



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

ARTÍCULO

Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial

Filiation by Human Assisted Reproduction Techniques, gestational surrogacy and informed consent in Argentina. Contributions and changes introduced by the Civil and Commercial Code

ADRIANA KRASNOW*

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Adriana Krasnow. Doctora en Derecho, Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) Argentina. Correo electrónico: adrikrasnow@arnet.com.ar

Resumen

Este artículo busca describir los aportes del Código Civil y Comercial de Argentina en relación al consentimiento informado y la gestación por sustitución en el marco de la filiación.

Palabras clave: consentimiento informado; gestación por sustitución; filiación; Código Civil.

Abstract

This article seeks to describe the contributions of the Civil and Commercial Code for Argentina, in relation to the informed consent and gestational surrogacy in the context of filiation.

Keywords: informed consent; gestational surrogacy; filiation; Civil Code.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial en Argentina —en adelante, el Código— introduce cambios y aportes necesarios en el Derecho de familia que guardan sintonía con el proceso de transformación del país desde la reforma constitucional de 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 Humanos¹. En esta línea, el Código adhiere a una visión constitucionalizada del Derecho privado.

En este marco, emprendemos un análisis que vinculando el Derecho con la Bioética, refleje la importancia que el Código asigna al consentimiento informado en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida —en adelante, TRHA.

2. El consentimiento informado como derivación del principio bioético de autonomía

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 entre médico-paciente, éste último tendrá libertad para decidir someterse o no a un tratamiento después de recibir una información comprensible.

Principio de beneficencia-no maleficencia: hacer el bien con el menor daño posible. Mientras que la beneficencia apunta a prevenir o eliminar el daño y promover el bien; la maleficencia busca no causar daño intencionadamente a otro.

¹ A partir de la reforma constitucional cambia la dimensión y estructura de la pirámide jurídica al pasar a compartir la Constitución nacional su supremacía con los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual alcance, muchos de los cuales tienen especial importancia en el Derecho de familia: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

Principio de justicia: cuidado de la salud para todos los ciudadanos en base a 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 (1997), 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"*². 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 (2006) cuando refiere a los problemas derivados de las nuevas tecnologías genéticas, *"... En 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"*³.

En relación al consentimiento informado como manifestación del principio de autonomía⁴, 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"*⁵. En igual sentido, la Ley argentina N° 26.529 de Derechos del Paciente (s/texto ley 26.742) al decir: *"Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente*

² CIURO CALDANI (1997), p. 12.

³ CASADO (2006), p. 33.

⁴ 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 del consentimiento informado la Ley General de Sanidad, de fecha 25 de abril de 1986, cuando en el artículo 10 refería a los derechos del paciente y en el artículo 6 cuando 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 de enero de 2000 entró en vigencia en España el Convenio Europeo de Bioética, documento orientado a la protección de niños, adolescentes y personas afectadas en su salud mental.

⁵ HIGHTON, Elena I. *et al.* (2000), p. 191.

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)⁶.

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 constitucional⁷. Como afirman Gorvein y Polakiewicz, "... *El consentimiento del paciente transcurre en la esfera de los derechos humanos personalísimos; es, por tanto, de carácter no negocial...*"⁸.

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 autonomía⁹.

Seguidamente, nos proponemos centrar la atención en el tratamiento que hace el Código del consentimiento informado en la filiación por TRHA.

3. El consentimiento informado en la filiación por TRHA

3.1. Generalidades

El Código introduce cambios necesarios en el instituto de la filiación, adaptándolo al origen y dinámica de los vínculos filiales en el presente¹⁰, siendo una muestra de lo que decimos el reconocimiento de las TRHA como tercera fuente.

⁶ Ley N° 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 promulgada en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012.

⁷ GARCIA GARNICA (2003).

⁸ GORVEIN *et al.* (1998), p. 136.

⁹ En esta misma línea, ver: HOOFT (2002), pp. 211-237.

¹⁰ KRASNOW (2012), pp. 155-170 y KRASNOW (2015), pp. 3-28.

En armonía con el principio de pluralidad¹¹, estas prácticas médicas están abiertas para las parejas de igual o distinto sexo casadas o en unión convivencial y también para hombres o mujeres que no conforman pareja. En armonía con el actual sistema, la Ley 26.862¹² de Cobertura de tratamientos de procreación humana asistida, define con amplitud los destinatarios: *“Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado...”* (art. 7).

Esta apertura también se visualiza en los procedimientos que se receptan. En este sentido, los usuarios según la situación que atraviesen podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga, definiéndose el vínculo en función del elemento volitivo¹³.

¹¹ La visión constitucionalizada del Derecho Privado en la que se inserta el Código argentino queda reflejada en sus principios que actúan como sostén de todo el sistema. En este apartado nos serviremos de los mismos para definir su alcance en relación con el objeto de estudio: 1) principio de pluralidad: su impacto en filiación se exterioriza en el complejo personal, puesto que las distintas manifestaciones familiares abren el cauce para que se originen vínculos filiales que responden a distintas variables, como por ejemplo, los que surgen en el seno de una familia conformada por una pareja de igual sexo (casada o en convivencia de hecho), como así también, en la captación en la norma de las tres fuentes de la filiación; 2) principio de autonomía: materializado en la voluntad procreacional que se expresa en el documento de consentimiento informado, cuando el vínculo filial reconoce su origen en las TRHA; 3) 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.

¹² Sancionada el 5 de junio 2013. Promulgada el 25 de junio de 2013. Publicada en el Boletín Oficial el 26 de junio de 2013.

¹³ La amplitud de criterio pone en evidencia la admisión implícita de las prácticas de baja y alta complejidad, de cuyo encuadre se ocupa el Decreto 956/2013 (reglamenta la ley 26.862, en su artículo 2: “Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. 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 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”.

En este contexto, la determinación de la filiación se vincula con el querer ser progenitor, siendo la voluntad procreacional el elemento que siempre definirá la filiación en los supuestos de TRHA¹⁴.

Respecto al consentimiento informado¹⁵, establece que el centro de salud 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. 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)¹⁶.

Tratándose de un acto voluntario, el Código siguiendo la tendencia dominante en el Derecho comparado, establece la revocabilidad¹⁷. Igual sentido siguió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando intervino en el caso *Evans v. The U.K.*, de fecha 7 de marzo de 2006¹⁸.

En cuanto al período dentro del cual se puede revocar, procede antes de la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561)¹⁹.

Uno puede preguntarse cómo se compatibiliza el momento 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 cuando puede hablarse de concepción en cada tipo de fecundación. Para comprender esta apreciación, cabe reseñar los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— en el caso “*Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*”²⁰.

La Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, 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

¹⁴ Véase, entre otros: Portugal, Art. 20 Ley 32/2006; Suiza, Art. 256 CC; Francia, Art. 311-20 modificado por la Ordenanza 2005-759 de 4.7.2005; Italia, Ley 40/2004; Brasil, Art. 1597 CC.

¹⁵ Véase entre otros: FAMA (2009); KRASNOW (2006).

¹⁶ FAMÁ (2012), p. 422.

¹⁷ Véase: España, Art. 3-5 y Art. 11.4 y 5 Ley 14/2006; Portugal, Art. 14.4 Ley 32/2006; Suiza, Art. 7 de Ley de procreación asistida de 18.12.1998; Grecia, Art. 1456 Ley 3089/2002; Reino Unido, Sección 3 de la HFEA.

¹⁸ FARNÓS AMORÓS, Esther; *De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida*, en *InDret* 1/2007 (www.indret.es), pp. 1-16.

¹⁹ Siguieron la misma línea la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.

²⁰ CIDH, 28/11/2012, “*Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*”, LL 2013-A, 160.

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 efectivice²¹.

En relación a 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 volitivo²².

Otro aspecto importante es el derecho de información, como instancia previa a la manifestación de voluntad. En cuanto al contenido, debe informarse todo 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 tratamiento²³.

De esta forma se accederá a un consentimiento informado válido destinado a proteger los derechos del paciente más que reducir la responsabilidad médica, conforme lo ratificado por la Organización Mundial de la Salud²⁴

Como al concretarse la fecundación, se inserta otra persona al vínculo médico-paciente, el Código la protege garantizando su derecho a ser informado en lo que refiere a su origen: “*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*” y “*A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a. obtenerse*

²¹ HERRERA *et al.* (2013), p. 1037 y HERRERA (2013), p. 1281.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ NICOLAU, Noemí L.; *Los vicios de la voluntad en la relación médico – paciente*, en “Bioética y Bioderecho”, N°2, p. 35, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 1997.

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” (arts. 563 y 564). Con esta solución, el Código se ubica en una situación intermedia en relación a las posturas extremas²⁵.

Respecto a los supuestos que habilitan el acceso al origen, expreso mis observaciones.

En relación al primer supuesto, la versión original de lo que fuera el Proyecto de Reforma, en sintonía con el Derecho comparado reconocía el acceso a datos que coadyuven a superar el riesgo en la salud de la persona; mientras que la versión del Código aprobado, reemplaza *riesgo* por *relevante para la salud*. El término *relevante* excede el riesgo, pasando a depender su alcance de cómo lo interprete el centro de salud que intervenga.

Respecto al segundo supuesto, la responsabilidad que se traslada al juez puede conducir a soluciones disvaliosas, por las consideraciones siguientes: a) delegar en éste la evaluación de razones debidamente fundadas, condiciona el acceso al origen a sus convicciones internas y valoraciones; b) la discrecionalidad 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 datos vinculados con el origen.

Entendemos que si el Código está destinado a proteger a la persona y sus derechos, no caben distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que refiere al acceso a la verdad de origen. Así como, en adopción se prevén medios que posibilitan el acceso del adoptado a su verdad de origen (art. 596), corresponde hacer lo mismo en este ámbito. Abrir las puertas a esta posibilidad, en nada afectará el emplazamiento filial que reposa en la voluntad procreacional. Si bien respetamos la diferencia que algunos sostienen respecto a que en la adopción se reconoce la existencia de una familia de origen y este antecedente no se presenta en la filiación por TRHA; entendemos que no le resta relevancia al derecho que tiene la persona nacida por una TRHA, de conocer cómo y a través de quienes se originó su existencia.

²⁵ También admiten el acceso a la identidad en casos específicos: CC de Quebec (art. 542) y la Ley 14/2006 de España (Art. 5.5). En el Derecho Comparado se distinguen: a) legislaciones que preservan el anonimato del tercero dador: Dinamarca; Grecia; Francia, Ley 94-654; Resolución 2013/13 del Consejo Federal de Medicina de Brasil y b) legislaciones que admiten el acceso a datos que refieran a la identidad del tercero dador: Suecia, Insemination Act 1140 de 1984, art. 4; Holanda, Ley de información del donante de 2002; Finlandia, Ley 1237/2006 de Fertilización Asistida; Noruega, Ley 100 de 2003 sobre la “Aplicación de biotecnología en la medicina humana”; Suiza, Ley Federal; Nueva Zelanda y Reino Unido.

Como muestra de la importancia que representa en la persona el acceso a su verdad, acompañamos la reseña de un caso resuelto por la sala 5ª de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal²⁶, que admitió parcialmente la acción de amparo promovida por un matrimonio por derecho propio y como representantes legales de sus dos hijas menores contra el Poder Ejecutivo; fundando la petición en el derecho a la salud, a la procreación, a la protección de la familia y a la identidad. Entre los hechos, cabe destacar que las dos hijas habían sido concebidas con el empleo de óvulos donados, pero con la particularidad de que la hija mayor fue fecundada a través del empleo de material genético de una amiga de la familia; mientras que la hija menor fue concebida a través del uso de material genético de donante anónima.

El matrimonio perseguía que por intermedio del Ministerio de Salud o de otro organismo competente se disponga la creación de un registro en el constaran datos de donantes de material genético aportados por los centros de fertilidad y Bancos de gametos; permitiéndose por esta vía que tanto las hijas u otras personas en igual condición puedan acceder a dicha información previa autorización judicial.

En primera instancia, la jueza rechaza la acción por no existir una controversia judicial. En la alzada, la Cámara dispone, “... Admitir parcialmente el recurso; dejar sin efecto la sentencia apelada; hacer lugar, también en parte, a la demanda de amparo; y ordenar al Estado Nacional- Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general ...”.

3.2. Pronunciamientos de la justicia argentina que receptan la filiación por TRHA conforme el principio de voluntad procreacional

En este apartado, se acompaña una reseña de fallos que valorizando la voluntad procreacional como elemento que determina la filiación por TRHA, resuelve en sintonía con el nuevo sistema problemas que derivan de la gestación por sustitución. A pesar que este procedimiento no se recepta en el Código vigente, cuenta con reconocimiento implícito, como surge del artículo 7 de la Ley 26.862 y de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

²⁶ C. Cont. Adm. Fed., Sala V, 29/04/2014 - C., E. M. y otros c. EN-M° SALUD s/ amparo ley 16.986 -, LL 26/06/2014, 5. KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.* (2014), p. 594.

Iniciamos el recorrido con un caso reciente. Un matrimonio solicita como medida precautoria se ordene a la empresa de medicina prepaga la incorporación de C. M., M.A. y B. J. nacidos el día 9/3/2015, al plan médico en el que se encontraban afiliados. Los niños fueron concebidos con material genético del matrimonio a través de 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. El juez hace lugar al pedido: “... corresponde hacer lugar a lo solicitado, aclarando que la presente no determina la filiación jurídica de los niños, ni procura determinar el vínculo jurídico filial, sólo reconoce el derecho a la salud y su consecuencia inmediata, acceso a la cobertura médico-asistencial integral de tres niños pequeños a cargo de la obra social o prestación de medicina prepaga de aquéllos con quienes mantiene un vínculo biológico y hasta tanto se resuelva sobre la cuestión de aquella determinación jurídica...”²⁷.

En otro caso, una pareja se contacta con una mujer —madre de dos hijos—, para llevar el embarazo de un embrión fecundado con óvulo y semen del matrimonio. Se suscribe el contrato y el bebé nace el 9 de enero de 2015. El médico extendió el certificado de nacido vivo a nombre de quien dio a luz. La Asesora de Menores e Incapaces toma intervención y pide que se acompañe la partida de nacimiento. Por su parte, el abogado patrocinante de las partes, solicita como medida de no innovar, se ordene al Registro de Estado Civil la no inscripción de oficio del menor, hasta que 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 a su identidad y plantea la nulidad del acuerdo. El juez expresa: “...Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional... RESUELVO: ...No hacer lugar al pedido de nulidad del acuerdo. Determinar que la filiación del niño, corresponde a los Sres. A.C.G. y J.J.F.,... Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional”²⁸.

²⁷ 1er. Juzgado de Familia Mendoza, 02/09/2015 —C.M.E. y J.R.M. c. OSDE—, Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), www.infojus.gob.ar, 10 de septiembre 2015.

²⁸ Juzgado Familia N°1 Mendoza, 31-07-2015, A.V.O., A.C.G. Y J.J.F.

El 25 de junio de 2015 el Juzgado Nacional Civil N° 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. Se hace lugar a lo pedido: *“... Ante el hecho consumado, el nacimiento y la falta de legislación vigente, considero que es un ‘deber’ del juzgador —en pos de un adecuado y ajustado ejercicio de la magistratura— permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes...”*²⁹.

A través de un camino judicial diferente, se registra el fallo del Juzgado Nacional Civil N° 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. 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 fue reconocida por F., siendo emplazada en el vínculo materno como hija de M., conforme lo que disponía el art. 242 del Cód. Civil derogado. El juez hace lugar a la demanda: *“La acción de impugnación de maternidad deducida por los padres biológicos de una niña contra la madre gestante, quien aceptó de forma libre y espontánea que el óvulo fecundado con el material genético de aquéllos fuera implantado en su cuerpo, debe admitirse ... La teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante, ... queda desvirtuada cuando se trata de un acuerdo voluntario y libre que, al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral...”*³⁰.

Un pedido diferente se presentó para su resolución ante el Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de la ciudad de Rosario³¹. Se trataba de un matrimonio que después de atravesar distintas prácticas médicas orientadas al logro de un embarazo, la mujer pierde su capacidad gestacional como consecuencia de una histerectomía total, quedando seis embriones en estado de crioconservación. Consideran la gestación por sustitución como el procedimiento que permitiría concretar el deseo de convertirse en padres. Cuando le trasladan su situación a otra pareja

²⁹ Juzgado Civil N° 83, 25/06/2015, “NN o s/ Inscripción de Nacimiento”, Infojus.

³⁰ JNCiv. N° 102, 18/05/2015 - C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad-, LA LEY2015-C, 522.

³¹ Trib. Col. Familia N° 7 Rosario, 02/12/2014, inédito.

conocida, la mujer de ésta última con un fin altruista se ofrece a que el implante se efectúe en su vientre. El matrimonio traslada esta realidad a la justicia a través de un pedido de autorización de implante en el vientre de quien asumiría el lugar de mujer gestante y, también solicitan, para el supuesto de que el implante resulte exitoso que el/los bebé/s nacido/s por este procedimiento se inscriba/n como hijo/s del matrimonio con voluntad procreacional. Se acompaña el acta notarial en la que consta que la mujer gestante no tiene voluntad procreacional. La jueza hace lugar a la petición: *“... autorizar la gestación por otra mujer, en este caso concreto no es ni más ni menos que respetar las directrices marcadas por la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos, en cuanto a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia ...A fin de respetar la voluntad procreacional del matrimonio y, de este modo, garantizar el derecho a la identidad y a que registralmente en los asientos de inscripción de nacimiento exista correspondencia con la realidad de los hechos —faz estática y dinámica del derecho a la identidad—, ... se ordena que el/los niños/niñas se registren a nombre de la madre y del padre, dejándose constancia en el legajo de inscripción ... que la gestación se llevó a cabo por otra mujer, haciéndole saber dicho origen genético y gestacional a su/s hijo/s...”*.

Cerramos el apartado con el fallo del Juzgado de 1º Instancia en lo Civil N° 86 de la Ciudad de Buenos Aires de fecha 18 de junio de 2013³². Una mujer casada después de cursar dos embarazos que no llegaron a término, pierde la capacidad gestacional. Una amiga, separada de hecho desde el año 2001 y con dos hijos mayores, se ofrece voluntariamente y sin retribución a gestarlo en su vientre. El matrimonio a través de una fertilización “in vitro” logra un embrión que se implanta en el útero de la amiga común, concretándose 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: *“La existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan admitir ... la construcción de vínculos basados en la socioafectividad; y cuya construcción dependen ... de una voluntad procreacional ... Por ello ... debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional del matrimonio, así como también, ..., lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio...”*.

³² Juzgado de 1ra. Instancia en lo Civil N° 86, 18/06/2013 – N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento -, en La Ley 2013-D, 195.

4. Cierre

Retomando lo expresado en el inicio, en este trabajo se buscó determinar la importancia que el Código reconoce al consentimiento informado en vinculación con la filiación por TRHA.

Con este objeto, se partió de un encuadre del problema desde los principios estructurales de la Bioética y, en particular, se orientó la atención en el principio bioético de autonomía, por su vinculación directa con el consentimiento informado.

Tras el estudio realizado, se pudo comprobar que el Código regula los problemas propuestos, respetando los valores y principios de fuente constitucional y convencional que iluminan el Derecho privado, como así también, los principios y valores propios de la Bioética; lográndose así una alianza saludable entre la Bioética y el Derecho.

Bibliografía

- ◆ BURGOS VELASCO, Juan Manuel, “Qué es la bioética personalista? Un análisis de su especificidad y de sus fundamentos teóricos”, *Cuadernos de Bioética*, Volumen XXIV, año 2013, Asociación Argentina de Bioética, pp. 17-30
- ◆ CASADO, María, “Bioética y Derecho”, Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez (coordinadores), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp. 29-46.
- ◆ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Introducción General al Bioderecho”, en *Bioética y Bioderecho*, N° 2, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1997, pp.11-21.
- ◆ CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.
- ◆ FAMA, María Victoria, “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 57, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 5-29.
- ◆ FAMA, María Victoria, “Filiación”, Julio César Rivera (director) y Graciela Medina (coordinadora), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 419-440.
- ◆ FAMA, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

- ◆ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- ◆ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. (Su tratamiento en el ordenamiento jurídico español)”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 5, N°2, La Ley, Buenos Aires, marzo-abril 2003, pp. 1 y ss.
- ◆ GIL DOMINGUEZ, Andrés- FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ◆ GIL DOMINGUEZ, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, anotada, concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 281-325.
- ◆ HERRERA, Marisa, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, LA LEY 2013-C, p. 1281.
- ◆ HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LA LEY 2013-D, p. 1037.
- ◆ HIDALGO, Soraya, *Los derechos sucesorios del hijo póstumo*, *El Derecho* 152-836.
- ◆ HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., “Consentimiento informado”, Oscar Garay (coordinador), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- ◆ HOOFT, Pedro, “Bioética y Jurisprudencia”, *Acta Bioética*, año VIII, N°2, Centro Interdisciplinarios de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, 2002, pp. 211-237.
- ◆ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 57, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp.31-57.
- ◆ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Dignidad y autonomía progresiva de los niños”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derechos del Paciente*, 2010-3, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pp. 123-144.
- ◆ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, LA LEY 2014-D, 594.

- ◆ KRASNOW, Adriana N., “La filiación y sus fuentes”, Adriana Krasnow (directora), *Tratado Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2015. T.III, pp. 3-28.
- ◆ KRASNOW, Adriana N., “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, *InDret*, 1/2014, Barcelona, 2014, pp. 1-38.
- ◆ KRASNOW, Adriana N., “La filiación en el hoy y en el mañana”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 56, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 155-170.
- ◆ KRASNOW, Adriana N., *Filiación*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- ◆ LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- ◆ NICOLAU, Noemí L., “Los vicios de la voluntad en la relación médico-paciente”, en *Bioética y Bioderecho*, N°2, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1997, pp. 33-39.

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2015

Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2016