lo que fuera el Proyecto de Reforma adhería con buen criterio a la tendencia seguida en el derecho comparado cuando se reconoce el acceso a datos que coadyuvan en la superación del riesgo en la salud de la persona; mientras que la versión que recibe media sanción en la Cámara de Senadores y que se traslada al código aprobado reemplaza “riesgo” para la salud por “relevante” para la salud. Este cambio, a nuestro entender, no se limita a un mero reemplazo de término sino que dice mucho más, puesto que la palabra relevante permite comprender una multiplicidad de supuestos que exceden el riesgo, pasando a depender su alcance en cada situación de cómo lo interprete el centro de salud que intervenga.

Respecto al segundo supuesto, entendemos que la responsabilidad que se traslada al juez puede derivar en soluciones disvaliosas, por las consideraciones siguientes: a) delegar en este la evaluación de razones debidamente fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante dejará librada la mayoría de las veces esta posibilidad a sus convicciones internas y valoraciones; b) la discrecionalidad de la autoridad judicial puede conducir a situaciones de desigualdad; c) se torna excesivo trasladar en su persona una responsabilidad de tal magnitud, como lo es el acceso a elementos que contribuyen con la realización de este derecho humano personalísimo que se busca proteger.

Conforme a lo expuesto y considerando que el código se enmarca en un sistema anclado en la protección de la persona y sus derechos, corresponde no establecer distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que se refiere al acceso a la verdad de origen. Así como la norma introduce en la adopción la posibilidad de plantear una acción autónoma destinada a la efectividad del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (art. 596), corresponde hacer lo mismo en la filiación por naturaleza y por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad en nada afectará el emplazamiento filial, que en las TRHA siempre responderá al elemento volitivo.

Seguramente, quienes manifiesten su disconformidad con la reflexión precedente dirán que mientras que en la adopción se reconoce la existencia de una familia de origen, en la cual por circunstancias diversas que afectan el mejor interés del niño/adolescente se justifica el camino de la adopción, y por ser parte de la historia del adoptado debe garantizarse su derecho a conocer, en la filiación por TRHA no se reconoce como antecedente la existencia de una familia de origen. Si bien esta diferencia es cierta, no resta relevancia al derecho que tiene la persona nacida por una TRHA de informarse sobre el cómo y a través de quiénes se originó su existencia.

En suma, la decisión legislativa que se plasma en el código en relación con definir siempre el vínculo filial en esta fuente en función del elemento volitivo, no limita el derecho del hijo de informarse para acceder a su verdad de origen. Solo así toda persona comprendida en esta situación podrá alcanzar la efectividad plena tanto de su derecho a la filiación como de su derecho a la identidad,

integrando respecto a este último todos los elementos que confluyen en la dimensión estática y en la dimensión dinámica.

2. *El derecho a la filiación*

La importancia que asignaba el sistema derogado a la verdad biológica como elemento a considerar en la determinación de la filiación, conducía a confundir y no distinguir el derecho a la identidad del derecho a la filiación. Sin embargo, las historias de vida que se observaban en el plano de la realidad social reflejaban la exigencia de distinguir ambos derechos. La diferencia sustantiva a señalar es que mientras el derecho a la identidad en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen; el derecho a la filiación refiere a la prerrogativa de toda persona de acceder a un emplazamiento en el doble vínculo, el cual puede fundarse en el elemento biológico (filiación por naturaleza) o en el elemento volitivo (filiación por TRHA)¹⁴.

Bajo esta lógica, el CCyCN, al separar y reconocer con autonomía la filiación por naturaleza y la filiación por TRHA, logra diferenciar el alcance de cada uno de estos derechos.

Como en la filiación por naturaleza se conserva la concordancia entre el vínculo jurídico y el vínculo biológico, el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica se relaciona con el derecho a la filiación cuando se alcanza un emplazamiento en el doble vínculo que se corresponde con lo biológico; mientras que en la filiación por TRHA, cuando se trate de casos en los que se permita el doble vínculo, el mismo siempre se ajustará al elemento volitivo, sin considerar la concurrencia o ausencia total o parcial de nexo biológico. Pero, no olvidemos que en esta fuente nos encontraremos con supuestos donde el emplazamiento en el doble vínculo no resultará posible, como sería el caso de la mujer sola –soltera, divorciada o viuda– que tiene un hijo con el recurso a material genético de tercero dador.

Como surge de lo descrito, en el régimen que instala el nuevo código corresponde diferenciar como respuestas autónomas el derecho de acceso al doble vínculo y el derecho de acceso a la verdad de origen. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci, al distinguir el derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación, dijo:

... ambos derechos son diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia

14 Hace referencia a esta distinción KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación”, cit., 77-99.

entre el dato genético y el jurídico. En suma, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético¹⁵.

II. El consentimiento informado y su trascendencia en la filiación por TRHA

A. Marco introductorio

El reconocimiento de las TRHA como tercera fuente derivó en la necesidad de considerar sus reglas propias, las cuales se encuentran plasmadas en el libro segundo, “Relaciones de familia”, en el capítulo 2 del título V, “Filiación”.

Como punto de partida, se define el alcance de las TRHA en relación a sus destinatarios, surgiendo de sus enunciados la adhesión a un criterio amplio que se corresponde con los principios de pluralidad y autonomía. En esta línea, podrán acceder a estas prácticas médicas las parejas de igual o distinto sexo casadas o convivientes, como así también hombres y/o mujeres que no conforman pareja.

La apertura también abarca los procedimientos que acoge. Los usuarios, según la situación que atraviesen, podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga. En todos los casos se prescindirá del dato biológico, definiéndose siempre el vínculo filial en función del elemento volitivo exteriorizado en el instrumento de consentimiento informado¹⁶. De esta forma, Argentina adhiere a la tendencia que se impuso en los países que regulan esta tercera fuente¹⁷.

La apertura descrita pone de relieve la admisión implícita de las prácticas de baja y alta complejidad, de cuyo encuadre se ocupa el Decreto 956/2013 de 19 de julio, reglamentario de la Ley nacional 26862, de Acceso Integral a los Tratamientos de Procreación Humana Asistida¹⁸.

15 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Origen biológico. Derecho a conocer”, *Jurisprudencia Argentina* 2009-I-1035.

16 Art. 562 ccyc: “*Voluntad procreacional*. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado, libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado sus gametos”. También se hace referencia a la voluntad procreacional expresada en el consentimiento informado como determinante de la filiación, en los artículos 569 y 575 que se ocupan de la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, respectivamente.

17 Ver, entre otros: Portugal, art. 20 Ley 32/2006; Suiza, art. 256 c. c.; Francia, art. 311-20 modificado por la Ordenanza 2005-759 de 4.7.2005; Italia, Ley 40/2004; Brasil, art. 1597 c. c.

18 “... Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la

B. El consentimiento informado como exteriorización del principio bioético de autonomía

1. ¿Qué se entiende por consentimiento informado?

Adentrarse en el estudio del consentimiento informado exige vincular el derecho con la bioética, puesto que esta categoría conceptual se desprende del principio bioético de autonomía.

En efecto, la bioética se estructura en principios que coadyuvan en la búsqueda de respuestas a los problemas que se suscitan con el avance biotecnológico, como el principio de autonomía, el principio de beneficencia-no maleficencia y el principio de justicia.

Principio de autonomía: considerando que toda persona es capaz, en la relación médico-paciente este último tendrá libertad para decidir someterse o no a un tratamiento después de recibir una información comprensible.

Principio de beneficencia-no maleficencia: se refiere a hacer el bien con el menor daño posible. Mientras que la beneficencia apunta a prevenir o eliminar el daño y promover el bien, la no maleficencia busca que no se cause daño intencionalmente a otro.

Principio de justicia: concierne al cuidado de la salud para todos los ciudadanos sobre la base de sus necesidades. Exige brindar igual trato a las personas que se encuentran en las mismas condiciones y/o garantizar una distribución equitativa.

Al ocuparse el derecho y la bioética de la protección de la persona, su alianza permite el nacimiento del bioderecho como disciplina transversal. Para Ciuro Caldani, el “Bioderecho es el área jurídica compuesta por los casos y soluciones producidos en el desarrollo de la técnica en la vida en general y, particularmente, en la vida humana”¹⁹. Mientras la bioética se ocupará del estudio de los problemas que surgen con los avances biotecnológicos, el derecho como ciencia social destinada a regular la conducta humana captará en sus normas las respuestas y soluciones que aporta la primera con el propósito de alcanzar la efectividad. Asimismo, esta relación necesaria se fortalece si se consolida en el ámbito de la doctrina internacional de los derechos humanos, puesto que, como señala Casado cuando se refiere a los problemas derivados de las nuevas tecnologías genéticas,

.....
 inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...” (art. 2).

19 CIURO CALDANI, M. A., “Introducción general al bioderecho”, *Bioética y Bioderecho*, n.º 2, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, 12.

“[e]n todos estos campos se plantean frecuentemente dilemas de difícil solución homogénea en sociedades plurales y se pone de manifiesto la necesidad de encontrar respuestas jurídicas vinculantes enmarcadas en el respeto y la promoción de los Derechos Humanos reconocidos en los instrumentos internacionales”²⁰.

En relación al consentimiento informado como manifestación del principio de autonomía²¹, se lo define como “una declaración de voluntad efectuada por un paciente quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”²². En igual sentido, se lo define en la Ley argentina 26529, de Derechos del Paciente (s/texto Ley 26742)²³⁻²⁴ y en el artículo 59 CCyCN.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se lo enmarca como un acto jurídico que al poner en ejercicio derechos personalísimos –derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la dignidad, a la libertad, al cuidado del propio cuerpo– trasciende la esfera civil e ingresa en la esfera constitucional²⁵. Como afirman Gorvein y Polakiewicz, “[e]l consentimiento del paciente transcurre en la esfera de los derechos humanos personalísimos; es, por tanto, de carácter no negocial”²⁶.

-
- 20 CASADO, M., “Bioética y derecho”, en GROS ESPIELL, H. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, Comares, Granada, 2006, 33.
- 21 El Informe Belmont (1973) refería al consentimiento informado como el procedimiento destinado a cumplir con los principios de autonomía, beneficencia y justicia en la atención médica. En España encontramos como primer antecedente legal que capta el consentimiento informado la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, que en el artículo 10 refería a los derechos del paciente y en el artículo 6 facultaba al paciente a elegir entre las distintas opciones, destacando la necesidad de contar con su conformidad para la ejecución de cualquier intervención, previo cumplimiento del deber de información. Con el tiempo entra en vigencia a nivel estatal la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, derechos y obligaciones en materia de información y documentación jurídica. Asimismo, el 1.º de enero de 2000 entró en vigencia en España el Convenio Europeo de Bioética, cuyo antecedente era el Convenio de Oviedo, documento orientado a la protección de niños, adolescentes y personas afectadas en su salud mental.
- 22 HIGHTON, E. I. y WIERZBA, SANDRA M., “Consentimiento informado”, en GARAY, O., *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, 191.
- 23 Ley n.º 26.529: sancionada el 21 de octubre de 2009, promulgada el 19 de noviembre de 2009 y publicada en el *Boletín Oficial* el 20 de noviembre de 2009. Ley 26.742: sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 24 de mayo de 2012 y publicada en el *Boletín Oficial* el 24 de mayo de 2012.
- 24 “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada...” (art. 5).
- 25 GARCÍA GARNICA, M. DEL C., “El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. (Su tratamiento en el ordenamiento jurídico español)”, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año 5, n.º 2, marzo-abril, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2003, 1-20.
- 26 GORVEIN, N. S. y POLAKIEWICZ, M., “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en GROSMAN, C. (dir.), *Los derechos del niño en la familia*, Buenos Aires, Universidad, 1998, 136.

Con la aproximación que precede, el consentimiento informado como materialización del principio de autonomía se integra con el derecho-deber de información, promoviéndose por este camino un rol activo del paciente exteriorizado en su derecho de autodeterminación.

Desde esta dimensión, tanto el derecho como la bioética se ocupan del consentimiento informado, puesto que el primero estudia su desarrollo y encuadre y la segunda lo fortalece y protege con su inserción en el principio de autonomía²⁷.

Con esta descripción general estamos en condiciones de analizar el tratamiento que el código hace del consentimiento informado en el marco de la fuente en estudio.

2. *El consentimiento informado en la filiación por TRHA*

Si, como se dijo, el vínculo filial depende del querer asumir el lugar de progenitor, especial importancia reviste en este ámbito el consentimiento informado por tratarse del medio a través del cual se expresa este sentir. En virtud de esto, se dispone que el centro de salud que intervenga en la práctica médica debe reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales.

El encuadre contenido en la citada norma acoge lo que en bioética se denomina el derecho-deber de información como elemento que se integra al principio bioético de autonomía, en el sentido de que todo paciente, antes de expresar su conformidad para someterse a una práctica médica, tiene el derecho a recibir una clara y completa explicación sobre sus aspectos positivos y negativos. Este extremo se expresa en el código vigente bajo la frase “consentimiento previo, informado y libre”.

Se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción (art. 561) para dotar al acto de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados²⁸.

Una cuestión que el Proyecto resuelve con buen criterio puede formularse con la pregunta siguiente: ¿la voluntad procreacional/parental se conserva estable y no puede cambiar en el devenir? La respuesta de este interrogante comprende dos aspectos: a) definir si el consentimiento informado es revocable, y b) establecer si la conformidad inicial debe renovarse en prácticas médicas posteriores a la inicial.

27 En esta misma línea, ver HOOFT, P., “Bioética y jurisprudencia”, *Acta Bioética*, año VIII, n.º 2, Centro Interdisciplinarios de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, 2002, 211-237.

28 FAMÁ, M. V., “Filiación”, en RIVERA J. C. (dir.) y MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, 422.

En relación al primer aspecto, por ser el consentimiento informado un acto derivado del principio de autonomía, el código adhiere a la tendencia que se observa en las legislaciones de otros países con respecto a la viabilidad de la revocación dentro del margen dispuesto en la norma y la exigencia de renovar el consentimiento en cada práctica posterior²⁹.

En igual sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Evans v. The U.K.*, de fecha 7 de marzo 2006. Del relato de los hechos se desprende que el 12 de julio del año 2000, Natalia Evans y su pareja, el Sr. J., comenzaron un tratamiento médico de reproducción asistida. El 10 de octubre de 2001 la pareja fue informada de que las pruebas preliminares revelaron en Natalia serios tumores precancerígenos en ambos ovarios, los cuales debían ser removidos. Sin embargo, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación in vitro (FIV). Durante la consulta una enfermera les explicó que debían expresar su consentimiento sobre la realización del tratamiento y que, de acuerdo a lo previsto en la Ley de 1990, cada uno podría retirar su consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no fuesen implantados en el útero, retiro que conllevaría la destrucción de estos. En mayo de 2002 la pareja se disuelve. El Sr. J. notifica a la clínica la separación y pide la destrucción de los embriones. La clínica informa a la Sra. Evans que la clínica se encuentra bajo la obligación legal de destruir los embriones. La Sra. Evans inicia una acción para preservarlos. El juez sostuvo que un embrión no es persona, por lo que no cuenta con derechos propios y, además, que el derecho a la vida familiar de la señora no fue vulnerado. La Sra. Evans apela sin obtener respuesta favorable. El TEDH, ajustándose a la ley inglesa que admite la revocación, confirma la decisión de las instancias judiciales británicas. Entre otras consideraciones, el Tribunal sostuvo que el dilema central que el caso presentaba era el conflicto entre los derechos irreconciliables de dos particulares. En caso de que serle permitido a la peticionaria el uso de los embriones, el Sr. J. se vería forzado a convertirse en padre, mientras que si la negativa o el retiro del consentimiento del Sr. J. fuera mantenido, se vería negada la oportunidad de la peticionaria de convertirse en una madre genética. En las difíciles circunstancias de este caso, cualquiera que fuere la solución adoptada por las autoridades nacionales, los intereses de una u otra parte respecto al tratamiento FIV resultarían totalmente frustrados. Por tanto, la Gran Sala aceptó las recomendaciones de las cortes locales respecto a que el Sr. J. nunca consintió a la peticionaria el uso solitario de los embriones

29 Ver, entre otras leyes: España, arts. 3-5 y 11 Ley 14/2006; Portugal, art. 14.4 Ley 32/2006; Suiza, art. 7 Ley de Procreación Asistida del 18 de diciembre de 1998; Grecia, art. 1456 Ley 3089/2002; Reino Unido, Sección 3 HFEA.

creados conjuntamente, y que su consentimiento se limitó a someterse al tratamiento junto con la peticionaria³⁰.

El código argentino define con buen criterio el período dentro del cual se puede revocar: procede antes de la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561)³¹.

Uno puede preguntarse cómo compatibilizar el término dentro del cual procede la revocabilidad con lo que el código establece respecto al comienzo de la existencia de la persona humana, al decir que “comienza con la concepción” (art. 19).

Si bien la norma no distingue entre fecundación corpórea o extracorpórea, cabe diferenciar cuándo puede hablarse de concepción en cada tipo de fecundación. Para comprender esta apreciación, son de reseñar los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*³².

Con motivo de este caso, la Corte IDH consideró, de conformidad con su propia jurisprudencia, que es procedente definir el término “concepción”, partiendo de la diferenciación entre dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El tribunal señala que con la implantación se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Explica que si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En suma, como en la fecundación extracorpórea existirá concepción después del implante, el consentimiento informado podrá revocarse mientras no se efective³³.

En relación con su vigencia, el código establece: “Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones” (art. 560). Compartimos esta solución, puesto que la voluntad inicial puede no reflejar la voluntad actual, y guiarse por la primera puede conducir a la toma de decisiones que no responden al elemento volitivo³⁴.

Otro aspecto importante es el derecho de información, como instancia previa a la manifestación de voluntad. En cuanto al contenido, debe informarse todo

30 FARNOSAMOROS, E., “De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, *Indret*, 1-2007, Barcelona, 1-16.

31 Siguieron la misma línea la Ley 26862 y su Decreto reglamentario 956/2013.

32 Corte IDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, LL 2013-A, 160.

33 HERRERA, M. y LAMM, E., “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, *La Ley* 2013-D, 1037 y HERRERA, M., “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, *La Ley* 2013-C, 1281.

34 Destacamos que en la justicia nacional se registra un fallo dictado por la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 13 de septiembre 2011 que adoptó una posición contraria al declarar la vigencia del consentimiento. En *La Ley* 2011-E, 435.

lo relativo al tratamiento, riesgos, posibilidades de recuperación, limitaciones, sufrimientos, evitando pronosticar un resultado, por su carácter aleatorio. Para que el paciente adopte una decisión consciente, la información debe adaptarse al nivel educativo y a sus condicionamientos psíquicos. Trasladando esto a las TRHA, debe comprender todo lo relativo al procedimiento que se empleará, riesgos, cuidados especiales, consecuencias en la salud durante y después del tratamiento³⁵.

De esta forma se accederá a un consentimiento informado válido, destinado a proteger los derechos del paciente más que a reducir la responsabilidad médica, conforme lo ratificado por la Organización Mundial de la Salud³⁶.

III. La gestación por sustitución como procedimiento proyectado que finalmente fue silenciado

A. Su reconocimiento en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial

En la versión del Anteproyecto se regulaba este procedimiento con un alcance que reconocía límites precisos. En el entonces artículo 562 se establecían las condiciones de procedencia, así:

- a) El consentimiento informado de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución.
- b) La filiación entre el niño nacido y quienes manifestaran su voluntad procreacional, que quedaba establecida por la prueba del nacimiento, la identidad y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.
- c) El juez debía homologar el consentimiento informado si, además de los requisitos previstos en la ley especial, se acreditaba: 1) el haber tenido en mira el interés superior del niño que pueda nacer; 2) que la gestante gozaba de plena capacidad, buena salud física y psíquica; 3) que al menos uno de los comitentes aportaba sus gametos; 4) que el o los comitentes estaban en la imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; 5) que la gestante no aportaba sus gametos; 6) que la gestante no percibía retribución; 7) que la gestante había dado a luz a un hijo propio.
- d) Los centros de salud no podían proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.
- e) Si se carecía de la autorización judicial previa, la filiación se determinaba por las reglas de la filiación por naturaleza.

35 La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos de la UNESCO, en el artículo 8 de la Sección C, exige el consentimiento previo, libre y explícito de la persona. El mismo principio aparece en la Convención de Oviedo, primer instrumento jurídico internacional europeo de carácter vinculante, que exige el consentimiento informado para toda intervención biomédica.

36 NICOLAU, N. L., "Los vicios de la voluntad en la relación médico-paciente", *Bioética y Bioderecho*, n.º 2, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 1997, 35.

Como puede observarse, de los presupuestos surgía un juego armónico entre autonomía y solidaridad, al exigir un control judicial en dos etapas del procedimiento³⁷.

B. El silencio en el Código Civil y Comercial no implica prohibición

El artículo 562 se conservó durante la instancia de proyecto, pero cuando este recibió media sanción en la Cámara de Senadores se suprimió, y con ello la gestación por sustitución quedó silenciada. Finalmente, el CCyCN³⁸ se aprobó con el mismo texto que fuera aprobado en el Senado. Esto en un contexto caracterizado por la vigencia de la Ley 26862^[39] y su Decreto reglamentario 956/2013, de

37 Sobre el tema ver, entre otros: DE LA TORRE, N., “Técnicas de reproducción humana asistida: supuestos no contemplados en la ley”, en BARONI, C. y SEBA, S. (coords.), *Derecho de familia. Temas relevantes en el nuevo Código Civil*, Resistencia, Contexto, 2016, 169-196; KRASNOW, A. N., “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos en el Código Civil y Comercial”, *Revista Bioética y Derecho*, n.º 37, Barcelona, Observatorio de Bioética, Universidad de Barcelona, 2016, 69-84; “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial en Argentina”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona, disponible en: www.indret.com, 1-38; GIL DOMÍNGUEZ, A., “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologididad”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, v, 2015, 133; *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, Buenos Aires, Ediar, 2014 y “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, *La Ley* 2012-B, 1251; AZPIRI, J. O., “Reflexiones ante la falta de regulación de la gestación por subrogación”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 64, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 126-132; BARÓN, L., “Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 63, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 35-44; HERRERA, M. y LAMM, E., “¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución”, *Microjuris online*, MJ-DOC-5971-AR/MJD5971; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E., “Regulación de la gestación por sustitución”, *La Ley* 2012-E, 960; BERGER, S., “La copaternidad en los casos de maternidad subrogada”, *La Ley online*, AR/DOC/4418/2012; LAMM, E., “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2012, Barcelona, disponible en: www.indret.com; “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”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 50, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 107-132; FAMÁ, M. V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *La Ley* 2011-C, 1204; LOYARTE, D. y ROTONDA, A., *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995; WAGMAISTER, A. M., “Maternidad subrogada”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 3, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, 19-28; MEDINA, G. y ERANDES, G., “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”, *Jurisprudencia Argentina* 1990, II, 714.

38 Ver AZPIRI, “Reflexiones”, cit.

39 Sancionada el 5 de junio de 2013 y publicada en el *Boletín Oficial* del 26 de junio de 2013. Artículo 2: “Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”. El alcance amplio que se desprende de este enunciado en sintonía con lo dispuesto

cuyos enunciados se desprende su reconocimiento implícito, con respaldo en lo dispuesto en el capítulo primero del título preliminar⁴⁰.

En este contexto destacamos, como señal que se orienta a su reconocimiento expreso en la norma, la labor desarrollada en el seno del Congreso de la Nación a través de la presentación de los siguientes proyectos de ley: a) 2574-S-2015, sobre gestación por sustitución, presentado por la senadora Montero el 14 de agosto de 2015; b) 5700-D-2016, de regulación de la técnica de gestación solidaria, presentado por el diputado Ferreyra y otros el 31 de agosto 2016; c) 5759-D-2016, de gestación por sustitución, presentado por la diputada Rach Quiroga.

C. La respuesta favorable en la justicia nacional

En sintonía con el actual sistema de derecho privado argentino, la justicia de este país se fue adaptando en general a los nuevos tiempos, como se observa de la lectura de normas individuales –sentencias– que a nuestro entender son ejemplares y deben ser tomadas como modelos a seguir. Un ejemplo de lo que expresamos se visualiza en los pronunciamientos que sobre gestación por sustitución se han dictado en los últimos años. Como argumento común se destaca la valorización de la voluntad procreacional como elemento que permite definir en todos los supuestos de filiación por TRHA el emplazamiento filial; comprendiendo y legitimando desde esta visión el procedimiento en estudio por considerarlo un camino legítimo de realización del proyecto de vida personal y familiar.

En este marco y después de una lectura crítica de los precedentes seleccionados para el análisis, nos proponemos en los párrafos que siguen rescatar todo aquello que a nuestro juicio debe ser tenido en cuenta al momento de precisar si la respuesta judicial se ajustó a un criterio de razonabilidad. Advertimos que hemos dejado para el punto que sigue el abordaje de un caso que trascendió a nivel público, pero que exige un análisis separado del resto de los precedentes por el criterio adoptado al resolver.

en los artículos 1, 6, 7, 8 y 9 de la misma ley originó en muchos la convicción de que la gestación por sustitución cuenta con recepción legal en el derecho interno.

40 Para ilustrar los argumentos expuestos trasladamos las conclusiones obtenidas sobre el particular en la Comisión n.º 6 (Familia), “Identidad y filiación”, de las xxv Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre de 2015): “1) Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida; 2) Se debe regular la gestación por sustitución en una ley especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación; 3) La ley especial de gestación por sustitución debe hacer hincapié en la protección de todas las personas intervinientes; 4) El nacido por gestación por sustitución, con edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer su realidad gestacional y a acceder al expediente judicial; 5) El derecho a conocer los orígenes del niño nacido por gestación por sustitución realizada con material genético de personas ajenas al proyecto parental se resuelve, en el caso de los donantes de gametos, por aplicación de los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

La primera historia de vida que cabe reseñar se presenta en Rosario⁴¹. G. G. s., J. G. G. y v. p. peticionan la rectificación del acta de nacimiento de E. S., nacido el 11 noviembre de 2015, en la cual consta que es hijo de G. G. s. y v. p. En este caso se recurrió al empleo de material genético de uno de los miembros del matrimonio, óvulo donado por una amiga común que sin voluntad procreacional decide asumir el lugar de mujer gestante. Con buen criterio, el juez analiza si conforme a los hechos que se arriman a la causa se encontraban reunidos los extremos de procedencia de la gestación por sustitución que establecía el artículo 562 del código proyectado. Después de comprobar la presencia de todos los requisitos, reunir el dictamen favorable de la defensora que intervino, tener plena convicción de que la conformidad manifestada por todas las personas involucradas respondía a un actuar libre y autónomo, entiende razonable la petición por tener la plena convicción de que se atiende al interés superior del niño al permitirle por este camino insertarlo en una familia que le brindará amor y protección en su proceso de crecimiento y desarrollo⁴².

Pasemos a un caso registrado en la ciudad de Mendoza. Un matrimonio solicita como medida precautoria que se ordene a la empresa de medicina prepaga la incorporación de C. M., M. A. y B. J., nacidos el día 9 de marzo de 2015^[43], al plan médico en el que aquel se encontraba afiliado. Los niños fueron concebidos con material genético del matrimonio a través de la gestación por sustitución, implantándose el embrión en el útero de la abuela materna. Paralelamente, se tramitaba el pedido de inscripción de los bebés como hijos biológicos del matrimonio, dato confirmado con el examen de ADN.

Incluimos el análisis de este caso porque, si bien no refiere al emplazamiento filial, toca otras cuestiones sensibles y trascendentes para los tres niños en cuestión, como es la protección del derecho a la salud. Adherimos en un todo al comportamiento seguido por el juez, quien aclaró que si bien en la causa no correspondía definir la cuestión filial, sí cabía garantizar el derecho a la salud de los niños a través de la inclusión en el sistema de medicina prepaga al que pertenecía

41 Trib. Colegiado de Instancia Única Familia 5.ª Nom., 27/5/2016, "G., G. S. y otros s/filiación", RCJ 3260/16

42 Para que el lector pueda acceder a ciertos datos de la historia de vida se acompaña una breve reseña: G. G. s. y J. G. G. inician una convivencia de pareja en junio de 2000 y contraen matrimonio en septiembre de 2011. Con el propósito de tener un hijo, se anotan en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva. Después de transcurrir varios años sin ser convocados por dicho Registro, deciden recurrir a la gestación por sustitución. En la clínica a la que concurren se les informa que se empleará material genético de uno de los miembros del matrimonio y óvulo de dadora sin voluntad procreacional. En este contexto, v. p., en su condición de amiga de la pareja –casada y madre–, se ofrece como mujer gestante. El cónyuge e hijos menores de v. p. deciden acompañarla. Por este camino nace un niño que es inscrito como hijo de G. G. s. y v. p. Es por ello que deciden trasladar el caso a la justicia para emplazar al niño como hijo de quienes tienen voluntad procreacional.

43 1er. Juzg. Familia Mendoza, 2/9/2015, "C. M. E. y J. R. M. v. OSDE", Sistema Argentino de Información Jurídica (Infojus), www.infojus.gob.ar, 10/9/2015.

el matrimonio no reconocido por el derecho como progenitor legal, pero que en los hechos asumía este lugar. Merece ponerse de resalto en este caso la actitud del juez al despojarse del rigor formal y así alcanzar una solución garantizadora del mejor interés de los niños.

Como anticipamos, en paralelo se trasladó a la justicia la cuestión referida al emplazamiento filial. Entre los aspectos salientes del caso, mencionamos un elemento de contenido procesal y otro de fondo. Respecto a lo procesal rescata- mos cómo, mediante una adecuada estrategia jurídica, se encauza la pretensión a través de una acción declarativa de certeza. En relación a la cuestión de fon- do, el juez afirma que la gestación por sustitución está admitida en el código, afirmación que respalda lo que venimos diciendo respecto a su reconocimiento implícito. Con esta conducta totalmente acorde al modelo vigente y sin perder de vista los elementos que rodean a la historia de vida, estima que hacer lugar a lo peticionado es la respuesta que se adecua a la realidad familiar⁴⁴.

Con cercanía en el tiempo, una pareja se contacta a una mujer –madre de dos hijos– para llevar el embarazo de un embrión fecundado con óvulo y semen del matrimonio⁴⁵. Se suscribe el contrato y el bebé nace el 9 de enero de 2015. El médico extiende el certificado de nacido vivo a nombre de quien dio a luz. La ase- sora de menores e incapaces toma intervención y pide que se acompañe la partida de nacimiento. Por su parte, el abogado de las partes solicita, como medida de no innovar, que se ordene al Registro de Estado Civil la no inscripción de oficio del menor hasta tanto se resuelva. Se corre vista a la asesora, quien manifiesta que asumirá la representación directa del niño por su situación de indocumentación e incertidumbre respecto de su identidad y plantea la nulidad del acuerdo.

Lo que plantea este caso en el tratamiento que recibe en sede judicial y que consideramos innecesario, es la distinción expuesta por el juez entre la maternidad subrogada tradicional y la maternidad subrogada gestacional. En el primer supuesto, la mujer gestante sería al mismo tiempo la que aporta el material gené- tico; mientras que en la maternidad subrogada gestacional solo se concentra en una mujer la función de gestante. Entendemos, y esto se desprende del resto de los pronunciamientos, que debemos partir del encuadre que sobre gestación por sustitución aportó el Proyecto de Código, por tratarse del procedimiento que se ajusta a la protección de la persona. Hecha esta aclaración, igualmente valora- mos la decisión del juez, quien, después de comprobar que el caso se ajustaba a lo que él denominó maternidad subrogada gestacional, ordenó el emplazamiento a favor de quienes tenían voluntad procreacional y rechazó el pedido de nulidad del acuerdo. Sumamos como valioso el hecho de resaltar el deber de los proge-

44 1er. Juzg. Familia Mendoza, 15/12/2015, “C. M. E. y J. R. M. s/inscripción nacimiento”, La Ley Online AR/JUR/58729/2015.

45 Juzg. Familia n. 1 Mendoza, 31/7/2015, “A. V. O., A. C. G. y J. J. F.”, Infojus.

nitores de informarle al hijo la verdad de su origen cuando cuente con edad y madurez suficiente.

Con anterioridad, el 25 de junio de 2015, el Juzgado Nacional Civil n.º 83 dispuso la inscripción de una niña nacida el 7 de agosto de 2014 como hija de un matrimonio que recurrió a la gestación por sustitución con empleo de material genético propio. El matrimonio y la mujer gestante celebraron el “Acuerdo de voluntades maternidad subrogada”. Junto con este documento, que se presenta en el proceso, se acompaña el informe de la prueba genética, donde consta que la niña es hija biológica del matrimonio. La gestante manifiesta que no tiene voluntad procreacional y que ya tiene dos hijas propias. En este caso, como en los anteriores, se prioriza la voluntad procreacional para definir el emplazamiento, y a nuestro juicio es de resaltar el criterio seguido por el juez cuando en sus argumentos expresa el interés social de la filiación y la importancia del acceso a la verdad de origen⁴⁶.

A través de un camino judicial diferente, se registra el fallo del Juzgado Nacional Civil n.º 102, de fecha 18 de mayo de 2015. F. A. C. y M. C. C. impugnan la maternidad de M. L. R. S. respecto de la menor E. C., nacida el 10 de marzo de 2014, y solicitan que se la emplace como hija de la coactora M. C. C.⁴⁷. Como puede observarse, este caso es anterior a la reforma, y entendemos que por ello corresponde asignarle un valor mayor, por la actitud del juez de apartarse del estrecho marco de solución que ofrecía el sistema de entonces y, desde ese lugar, elaborar una solución razonable después de emprender una adecuada labor de interpretación e integración del sistema de fuentes interno, evitando así el recurso a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 242 del código hoy derogado que disponía que la maternidad se acreditaba con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido⁴⁸.

Un pedido diferente se presentó para su resolución ante el Tribunal Colegiado de Familia n.º 7 de la ciudad de Rosario⁴⁹. Se trataba de un matrimonio en el que, después de atravesar distintas prácticas, la mujer pierde su capacidad gestacional como consecuencia de una histerectomía total, quedando en estado de crioconservación seis embriones. El matrimonio considera la gestación por sustitución como el procedimiento que permitiría el implante de los embriones

46 Juzg. Nac. Civ. n. 83, 25/6/2015, “NN o s/inscripción de nacimiento”, Infojus.

47 Para que el lector pueda acceder a ciertos datos de la historia de vida se acompaña una breve reseña. Los actores acreditan una convivencia de años. Ante la imposibilidad de procrear, la niñera del sobrino se ofrece a gestar el embrión fecundado con material genético de la pareja. Luego de nacer, la hija es reconocida por F., siendo emplazada en el vínculo materno como hija de M., conforme lo dispuesto por el artículo 242 c. c., hoy derogado.

48 Juzg. Nac. Civ. n. 102, 18/5/2015, “C., F. A. y OTRO v. R. S., M. L. S/impugnación de maternidad”, LL 2015-C-522.

49 Trib. Colegiado Familia n.º 7, Rosario, 2/12/2014, “xxx s/maternidad por sustitución”, *La Ley online*, AR/JUR/90178/2014.

en otra mujer y así convertirse en progenitores. Cuando le comentan a una pareja conocida, la mujer de esta última les ofrece su vientre para el implante. En este contexto, el matrimonio pide al juez la autorización de implante en la mujer gestante –se acompaña un acta notarial donde consta la ausencia de voluntad procreacional en la gestante– y suma al pedido la inscripción del niño como hijo del matrimonio con voluntad procreacional, si el implante resultara exitoso. La jueza hace lugar a la petición.

Lo importante a rescatar en este caso es el momento del planteo y la razón por la cual el matrimonio decide trasladar al ámbito público un procedimiento que se venía desarrollando en el ámbito privado. Respecto a los primeros, el caso se ubica en el año 2014, época en que estaba en discusión el Proyecto, sumado a que se sitúa en una fecha cercana a su media sanción en Cámara de Senadores que, como señalamos, suprimió de la norma proyectada la gestación por sustitución. Respecto a las razones del traslado a sede judicial, se vincula con pasos formales que el proyectado artículo 562 disponía para este procedimiento: el consentimiento informado debía ser protocolizado ante escribano público o autenticado por autoridad sanitaria competente y, posteriormente, se debía reunir la autorización judicial de implante. Valoramos la conducta asumida por las partes, puesto que de esta forma cumplieron con los requisitos de forma que a ese tiempo no eran exigibles pero que sí podían llegar a serlo de aprobarse el código sin cambios. Asimismo, aprobamos y adherimos a la conducta que sigue la jueza, quien hace lugar al planteo e inclusive deja abierta, de manera preventiva, la inscripción del nacimiento en función de la voluntad procreacional.

Cerramos la reseña con el fallo del Juzgado de 1.^a Instancia en lo Civil n.º 86 de la Ciudad de Buenos Aires de fecha 18 de junio de 2013^[50], por tratarse del primer caso de gestación por sustitución nacional que se traslada a la justicia cuando se discutía el Proyecto de Reforma de CCyCN, el cual fue tomado como fuente para ciertos pronunciamientos que se dictaron con posterioridad. Respecto a los hechos, se trataba de una mujer casada que después de cursar dos embarazos que no llegaron a término perdió la capacidad gestacional. Una amiga, separada de hecho y con dos hijos mayores, se ofrece voluntariamente y sin retribución a gestarlo en su vientre. Por este camino, se logra un embrión y se concreta el embarazo en el primer intento. La niña nace el 19 de abril de 2012 y en el certificado de nacimiento se enuncia como madre a la gestante, pero no se la inscribe en el Registro. Como el caso se ajustaba a lo que en esa época admitía el Proyecto de Reforma, la jueza ordenó la inscripción de la niña como hija del matrimonio. En este caso, que valoramos especialmente por la actitud valien-

50 Juzg. 1.^a Instancia Civ. n. 86, 18/6/2013, “N. N. O D. G. M. B. M. s/inscripción, nacimiento”, LL 2013-D-195. Ver la nota de KEMELMAJER, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”.

te y comprometida de la jueza al tratarse del primer antecedente de gestación por sustitución nacional, se rescatan como aportes valiosos: el comprobar que la historia de vida se ajustaba a los extremos que exigía el entonces proyectado artículo 562 del Proyecto de Reforma; el valorizar la voluntad procreacional como elemento que permite definir el vínculo en la filiación por *TRHA*; el introducir la socioafectividad como elemento que permite ampliar los contornos de los vínculos familiares más allá del parentesco.

Destacamos que a los precedentes reseñados se suman otros recientes, como, entre otros, un auto del Tribunal Colegiado de Familia n.º 7 de Rosario, de fecha 5 de septiembre de 2016⁵¹, que ordena la inscripción de la niña como hija de la pareja con voluntad procreacional, cerrando con este trámite el caso que reseñamos del mismo Tribunal de fecha 2 de diciembre de 2014 y un fallo proveniente del Juzgado Civil n.º 8 del mes del mismo mes y año⁵².

Tras la reseña que antecede, se concluye que la justicia asumió en este último tiempo una conducta flexible al momento de definir situaciones como las descritas. Entendemos que el proceder seguido encuentra respaldo en la ausencia de una norma que expresamente prohíba este procedimiento en el *CCyCN*, situación que legitima decir que la falta de prohibición habilita la admisión. Por tanto, no se vulnera el orden público argentino si a través de una norma individual como la sentencia judicial se admite en todos sus alcances la gestación por sustitución en nuestro país.

Para vincular la situación descrita en Argentina con otras realidades, nos limitamos a trasladar un breve relato de precedentes extranjeros, empezando por un caso que llega a conocimiento del Tribunal Superior español. Refiere a un nacimiento ocurrido en California, producto de un contrato de gestación por sustitución, el cual, cuando se intenta su reconocimiento en España, es rechazado por considerarse que violaba el orden público español al tratarse de una práctica prohibida por ley. Esto derivó en que los niños fueran inscritos como hijos del matrimonio en el registro de California.

El consulado español en Estados Unidos se negó al reconocimiento de dicha inscripción, mientras que la Dirección General de los Registros y del Notariado revocó dicha decisión. Por último, la mayoría de los miembros del Tribunal Superior de España rechazó el procedimiento:

La decisión de la autoridad registral extranjera al atribuir la condición de padres a un matrimonio de personas del mismo sexo que contrataron la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en Los Ángeles (California, Estados Unidos) es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares,

51 “F. M. L. y otra s/autorización judicial”, inédito.

52 “B., B.M. y otro c/ G., Y.A. s/Impugnación de filiación”, inédito.

en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia⁵³.

De manera contemporánea se presentan dos casos en la justicia francesa. Respecto del primero, el matrimonio Labassé celebra un acuerdo de gestación en un centro de fertilidad de Minnesota, Estados Unidos. El 27 de octubre de 2001 nace Juliette. El 31 de octubre 2001, el Tribunal del Estado de Minnesota, después de recibir la manifestación de la gestante renunciando a todos sus derechos sobre la niña y declarar que el Sr. Labassé es el padre biológico de Juliette, le otorga la custodia de la niña para que pueda regresar a Francia. Cuando la familia llega a Francia, debe enfrentarse a diversos obstáculos para alcanzar el reconocimiento del vínculo jurídico-filial.

En el otro caso, la pareja Mennesson tuvo gemelas por medio de la gestación por sustitución, con material genético del Sr. Mennesson y óvulos de dadora. Cuando se comprueba el embarazo en marzo de 2000, la pareja pide en la justicia que las niñas sean inscritas a su nombre después del nacimiento. La Corte Suprema de California dicta sentencia favorable el 14 de julio de 2000. En noviembre de 2000 el señor Mennesson solicita en el consulado de Francia en Los Ángeles la transcripción del acta de nacimiento en los registros del estado civil francés y la expedición de pasaportes. Se deniega el pedido. Ante la negativa, la pareja tramita los pasaportes estadounidenses para que las niñas salgan del país y así poder la familia ingresar a Francia. El 6 de febrero de 2011, la Sala Civil de la Corte de Casación francesa, con sustento en el orden público internacional y en que todo acuerdo de gestación por sustitución resulta contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano (art. 16 c. c. fr.), rechaza el pedido de transcripción del acta de nacimiento extranjera en el registro civil francés.

Ante la situación de debilidad jurídica en que el Estado de Francia colocó a los niños nacidos a través de la gestación por sustitución en el extranjero, al rechazar los pedidos de inscripción en el registro civil francés, ambos casos se pusieron en conocimiento del TEDH.

En ambos, *Mennesson*⁵⁴ y *Labassee*⁵⁵, el TEDH declaró, por unanimidad, que si bien no se encontraba violado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que contempla el respeto por el derecho a la vida privada de los demandantes, sí hubo tal violación respecto al derecho de los niños a que se respete ese derecho humano. En este marco, admitió la demanda por violación al

53 Trib. Sup. España, Sala de lo Civ. pleno, 6/2/2014, "D. c. y R. C.", RDF 2014-IV-227. Con nota de GALATI, E., "La gestación por sustitución según la minoría y la mayoría del Tribunal Supremo español".

54 Demanda n.º 65192/11.

55 Demanda n.º 65941/11.

artículo 8, distinguiéndose que en relación con el derecho de los demandantes la transgresión de la norma se concreta en lo relativo al respeto de su vida familiar, mientras que respecto de las niñas se produce en relación al derecho al respeto de su vida privada. Acompañamos un breve relato de algunos de los argumentos expuestos.

Se advierte que la prohibición de este procedimiento en el Estado francés es un medio que busca disuadir a sus ciudadanos de recurrir a otro país que les permita tener un hijo, justificando este proceder como una forma de proteger a los niños y a la gestante.

Avanzando en el análisis de la afectación de los derechos de los niños, el TEDH sostiene que el derecho de respeto a la vida privada se vincula con la identidad, que comprende a la filiación. En este contexto, existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestación por sustitución y la determinación jurídica de la filiación. Atendiendo a este análisis, el TEDH considera que el Estado de Francia originó “un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna”.

Si bien el Tribunal respeta que un Estado parte del Convenio prohíba la gestación por sustitución en su país, esta decisión de política legislativa no puede derivar en el desconocimiento de la filiación y con ello afectar el derecho a la identidad de los niños. Esta conducta propicia el reconocimiento de la determinación de la filiación en los países donde se emplea el procedimiento de la gestación por sustitución⁵⁶.

Como cierre de este apartado acompañamos la reseña de otro caso que llegó a conocimiento del tribunal internacional. Nos referimos a *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12), de fecha 27 de enero 2015^[57].

Una pareja celebra un acuerdo de gestación por sustitución. Una ciudadana rusa participa como mujer gestante y el niño nace el día 27 de febrero de 2001. El certificado de nacimiento se extiende a nombre de la pareja. En abril de 2011, el Consulado de Italia en Moscú expide la documentación que autoriza al niño para salir de Rusia con destino a Italia. En Italia, el Registro Civil rechaza

56 Comentan este fallo KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, *La Ley* 2014-D-1165. Se recomienda la lectura de LAMM, E. y RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista Bioética y Derecho*, n.º 37, Barcelona, Observatorio de Bioética, Universidad de Barcelona, 2016, 149-170.

57 Comentan este fallo KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*”, *La Ley online*, AR/DOC/610/2017. Para este caso, también se recomienda la lectura de LAMM, E. y RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista Bioética y Derecho*, n.º 37, Barcelona, Observatorio de Bioética, Universidad de Barcelona, 2016, 149-170.

el pedido de inscripción bajo el argumento de que la documentación presentada sería falsa. El 5 de mayo 2011, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de “tergiversación de estado civil” y violación de la legislación sobre adopción, por considerar que habían ingresado el niño al país violando la ley italiana y sin cumplir con la autorización para adoptar. A esto se sumaba que se encontraba acreditado que la pareja y la mujer gestante no habían aportado el material genético. Con estos elementos, se consideró que se había incumplido la prohibición en el país de la gestación por sustitución y el empleo de gametos de terceros (Ley 40 sobre TRHA), como así también las normas que regulan la adopción.

El Tribunal de Menores en el que se radicó la causa declaró el estado de abandono y con ello la situación de adoptabilidad del niño, por entender que los padres biológicos eran desconocidos y la pareja Paradiso-Campanelli no podía ser considerada los padres por ausencia de nexo genético y jurídico con el niño. En grado de apelación, se derivó el cuidado del niño a los servicios sociales hasta ser colocado en una familia de acogida. En enero de 2013, el niño fue dado en adopción. Cabe destacar que la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli no fueron informados de estas actuaciones y se les impidió todo contacto con el niño.

En este caso, como en los dos anteriores que describimos, el TEDH entendió que se había violado el interés superior del niño al ser privado de los lazos familiares, cuando decisiones como estas son excepcionales y deben disponerse cuando la permanencia en la familia perjudica al niño.

Conforme a los hechos, el niño había transcurrido sus primeros meses de vida con la Sra. Paradiso y el Sr. Campañelli, quienes se comportaron como progenitores durante este tiempo. El tribunal destaca que el Estado debe considerar el interés superior del niño, con independencia de la relación parental, genética u otra.

En este contexto, la Sala de la Segunda Sección hizo lugar al reclamo de los demandantes, declarando, por cinco votos contra dos, que las medidas adoptadas por la autoridad local habían violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Atento lo dispuesto por el artículo 43 CEDH, el Estado de Italia solicitó que se remitiera a la Gran Sala, órgano que, con el voto de doce contra cinco, con apoyo en la teoría del margen de apreciación de los Estados, revirtió la decisión y concluyó que no hubo violación al artículo 8 CEDH.

1. Un precedente que legitima la gestación por sustitución a través de la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad. En el sistema vigente, ¿resulta necesario?

Empecemos por una descripción del caso. M. R. H. y M. C. H. peticionan autorización judicial para la inscripción de la niña por nacer ante el Registro Nacional de las Personas con el prenombre Melina Solange y con los apellidos de los dadores

de gametos con voluntad procreacional, A. y H., y con inminente y probable fecha de parto para el 19 de enero de 2016^[58].

Las peticionantes son hermanas. M. C. H., casada con O. desde el año 2009, tiene tres hijos menores de edad. Por su parte, M. R. H. mantiene una unión convivencial con A. y desde joven padece una amenorrea primaria causada por una enfermedad que recibe el nombre de Síndrome de Rokitansky, caracterizada por ausencia de útero y vagina con ovarios funcionales. Con ayuda médica podían lograr una fecundación extracorpórea con material genético propio de la pareja, pero debían contar con una mujer gestante. M. N. H. decidió gestar el bebé de su hermana y cuñado. Cuando estaban haciendo los primeros estudios, M. N. H. recibió la noticia de que estaba embarazada de quien luego fuera su tercera hija. Transcurridos dos años se retomaron los estudios. Se fecundaron cinco embriones y se implantaron dos, lográndose el desarrollo de uno de ellos.

Como el embarazo comenzó en mayo de 2015, estando aún vigente el código anterior, pero el nacimiento se produjo encontrándose vigente el actual, decidieron protocolizar ante escribano público la instrumentación del consentimiento informado.

Con un criterio acertado, la magistrada convocó una audiencia con todas las personas involucradas: pareja conviviente con voluntad procreacional, matrimonio que integra la mujer gestante e hijos de esta última. Los testimonios vertidos, a los que se sumaron los informes periciales, daban cuenta de una familia en la que todos sus miembros estaban preparados para el cambio familiar por considerarlo un hecho feliz.

La jueza, con argumentos precisos, serios y convincentes, sostuvo:

La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás, [resolviendo] [d]eclarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. Emplazar a la niña, dada a luz por M. C. H., si nace con vida, como hija de M. R. H..., y de C. J. N. A... Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

58 Juzgado de Familia Lomas de Zamora n.º 7, 30-12-2015, "H. M. y otro", *La Ley online*, AR/JUR/78614/2015.

El lector puede preguntarse el motivo por el cual destinamos un espacio a este fallo, cuando responde a una visión similar a los expuestos en el apartado anterior. Si bien la base argumentativa no merece reparo alguno, nos permitimos disentir respecto de la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562, por considerar que en el modelo actual resulta innecesario recurrir a este extremo.

Si el modelo constitucional y convencional de derecho nos informa que debemos resolver apelando a un diálogo entre fuentes, entendemos que al mismo resuelvo se podía llegar sin recurrir a lo que la Corte argentina ha definido como la “*ultima ratio*”.

Asimismo, consideramos que la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad impacta negativamente en el funcionamiento del actual código, por cuanto significará manchar parte del contenido de un sistema que recién está empezando a funcionar.

Conforme a lo expuesto, y compartiendo con la jueza que en el caso no cabe aplicar lo que el artículo 562 dice respecto de que la maternidad sigue al vientre, la definición del vínculo se fundamentará en la voluntad procreacional. El no aplicar el artículo 562 a un caso concreto como el que tratamos no implica restarle el valor que este enunciado tiene para la definición de vínculos en la filiación por naturaleza y en otros supuestos de filiación por TRHA.

A modo de cierre, solo nos resta decir que no puede omitirse una realidad instalada en nuestra sociedad⁵⁹ que deja traslucir una fragmentación social entre quienes, contando con capacidad económica, pueden recurrir a una gestación por sustitución internacional y aquellos que no se encuentran en condiciones de hacerlo, situación que conlleva a una afectación del principio bioético de justicia⁶⁰. Frente a esta realidad, solo resta decir que el reconocimiento expreso de la gestación por sustitución es una necesidad social que no admite dilación.

59 Como dato de interés, trasladamos parte de los datos que se informan en la nota de opinión escrita por SERGIO PASQUALINI y FABIANA QUAINI bajo el título “La gestación por sustitución no está prohibida”, publicada en la edición impresa del diario *Clarín* de fecha domingo 26 de junio de 2016: “Si tomamos la experiencia de Halitus, desde julio de 2011 hasta lo que va del 2016 hubo 145 consultas por subrogación uterina. De ellas, 18 realizaron el tratamiento. Las portadoras siempre fueron presentadas por los pacientes. Padres y portadoras fueron evaluados desde un abordaje interdisciplinario (clínico, psicológico y legal). La intervención psicológica logró una mejor adaptación a la gestación sustituida, ya que redujo el desajuste emocional en los padres procreacionales, ajustó la decisión gestacional en la portadora y abrió caminos de comunicación entre la madre y el niño”.

60 KRASNOW, A. N. y PITASNY, T., “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el CCCN”, *Microjuris.com Argentina*, cita: MJ-DOC-7539-AR | MJ7539.

D. La fecundación *post mortem* y su reconocimiento implícito en el derecho argentino

1. Su recepción en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial

A modo de inicio, compartimos el encuadre preciso de Natalia de la Torre:

La filiación *post mortem* en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida tiene lugar cuando una mujer o un hombre mantienen la idea de continuar con la decisión del proyecto familiar a pesar del fallecimiento de su pareja –convivencial o matrimonial– fecundando un óvulo con el material genético (espermatozoide) de su pareja fallecida y/o transfiriendo un embrión que fuere criopreservado con gametos (ovocitos o espermatozoides) de la pareja –uno de ellos fallecidos– o mediante material genético donado⁶¹.

En sintonía con lo descrito, el proyectado artículo 563 disponía: “En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento”.

Del texto surge la inexistencia de vínculo filial, con dos excepciones a esta regla: a) cuando la persona manifestara su conformidad en el documento de consentimiento informado o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos fueran transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) cuando la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se producía dentro del año siguiente al deceso.

Con esta norma se ponía fin al debate doctrinario que partía de dos preguntas: el consentimiento prestado en vida para un tratamiento de fecundación asistida, ¿tiene vigencia para realizar la práctica con posterioridad a la muerte?, y ¿es necesario que el consentimiento refiera concretamente a la autorización del causante expresada en vida de que su material genético sea utilizado después de su muerte?

Desde una posición que rescataba el elemento volitivo, se resaltó la importancia del consentimiento informado expresado en vida por el causante. Por tanto, en el supuesto de que no se pudiera contar con su conformidad para la realización de la práctica médica después de su muerte, la filiación del hijo podía ser acreditada con el documento de consentimiento informado que autorizaba

61 DE LA TORRE, “Técnicas de reproducción”, cit., 180-181.

la crioconservación de su material genético, a lo que debía sumarse la prueba genética para confirmar la existencia de nexo biológico⁶².

En la misma dirección, se sostuvo que el consentimiento expresado por el causante en vida para que su material genético fuera utilizado después de su muerte era imprescindible. Se entendía que si la fecundación *post mortem* se concretaba sin reunir el consentimiento *ad hoc* del marido fallecido, correspondía calificar esa fecundación atendiendo a que fue realizada por exclusiva decisión de la viuda, por su cuenta y riesgo. En consecuencia, el hijo no podía ser emplazado como hijo matrimonial del marido y quedaría solamente vinculado a la madre al decidir ella sola que el hijo naciera⁶³.

Desde una postura más amplia, se dijo que en la inseminación *post mortem* la manifestación del consentimiento del marido será *ex ante actu*, es decir, anticipándose a la inseminación artificial. En consecuencia, podía prescindirse de la actualidad del consentimiento en el momento en que la práctica médica se ejecutara⁶⁴.

El criterio seguido en la norma proyectada guardó armonía con lo establecido en las disposiciones generales: el consentimiento debe renovarse en cada oportunidad en que se proceda al empleo de gametos o embriones. En estos supuestos, como con la muerte de la persona resultaba imposible renovar el consentimiento, solo se admitía el nacimiento del vínculo filial si el causante en vida hubiera manifestado su voluntad de que los embriones fecundados con sus gametos fueran transferidos a su pareja después de su muerte. Respecto del tiempo límite para el implante, guardaba armonía con los plazos de vigencia de la presunción de filiación matrimonial y el plazo máximo de duración del embarazo.

2. El silencio en el Código Civil y Comercial no implica prohibición

La filiación *post mortem* tuvo la misma suerte que la gestación por sustitución. El texto que recibió media sanción en la Cámara de Senadores también suprime el proyectado artículo 563 del texto. Esto, si bien en un principio el dictamen de la mayoría conservaba la regulación con un cambio metodológico al declarar el principio general en el artículo 562 y contener el artículo 563 las dos excepciones al principio general. Pero, antes del debate, terminó imponiéndose el dictamen de la minoría, que proponía la eliminación de este procedimiento.

62 LOYARTE, D. y ROTONDA, A., *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995, 300.

63 RIVERA HERNÁNDEZ, F., “La fecundación artificial post mortem”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 86, n.º 4, 896.

64 HIDALGO, S., “Los derechos sucesorios del hijo póstumo”, *El Derecho*, 152-836.

Corresponde extender a este procedimiento, siempre que se ajuste a las excepciones que contenía el proyectado artículo 563, los fundamentos que sustentan el reconocimiento implícito en el derecho interno de la gestación por sustitución.

3. *Su recepción favorable en la justicia argentina*

Una manifestación de la no prohibición de la filiación *post mortem* se encuentra en los precedentes que se han dictado desde la época en que empezó el tratamiento del anteproyecto hasta la actualidad. Acompañamos una reseña que permitirá apreciar cuanto decimos.

En el caso más cercano a la fecha de este trabajo, el 13 de septiembre de 2011 el Sr. P., cuando se dirigía a su trabajo, fue embestido por una formación ferroviaria que le causó la muerte. La conviviente relata que se encontraban en tratamiento de reproducción asistida para la época de la muerte, y frente a esto pide ante la justicia federal la autorización judicial para la extracción de semen cadavérico. Su pedido es considerado y la muestra queda a resguardo del centro médico interviniente. El juez que admitió la fecundación *post mortem* dijo:

... frente a la obligación del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada [...] adquiere preeminencia el principio de derecho consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional que reza “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, todo lo cual me lleva a concluir que la práctica de que se trata no está prohibida a la luz de la legislación vigente y por tanto no existe impedimento legal para su realización [...] la fecundación *post mortem* no es una técnica prohibida y con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el Sr. P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida⁶⁵.

En otro caso resuelto después de la entrada en vigencia del CCyCN, el Juzgado en lo Civil, Laboral, Comercial y Minería n.º 4 de Santa Rosa hizo lugar al amparo iniciado por una mujer contra el Instituto de Seguridad Social de la provincia con el objeto de que se lo condenara a la cobertura total e integral de la fecundación *post mortem*. En este caso, a diferencia de los que se describen seguidamente, el pedido recae en el implante de embriones criopreservados fecundados con gametos de la pareja fallecida y óvulos de dadora anónima. La jueza, entre otros argumentos, entendió que “la transferencia *post mortem* de embriones no merece mayores reparos de parte de quienes sustentan una postura contraria a

65 Juzg. Nac. Civ. n. 87, 5/5/2016, “n. o. c. p.”, *La Ley online*, AR/JUR/32492/2016.

la fertilización *post mortem*, presentándose como un supuesto en el que no hay controversia doctrinaria y tampoco judicial”⁶⁶.

Con similar propósito, una mujer pide que se la autorice a retirar muestras de semen criopreservado en un centro de criogenia y pertenecientes a su pareja fallecida, para someterse a una TRHA. Asimismo, reclama que la obra social code-mandada cubra el costo que demande la práctica. Relata que su pareja autorizó en vida y por escrito el retiro de las muestras por parte de su pareja. El juez de grado admite el amparo:

Si el causante sólo autorizó la destrucción de las muestras de semen que le fueron extraídas para el caso en que no fueran retiradas por su conviviente, habiendo ocurrido esta última situación no existe óbice para autorizar la realización de un procedimiento de fertilización asistida en pos de inseminarse los gametos de quien fue su pareja y con quien había previsto formar una familia y depositar los gametos en una institución especializada en fertilidad humana [...] La falta de regulación de la fecundación *post mortem* y sus requisitos formales, en el marco legal, constitucional y convencional vigente, no es óbice para que, acreditada la voluntad procreacional del fallecido para después de su muerte mediante un documento firmado a tal efecto, confeccionado en un centro médico de fertilización humana asistida, se confiera la autorización para la realización de un tratamiento de fertilización asistida en la persona de su conviviente [...] Los amplios términos y previsiones de la ley 26.862 permiten concluir que su exégesis no es otra que la de contemplar de manera integral todo tipo de práctica relacionada con la asistencia médica para la consecución del embarazo –arts. 1 y 8–, incluida la fecundación *post mortem*⁶⁷.

Cercano en el tiempo, la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza revoca la sentencia de grado que no hace lugar al pedido de una mujer de que se la autorice judicialmente a someterse a una TRHA con el material genético de su esposo fallecido. Después de su muerte, y previa autorización judicial, se había procedido a la extracción de material genético del causante.

Para resolver, el juez de primera instancia fundamentó su rechazo en la supresión del proyectado artículo 563 y en la ausencia de consentimiento expreso del esposo fallecido en el que constara su conformidad para la extracción de sus gametos y para que ellos pudieran ser empleados después de su fallecimiento.

66 Juzg. Civ. Lab. Com. y Minería n. 4 Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015, “A., C. V. v. Inst. de Seguridad Social”, disponible en: www.colectivoderechodefamilia.com Consultado el 25/6/2016.

67 Juzg. Nac. Civ. n. 3, 3/11/2014, “K. J. v. v. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo”, *La Ley online*, AR/JUR/53958/2014.

Desde una perspectiva constitucional y convencional, la alzada resolvió de forma contraria:

Los tratados internacionales aseguran la autonomía de la persona humana como derecho fundamental frente a los poderes de restricción del Estado en el ámbito de su vida privada [...] [E]s necesario establecer si conforme a nuestro ordenamiento constitucional y legislativo la fecundación *post mortem* es una técnica de reproducción prohibida o permitida [...] No existe a nuestro juicio ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido⁶⁸.

Cierre

En este trabajo nos propusimos abordar el objeto desde una mirada propia de la Teoría general del derecho, omitiendo un análisis fraccionado del objeto de estudio. Empezar el camino de la forma descrita responde a la exigencia que nace del sistema de fuentes interno argentino, puesto que todo problema comprendido en el derecho privado debe ser analizado en perspectiva constitucional y convencional.

Con esta visión de apertura, el legislador logró plasmar un régimen de la filiación por naturaleza y por TRHA que se corresponde con el espíritu del CCyCN. Si bien ciertas cuestiones sustantivas, como el derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por TRHA, despiertan interrogantes, los mismos pueden ser resueltos a través del diálogo entre fuentes.

La aclaración que precede contribuye a comprender las razones por las cuales situaciones presentes en la realidad social no han sido finalmente captadas por el CCyCN. Y decimos esto porque, si bien podría haberse evitado la falta de regulación expresa de procedimientos instalados en nuestra realidad social, como la gestación por sustitución y la filiación *post mortem*, no conduce esto a pensar que están prohibidos. Por el contrario, una lectura desde la idea de sistema nos permite afirmar que se está frente a procedimientos implícitamente admitidos y que pueden ser analizados desde una labor de interpretación e integración del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico interno.

Todo lo dicho permite afirmar que en Argentina somos parte de un valioso cambio de modelo que en su esencia se traduce en un auténtico código de la persona humana.

68 Tercera C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 7/8/2014, "S., M. C.", *Rubinzal-Culzoni online*, RC J 6303/14.

Bibliografía

- AZPIRI, J. O., “Reflexiones ante la falta de regulación de la gestación por subrogación”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 64, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, 126-132.
- BARÓN, L., “Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 63, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 35-44.
- BERGER, S., “La copaternidad en los casos de maternidad subrogada”, *La Ley online*, AR/DOC/4418/2012.
- CASADO, M., “Bioética y derecho”, en GROS ESPIELL, H. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, Granada, Comares, 2006.
- CIURO CALDANI, M. A., “Introducción general al bioderecho”, *Bioética y Bioderecho*, n.º 2, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.
- DE LA TORRE, N., “Técnicas de reproducción humana asistida: supuestos no contemplados en la ley”, en BARONI, C. y SEBA, S. (coords.), *Derecho de familia. Temas relevantes en el nuevo Código Civil*, Resistencia, Contexto, 2016, 169-196.
- DÍAZ DE GUIJARRO, E., “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, *Jurisprudencia Argentina* 1965-III-21.
- FAMÁ, M. V., “Filiación”, en RIVERA J. C. (dir.) y MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- FAMÁ, M. V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *La Ley* 2011-C, 1204.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- FARNOSAMOROS, E., “De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, *Indret*, 1-2007, Barcelona, 1-16.

- GIL DOMÍNGUEZ, A., “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologización”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 2015, v, 133.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, Buenos Aires, Ediar, 2014.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, *La Ley* 2012-B, 1251.
- GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho constitucional de familia*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- GORVEIN, N. S. y POLAKIEWICZ, M., “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en GROSMAN, C. (dir.), *Los derechos del niño en la familia*, Buenos Aires, Universidad, 1998, 127-149.
- HERRERA, M., “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, *La Ley* 2013-C, 1281.
- HERRERA, M., *El derecho a la identidad en la adopción*, Buenos Aires, Universidad, 2008.
- HERRERA, M. y LAMM, E., “¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución”, *Microjuris online*, MJ-DOC-5971-AR/MJD5971.
- HERRERA, M. y LAMM, E., “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, *La Ley* 2013-D, 1037.
- HIGHTON, E. I. y WIERZBA, SANDRA M., “Consentimiento informado”, en GARAY, O., *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Origen biológico. Derecho a conocer”, *Jurisprudencia Argentina* 2009, I, 1035.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso *Odievre c/France*”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 26, Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, 2004, 77-99.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*”, *La Ley online*, AR/DOC/610/2017.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, *La Ley* 2014-D-1165.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, *La Ley* 2013-d, 195.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Regulación de la gestación por sustitución”, *La Ley* 2012-E, 960.
- KRASNOW, A. N., “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos en el Código Civil y Comercial”, *Revista Bioética y Derecho*, n.º 37, Barcelona, Observatorio de Bioética, Universidad de Barcelona, 2016, 69-84.
- KRASNOW, A. N., “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial en Argentina”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona, disponible en: www.indret.com, 1-38.
- KRASNOW, A. N., “El derecho a la identidad en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA”, en KRASNOW, A. N. (dir.), DI TULLIO BUDASSI, R. y RADYK, E., *Tratado de Derecho de Familia*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2015, 373-410.
- KRASNOW, A. N., “Derecho a la identidad y filiación”, en FERNÁNDEZ, S. E. (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, 489-532.

- KRASNOW, A. N., “La filiación y sus fuentes en el derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asistida”, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, año v, vol. 57, enero, 2009, 6205-6218.
- KRASNOW, A. N., “El derecho a la identidad en la procreación humana asistida”, *La Ley* 2007-F, 1224.
- KRASNOW, A. N., “La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza”, *La Ley Litoral* 2007, 834
- KRASNOW, A. N., “El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo”, *La Ley* 2007-F, 1224.
- KRASNOW, A. N., *Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- KRASNOW, A. N. y PITASNY, T., “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el CCCN”, *Microjuris.com Argentina*, cita: MJ-DOC-7539-AR | MJD7539.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2012, Barcelona, disponible en: www.indret.com
- LAMM, E., “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”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 50, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 107-132.
- LAMM, E. y RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista Bioética y Derecho*, n.º 37, Barcelona, Observatorio de Bioética, Universidad de Barcelona, 2016, 149-170.
- LÓPEZ FAURA, N., “El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción”, en GROSMAN, C. (dir.), *Los derechos del niño en la familia*, Buenos Aires, Universidad, 1998, 151-164.
- LOYARTE, D. y ROTONDA, A., *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

RIVERA HERNÁNDEZ, F., “La fecundación artificial post mortem”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 86, n.º 4, 896.

SAMBRIZZI, E. A., “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”, *La Ley* 2015-C, 881.

SOLARI, N., “Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo”, *La Ley online*, AR/DOC/1075/2015.

WAGMAISTER, A. M., “Maternidad subrogada”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 3, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, 19-28.

ZANNONI, E. y CHERI, P., *Prueba del ADN*, Buenos Aires, Astrea, 2001.